THIAGO MENDONÇA DE CASTRO

**A responsabilidade trabalhista da Administração Pública:
Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do
Tribunal Superior do Trabalho**

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Dr. Homero Batista Mateus da Silva

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

THIAGO MENDONÇA DE CASTRO

**A responsabilidade trabalhista da Administração Pública:
Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do
Tribunal Superior do Trabalho**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Homero Batista Mateus da Silva.

“Versão corrigida em 20/05/2015. A versão original, em formato eletrônico (PDF) encontra-se disponível na CPG da Unidade”

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2015**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Serviço de Biblioteca e Documentação

Mendonça de Castro, Thiago.

A responsabilidade trabalhista da Administração Pública: Propostas de parametrização da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho / Thiago Mendonça de Castro; orientador Homero Batista Mateus da Silva - São Paulo, 2015.
336f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

1. Terceirização. 2. Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 3. Responsabilidade trabalhista da Administração Pública. 4. Direito do Trabalho. 5. Direito Administrativo. I. Batista Mateus da Silva, Homero, orient. II. Título.

Nome: MENDONÇA DE CASTRO, Thiago.

Título: A responsabilidade trabalhista da Administração Pública: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho;

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof (a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Homero, quem acreditou em mim desde o primeiro momento em que nos encontramos na entrevista do processo de seleção para o Mestrado, sempre me incentivou a participar da vida acadêmica, escutou-me e acolheu-me, sem exceção, em todos os momentos de aflição que me deparei no decorrer desta jornada de autoconhecimento que testa nossos próprios limites de maneira tão instigante e prazerosa, com descobertas e alegrias sem igual. Por ter me picado com o bichinho do Direito do Trabalho e por todo o ensinamento por meio de dezenas de e-mails trocados e cafés tomados, é uma honra tê-lo como meu orientador, um privilégio e uma alegria enorme poder contar com sua confiança que me é muito preciosa.

Ao professor Guilherme e sua visão jurídico filosófica do Direito como um todo e em específico do Direito do Trabalho, que me inspirou, involuntariamente, a aprender o método socrático de ensino, bem como me abriu o campo de visão crítico por ter me dado a honra e alegria de ter feito parte da banca de minha Qualificação.

Ao professor Roberto Caldas, quem contribuiu, consideravelmente, com esta Dissertação ao aceitar participar de minha banca de Qualificação e me orientar pelas veredas percorridas no Direito Administrativo.

Ao professor Freitas, quem me acolheu e me ensinou o pouco que sei sobre a arte da Mediação e sua importância para a cultura da paz e da observância aos Direitos Humanos, bem como despertou-me a atenção para novos horizontes e tornou possível a minha primeira publicação em capítulo de um livro que, em conjunto, lançamos. Sem igual, foi sua contribuição na banca de defesa desta Dissertação de Mestrado.

Ao professor Paulo Casseb, pela oportuna contribuição crítica ao conteúdo de cunho constitucional e administrativo por meio de participação na banca de defesa deste trabalho.

Aos professores da Faculdade de Direito, em especial aos professores do Departamento de Direito do Trabalho, que cumprimento em nome dos professores Otávio Pinto e Silva, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, Enoque Ribeiro dos Santos, Estevão Mallet, pelo ensino, visão crítica e questionamentos ímpares e Ronaldo Lima dos Santos, quem me deu o privilégio de substituí-lo na minha primeira aula como monitor na graduação, assim que cheguei à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Ao meu coordenador Wanderson, da DATAPREV, quem sempre me apoiou, acreditou e permitiu-me colocar em prática todo o aprendizado jurídico científico desenvolvido na Academia. Colhemos ótimos frutos juntos.

Aos meus queridos amigos, o professor de História, Rodolfo Valentim, quem me incentivou a continuar os estudos acadêmicos e Alberto Santos, meu chefe imediato, que foi compreensivo e me apoiou nos momentos que precisei.

Ao caro colega Wanderlei Carvalho, com quem por dias, meses e anos tive conversas críticas sobre os trâmites dos processos de compra dentro dos órgãos públicos e comigo compartilhou a vasta experiência profissional, bem como ao colega Laerte Lopes, quem o sucedeu na gerência de contratos da Estatal.

Ao amigo professor Túlio Massoni, da minha cidade natal, Catanduva-SP, que teve uma enorme contribuição na minha primeira publicação na Revista de Direito do Trabalho – RT.

Ao saudoso professor Pedro Vidal Neto, professor dos professores, carinhosamente apelidado com o “sorriso de Monalisa”, com quem tive a oportunidade de conversar algumas vezes sobre o Direito, em especial, sobre sua obra que traduziu a natureza jurídica da Seguridade Social, despertando-me para a matéria, que pude dar continuidade enquanto monitor PAE, sob a supervisão do professor Homero.

À minha gêmea de Mestrado, Regina Stela Corrêa e aos colegas de jornada, Farley Ferreira, Diego Petacci, Gustavo, Flávio Higa, Renato Resende e Paulo Jakutis, por todo o estudo e atenção compartilhados.

À colega Carolina Mercante, quem me ajudou por longas e prazerosas horas de conversa, e-mails trocados e constantes atualizações jurídicas sobre a efervescência do tema, diretamente dos bastidores do Congresso Nacional e em meio as lutas sindicais, no decorrer de nossa jornada, nas salas de aula e auditórios das Arcadas.

À Leila Chevtchuk, por seu gentil acolhimento, empatia, compreensão e oportuna contribuição acadêmica em busca do objetivo comum de fomentar o diálogo entre os atores sociais na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Ao caro colega Luiz Fabre, que me presenteou com o acesso a raras obras e diálogos motivadores da luta contra a fraude e métodos de mitigação do inadimplemento trabalhista. Nunca esquecerei que “em briga de elefantes, quem sofre é a grama”.

À Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pelas alegrias vividas e horas de estudo proporcionadas, em especial às bibliotecárias, quem cumprimento em nome de Maria dos Remédios e Rosângela, quem sempre me ajudaram, quer seja encontrando livros, quer seja com normas da ABNT, quer seja também, explorando o sítio eletrônico da biblioteca da Faculdade de Direito e demais parcerias que a faculdade possui.

À minha querida Thaís Rojas, quem me apoiou, cobrou, incentivou, participou, ensinou, foi compreensiva e comigo esteve nas horas mais difíceis de conclusão desta Dissertação.

Ao meu querido irmão, Diogo, quem sempre acreditou em mim, me apoiou e sempre será uma ponte para o meu passado que tanto me orgulho.

Ao meu pai, Renato e à minha mãe, Ana Maria, que me amaram, deram-me educação, apoio, foram exemplos e, principalmente, a base de união para reconhecer o verdadeiro significado da palavra família. Sem eles, eu não existiria. Sem eles, eu nada seria ou estaria.

Aos meus avós e anjos da guarda Tô, Elza, Acácio e Layr, que já se foram, mas tenho certeza que onde estiverem, estão orando e torcendo por mim, como sempre fizeram em vida.

Aos meus queridos amigos, que entenderam e respeitaram este momento ímpar de isolamento e dedicação.

A Deus, sobre todas as coisas.

Amo vocês.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê”. (Arthur Schopenhauer)

RESUMO

MENDONÇA DE CASTRO, Thiago. *A responsabilidade trabalhista da Administração Pública*: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 2015. 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

Pensar em terceirização de serviços, geralmente, leva-nos a pensar em precarização dos direitos trabalhistas. Pensá-los dentro da Administração Pública nos remete, diretamente, a pensar em fraudes e incansáveis embates jurídicos acerca da responsabilidade trabalhista dos órgãos públicos. Nesta Dissertação, pretende-se analisar como a doutrina jurídica trabalhista e administrativa tratam do tema terceirização de serviços, sobretudo ao abordarem a responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada diante da redação do inciso V da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho em aparente confronto com o acórdão da ADC 16/DF. Para tanto, diante da imprecisa definição e alcance do vocábulo terceirização, bem como da falta de sua regulamentação legal, consideramos necessário entendermos, primeiramente, o que o Supremo Tribunal Federal declarou a respeito da responsabilidade trabalhista da Administração Pública, como isto foi recebido pela Justiça do Trabalho por meio da amorfa Súmula nº 331 e como o STF tem reagido diante de sua conduta para então propormos possíveis parâmetros objetivos para o inciso V da súmula em questão. Para tanto, faremos uma revisitação ao conceito e ao alcance do tema, seus dilemas, suas figuras análogas, sua apropriação pela Administração Pública, sua recepção pela Constituição Federal de 1988 e algumas curiosidades. Buscaremos, ao final, evidenciar propostas de novos parâmetros para o inciso V da Súmula nº 331 do TST, além de trazer um conjunto de boas práticas ao administrador público que se propõe a licitar e terceirizar serviços, demonstrando o que, de fato, acontece na Administração Pública por trás das cortinas do comprador. Tudo isso deverá ser feito com fundamento e amparo nas diretrizes do Tribunal de Contas da União, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência se revela, cada dia mais especializada e vinculante.

Palavras-chave: Terceirização. Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Responsabilidade trabalhista da Administração Pública. Direito do Trabalho. Direito Administrativo.

ABSTRACT

MENDONÇA DE CASTRO, Thiago. *The labor responsibility of the Public Administration*: Proposals of parameters for the item V of the Precedent number 331 of the Superior Labor Court. 2015. 293 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

Thinking outsourcing services, usually leads us to think of casualization of labor rights. Thinking of them within the Public Administration links directly to consider legal frauds and tireless labor conflicts on the responsibility of government. In this thesis, we intend to analyze how the labor and administrative legal doctrine dealing with the issue of outsourcing services, particularly when addressing the labor liability of Public Administration in the provision of continuing nature service contracts on the letter of section V of the Precedent number 331 of the Superior Labor Court in apparent conflict with the judgment of the ADC 16 / DF. Therefore, given the imprecise definition and scope of the term outsourcing as well as the lack of a legal regulation, we consider necessary to understand, first, what the Supreme Court said about labor responsibility of public administration, how it was received by Labor Justice and how well the Supreme Court has reacted face to this conduct and then propose possible objective parameters for the item V of the precedent in question. Therefore, we will revisit the concept and theme of reach, its dilemmas, its similar figures, its appropriation by the public authorities and its reception for the Federal Constitution of 1988 as well as some curiosities. We will, in the end, besides the proposals of new parameters for Precedent 331 of the Superior Labor Court, a set of sound management to the public administrator that wants to bid outsourcing services, demonstrating that, in fact, what happens in public administration behind the buyer curtains. All this supported by the guidelines of the Court of Auditors of the Union, the Superior Labor Court, Superior Court and Supreme Court, whose precedents are revealed to be more and more a binding order.

Key words: Outsourcing. Precedent number 331 of the Superior Labor Court. Labor responsibility of the Public Administration. Labor law. Administrative law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU	Advocacia Geral da União
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CND	Certidão Negativa de Débito
CNDT	Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas
ILO	International Labor Organization
ISO	International Organization for Standardization
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MPF	Ministério Público Federal
MPT	Ministério Público do Trabalho
MPOG	Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão
MPS	Ministério da Previdência Social
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NR	Norma Regulamentadora
OJ	Orientação Jurisprudencial
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PL	Projeto de Lei
SDI	Seção de Dissídios Individuais

STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	18
1.1 Terceirização de serviços.....	20
1.1.1 A terceirização e o princípio da eficiência.....	25
1.2 Terminologia e origem do instituto.....	33
1.3 O alcance da terceirização.....	37
1.4 Apontamentos sobre a terceirização no Brasil.....	39
1.4.1 O caso Cosan – A dona do etanol.....	43
1.5 Histórico legislativo e jurisprudencial.....	46
2 PECULIARIDADES DA TERCEIRIZAÇÃO.....	52
2.1 Vantagens e desvantagens.....	52
2.2 A insuficiência da diferença entre atividade-fim e atividade-meio.....	55
2.2.1 O caso da terceirização em call centers - os limites constitucionais da terceirização.....	60
2.3 A terceirização e as cooperativas.....	65
2.4 Desterceirização.....	70
2.5 A diferença entre consumidor e tomador de serviços.....	71
3 FIGURAS ANÁLOGAS À TERCEIRIZAÇÃO.....	73
4 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	95
4.1 Terceirização de serviços na Administração Pública – considerações acerca de sua constitucionalidade.....	98
4.2 A Ação Declaratória de Responsabilidade nº 16/DF.....	101
4.3 A terceirização de serviços para a realização de atividade-fim: contratação de empregados públicos sem concurso público e o dia 23 de abril de 1993.....	116
5 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	122
5.1 Conhecendo o Tribunal de Contas da União.....	123
5.2 Vinculação às decisões do TCU.....	124
5.3 A necessidade de uma administração dialógica entre os Poderes da República.....	127
5.4 O esforço inócuo da Administração Pública.....	128
5.5 Constatação da insuficiência de ações.....	130
5.6 A solução encontrada pelo Tribunal de Contas da União.....	134
6 MEDIDAS DE CONTINGENCIAMENTO DE RISCOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	147
6.1 Apontamentos para a realização de certames licitatórios e proposta de linha de conduta para o gestor público.....	148
6.1 O papel do gestor e do fiscal.....	157
6.2 Ação de Improbidade Administrativa e Ação Popular contra o administrador público	159
6.3 Licitação.....	161

6.3.1 A importância do planejamento.....	164
6.3.2 A fase interna da licitação.....	166
6.3.3 O pregão.....	170
6.3.4 O pregão e a culpa <i>in eligendo</i>	171
6.3.5 Característica peculiares do pregão.....	172
6.4 Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP.....	181
6.5 O que fazer diante da constatação de irregularidades?.....	182
6.6 Penalidades.....	184
6.6.1 Comentários gerais sobre as penalidades e reabilitação.....	185
7 AS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	186
7.1 As Súmulas.....	186
7.1.1 Críticas ao inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	187
7.1.2 O papel das súmulas.....	190
7.1.3 Necessidade de mudanças.....	192
7.1.4 Repercussão geral reconhecida ao tema terceirização.....	193
8 NECESSIDADE DE PARAMETRIZAÇÃO DO INCISO V DA SÚMULA Nº 331 DO TST.....	196
8.1 Identificando o problema.....	196
8.2 O mero inadimplemento.....	199
8.3 A culpa <i>in eligendo</i>	202
8.4 A culpa <i>in vigilando</i>	207
8.5 Os números da terceirização na Justiça do Trabalho.....	210
8.6 A aptidão da prova.....	212
8.7 Questões de saúde e segurança do trabalho.....	214
8.8 O STF já deu sua palavra final sobre a possibilidade de transferência da responsabilidade trabalhista à Administração Pública?.....	216
8.9 Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do TST.....	218
9 PERSPECTIVAS.....	221
CONCLUSÃO.....	228
REFERÊNCIAS.....	231
WEBSITES VISITADOS.....	245
ANEXO.....	248
ANEXO A.....	249
ACÓRDÃO Nº 1.214/2013-TCU-PLENÁRIO.....	249

INTRODUÇÃO

A responsabilidade trabalhista da Administração Pública objetiva realizar não somente uma revisão bibliográfica do tema terceirização de serviços com o que encontramos na doutrina trabalhista acerca de seu alcance, dilemas, figuras análogas, casos controvertidos, choque de princípios e peculiaridades referentes a responsabilidade da Administração Pública quando se coloca a licitar serviços, mas também objetiva analisar a doutrina e jurisprudência administrativa para propor bases de propostas para uma parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja origem remonta aos doutos de 1993, e desde o ano 2000 era regulado por seu inciso IV 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 nº 8.666, de 21.06.1993)¹.

De se notar, inicialmente, a existência de uma densa nuvem de incertezas que pairava sobre o tema responsabilidade trabalhista da Administração Pública, sobretudo pelo fato que há uma lei federal que, *prima facie*, exclui qualquer responsabilidade trabalhista da Administração Pública. Estamos a falar, especificamente, do §1º do art. 71 da lei de licitações, mencionado no verbete acima transcrito e que diz:

§ 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.

Inicialmente tais dúvidas poderiam ter sido esclarecidas com a discussão levada ao Supremo Tribunal Federal, que por meio de um acórdão paradigmático, manifestou-se a respeito da controvérsia jurídica. Referimo-nos à Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF ou simplesmente ADC 16, cujo acórdão, por sua vez, veio a influenciar o pensamento dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, onde, diariamente, chegam dezenas de reclamações trabalhistas oriundas dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho existentes no Brasil e que discutem o tema em evidência. Ademais, se for considerado o fato que os re-

---

¹Tribunal Superior do Trabalho. Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000.

cursos que chegam ao Tribunal Superior do Trabalho representa o topo de uma pirâmide de conflitos, dá para se ter uma ideia do tamanho da problemática que ocorre na base desta pirâmide, principalmente no âmbito da Administração Pública, com a falta de pagamento aos trabalhadores terceirizados e seu reflexo na coletividade que os abriga.

Relevante mencionar que em seu julgamento, a aparente inconstitucionalidade do art. 71, §1º da Lei de Licitações, defendida, até então, por uma expressiva parte da doutrina trabalhista, foi rejeitada pela confirmação da presunção de constitucionalidade que o citado artigo legal trazia consigo, fato que levou o Tribunal Superior do Trabalho a, rapidamente, alterar a redação de sua Súmula nº 331, que regula o tema. Assim, o inciso V desta súmula passou a orientar que não somente o mero inadimplemento não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas, mas também que a aludida transferência dependeria da constatação de uma conduta culposa do ente público, evidenciada em sua obrigação legal de fiscalizar o contrato, diante do caso concreto. Confira sua redação após o julgamento da ADC 16:

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.²

Parece, ao revés do esperado, que foi o suficiente para que fosse a largada a possibilidade de condenação da Administração Pública e que sua declaração fosse a regra e não a exceção.

Daí por que um estudo referente a responsabilidade trabalhista da Administração Pública também envolve conceitos e princípios do Direito Administrativo, como o princípio da eficiência, trazido pela primeira vez à nossa Constituição Federal com a introdução, em nosso ordenamento jurídico, da Emenda Constitucional nº 19/98. Nota-se que a partir de então, passou-se a justificar inúmeros feitos arbitrários da Administração Pública com fundamento no proclamado princípio da eficiência que a Carta Magna traria como princípio. Ocorre que eficiência não se confunde com economia, do mesmo jeito que princípio não se deve confundir com fim e sobre estas diferenças, teceremos comentários.

Registrou-se, assim, a partir do citado julgamento da ADC 16, cujo comando possui

---

²TST. Resolução 174/2011.

efeito vinculante, que o tema responsabilidade da Administração Pública passou a ser foco de interpretações contraditórias entre si. A desarmonia passou a reinar nos Tribunais Regionais do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal passou a receber um grande número de Reclamações Constitucionais solicitando que fossem sustadas as decisões da Justiça do Trabalho quando condenasse a Administração Pública com base no inadimplemento, mesmo que disfarçado por uma suposta culpa, seja *in eligendo*, seja também, *in vigilando*.

Desorientada e com receio da condenação trabalhista, a Administração Pública passou a exigir cada vez mais um grande número de documentos das contratadas, sobrecarregando seus fiscais com a checagem das informações lá constantes e desviando sua atenção do que costumavam fazer: a checagem da execução do contrato com a entrega de um serviço eficiente. Assim, deixar-se-ia de ser gerencial para voltar a ser burocrática. Então, em meio a tantas controvérsias que pairavam sobre o real alcance da obrigação de fiscalização do contrato, o Tribunal de Contas da União montou um grupo de estudo que analisou toda a problemática que orbita o tema licitações e contratos de prestação de serviços de mão de obra continuada e redigiu algumas recomendações, dentre elas uma, em especial ao Ministério do Planejamento que, por meio de sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, alterasse a redação de sua Instrução Normativa nº 02/2008, com intenção de mitigar o inadimplemento trabalhista. Surgiu, assim, a IN nº 06/2013.

Registra-se que no citado estudo, o TCU analisou não somente a problemática da fiscalização trabalhista dos contratos, mas também, aspectos relevantes concernentes aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos, o qual trazemos na forma de anexo desta dissertação.

Diante do exposto, amparados pelo estudo anunciado, tecidas as considerações existentes na doutrina e jurisprudência trabalhista e administrativa, conforme anunciado anteriormente, procuramos estabelecer algumas bases para propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho com o intuito de trazer uma pequena contribuição ao mundo jurídico, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas antes, provocar discussões pertinentes.

Principiemos, então, pelo que se entende por terceirização de serviços, mas sem nos esquecermos que toda a costura desta dissertação deverá, necessariamente, ser traçada pelo fio condutor do comando vinculante do entendimento do Supremo Tribunal Federal constante do julgamento do paradigmático acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, a qual deu novos contornos a responsabilidade trabalhista da

1 A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A noção de responsabilidade, nos dizeres de Rui Stoco (2007. p. 114), pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, que significa responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos.

O jurista ensina que essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, traduzida pelos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado e entendido como algo inarredável da natureza humana.

Ocorre que nem sempre a noção de responsabilidade atingiu a todas as pessoas de maneira isonômica, principalmente se pensarmos nas pessoas jurídicas de direito público, ou melhor, na Administração Pública.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 976), descobrimos que: "Na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado [...] como nas fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade: '*Le roi ne peut mal faire*', como se afirmava na França, ou: '*The King can do no wrong*', que é a equivalente versão inglesa" ou ainda, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 597), "*quod principi placuit habet legis vigorem*", que significa aquilo que agrada o príncipe.

Naquela época, o Estado não podia errar e não causava danos. Ele não era considerado culpado por nada, absolutamente nada.

A história começa a mudar com o advento da *Lex Aquilia* do direito romano, quando surgiu a noção de culpa, bem como com o advento da teoria da *faute du service* do direito francês, que trouxe a noção de culpa administrativa. Assim, com a evolução jurisprudencial do Direito Francês, reconheceu-se a obrigação da Administração Pública de indenizar as vítimas de sua conduta danosa, independente da demonstração de culpa. Tratava-se da responsabilidade objetiva do Estado na modalidade risco administrativo, que consagrava a presença de potencialidade danosa no agir do Estado, sendo os danos causados pela atividade estatal repartidos por toda coletividade.

Esta teoria do risco administrativo influenciou a legislação e a doutrina dos países

ocidentais³ e de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (1990, p. 21), foi inspirada nos ensinamentos de Saleilles e Josserand, de caráter indiscutivelmente revolucionário.

Por fim, chegamos à teoria do risco integral, que coloca o Estado na posição de garantidor universal, bastando a ocorrência do dano e o nexo causal para que o Estado tenha o dever de indenizar a vítima do evento danoso, independente de concorrência culposa ou culpa exclusiva da vítima.

Esta responsabilidade, conhecida por nós por responsabilidade objetiva e insculpida no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 já se pensou que seria suficiente para condenar o Estado a reparar o mau que fez ao permitir a ocorrência de um ilícito trabalhista nos serviços que ele se utiliza. Aliás, este foi um dos fundamentos utilizados no Incidente de Uniformização de Jurisprudência para se criar a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho⁴

Veremos, contudo, que esta responsabilidade objetiva não é a que determinará a responsabilidade trabalhista da Administração Pública. Registra – se ainda a existência de uma lei federal que exclui a responsabilidade da Administração Pública em decorrência do inadimplemento averiguado na Justiça do Trabalho, qual seja, a lei de licitações, por meio do §1º de seu art. 71 (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Assim, o Direito do Trabalho em aparente conflito com o Direito Administrativo

---

³Por sua vez, no direito brasileiro, a teoria do risco passou a ser aplicada em casos específicos, nos meados do século XX, sendo apenas com o advento do Código Civil de 2002, que se tornou cláusula geral, através do artigo 927 (WALD, 1998, p. 100).

⁴INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 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, consequentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas consequências 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 prática. 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. (TST – IUJ-RR: 2977513119965045555 297751-31.1996.5.04.5555, Relator: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 11/09/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20/10/2000.)

parecia hermético, incomunicável e nada obstante o literal impedimento legal, a Justiça do Trabalho continuava a condenar a Administração Pública a responder, subsidiariamente, pelas verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores que para ela prestavam serviços.

Diante do exposto, foi ajuizada uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a qual colocou em xeque a constitucionalidade do referido artigo de lei e em 24 de novembro do ano 2010, reunidos no Plenário do Supremo Tribunal Federal, os ministros daquela Corte proferiram a seguinte decisão:

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, procedente. 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 1995⁵

A partir daquela data, tudo o que se pensava a respeito da responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos de prestação de serviços ganhou novos horizontes. Tal responsabilidade passou a ser enxergada por outro prisma, à luz de outras normas, outros princípios, os quais serão abordados com detalhes, sem antes, contudo, entendermos como tudo começou.

Principiemos pelo significado do vocábulo terceirização de serviços.

1.1 Terceirização de serviços

A terceirização de serviços é um fenômeno multifacetário e em constante ebulição, principalmente, pelo seu caráter dilemático entre a modernidade da especialização e a precariedade da intermediação de mão de obra, que tende a desrespeitar os direitos trabalhistas, coisificando o homem. Paradoxal, pode significar, ao mesmo tempo, relativos ganhos para o empresariado, bem como imensuráveis perdas para o trabalhador⁶.

---

⁵Cf. STF – ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001

⁶O direito do trabalho tem um objetivo muito claro, que é a melhoria da condição de vida dos trabalhadores

De início, esclarecemos ao leitor que adotaremos a expressão terceirização de serviços para nos referirmos a uma técnica utilizada para contratar serviços cujo principal insumo é a mão de obra. Assim, dentro de uma ideal de justiça utilitário, sua ambiciosa e desregulamentada exploração em prol do capital não seria considerada justa nem mesmo para Jeremy Bentham⁷, uma vez que a maioria dos envolvidos e prejudicados pela terceirização de serviços indiscriminada não são os empresários, pelo capital e em menor número, mas sim, os trabalhadores, pela ofensa à dignidade da pessoa humana e em maior número.

A não ser que o trabalho tenha deixado de dignificar o homem e a Constituição Federal de 1988 seja reescrita para se deixar clara a superioridade do capital perante a dignidade da pessoa humana, epicentro do texto constitucional, o respeito pela pessoa humana, digna simplesmente por existir, sempre deverá vir em primeiro lugar.

Detentora de uma roupagem aparentemente moderna e dinâmica de reengenharia da produção empresarial exigidas pela globalização em busca da qualidade, vem sendo intimamente ligada redução de custos sob a falsa desculpa de representar um remédio para o desemprego e uma solução moderna de desonerar a empresa daquilo que não é sua atividade final, daquilo que não lhe convém, que não é sua atividade principal. Foi sob este último pretexto que a terceirização de serviços foi inserida na Administração Pública.

Antiga inimiga do direito do trabalho, a terceirização de serviços pode possuir um caráter retrógrado pelo insuportável peso do capital sobre o trabalho, sobre os direitos sociais e, sobretudo, sobre os direitos fundamentais⁸ como um todo, caso não realizada em busca de seu ideal: serviços especializados, os quais potencialmente se prestam a valorizar seus prestadores.

Oriundo da Administração de Empresas, o fenômeno da terceirização de serviços é

(SOUTO MAIOR, [2011]).

⁷Jeremy Bentham (1748 – 1832) é considerado por muitos como o pai do utilitarismo como filosofia moral. Suas ideias obre justiça surgiram durante o período da supremacia da razão. O núcleo da teoria é formado pela moral voltada para o bem-estar das pessoas dentro da concepção de que este bem-estar é afetado por ações, as quais devem maximizar a felicidade ou minimizar o sofrimento. Essas características constituem o chamado: princípio da utilidade. Este princípio pode ser representado pela expressão “a máxima felicidade para o maior número de pessoas”. Assim, “one familiar way to think about the right thing to do is to ask what will produce the greatest amount of happiness for the greatest number of people”. Com base no exposto, é coerente indagar se o princípio da utilidade é o guia certo para todas as questões sobre o que é moralmente justo, sobre o que é certo e sobre o que é errado. Tradução feita pelo autor. Conteúdo original em inglês: SANDEL, Michael. *Principles of Morals and Legislation* (1780). Disponível em: <<http://www.justiceharvard.org/resources/jeremy-bentham-principles-of-morals-and-legislation-1780/>>. Acesso em: 24 nov. 2014

⁸Direitos fundamentais são os direitos humanos positivados. Como exemplo, confirmam-se os arts. 6º e 7º da CF/88.

estudado em vários outros campos da ciência, a exemplo das ciências econômicas⁹ e da ciência do Direito¹⁰, haja vista sua interligação com seus vários ramos, dentre eles, o Direito Tributário¹¹, o Direito Comercial¹², o Direito Civil, o Direito Administrativo¹³, o Direito Previdenciário¹⁴ e, sobretudo, o Direito do Trabalho¹⁵. E é dentro do Direito do Trabalho, seu principal oponente, que a terceirização de serviços vai encontrar sua melhor reflexão; reflexão esta sobre a razão de sua existência dentro da Justiça Especializada que nasceu da reunião de trabalhadores que lutavam por melhores condições de trabalho e a

⁹Atualmente a terceirização de serviços corresponde a 25% do mercado de trabalho no Brasil, merecendo relevante destaque em nossa economia e movimentando mais de R\$ 8 bilhões por ano. (ARAÚJO; KAFRUNI, 2004).

¹⁰Esclarecemos que, até a finalização desta dissertação, não há uma regulação legal propriamente dita do tema “terceirização de serviços” no nosso sistema legislativo pátrio. Há, em realidade, normas esparsas, cujos comandos foram reunidos em diretrizes firmadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio de suas súmulas, outrora denominadas enunciados. Referidas diretrizes foram, inicialmente, estabelecidas em 1986 por meio do enunciado 256, o qual foi convertido na Súmula nº 331 da SDI1 do Tribunal Superior do Trabalho, no ano 1993. Desta maneira, inferimos que não há como se estabelecer parâmetros legais para o tema e, em assim sendo, é importante destacar que qualquer silogismo feito diante do caso concreto, quando levado à jurisdição, deverá ser feito subsumindo os fatos aos parâmetros mínimos erigidos pela súmula em referência de maneira a se garantir o alcance da almejada segurança jurídica aos jurisdicionados.

¹¹No ramo do Direito Tributário, fator que merece destaque na contratação de empresas terceiras prestadoras de serviços (comumente chamadas de terceirizadas), apesar de não trazer encargos tributários à empresa tomadora, esta deve ficar atenta com as retenções exigidas por lei (INSS, PIS, COFINS, CSLL, ISS e IRRF). A contratante não efetuando as respectivas retenções, em procedimento de fiscalização tributária, deverá recolher os tributos, mesmo que não os reteve. Exemplos de obrigações tributárias: ISS: Conforme artigo 7º e 3º da Lei Complementar 116 de 31/07/2003, incisos de I a XXII, o ISS deve ser retido e recolhido no local da prestação do serviço, independentemente do local do estabelecimento do prestador de serviço (sede, filial, escritório). A partir de 01.02.2004, a prestação de serviços de locação de mão de obra (trabalho temporário), limpeza, conservação, segurança, vigilância, transporte de valores estão sujeitos à retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS, os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado. Base Legal: artigos 30, 31, 32, 34 a 36, da Lei n. 10.833/2003, que dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços, atualmente regulamentados pela Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.244, de 30 de janeiro de 2012.

¹²Haja vista o caráter comercial existente na relação estabelecida por duas pessoas jurídicas na qual se originará uma prestação de serviços que terá como contrapartida um pagamento futuro. Ademais, para que haja um contrato de prestação de serviços, a fornecedora dos serviços deverá ter, dentre outras obrigações, prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), registro na junta comercial, capital social compatível com o número de empregados a prestarem serviços etc.

¹³Em especial, esta dissertação tem como proposta o estabelecimento de parâmetros para se identificar a responsabilidade trabalhista da Administração Pública quando se põe a contratar serviços continuados com mão de obra residente. A problemática instaurada gira em torno do entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao comando §1º do art. 71 da lei de licitações, qual seja, a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. E para entendermos a problemática que orbita em torno deste tema, necessário se faz discutirmos conceitos administrativistas, licitações públicas e suas modalidades, bem como princípios da Administração Pública sopesados com os princípios de Direito do Trabalho.

¹⁴O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Ademais, a checagem do recolhimento da contribuição previdenciária do trabalhador, essencial para sua aposentadoria, é um dos requisitos essenciais para se verificar quando a Administração Pública paga uma fatura ao prestador

terceirização de serviços utilizada de maneira desenfreada, desregulada e indiscriminada, tende a diminuir o trabalho a uma simples mercadoria e o trabalho humano não é mercadoria de comércio¹⁶. Consequentemente, intermediação de mão de obra é um ato ilícito, considerado como tal pelo Direito do Trabalho (SOUTO MAIOR, 2014b).

Sua utilização é um dilema tão intrigante e desafiador quanto o famoso dilema shakespeariano¹⁷, pois, apesar de ser vendida como uma técnica moderna de produção ou fruto de reengenharia de produção num mercado globalizado, de modo a trazer benefícios econômicos e agilidade na consecução dos objetivos da empresa moderna, sua constante prática pelo baixo custo, tal como hoje praticada no Brasil, claramente significa um retrocesso social, pois, tendencialmente, precariza o trabalho.

Aliás, a ideia de precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo da mão de obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço (SOUTO MAIOR, 2004, p.120). Não deveria assim, acontecer no setor público, onde a terceirização é precedida por uma licitação pública cujas fases procuram escolher a melhor proposta viável, respeitando-se, publicamente, os direitos trabalhistas.

Ocorre que, diferentemente das empresas em âmbito privado, que existem, principalmente porque seus idealizadores almejam lucro, a Administração Pública, apesar de não almejar lucro, escolhe pelo menor preço. É a regra do jogo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 325) reconhece que, embora seja exceção à regra, a burla aos direitos trabalhistas ocorre, mesmo dentro da Administração Pública, razão pela qual deve sujeitar-se às decisões da Justiça do Trabalho:

---

de serviços.

¹⁵Dispensa-se comentários na medida em que é o Direito do Trabalho a peça indispensável na luta contra a precarização dos direitos do trabalhador. Foi por esta razão que ele nasceu.

¹⁶A Declaração de Filadélfia antecipava em quatro meses a adoção da Carta das Nações Unidas (1946) e em quatro anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), para as quais serviu de referência. Reafirmava o princípio de que a paz permanente só pode estar baseada na justiça social e estabelecia quatro ideias fundamentais, que constituem valores e princípios básicos da OIT até hoje: que o trabalho deve ser fonte de dignidade, que o trabalho não é uma mercadoria, que a pobreza, em qualquer lugar, é uma ameaça à prosperidade de todos e que todos os seres humanos têm o direito de perseguir o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2014).

¹⁷

“To be or not to be”, um dos mais famosos dilemas de William Shakespeare ([1603]).

Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.

De toda forma, muito mais do que um estudo acadêmico, a terceirização de serviços é uma realidade mundial e boa ou má, representa ¼ da economia brasileira, afeta mais de 14 milhões de trabalhadores em todo o Brasil¹⁸ e move mais de R\$ 8 bilhões¹⁹ por ano somente na Administração Pública federal, razão pela qual, emprestando-nos, oportunamente, da célebre expressão do jurista francês George Ripert, lembramos que o direito não deve fechar os olhos para a realidade, sob pena de a realidade se vingar do direito. Neste diapasão, já no ano 2008, alertava Vantuil Abdala (2008, p. 17):

E, de fato, a realidade tem se vingado por essa anomia. Basta verificar que, no Tribunal Superior do Trabalho (TST), existem 9259 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 trabalhista menos de dez por cento de todas as ações ajuizadas por empregados no país, podemos ter uma ideia da dimensão da insegurança jurídica e da litigiosidade que tem gerado a ausência de regulamentação desse tipo de contratação.

Diante da importância do tema à economia brasileira, haja vista a vultosa quantidade de empresas e trabalhadores por ela envolvidos, da grande quantidade de terceirização de serviços feita de forma ilícita com o intuito de burlar os direitos trabalhistas, da valorização social do trabalho e do respeito à dignidade da pessoa humana preconizados na Constituição Federal de 1988, tudo isso em um ambiente de falta de regulação²⁰ legal, analisemos como, dentro dos chamados choques de princípios ou

¹⁸Notícia divulgada em 02 de outubro de 2014 revela que pesquisa realizada pelo SINDEEPRES (conhecido por ser o Sindicato dos “terceirizados”, atualiza dados da terceirização no Brasil e diz que “A terceirização emprega 14,3 milhões de trabalhadores formais em todo Brasil. O setor é composto por 790 mil empresas, que faturam R\$ 536 bilhões ao ano e contribuem com R\$ 17,4 bilhões para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), R\$ 43 bilhões para a Previdência Social e R\$ 47 bilhões destinados ao pagamento de vale-transporte aos empregados durante o mesmo período.” (PESQUISA..., 2014).

¹⁹No ano 2013, a Adminas Administração e Terceirização de Mão de Obra, com sede em Belo Horizonte, e a Delta Locação de Serviços e Empreendimentos, de Lauro de Freitas (BA), receberam do Ministério da Fazenda, mas não pagaram os trabalhadores. As empresas, que sumiram do mapa, também deixaram um rastro de prejuízos nos ministérios da Integração Nacional e da Justiça e no Banco do Brasil. A Delta, por sinal, havia sucedido a Visual Locação e Serviços como prestadora de serviços à Fazenda. A empresa teve seu contrato rescindido exatamente pelo mesmo motivo, ou seja, não pagou os trabalhadores da pasta e desapareceu com o dinheiro. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2014/04/29/internas_economia,425178/governo_federal-gasta-pelo-menos-r-8-bilhoes-com-mao-de-obra-terceirizada.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2014.

²⁰Odete Medauar (2002) informa que há dois posicionamentos para a definição do termo regulamentação:

antinomias jurídicas aparentes²¹, a Constituição Federal nos ensina a tratar da questão, sobretudo quando se faz considerações acerca da responsabilidade trabalhista da Administração Pública diante da dignidade da pessoa humana.

1.1.1 A terceirização e o princípio da eficiência

Há um evidente conflito intimamente ligado à terceirização de serviços: enquanto de um lado, temos os tomadores de serviço representados pelo empresariado amparado pela livre iniciativa e pela propriedade privada (art. 170 da CF/88), bem como a Administração Pública amparada pela busca da eficiência e economicidade, de outro lado temos o Direito do Trabalho que protege o trabalhador e a dignidade da pessoa humana, o qual preconiza o respeito ao cidadão e a valorização social do trabalho, entre outros.

Neste diapasão, Maurício Godinho Delgado ensina que a noção de cidadania é importante para a entendermos nossa Constituição cidadã e, assim, aproveitamo-nos de suas lições para efetuarmos nossas ponderações principiológicas.

Já em 1992, o jurista ensinava que, topograficamente, a Constituição de 1988

[...] evidência a prevalência da pessoa humana em seu interior, certificando em seu frontispício, capítulos e normas iniciais, direitos de caráter individual e social, que ocupam o espaço aberto por todas as Cartas anteriores exclusivamente às entidades estatais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É relevante, social e politicamente, essa distinção no tratamento jurídico, por se saber incompreensíveis o fato e o conceito de cidadania sem o instrumental e estatuto jurídicos hábeis a lhes conferir consistência prática. O encorajamento jurídico da noção de cidadania é aspecto importante à sua efetiva configuração social. (DELGADO, 1992, p. 45-46).

“Ao se cogitar do aspecto estritamente normativo, para quem entende que regulamentar ou editar regulamentos significa só explicitar a lei, os sentidos (entre regulação e regulamentação) mostram-se diversos; regulamentar teria sentido mais restrito que regular. Para quem aceita a possibilidade de haver regulamentos destinados, não apenas a explicitar a lei, mas a disciplinar matérias não privativas de lei, haveria identidade de termos, sob o estrito ângulo normativo.” (MEDAUAR, 2002, p. 128).

²¹As antinomias jurídica representam choques entre normas e princípios, mesmo que aparentemente, daí, o nome antinomias jurídicas aparentes. Para serem solucionadas, o direito se utiliza de ponderações e da proporcionalidade. Ronald Dworkin – e com ele, encontramos as soluções para os chamados *hard cases* – ensina que ao se deparar com antinomias jurídicas, o intérprete deve encontrar a forma mais ponderada de aplicação da norma ao caso concreto, revelando-se aquele choque de normas nada mais do que apenas uma antinomia jurídica aparente. Revela-se, no entanto, mais complexa do que um simples caso de subsumção dos fatos à norma. Para Canotilho (1999), esta técnica da ponderação pode ser efetivada tanto no legislativo quanto no judiciário. Assim, as normas de direitos fundamentais devem ser entendidas como exigências ou imperativos de otimização a serem realizadas, o máximo quanto possível, de acordo com o contexto jurídico e a respectiva situação do caso concreto para o qual se projetam. Conferir em Dworkin (1963) e Canotilho (1999, p. 1195).

Alzira Alves de Abreu (2001. p. 1563) leciona que a partir da Constituição de 1988, os direitos dos trabalhadores “ganham a qualidade e estatura de direitos humanos fundamentais”.

E como norte ao legislador, a dignidade humana é traduzida, pela Constituição Federal de 1988, como “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem (AFONSO DA SILVA, 2000. p. 109)”. Na condição de valor supremo, a dignidade consolida o pressuposto de que o valor central da sociedade está na pessoa humana – centro convergente dos direitos fundamentais.

Diante dessa perspectiva a Constituição Federal de 1988 incorpora uma concepção ampliada de Direitos Humanos – sendo esta concepção referência central da dinâmica de seu processo interpretativo.

Ingo Wolfgang Sarlet (2011. p. 73) descreve a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Gabriela Neves Delgado (2014. p. 89), por seu turno, ensina que a dignidade é alçada ao epicentro do Texto Constitucional de 1988 na condição de princípio constitucional de dimensão multifacetada. Além disso, aponta a jurista que em seu art. 170, a Constituição determina que a ordem econômica garanta a todos uma existência digna e, em seu art. 193, exige que a ordem social tenha como objetivos o bem-estar e a justiça social.

Quanto ao conceito de justiça social, esta traduz toda a ideia contemporânea que assegura e determina a existência de mecanismos jurídicos e administrativos voltados à concretização da dignidade da pessoa humana e à democratização da sociedade política e da sociedade civil, mediante estímulo a medidas de inclusão social das pessoas em sociedade (DELGADO; DELGADO 2013. v. 1, p. 143.).

Assim, o Direito do Trabalho constitucionalizado passa a ganhar contornos de

referência decisiva no processo de interpretação diante de outros princípios. Passa-se a adotar um prisma humanista, de viés social e não mais econômico. Por isso que, diante do desrespeito à dignidade da pessoa humana quando ela se depara com o capital, este sempre perderá para aquele.

Diante de um dilema tão controvertido, de aparente choque entre normas e princípios, Geraldo Ataliba (1998, p. 102) acentua que o sistema jurídico se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras.

Ataliba (1998, p. 104), ao teorizar sobre os princípios que por vezes se chocam na Constituição, afirma que, mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema.

Sobre princípios, clara é a lição de Odete Medauar (2009, p. 125):

No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado, os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres.

A jurista ainda completa dizendo que a Corte de Justiça da União Europeia vem se valendo dos princípios do Direito Administrativo na solução de muitas questões, em especial na tutela dos direitos dos cidadãos ante medidas da administração de Estados integrantes.

Robert Alexy (2002, p. 96), ensina que princípios são mandados de otimização para serem aplicados e sopesados não em abstrato, mas em concreto. A aceitação dos princípios como mandados de otimização acarreta a inexistência de relações absolutas de precedência – em uma colisão entre princípios, deverá ser realizada operação de ponderação para que a decisão se dê às vistas do caso concreto. Fecham-se parênteses.

Em assim sendo, buscamos entender se é plausível, dentro de uma possível hierarquia de princípios, no caso concreto, a eficiência se sobrepor à dignidade da pessoa humana. Sem delongas e afastados do intuito de esgotar o tema, ilustraremos mais adiante nossas primeiras considerações. Voltemos, por ora, ao princípio da eficiência no Estado brasileiro.

A partir da década de 60 do século passado, a Administração Pública, após a primeira reforma do Estado ocorrida em 1936, pensou em ser mais eficiente e eficaz em substituição ao seu modo de pensar burocrático.

Ao utilizarmos os adjetivos eficiente e eficaz, buscamos demonstrar uma mudança no modo de pensar do Estado brasileiro. À primeira vista sinônimos, destacamos a separação semântica de ambos para que possamos, por meio do advento da Emenda Constitucional nº 19/98, tentar equacionar a plausibilidade de a Administração Pública terceirizar serviços.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003. p. 298-299) distingue ambas as figuras e salienta que eficiência:

[...] é um conceito econômico que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. [...] A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação.

Pelas valiosas explicações de Grotti, entendemos que ser eficiente é aproveitar ao máximo os recursos escassos para se atingir determinado objetivo, enquanto ser eficaz significa apenas resolver determinado problema, atingir o objetivo. Ou seja, ser eficaz dispensa a análise do quanto custa atingir dado objetivo, contanto que o atinja.

Diante do exposto, é coerente indagar se ao introduzir o princípio da eficiência na Constituição Federal, em 1998, o Poder Constituinte primava pela eficácia. De todo modo, voltando aos idos de 1960, temos que o modelo burocrático já se encontrava ultrapassado e a Administração Pública buscava ser mais eficiente.

Identificamos que a referida ambição pela mudança se deu na mesma época que se iniciava o desenvolvimento da chamada Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

Quanto ao tema, Zylbersztajn e Stajn (2005. p. 74-75), explicando o movimento da Análise Econômica do Direito, diz que

[...] o movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo.

Por seu turno, João Bosco Leopoldino da Fonseca (1998. p. 36-37.), corroborando o exposto, diz que Richard Posner foi o principal propulsor da Análise Econômica do Direito, dando uma abordagem mais ampla e profunda ao Princípio da Eficiência.

Segundo Leopoldino da Fonseca (1998), para Posner, a eficiência é a utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, dentro de uma escala de valores da satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização entre os custos e as vantagens.

Ainda sem encontrar uma solução para a equação Estado eficiente x terceirização de serviços, que traz em seu cerne a tendência em precarizar direitos, ponderamos, emprestando-nos da literatura dos economistas, para averiguar que um dos modelos de eficiência social está vinculado ao chamado “Ótimo de Pareto” ou Eficiência de Pareto que diz, em síntese, que a gestão eficiente é a que melhor gasta os recursos, sem prejudicar um terceiro.

Quanto ao Ótimo de Pareto, Alejandro Bugallo Alvarez (2006. p. 63) o explica assim: “Uma decisão é ótima, segundo Pareto, se não existe outra situação diferente que se prefira unanimemente, o que implica que devem rejeitar todas as situações que todos declaram unanimemente como piores”.

Em verdade, enquanto princípio da Administração Pública, arriscaríamos dizer que a eficiência teve origem junto ao nascimento das grandes teorias das ciências administrativas. Entre os seus idealizadores estariam Taylor, Fayol e Weber, pois foram eles que definiram inicialmente o seu conteúdo principiológico. Observe-se ser Fayol o primeiro a definir as características do bom administrador, bem como os princípios da administração geral.

Taylor teve sua principal preocupação do estudo dos melhores meios como forma de obtenção do fim buscado pela organização (FAYOL, 1990, p. 27, 43-44) e Weber caracterizou as organizações sociais, analisando a sua juridicidade e a eficiência como

princípio para a obtenção de seus fins.

Ocorre que outra opção para se perquirir a plausibilidade de se perpetuar a terceirização de serviços na Administração Pública, é a ponderação sobre a contratação de servidores ou empregados públicos para a realização das chamadas atividades-meio já realizadas pelos terceirizados. Quanto a esta possibilidade, existem aqueles que defendem que se isso ocorrer, haverá um inchaço da máquina pública, vez que há um limite de gastos com pessoal, o administrador público prefere continuar contratando serviços, pautando-se na eficiência, em vez de contratar, diretamente, empregados públicos.

Assim, o administrador julga fazer uma gestão eficiente. Há controvérsias. É que o princípio da eficiência, tal como visto supra, não corresponde, originalmente, a um princípio do Direito e ao vir para nossa esfera, tende a sofrer um certo arrefecimento da proeminência que possui na Economia, principalmente no que se refere a sua utilização quando indiretamente bate de frente com uma prática que desrespeita os direitos trabalhistas dos chamados terceirizados, fato que ora analisamos.

Enfim, já chamamos atenção anteriormente e percebemos que eficiência vem sendo amplamente utilizado como desculpas para muitas ações públicas sob a proteção do chamado princípio constitucional da eficiência. Ocorre que nem todos pensam assim.

Neste sentido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1998, 108-109, grifo do autor) diz que eficiência nem mesmo é um princípio e não deveria ser, pois é fim:

Inicialmente cabe referir que *eficiência*, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será *princípio* da Administração Pública, mas sempre terá sido – salvo se deixou de ser em recente gestão política – *finalidade* da mesma Administração Pública. Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante *eficiente*, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros [...] Enfim, trata-se de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e sem nenhuma relevância jurídica no apêndice ao elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública.

Por seu turno, por considerar o princípio da eficiência como um subprincípio do princípio italiano da boa administração, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 92), explica que a elevação da eficiência enquanto princípio contido no art. 37 da Constituição Federal revela-se um mero adorno e postergação daquele que é o dever administrativo por excelência:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se,

evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração.”.

Apesar de haver leve divergência sobre quando nasceu o princípio da eficiência, a doutrina majoritária se inclina no sentido de que, nada obstante, hoje ele faz parte do princípio do bom administrador, assim, enquanto este é gênero, aquele é espécie.

Em assim sendo, de modo a darmos um pouco mais de sentido e noção do alcance deste princípio que veio da doutrina italiana, poderíamos definir o bom administrador como aquele seguidor da moral administrativa, eficiência, justiça e racionalidade.

Os doutrinadores portugueses Canotilho e Vital Moreira (1993, p. 925-928) demonstram a mesma opinião quanto à diferença, quando expressam a obediência ao princípio da boa administração estabelecido na Carta Constitucional de seu país, como sendo a atuação tenente à eficiência e congruência.

Por seu turno, Lúcia Vale Figueiredo (2000, p.60) diz que o princípio da eficiência não seria considerado um princípio constitucional se não englobasse as avaliações de legitimidade, em sentido amplo, e economicidade do ato:

Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.

Enfim, seja a eficiência princípio próprio, um subprincípio da boa administração ou um fim, oportuna é a lição de Rui Barbosa (GUIMARÃES, 2000, p. 94):

Costuma-se dizer que os princípios são tudo. Não seríamos nós quem contestasse esta verdade sensatamente entendida. Cultor mais devoto deles do que nós, não queremos que haja. Mas o primeiro de todos os princípios é o da relatividade prática na aplicação deles à variabilidade infinita das circunstâncias dominantes.

Deste modo, nada justifica sob a proteção da eficiência a Administração Pública possa terceirizar sem cuidar da relação trabalhista existente entre o prestador de serviços contratado e o “terceirizado”, pois, uma relação que tendencialmente se verifica como prejudicial a este trabalhador. Assim, mesmo que não seja este o terceiro tratado pelo Ótimo de Pareto, pois, vinculado à relação jurídica estabelecida entre as partes por um contrato, deve ser protegido por quem deu causa à relação: a Administração Pública.

Diante da breve análise, consideramos que caso a prática da terceirização ocorra, prática esta tendencialmente precarizante, a Administração deve, no mínimo, garantir os direitos fundamentais inerentes ao trabalho para que esta tendência precarizante não se concretize em malefícios ao terceirizado. E se o instituto é constantemente mal utilizado no âmbito privado, não pode, assim, ocorrer no âmbito público, sobretudo pela força do *ius imperium* que possui a Administração Pública no Brasil, com o poder, inclusive, de evitar que tais malefícios econômicos ocorram com o trabalhador no decorrer do contrato firmado fruto de licitação.

É certo, contudo, que a terceirização ocorre na Administração Pública com outros fins que não o de obter lucro, ou enxugar os custos como na iniciativa privada, mas o que fazer diante de uma lei que, via de regra, preconiza uma licitação em busca do menor preço se o que se pretende é que o contrato tenha o menor preço exequível e que o contratado não pague preço vil aos seus empregados, prejudicando-os, se o único insumo do contrato de prestação de serviços licitado é a mão de obra?

Deve-se, assim, ser indagado o que se esperar das licitações. Será sempre o menor custo ou poderia ser o menor custo aceitável? Assim, válido seria o questionamento do que se pode entender por aceitável e de antemão, esclarece-se que a resposta parece ter cunho subjetivo e demandaria tempo e um grande fôlego de estudo.

Questiona-se, então, se estamos preparados para mudarmos nossa legislação com compromisso de efetivação dos direitos dos terceirizados que se ativam nestes contratos de prestação de serviços.

Esta é uma pergunta que o legislador e em última análise, a população representada por ele, deve se fazer caso permita que a Administração Pública continue a terceirizar parte de seus serviços diante da lógica precarizante da terceirização de serviços pelo menor preço.

1.2 Terminologia e origem do instituto

Maurício Godinho Delgado (2004. p. 428.) leciona que a expressão terceirização resulta de um neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Delgado explica que não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. Explica que este epíteto foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Segundo Queiroz (1995), o início da terceirização tal como ela se configura hoje, deu-se nos Estados Unidos da América por volta de 1940, quando o país estabeleceu alianças industriais com países europeus para a produção de armamentos, com o objetivo de combater o nazismo. Por outro lado, há quem confirme que a terceirização nasceu nos Estados Unidos, mas que teve outro início, qual seja, a secretária de um advogado, de nome Winters, adoeceu e ele precisou contratar, em substituição temporária, outra pessoa para datilografar um recurso para o Supremo Tribunal Federal. A solução foi exatamente o que precisava. Sua ideia funcionou e pensando que várias pessoas poderiam passar pelo mesmo problema, resolveu criar a "*Man Power*", empresa que passou a fornecer mão de obra temporária para trabalhos inesperados e de curta duração (GIGLIO, 2011, p. 391).

De todo modo, ambas as ideias relatadas se referem ao conceito amplo de terceirização, o qual veremos acolhe muitas outras figuras mais.

Um fenômeno que lá ficou conhecido por *outsourcing* se espalhou pelo mundo, na Itália ganhou o nome de *subcontrattazione*; na Espanha, ficou conhecida por *subcontratación* e em Portugal, por subcontratação, enquanto que na Alemanha, ganhou o nome de *tertiarisierung* e na França, *soustraitance*.

Entre nós, o termo que restou consagrado para a definição desse fenômeno foi mesmo a lexia “terceirização”, apesar dos diversos outros nomes que, como veremos, foram e são trazidos pela doutrina para denominar a contratação de terceiros por uma empresa para a prestação de serviços ligados a sua atividade-meio, mas nem todas exprimem o conteúdo jurídico do tema de maneira precisa.

Otávio Pinto e Silva (2004. p. 60) define a terceirização como sendo uma técnica de administração que reflete a tendência de transferir a terceiros atividades que anteriormente

estavam a cargo da própria empresa.

Em outras palavras, como descrevem José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho (2000. v.1, p. 500.), terceirização é a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida.

Sobre sua definição, Sérgio Pinto Martins (2010) explica que tem-se entendido por terceirização é o fato de a empresa contratar serviços de terceiros para a prestação de serviços que foi contratada. Explica ainda que o vocábulo

Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos. (MARTINS, 2010, p. 6.).

Neste sentido, Guilherme Guimarães Feliciano (2007, p. 45-46) leciona que a terceirização pode ser entendida como descentralização das atividades empresariais e que ela comporta diferentes manifestações:

Terceirização, em senso lato, é descentralização das atividades empresariais. Admite, por conseguinte, diversas manifestações concretas, como o fornecimento de coisas ou bens, por uma parte (como, se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece matéria-prima semimanufaturada para as linhas de montagem da empresa “B”), e fornecimento de serviços, por outra (como se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece pessoal para se ativar em um segmento da linha de produção da empresa “B” — terceirização de atividade-fim — ou para a prestação de um serviço auxiliar, como limpeza, alimentação, transporte ou vigilância patrimonial — terceirização de atividade-meio). É essa última, em princípio, a terceirização disciplinada pela Súmula 331 do C.TST: fornecimento de serviços que, direta ou indiretamente, imiscuem-se no processo produtivo da empresa tomadora.

Assim, temos que a terceirização pode ser externa ou interna, mas em qualquer das modalidades, significa descentralização das atividades empresariais.

Quando externa, a terceirização fragmenta cada empresa em diversas parceiras, espalhando também os trabalhadores, os quais passam a ser controlados a distância. Exemplo dessa modalidade de terceirização são as montadoras.

Quando interna, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, colocando num mesmo ambiente os seus empregados contratados e os terceirizados, normalmente em situação econômica distinta, sendo os últimos menos valorizados que os

efetivos.

Já para Marçal Justen Filho (2005, p. 552.), “terceirização consiste num contrato de prestação de serviços por meio do qual um sujeito transfere a outrem o dever de executar uma atividade determinada, necessária à satisfação de um dever”.

Diante da falta de regulação legal, Sérgio Pinto Martins (2010, p. 10.) leciona que a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos que necessitam ser analisados, mormente no campo trabalhista.

A terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando, até o momento, do tema. Trata-se na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial. No entanto, a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, mormente no campo trabalhista. É claro que a empresa deverá obedecer às estruturas jurídicas vigentes, principalmente às trabalhistas, sob pena de arcar com as consequências decorrentes de seu descumprimento, o que diz respeito aos direitos trabalhistas sonogados ao empregado.

Quanto a sua utilização, o jurista explica que a terceirização consiste na agregação de atividade-fim de uma empresa a atividade-meio de outra empresa.

[...] possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Terceirização da atividade diz respeito à empresa. Terceirização da mão de obra diz respeito ao serviço.

Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. (MARTINS, 2010, p. 10).

Por aqui já identificamos um problema inicialmente trazido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 1993, com o advento do verbete nº 331 de sua súmula consolidada: o conceito de atividade-meio e atividade-fim, que será enfrentada com mais minúcias no capítulo 2, que trata das particularidades da terceirização. É que enquanto a atividade a ser terceirizada é meio para alguns, é fim para outros. Ainda, para a mesma pessoa jurídica, ela pode representar atividade-meio em uma época e atividade-fim em outra, caso esta atividade-meio passe a dar mais lucros do que a atividade-fim original. Afinal, vivemos em um mundo capitalista.

Abrimos pequenos parênteses para distinguir atividade-fim de atividade-meio no âmbito da Administração Pública. Com este fim, Odete Medauar (2007, p. 101-102)

leciona que:

O complexo de órgãos e entes personalizados, conduzidos por um corpo de agentes, que forma a Administração Pública, realiza grande número de atividades. As atividades destinam-se precipuamente a atender necessidades e interesses da população; fragmentam-se em inúmeras variedades, cada qual com características jurídicas e técnicas próprias. A Administração Pública desempenha, assim, amplo e diversificado leque de atividades, para cumprir as tarefas que o ordenamento lhe confere, atividades essas de diferentes tipos, sob várias formas e regimes. [...] São mencionadas com frequência as atividades-fim, diferenciando-as das atividades-meio. As primeiras dizem respeito às atuações voltadas mais diretamente aos administrados, como ensino, pavimentação de ruas, coleta de lixo. As segundas concernem ao âmbito interno da Administração ou aparecem como atividades de apoio para o desempenho das primeiras, como, por exemplo, os serviços contábeis, os serviços de expediente, os serviços de arquivo. Portanto, apesar de ser notório que qualquer atividade praticada pela Administração Pública deve ser pautada pela busca da satisfação de um interesse público, entende-se que certas atividades, que envolvem serviços prestados internamente (como serviços de copa, limpeza e manutenção), podem ser consideradas atividades-meio, pois não correspondem a um serviço prestado diretamente à população, mas capaz de proporcionar suporte a que a Administração Pública preste um serviço voltado a uma atividade-fim.

Diante do exposto, temos que a terceirização de serviços se insere em todos os tipos de empresa, quer seja dentro dela, quer seja fora dela. Pode ocorrer com o fornecimento de produtos e serviços, somente produtos ou somente serviços, podendo ter mão de obra permanente em suas dependências ou não.

Verifica-se, contudo, que diante de uma falta de regulação legal própria, sua prática indiscriminada pode trazer consequências jurídicas para as empresas, devendo-se tomar cuidado ao praticá-la, pois, se diminuem-se os custos, alguém sai perdendo, principalmente se estes custos estão diretamente ligados ao único insumo do contrato de prestação de serviços, qual seja, a mão de obra. É a lógica do jogo de soma zero da Economia. Se alguém ganhar, outro perderá.

Enfim, diante de tantas definições, cada uma vista sob um prisma, nesta dissertação, adotamos o termo terceirização de serviços para nos referirmos a transferência de serviços permanentes da Administração Pública e não realizados diretamente por ela, à iniciativa privada, especificamente de suas atividades internas acessórias ou de mera execução e que não representam atos de decisão, conforme já regulava o Decreto nº 200, de 1967.

1.3 O alcance da terceirização

A terceirização, de acordo com Jorge Luiz Souto Maior (2005), é prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de “toyotismo”. A expressão, no entanto, por si só, não diz nada, representando apenas um modismo de uma pretensa demonstração de intelectualidade. “Toyotismo”, como o próprio nome diz, é o modelo de produção adotado pela fábrica japonesa de automóveis, a Toyota, que, na verdade, representa um modo de pensar a produção. O autor ainda trata do fenômeno da terceirização ao mencionar que se diz que ela é técnica moderna do processo produtivo, quando, em verdade, explica que o que chamam de terceirização não é

[...] nada além do que a intermediação de mão de obra que já existia nos momentos iniciais da Revolução Industrial, e cujo reconhecimento da perversidade gerou, na perspectiva regulatória corretiva, a enunciação do princípio básico do Direito do Trabalho de que “o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio” (Tratado de Versalhes, 1919), do qual adveio, inclusive, a criminalização, em alguns países como a França, da “marchandage”, ou seja, da intermediação da mão de obra com o objetivo de lucro (SOUTO MAIOR, 2015).

Segundo o jurista, a terceirização “concretamente, representa uma estratégia de destruição da classe trabalhadora, de inviabilização do antagonismo de classe, servindo ao aumento da exploração do trabalhador, que se vê reduzido à condição de coisa invisível [...]” (SOUTO MAIOR, 2014).

Registramos que, embora o citado autor traga grande contribuição à defesa dos trabalhadores, não representa a totalidade da doutrina trabalhista, sendo certo que existem aqueles que a admitem, contanto que se realize de maneira higiênica, ou seja, de modo a garantir o direito dos prestadores de serviço e mesmo embora ela se realize como uma aparente intermediação de mão de obra, há que se haver solidariedade entre contratante e contratado na garantia dos direitos trabalhistas, vez que esta relação trilateral difere da relação ordinária bilateral de trabalho constante dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em contraponto com a clássica relação bilateral de trabalho, Maurício Godinho Delgado (2014) explica:

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 trabalhador 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.

Delgado ainda leciona que o desajuste que advém da substituição desta clássica relação laboral bilateral por uma relação trilateral traz graves desajustes aos objetivos nucleares do Direito do Trabalho, devendo ser vista ou utilizada como uma exceção:

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho esse novo modelo sofre restrições da doutrina e jurisprudência justtrabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho (DELGADO, 2014).

Segundo Pedro Vidal Neto (1992. p. 27), “a autêntica terceirização implica a existência de empresas de prestação de serviços e não, simplesmente, de fornecimento de mão de obra”. Para o autor,

Pode-se concluir que a terceirização real: a) é uma forma moderna e aperfeiçoada de organização empresarial, permitindo maior eficiência administrativa e maior aprimoramento qualitativo; b) não é uma espécie de marchandage ou de contratação de mão de obra por meio de interposta pessoa; c) não logra aviltar a remuneração ou deteriorar as condições de trabalho e não tem esse objetivo. Trata-se, portanto, de uma atividade econômica normal, que pode ser desenvolvida livremente, com respaldo nas disposições do parágrafo único do art. 170 da CF [Constituição Federal]: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (VIDAL NETO, 1992, p.28).

Amauri Mascaro Nascimento (1993, p. 21) chama atenção para o fato que a terceirização é um tipo de locação permanente de força de trabalho, que consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços por prazos longos, superiores a três meses. Assim, as empresas contratantes devem tomar certos cuidados para não serem responsabilizadas pelos trabalhadores da subcontratada, sendo o mais importante deles a

não subordinação direta dos trabalhadores da subcontratada, pois isso a torna responsável legal por eles.

Em termos gerais, o vocábulo “terceirização” deve ser entendido como uma técnica administrativa de desconcentração produtiva, que provoca uma relação jurídica trilateral, por meio da qual o trabalhador presta serviços a um tomador de serviços, apesar de possuir contrato laborativo com uma empresa interveniente ou fornecedora.

Exemplo mais evidente da terceirização é o realizado na indústria automobilística, em que praticamente esta apenas monta o automóvel, sendo todas as peças fabricadas por terceiros, seguindo a padronização imposta pela montadora de veículos (MARTINS, 2010).

Em síntese, se para os administradores, a terceirização é uma técnica de reorganizar a produção, substituindo-se o antigo modo de pensar a produção pelo novo conceito de fabricação *just in time*, para os trabalhistas, a terceirização é um fenômeno que representa uma relação jurídica trilateral, a qual afasta o capital do trabalho, tendencialmente, precarizando os direitos trabalhistas, diminuindo a união dos trabalhadores e a força dos sindicatos. Já para os administrativistas, que vão enxergá-la por um viés essencialmente contratual, pois, acontece dentro do tema licitações e contratos, a terceirização de serviços é um contrato por meio do qual se transfere a um terceiro o dever de executar uma atividade, determinada e denominada de mera execução, da Administração Pública.

1.4 Apontamentos sobre a terceirização no Brasil

No Brasil, a terceirização é resultado de um processo periódico, gradual e incisivo de uma prática que, perceptivelmente, visa à redução de custo. É fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.

Os processos de terceirização ganharam impulso porque representam a postura do “ganha-ganha”, ou seja, todas as partes envolvidas, teoricamente, possuem vantagens. Para a empresa tomadora, a que contrata os serviços de uma terceira, a vantagem é ela poder focalizar sua produção de modo a concentrar seus investimentos, atenção e desenvolvimento tecnológico naquilo que é sua atividade-fim; para os trabalhadores e para a economia em geral, o processo de terceirização significa um aumento no número de

empregos decorrente do surgimento de várias pequenas empresas. Ocorre que a realidade prática não é tão bonita quanto parece pintada na teoria

Perfeitamente de acordo com a lógica de produtividade e competitividade do Capital, as duas das principais vantagens da terceirização são a redução dos custos administrativos de pessoal e a criação de condições de desmobilização para movimentos grevistas. De fato, do ponto de vista do Capital, esse é um ganho em termos de recomposição do domínio sobre a classe trabalhadora, no entanto, já acrescentamos que o corte de custos ou a obtenção de lucro em detrimento dos direitos trabalhistas poderá ser chamado de qualquer coisa, menos de terceirização. Assim sendo, a decisão de terceirizar serviços deve se apoiar em princípios éticos, técnicos e de busca de melhoria de qualidade e produtividade, ou seja, de busca da especialização, como utilizada pelos países estrangeiros.

Nos países estrangeiros, a terceirização constitui, na verdade, uma nova divisão do trabalho e a tendência é crescente. As grandes empresas da Europa, por exemplo, compram de outras empresas cerca de 80% dos itens que compõem seus produtos finais. No Brasil, 75% das grandes empresas praticam algum tipo de terceirização (LEILA, SOUTO E SARATT, 1996).

A terceirização no setor de serviços também é intensa. Os bancos avançaram muito nesse campo com a ajuda da informática. Já em 2006, há notícias que o American Express utiliza os serviços de 8 mil empregados em tempo integral que trabalham na Índia e Filipinas. O ABN Amro Bank transferiu, naquele ano, 1,5 mil de seus funcionários para empresas especializadas em informática e O HSBC anunciou a transferência das atividades de 27 mil de seus funcionários para *call centers* ao redor do mundo (PASTORE, 2006).

Por aqui, inicialmente, foi introduzida no setor industrial pelo modelo *toyotista*²² de

---

²²Toyotismo: ou ohnismo, de Ohno, engenheiro que o criou na fábrica da Toyota, como via japonesa de expansão e consolidação do capitalismo monopolista industrial, é uma forma de organização do trabalho que nasce na Toyota, no Japão-pós 1945 e que, rapidamente, se propaga para as grandes companhias daquele país. As principais características desse modelo são a produção vinculada à demanda, ao contrário da produção em massa do fordismo; o trabalho operário em equipe, como multivariabilidade de funções; o processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; a presença do *just in time* (melhor aproveitamento do tempo de produção); estoques mínimos; senhas de comando para reposição de peças e estoque; estrutura horizontalizada – apenas 25% (vinte e cinco por cento) da produção é realizada pela própria empresa, o restante é realizado por empresas terceirizadas; organização de círculos de controle de qualidade, compostos pelos empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho (BERGAMANN, 2003. p. 279). Já para Jorge Luis Souto Maior (2004), “O toyotismo, extraíndo o sumo daquilo que pode ser apontado como seu elemento identificador, abstraindo, portanto, todas as suas nuances, em termos de técnica produtiva, pode ser entendido como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível com o menor dispêndio econômico possível, o que, na verdade, acaba não representando nenhuma novidade com relação ao fordismo. O que muda, como visto, é a forma de se chegar a isto, mas o efeito, acaba sendo o mesmo, comum agravante: neste

produção, que se estendeu, sobretudo a partir da década de 1970, com a inserção dos “círculos de controle de qualidade” nas grandes empresas (DRUCK, 1999, p. 102). Ganhou forças na indústria automobilística nos anos 1980, em especial com a política do *just in time*, do *kanban* e se consolidou nos anos 1990.

Nesta década de 1990, sob a proteção do escudo da qualidade e produtividade em face da competição do mercado, passou-se a terceirizar, indiscriminadamente, todas as atividades das empresas, quer fossem elas atividades nucleares, quer fossem elas atividades periféricas não diretamente relacionadas à entrega do produto ou prestação de serviços.²³

A partir de então, este modelo de gestão se expandiu intensamente por todos os setores da economia brasileira, consolidando uma fase de “epidemia da qualidade e da produtividade” no país, acrescida pela implantação dos programas de qualidade total e de terceirização nas empresas (DRUCK, 1999, p. 104).

Sobre a fase de “epidemia da qualidade e da produtividade” no Brasil do século XX, esclarece Graça Druck (1999, p. 105):

Estas duas práticas de gestão, mesmo que já testadas e aplicadas anteriormente em vários setores e empresas, assumem, nesta última década, um caráter epidêmico. De fato, generalizam-se com muita rapidez por todas as atividades da economia, na produção industrial, nos serviços, no comércio, em empresas de porte pequeno, médio e grande. No caso da terceirização, além desta rápida e ampla difusão, há um elemento qualitativo de peso, pois muda o tipo de atividade terceirizada, atingindo não somente aquelas áreas consideradas periféricas – os serviços de apoio (alimentação, limpeza, transporte, etc), como também as nucleares ou centrais (produção/operação, manutenção, usinagem, etc.).

Além de se revelar um moderno modelo de gestão, o que soava como música para os ouvidos dos administradores, o toyotismo parecia ser um processo de automação com um toque de humanidade, como revelou, aliás, reportagem publicada no Jornal, O Estado de São Paulo, em 12/01/97, p. B-14: “Toyota reinventa trabalho em linha de montagem”. Diz reportagem: “em vez de substituir operários, a Toyota projetou máquinas para torná-los mais produtivos”. Destaca, ainda, a mesma reportagem, o rodízio entre os empregos na

---

aspecto o toyotismo é muito mais eficiente, principalmente o toyotismo que se difundiu no mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional.”.

²³Neste sentido, Luiz Carlos Amorim Robortella (2014) diz: “No início, a terceirização caracterizava-se mais pelo fornecimento de coisas ou bens; modernamente, cresce o fornecimento de serviços. A terceirização provoca um desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como uma entidade autossuficiente, autárquica, que se responsabilizava por todas, ou quase todas, as fases do processo produtivo. Em verdade, ela se movimenta no sentido da desconcentração produtiva, sendo o fornecimento de serviços buscado fora da empresa, em mãos de terceiros.”.

realização de suas tarefas e o sistema de emprego à vida e baixíssima rotatividade da mão de obra. Parecia um quadro extremamente favorável à indústria brasileira.

Sendo assim, ganhando popularidade, a terceirização foi utilizada em larga escala por grandes corporações, sendo principalmente observada em empresas de telecomunicações, mineração, indústrias, pequenas e médias empresas, bem como na própria Administração Pública e não deveria haver problema em se terceirizar atividades, não fosse pela ambição desenfreada do lucro e a razão pela qual, no mais das vezes, a terceirização é eleita como técnica de produção benéfica. Resta perguntar a quem.

No Brasil, as centrais sindicais argumentam que a terceirização precariza o trabalho. Há um fundo de verdade nessa assertiva. A terceirização mal feita precariza mesmo porque busca apenas o menor custo. A terceirização bem-feita, ao contrário, busca o melhor preço, o que implica na análise da qualidade do trabalho comprado assim como no tratamento condigno de quem presta o serviço.

Do ponto de vista jurídico, não haveria qualquer problema se as empresas fornecedoras de mão de obra cumprissem as obrigações legais com seus empregados e se com eles mantivessem contratos de trabalho regulares. Mas o que se verificou foi que a busca por mais lucro e a concorrência levaram as fornecedoras de mão de obra a baixar o preço da prestação de serviços oferecida. E, como forma de não comprometer o lucro final, a solução passou por deixar de observar os compromissos trabalhistas. Configurada tal situação, completou-se o quadro fraudulento da terceirização, "que passou a ser combatida como um mal de difícil erradicação." (GIGLIO, 2011, p. 392).

É que na lógica toyotista, o que já defendemos tratar-se da lógica da terceirização de serviços, o controle interno da produção resulta de mecanismos combinados de produção enxuta e de pronto atendimento (*just in time*), com a meta de se alcançar a qualidade total no processo produtivo (MAJNONI D'INTIGNANO, 1999. p. 85.) com o menor custo.

A produção enxuta e o pronto atendimento, paralelamente ao menor gasto, são facetas de uma nova forma de organização industrial, diversa do modelo de produção em massa fordista. Reforçam a lógica da abolição dos estoques, ao programar que as mercadorias sejam produzidas com alto grau de especialização, porém em pequena escala, conforme demanda específica e individualizada do mercado consumidor (DELGADO, G. 2003).

Sobre esta nova panorâmica produtiva, destaca Márcio Túlio Viana: "Hoje, a

fórmula é horizontalizar o mais possível, para enxugar a máquina, aumentar a eficiência, garantir a qualidade e conquistar um mercado que parece cada vez mais exigente. Da empresa se diz que quanto menor, melhor. O slogan passa a ser: *small is beautiful*” (VIANA, 1997).

E imbuído desta lógica de quanto menor, melhor, bem como da necessidade constante de reinventar seu modo de trabalho em busca do lucro, o brasileiro passou a utilizar outras formas de parceria, sentido lato, todas elas, de alguma forma, ligadas à terceirização, por mais precária que seja, levando inúmeros trabalhadores a trabalharem em condições análogas às de escravo. Isso tudo após mais de 127 anos da abolição da escravidão no Brasil.

1.4.1 O caso Cosan – A dona do etanol

No dia 31 de dezembro de 2009, a Cosan, gigante do açúcar e álcool, foi inserida na “lista suja” por conta de trabalho análogo ao de escravo relacionado à sua unidade de produção em Igarapava (SP). Foi, contudo, retirada da referida lista porque na decisão judicial foi declarado que “não há a inequívoca conclusão de que havia a redução dos trabalhadores à condição de escravos”, pois não existem elementos que atestem que os trabalhadores tiveram restringidos o direito de ir e vir.

Jorge Luiz Souto Maior, em artigo que trata sobre o tema, destacou o fato de que o então Ministro da Agricultura, Reinhold Stephanes, reforçou o argumento de inexistência de trabalho escravo, vindo a público para dizer que a inclusão da Cosan na lista do Ministério do Trabalho foi um exagero e um erro: “Na minha visão, houve um exagero. E, além de exagero, houve um erro. A Cosan teve um problema há três anos, através de uma empresa terceirizada, de uma fornecedora, e a Cosan tem centenas de fornecedoras” – disse o ministro numa coletiva de imprensa sobre a balança comercial do setor agrícola. E, acrescentou: “A Cosan, na época, imediatamente resolveu o problema, assumiu, embora o problema não fosse dela, e regularizou (SOUTO MAIOR, 2004a)”.

A avaliação da procuradora do trabalho que fez parte do grupo móvel de fiscalização responsável pela operação que envolveu a Cosan, no entanto, não coincide com a do juiz. Ela enumera um conjunto de constatações que considera plenamente suficientes para a caracterização do trabalho escravo contemporâneo: aliciamento de

trabalhadores, submissão a sistema de endividamento (conhecido também como "barracão" ou *truck system*) e condições degradantes e irregulares nas frentes de trabalho e em termos de alojamento, alimentação, transporte etc.²⁴

Concordamos com a procuradora e, assim, discordamos tanto da opinião do Magistrado quanto da opinião do ex Ministro da Agricultura.

No tocante ao conteúdo declarado pelo Magistrado, ressaltamos que não é preciso que se restrinja o direito de ir e vir para que haja, efetivamente, trabalho em condições análogas a de escravo. E no que se refere às palavras do representante do Executivo, dela discordamos veementemente, pois, o problema era da Cosan sim, haja vista que se beneficiava dos serviços prestados por aqueles empregados resgatados e se deu causa ao ilícito, deve repará-lo. Assim estabelecem os arts. 186 e 927 do nosso Código Civil.

Ademais, a escravidão moderna, tal como ensinado pela Ministra Rosa Weber, é mais sutil do que a do século XIX e pode advir, simplesmente, da privação do direito ao trabalho digno. É que a violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas com liberdade:

A 'escravidão moderna' é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento a liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa 'reduzir alguém a condição análoga à de escravo'. (rel. Inq 3.412p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário, DJE de 12-11-2012.)

Assim, a escravidão moderna priva alguém de sua liberdade de modo diferente de como ocorria na época da escravidão ocorrida no Brasil até o ano 1888.

Só no ano 2010, extrajudicialmente, a megaempresa do setor sucroalcooleiro, dona das marcas Da Barra, Esso, Mobil e União, assinou dois novos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) com valores milionários, após sucessivos descumprimentos de acordos prévios firmados com o Ministério Público do Trabalho (MPT) no estado de São Paulo.

Com os dois novos TAC negociados diante de irregularidades comprovadas em fiscalizações, a Cosan se comprometeu a desembolsar R\$ 3,4 milhões e restabelecer critérios junto ao MPT no sentido de garantir condições regulares de trabalho nas

---

²⁴Caso Cosan: aliciamento, dívidas e cortador de 17 anos. (COSAN..., 2010).

atividades ligadas ao seu negócio – em especial no corte manual de cana para a produção de açúcar e álcool.

Apesar de referidos valores serem um tanto quanto inexpressivos para a gigante da indústria sucroalcooleira, seu pior castigo é a inclusão do nome na lista suja do Ministério do Trabalho. A evidenciada “lista suja” tem sido um dos principais instrumentos no combate a esse crime, através da pressão da opinião pública e da repressão econômica às empresas nela incluídas. Após a inclusão do infrator, instituições financeiras suspendem a contratação de financiamentos e o acesso ao crédito e empresas bloqueiam relações comerciais.

Por meio da análise das reportagens realizadas nesta pesquisa, além das irregularidades descritas pela Procuradora do Trabalho, registramos que a sequência de irregularidades da Cosan teve início em sua unidade Univalem (unidade de Valparaíso) no ano 2005, quando a fiscalização flagrou jornada de trabalho exaustiva (para além das oito horas diárias e das duas horas-extras permitidas por lei). O intervalo entre jornadas também não estava sendo respeitado.²⁵

E como desfecho para o caso oriundo da fiscalização ocorrida em 2007, quando os 42 trabalhadores foram encontrados em condições análogas às de escravos, destacamos que a fornecedora dos serviços contratada pela Cosan era nada mais nada menos do que uma microempresa, chamada José Luiz Bispo Colheita – ME²⁶.

Já em fase de execução, o reclamante só conseguiu penhorar o seguinte bem do Sr. José Luiz Bispo: "1 (um) aparelho de som, com 2 caixas de som, marca Phillips, modelo FWM57, *digital amplifier*, MPS, *Mini Hi-Fi System*. Equipamento seminovo. Funcionando"; avaliado em R\$ 850,00, em 21 de julho de 2009.

Não é preciso muito para se chegar a conclusão de que, uma vez que a empresa não possuía capital para cumprir com seus haveres trabalhistas, o que ocorreu, em realidade, foi a conhecida intermediação de mão de obra fraudulenta. Contratou-se um “laranja”.

É que a terceirização deveria tratar, como visto, de técnica administrativa para possibilitar a especialização dos serviços empresariais. No entanto, a Súmula nº 331, do TST, não vincula a legalidade da terceirização a qualquer especialização. Isto tem permitido, concretamente, que empresas de mera prestação de serviços sejam constituídas sem qualquer finalidade empresarial específica e, ainda, sem idoneidade econômica

---

²⁵Cosan viola acordos trabalhistas e aceita desembolsar R\$ 3,4 mi (PYL, 2014).

²⁶Processo nº 587-2008-158-15-00-6, com trâmite na Vara do Trabalho Itinerante de Igarapava/SP.

(SOUTO MAIOR, 2004. p. 120.).

E mais uma vez, conclui-se que, por mais que a terceirização possa representar vantagens para as empresas que dela se utilizam, se feitas apenas para servir de pretexto para a intermediação de mão de obra, diminuindo-se o custo, deve ela ser expurgada de nossa sociedade. Indaga-se, no entanto, se o Direito do Trabalho teria força suficiente para tanto.

1.5 Histórico legislativo e jurisprudencial

A terceirização de serviços não é problema novo no Brasil. Desde 1993, o Tribunal Superior do Trabalho lida com a questão por meio de sua Súmula 331, cuja inteligência propõe que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, exceto no caso de trabalho temporário (Lei 6.019/74) e de serviços especializados ligados às "atividades-meio" da empresa tomadora, tais como os serviços de limpeza, de vigilância patrimonial e de fornecimento de refeições aos empregados (FELICIANO, 2004).

Em realidade a terceirização já teve seus contornos descritos um pouco antes do anunciado, no entanto, veremos que por força da própria Administração Pública, passou-se a fomentar sua regulamentação. Diante da realidade da sociedade, veremos que foi a Administração Pública, praticamente, que acabou incentivando a terceirização. Voltemos um pouco no tempo para entendermos a assertiva.

Muito antes do advento da nossa conhecida lei de licitações, de 21 de junho de 1993, os serviços de terceiros já encontravam assento na Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964, a qual estatuiu normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Sua redação é clara e seus artigos 5º e 13, já traziam a expressão serviços de terceiros.²⁷

Pouco mais tarde, com o advento do Decreto-Lei nº 200/67 a Administração Pública recebeu grande impulso para terceirizar alguns serviços²⁸, aqueles chamados de

---

²⁷O artigo 13 da Lei nº 4.320/64 traz a expressão serviços de terceiros como despesas de custeio e seu artigo 5º traz a seguinte redação: A Lei de Orçamento não consignará dotações globais destinadas a atender indiferentemente a despesas de pessoal, material, serviços de terceiros, transferências ou quaisquer outras, ressalvado o disposto no artigo 20 e seu parágrafo único.

²⁸Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o

mera execução, os quais ganharam corpo com o passar do tempo²⁹ e com a publicação da Lei nº 5.645/70.

O Decreto-Lei nº 200/67 preconizava que a Administração Pública deveria terceirizar os serviços rotineiros de execução³⁰. Este decreto foi o grande responsável pela primeira reforma administrativa do Estado brasileiro. Naquele momento, o Estado burocrático pensava se tornar um Estado gerencial e se desligar de certas tarefas de mera execução, as chamadas atividades acessórias.

Seguindo na linha do tempo, chegamos a 1974, ano em que houve a publicação da Lei nº 6.019, que regula a contratação de trabalhadores temporários e já previa, em caso de falência, que a tomadora dos serviços respondesse solidariamente pelos direitos trabalhistas do trabalhador.

Em 1983, diante da diferença de jornada de trabalho entre vigias³¹ e vigilantes³² nas instituições financeiras³³, houve a necessidade de se regulamentar a profissão dos vigilantes e foi editada a Lei nº 7.102/83. Note-se que a Lei nº 7.102/83 foi precursora ao disciplinar a contratação de serviço interempresarial, como uma unidade autônoma de utilidade gerada com uso exclusivo de mão de obra.

Gabriela Neves Delgado esclarece que na década de 1980 iniciava-se um gradual processo de expulsão de atividades do interior das empresas, tomando impulso o processo

---

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.

²⁹O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645/70 conferiu maior legitimidade a terceirização de serviços preconizada no §7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, no entanto, em 1997, foi revogado pela Lei nº 9.527. Vejamos seu conteúdo: Lei nº 5.645/70. 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.

³⁰Art. 10. § 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

³¹Jornada de trabalho de oito horas diárias. Neste sentido, colacionamos acórdão do TST: “Vigilante não se confunde com vigia, estando sujeito à jornada de oito horas. Não conhecidos os embargos” (Proc. TST TP 2.203, E-RR 1.374/78, Rel. Min. Orlando Coutinho, j. 3-9-80, DJ 17-10-80).

³²Antigamente, o Decreto-lei nº 1.304, de 21 de outubro de 1969, previa que o vigilante tinha prerrogativas de policial. A Lei nº 7.102/83, de 20 de julho de 1983, revogou o referido decreto-lei em seu art. 27, tratando o trabalho do vigilante como de cunho paramilitar.

³³O §1º do artigo 1º da Lei nº 7.102/83 dispunha sobre as instituições que poderiam se valer do uso dos vigilantes. § 1º Os estabelecimentos financeiros referidos neste artigo compreendem bancos oficiais ou privados, caixas econômicas, sociedades de crédito, associações de poupança, suas agências, postos de atendimento, subagências e seções, assim como as cooperativas singulares de crédito e suas respectivas dependências.

de terceirização, ao largo de autorização legal. A jurista esclarece que a esse movimento reagiu a jurisprudência da Justiça do Trabalho, resistindo à essa expulsão, reputando esta prática como *marchandage* e, portanto, como fraude ao regime de emprego, qualquer espécie contratual voltada ao fornecimento de serviço em atividade permanente da empresa. De modo a corroborar o exposto, trazemos um julgado da época:

Trabalho temporário é aquele e tão somente aquele que trata a Lei nº 6.019. Qualquer tipo de locação de mão de obra, ultrapassando os limites temporais da referida lei, importa em vinculação direta de trabalho com o tomador do serviço. Confusão que se estabeleceu na área do trabalho, com a proliferação de contratos espúrios para trabalhos nitidamente permanentes. *Marchandage* legalmente condenada. (Tribunal Superior do Trabalho, Pleno, AG. e RR 343/83, Rel. Min. Barata Silva, DJ n. 27/1986).

Neste momento ainda não era possível, pela jurisprudência trabalhista, na iniciativa privada, o modelo de contratação de serviços permanentes de apoio, diferentemente da Administração Pública, que já o fazia desde 1967, momento em que se iniciou a reforma administrativa baseada na descentralização, conforme já mencionado.

Esta lei passou a autorizar a terceirização de serviços de vigilância no setor bancário, atividade que foi estendida a outros tomadores de serviço por força da diretriz do Enunciado nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho, que dizia:

SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

No entanto, foi somente na década de 90 que a terceirização ganhou exponencialidade, mormente pelo período político que passava o Brasil³⁴, que se abria para o mercado externo. Pois bem, com o neoliberalismo trazido pela era Collor de Mello, o país foi incentivado a abrir os olhos para o resto do mundo e diante do conflituoso embate entre a Administração Pública, o empresariado e a necessidade de se terceirizar serviços sem que houvesse a intermediação fraudulenta de mão de obra, num complexo processo de adaptação hermenêutica, foi traçado, pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma linha divisória entre o que se poderia e o que não se poderia terceirizar. Assim, a mais alta Corte

³⁴Com as eleições diretas que diplomaram um Presidente da República moderno, que fazia passeios dominicais, corria com seus seguranças, lutava karatê, andava de lancha, enfim, o Brasil estava se modernizando e parecia sentir necessidade de copiar os Estados Unidos, onde a terceirização andava a todo vapor.

Trabalhista introduziu os conceitos de atividade-meio e atividade-fim na Súmula nº 331, que veio a substituir a Súmula nº 256. Registramos que, afora a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, não há nenhuma outra legislação que regulamente a terceirização no país, a não ser artigos esparsos, em normas especiais, como a lei das telecomunicações, publicada em 1997³⁵, e as que regulamentam as empresas concessionárias de serviços públicos.³⁶

Ocorre que, por não existir uma regulamentação legal da terceirização com a definição do que se pode terceirizar e com a previsão de responsabilidade da tomadora diante do inadimplemento do crédito trabalhista devido ao trabalhador, a terceirização que teria uma razão de existir, qual seja, a busca de trabalho especializado fora do que a empresa tomadora concebe como seu *core business*, passa a ser utilizada pelo setor privado, no mais das vezes, para se buscar redução de custos.

E não se pense que na Administração Pública, que não visa lucro, assim não o é. É que ao licitar para contratar com base no menor preço, a Administração Pública, também, incentiva a inadimplência dos direitos trabalhistas, vez que ao licitar para contratar uma prestação de serviços, o único insumo de onde a empresa pode tirar valores para baixar seus lances, considerando-se o pregão, é dos valores devidos aos prestadores de serviço, então, deve ficar muito atenta para a exequibilidade da proposta que levará a empresa vencedora à adjudicação de seus serviços, sob pena de incentivar a precarização dos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

Apesar de a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho ter o aparente intuito de breçar a terceirização de serviços, mormente na atividade nuclear da empresa, na realidade, ela abriu a possibilidade de se terceirizar mais atividades do que a antiga Súmula nº 256 o fazia.

Em 1993, com a nova redação da Súmula 331, passou-se a admitir a terceirização em serviços especiais, tais como os de vigilância, conservação e limpeza, e em outras atividades vinculadas à atividade-meio do tomador de serviços. Este foi o problema, pois, diante de uma imprecisa definição objetiva do que é atividade meio, passou-se a terceirizar todo tipo de atividade que não a atividade nuclear da empresa.

Editada no mesmo ano de publicação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que

---

³⁵Lei nº 9.492/97, que ficou conhecida como a lei geral de telecomunicações, possibilitou a terceirização de atividades inerentes. Indaga-se se seriam elas as atividades-fim do tomador.

³⁶Lei nº 8.987/95, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

ficou conhecida como lei de licitações públicas, o verbete da Súmula nº 331 do TST, por força de sua Resolução 23/1993, levou a seguinte redação:

SUM-331 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 - 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 nº 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 nº 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 pessoalidade 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, 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 nº 8.666, de 21.06.1993).

Com a redação supra dada à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, nesse caminho hermenêutico tortuoso, em meio ao conflito central inerente ao regime capitalista, procurou-se retratar o pacto compromissório constitucional entre capital e trabalho. Assim a referida súmula permitiu a contratação de terceiros para a execução das atividades-meio com a preservação da função social da empresa, como fator de produção, preservando as atividades-fim para a contratação direta dos trabalhadores.

Nesse contexto, tanto os particulares, quanto os entes públicos, estes últimos fundamentando-se no princípio da eficiência³⁷, previsto no *caput* do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, têm se utilizado cada vez mais da terceirização de atividades acessórias ou auxiliares, a fim de concentrar recursos materiais e intelectuais na gestão de serviços públicos propriamente ditos.

E assim, com a crescente utilização da terceirização – de maneira a se buscar, unicamente a redução de custos -, houve um aumento considerável no número de ações judiciais que chegavam a Justiça do Trabalho, sobretudo aquelas advindas do Poder Público, que protegido pela letra do comando inserto no parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, realizava a licitação, muitas vezes deixava de acompanhar a execução dos

³⁷O princípio da eficiência foi inserido no *caput* do artigo 37 da CF/88 pela Emenda Constitucional 19/98, no entanto, questiona-se se a eficiência é realmente um princípio ou é inerente ao princípio da boa administração, de origem italiana.

serviços e ia à Justiça do Trabalho para dizer que ele não poderia ser condenada porque a lei assim dizia.

Ocorre que, apesar do exposto, a Administração Pública era diuturnamente condenada sob o argumento de que o artigo legal da lei de licitações que a protegia era inconstitucional e por se utilizar dos serviços prestados, deveria arcar com o pagamento do débito trabalhista.

Diante do exposto, a Administração Pública, representada pelo Governador do Distrito Federal, ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade que ganhou o nome ADC nº 16/DF. Esta ADC colocou em xeque a presunção de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Com seu julgamento, foi declarado que o citado artigo da Lei de Licitações é Constitucional e que a Justiça do Trabalho poderia condenar a Administração Pública por eventual omissão na fiscalização dos haveres trabalhistas, diante do caso concreto.

Seis meses depois, o Tribunal Superior do Trabalho, por força da Resolução nº 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011, alterou o inciso IV, separando-o em duas partes e ainda acrescentou mais um inciso após o inciso V, o qual levou o número VI:

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 le-gais 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.

Vejamos que mesmo com a nova redação do inciso V, embora à primeira vista pareça clara, vem se mostrando deveras obscura, pois, dá margem a inúmeras interpretações, a começar pela desconhecida figura do mero inadimplemento, mas isso veremos mais adiante, bem como a extensão da pronunciada culpa, deixando a tarefa de interpretação da súmula para a jurisprudência e a doutrina interpretá-lo de modo a aclarar seu real alcance.

2 PECULIARIDADES DA TERCEIRIZAÇÃO

A doutrina jurídica não é uníssona a respeito da permissão da utilização da terceirização lícita, principalmente devido ao fato de não contar com contornos legais próprios objetivos. Tudo o que se tem a respeito do tema é subjetivo.

Deste modo, enquanto não se definem seus contornos de modo mais preciso, ela deve ser utilizada com cautela, pois, ao ser considerada ilícita, ela pode atrair consequências indesejáveis tanto para o prestador quanto para o tomador de serviços, que não poderá se eximir do conhecimento da ilicitude que deu causa.

Assim, diante das peculiaridades ínsitas a esta figura dicotômica, tangenciando seu conceito, abordaremos algumas de suas facetas, como vantagens e desvantagens, a insuficiência de critérios para sua definição e utilização enquanto baseadas em atividade-meio e atividade-fim, sua utilização por meio de cooperativas, proximidade dos conceitos tomador e consumidor e o novo fenômeno da desterceirização.

Começemos por suas vantagens e desvantagens.

2.1 Vantagens e desvantagens

A globalização, tão falada nos tempos da *world wide web*, ou simplesmente *web*, é um novo cenário na história da humanidade. É fruto do capitalismo que se iniciou com a 1ª revolução industrial e não parou de crescer. Esse fenômeno instalou-se no mundo sob a pregação ideológica de inevitabilidade.

De acordo com Diniz (2002), as tentativas de freá-la ocasionariam um retrocesso, importando em isolamento comercial:

A política flexibilizadora se dá justamente para atender às determinações de um processo globalizador que promete consequências benéficas e prosperidade, permite que os países participem das grandes inovações tecnológicas, abre as fronteiras para os investimentos, para os financiamentos, para o comércio internacional em troca do afastamento do Estado das questões trabalhistas e sociais.

Assim, a flexibilização promoveu uma maior precarização nas relações laborais, de modo tão ou mais degradante do que os fatos sociais que ensejaram o surgimento do direito do trabalho.

É notório que o direito do trabalho tradicional, com a figura empregado-empregador, passou a ser considerado um privilégio. O contrato a termo deixou de ser exceção, haja vista o grande número de figuras criadas como alternativa à regra. Foram criadas novas formas de trabalho como: trabalho a tempo parcial, trabalho em domicílio, trabalho temporário (Lei 6.019/74), trabalho por prazo determinado previsto na Lei 9.601/98, suspensão temporária do contrato de trabalho, *job sharing* (emprego compartilhado), teletrabalho³⁸ e a multicitada terceirização. Esta, conforme já se esclareceu, embora não regulada especificamente por lei, vem sendo utilizada em larga escala, contribuindo para precarizar o trabalho e para fraudar a legislação trabalhista.

Apesar de ser considerada por alguns uma das armas mais poderosas do novo capitalismo globalizado contra o desemprego mundial, é repudiada e maldita por muitos, chegando a ser comparada com a escravidão³⁹

Dentre as inúmeras vantagens que a terceirização pode vir a trazer para uma empresa, Dora Maria Ramos leciona que ela proporciona uma redução de custos na tomadora pelo “acirramento da competição entre os fornecedores ou prestadores do serviço terceirizado” e “barateamento dos custos da terceirizada, obtido a partir da economia de escala, inviável de ser alcançado pela empresa terceirizante”; proporciona flexibilidade “pela substituição de custos fixos, decorrentes da manutenção por vezes ociosa de estruturas internas destinadas a atividades de apoio, por custos variáveis”; gera “melhoria da qualidade do produto ou do serviço, com o aparecimento de empresas altamente especializadas e com capacidade para dar respostas imediatas às necessidades de seus

³⁸A Justiça do Trabalho sempre foi pioneira na adoção de novas tecnologias em seu cotidiano, buscando meios de tornar o processo mais acessível, célere e próximo à nossa realidade. Desta vez não foi diferente [...] O TST passou a permitir que seus servidores optem pelo teletrabalho tem como fundamento a alteração do artigo 6º da CLT pela Lei 12.551/2011, que passou a equiparar o trabalho realizado no estabelecimento de empregador, o trabalho realizado em domicílio e o trabalho à distância. Dessa maneira, nosso ordenamento reconhece, agora expressamente, o teletrabalho (NASCIMENTO, 2014).

³⁹De modo a ilustrar o exposto, destacamos Jorge Luiz Souto Maior (2011) que, em defesa dos trabalhadores, escreveu o artigo “Carta aberta aos terceirizados e à comunidade jurídica” contando sua visão sobre a terceirização e o que ela acarreta aos por ela envolvidos. Naquela carta, ele conta o ocorrido em um dia angustiante e de preconceitos em que os trabalhadores terceirizados da USP, na Cidade Universitária, em São Paulo, ficaram esperando do lado de fora da universidade por uma decisão sobre o pagamento de seus salários e benefícios. Repudiou o modo como aqueles trabalhadores terceirizados eram tratados pelos próprios seguranças, também terceirizados, que se ativavam, no local, naquele dia. Em outra ocasião, proferindo uma palestra no Sindicato dos Bancários de São Paulo, Osasco e região, em 27.05.2011, Jorge referiu-se a escravidão como analogia ao que ocorre com a terceirização e incentivou seu fim, tal como ocorreu com a escravidão. Seria possível? (SOUTO MAIOR, 2011).

clientes” e proporciona o “direcionamento da empresa para a sua atividade principal, permitindo aumento de produtividade, aprimoramento do produto e diminuição de custos” (RAMOS, 2001. p.57).

O outro lado da moeda esconde consequências as mais diversas. Uma delas, e que em cadeia, traz muitas outras, é o domínio do mercado, de forma cada vez mais evidente por grandes empresas que, comprando as empresas menores, demitem seus empregados enxugando quadro administrativo de pessoal, de técnicos que trabalham na linha produção, em decorrência da substituição⁴⁰ da fabricação de produtos próprios por produtos fabricados por empresas terceirizadas, gerando revolta por parte de seus empregados⁴¹

Márcio Túlio Viana afirma que, do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais (VIANA, 1996).

Apesar das várias vantagens aparentes, nada obstante representar uma estratégia segura e moderna de desenvolvimento econômico baseado na livre iniciativa, a terceirização deve ser praticada com cautela, porquanto uma má gestão da terceirização pode implicar para as empresas um descontrole e desconhecimento de sua mão de obra, a contratação involuntária de pessoas inadequadas e sem treinamento, perdas financeiras em ações trabalhistas movidas pelos empregados terceirizados que tiveram seus direitos

---

⁴⁰O sintoma da terceirização é tão grave que vale a pena relembrar a greve ocorrida em uma subsidiária da GM nos EUA, em 1996, quando o sindicato, o poderoso UAW, resolveu resistir a uma terceirização que envolveria cerca de 2.700 empregados. A greve deflagrada por tal motivo paralisou as atividades em 29 outras unidades da GM, colocando na inatividade 177 mil empregados. O principal setor atingido foi a fabricação de autopeças. Resultado: após dezoito dias de greve, a GM e o sindicato entraram em um acordo. A GM poderia continuar terceirizando, mas assumiria compromissos de criar mais empregos, melhorar condições ambientais, de saúde e de segurança no trabalho, além de ressarcir aos trabalhadores um volume de US\$ 5,6 milhões por não terem cumprido compromissos de criação de empregos anteriormente assumidos. Foi a greve mais longa desde 1970, quando houve a paralisação de 68 dias de trabalho. A economia de dois países foi fortemente ameaçada, transformando o fato em problema nacional. Daí, a pergunta, embora simples, não encontrou até agora resposta: vale a pena terceirizar sem negociações e concessões ao aspecto social? (MANNAH, 1996).

⁴¹Em 1998, os trabalhadores se rebelaram contra a empresa GM e entraram em greve pela intenção da empresa de contratar trabalhadores terceirizados para a fabricação de um novo carro esportivo em 2001 e 2002, o que significaria o corte de 3.500 empregos. Esta greve provocou a paralisação de 26 das 29 fábricas da GM na América do Norte e de 165 mil trabalhadores. A greve afetou fábricas no Canadá e no México. A General Motors teve uma perda de US\$ 1,2 bilhão no segundo trimestre do ano devido à greve e, em decorrência desta greve, perdeu US\$ 80 milhões por dia de paralisação (PARALISAÇÃO..., 1998).

desrespeitados pelas empresas prestadoras de serviço, dentre outros diversos problemas, sendo certo que o processo de terceirização em uma organização deve levar em conta diversos fatores de interesse, mas principalmente a sua liberação de certos serviços de execução interna, desonerar-se de serviços que demandariam a existência de uma segunda ou terceira empresa dentro da mesma empresa para viabilizar sua atividade-fim, aumentando assim sua lucratividade.

Nada obstante a desenfreada busca pela lucratividade, não de ser considerados diversos aspectos maléficos para a conquista dos direitos sociais, pois, a lógica da terceirização, em vez de fortalecer o mercado reduzindo-se o nível de desemprego, ela oferece um emprego que tira a dignidade deste trabalhador, precarizando seus direitos e enfraquecendo todo o sentido de progressividade social insculpido na carta constitucional.

E isto fica nítido ao analisarmos os números expressos na pesquisa realizada pelo DIEESE em parceria com a CUT. Seus dados demonstram que “a estratégia de otimização dos lucros via terceirização está fortemente baseada na precarização do trabalho”. Neste sentido, a pesquisa afirma que “a terceirização está diretamente relacionada com a precarização do trabalho. Destacar os setores mais precarizados no país, é destacar os setores que comumente exercem atividades terceirizadas no Brasil” (TERCEIRIZAÇÃO..., 2011, p.4).

É fundamental preservar, na terceirização, a qualidade e garantir a melhoria contínua. Se houver qualquer possibilidade de que a qualidade dos serviços venha a ser comprometida ou sofrer prejuízos, a terceirização não é racional. Afinal, custo não é tudo. Qualidade mantém a satisfação do cliente, a motivação do empregado e, em consequência, a produtividade.

Assim, apesar de haver vários argumentos a favor da terceirização, há vários outros contrários a sua utilização. Deste modo, para que não cause mal aos trabalhadores, faz-se necessário que sejam estabelecidos certos limites, mas principalmente que seja realizada em busca da especialização e não em busca da diminuição de custos, o que tenderá a precarizar e desrespeitar os direitos trabalhistas dos terceirizados.

2.2 A insuficiência da diferença entre atividade-fim e atividade-meio

É sabido que a terceirização de serviços é admitida apenas como exceção à regra

contida na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual distingue empregado e empregador em termos bem precisos, sendo que o primeiro é aquele que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário e este, por sua vez, é aquele que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

A terceirização, por não ser figura típica da relação de emprego ajustada na CLT, não se encaixa, ou melhor, passa ao largo da definição tanto de empregador quanto de empregado. Ao utilizar-se dela, o empresário (quem na prática, não significa empregador, mas tomador) tenta, utilizando-se de toda sua criatividade, esquivar-se dos riscos que são inerentes ao empregador em qualquer atividade (art. 2º CLT). Foi com o intuito de proteger o empregado, aquele que trabalha, que gasta sua energia em benefício de um terceiro, que o Direito do Trabalho surgiu.

Também foi com este intuito que, aparentemente, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 em 1993, contudo, o tiro parece ter saído pela culatra.

Extraí-se do complexo inciso III da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 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.

É pertinente questionar por que a Corte trabalhista colocou todas as atividades acima destacadas em um mesmo balde: vigilância, conservação, limpeza, bem como todos os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Homero Batista Mateus da Silva (2008, p. 184) ensina que o Tribunal Superior do Trabalho estava apenas dando alguns exemplos de quais atividades poderiam ser terceirizadas ao mencionar que

A leitura atenta da súmula revela que o Tribunal Superior do Trabalho procurou oferecer alguns primeiros exemplos de atividades de apoio empresarial, para, ao depois, lançar a fórmula genérica. Se foi esse o intuito, correu-se um sério risco de mais confundir do que aclarar, haja vista a possibilidade de interpretação de que justamente aqueles três exemplos – vigilância, conservação e limpeza – não sejam atividades-meio.

A indefinição da permissão já se iniciou com as próprias atividades citadas na súmula. Peguemos a atividade de limpeza, como exemplo.

À primeira vista, em geral, ela pode ser considerada atividade-meio, mas indaga-se

se ela, da mesma forma, poderá ser considerada atividade-meio caso contratada por um hospital.

Assim, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim está longe de ser objetiva, pois, o que pode ser atividade-meio para alguns, é atividade-fim para outros, não constituindo pilar seguro para alicerçar a diferença entre terceirização lícita e terceirização ilícita.

A celeuma em torno da utilização ou não da distinção entre tais atividades ganhou proporções já em 1985 com a edição da Lei nº 8.987/85⁴². Não se concebe a ideia de que o legislador, ao permitir a terceirização de atividades inerentes, tenha assinado um cheque em branco para que, como prêmio, as empresas que ganhassem as concessões de serviços públicos pudessem utilizar-se da terceirização como principal forma de contratação na realização de suas atividades. De fato, assim o sendo, estar-se-ia ferindo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

Parece-nos que admitir a terceirização total de uma atividade (ou mesmo a terceirização parcial de um relevante contrato de concessão) é admitir que uma determinada empresa, que cumpriu os requisitos do edital para a prestação do objeto da concessão, sirva apenas de fachada para outras tantas que não conseguiriam preencher os requisitos exigidos, mas que acabariam por executá-lo na prática. Pode-se dizer que seria uma burla ao processo licitatório, por isso, pensamos que, ao inserir a palavra inerente na lei citada supra, o legislador deveria estar a falar apenas das atividades secundárias ou acessórias da concessionária, aquelas que a doutrina pacífica, embora com definição insuficiente, classifica como atividade-meio.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim encontra raízes na Instrução Normativa do Ministério do Trabalho nº 7, de 21 de fevereiro de 1990, que, embasando-se no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, e no artigo 1.216 do Código Civil, que asseguram o livre exercício de qualquer serviço ou trabalho lícito, já conceituava a empresa de prestação de serviços a terceiros como aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades essenciais e normais para que se constituiu esta última” (item I.10). Além disso, previa a referida Instrução Normativa que a contratante deveria desenvolver atividades e ter finalidades

---

⁴²Pode-se dizer que esta lei de concessão dos serviços públicos autorizou a terceirização da atividade-fim objeto da concessão. Assim, tornou-se irrelevante a distinção entre atividade-fim e atividade-meio na concessão de serviços públicos, pois, lícita, uma vez que autorizada por lei. De todo modo, mesmo lícita, constata-se que em um grande número de julgados, o Tribunal Superior do Trabalho declara a responsabilidade subsidiária do Estado, com base na sua Súmula nº 331, IV.

diversas das exercidas pela contratada (item II.2.a.).

Obviamente que a citada Instrução Normativa foi criticada pela doutrina, pois, impunha restrições não previstas em lei, sendo que o órgão de fiscalização não seria competente para ditar a existência ou não de vínculo de emprego, matéria de alçada da Justiça do Trabalho (CAVALCANTE JÚNIOR, 1996). A referida Instrução Normativa nº 7/90 foi revogada pela Instrução Normativa nº 3, de 1º de setembro de 1997, que procurou orientar a fiscalização do Trabalho para as novas diretrizes introduzidas pela Súmula nº 331 do TST.

Contudo, mesmo com a diretriz da Súmula nº 331 do TST, a indefinição do que seria atividade-fim e sua distinção de atividade-meio ainda permaneciam como até hoje ainda ocorre. Desta forma a subjetividade na distinção entre atividade-fim e atividade-meio revelou-se insuficiente para se evitar a terceirização ilícita.

Com o passar dos anos, como se percebe, a discussão pela diferença entre atividade-meio e atividade-fim⁴³ passou a representar o foco de acalorados debates.

Diante da falta de regulamentação e da insuficiência doutrinária acerca da diferenciação do que torna a terceirização lícita ou ilícita, há questões que urgem serem esclarecidas, pois, contraditórias entre si.

Nesta senda, apesar de não se poder terceirizar atividade-fim, indaga-se por qual motivo a indústria automobilística o faz e nunca ninguém disse que era prática ilícita. Será pelo critério da especialização? Percebe-se, neste sentido, que a indústria dos automóveis se resume em montadoras especializadas em gerenciar produtos advindos de empresas especializadas em fabricar peças específicas para os automóveis, sua atividade-fim.

Como ponto alto da discussão sobre a licitude da terceirização, pensou-se que seria esta a solução para a discussão jurídica: a especialização das atividades terceirizadas. Desta forma, o fim da discussão aparenta estar na justificativa do porquê terceirizar. Ora, com a tecnologia e necessidade constante de aperfeiçoamento de produtos e serviços, é natural que algumas empresas se especializem mais do que outras em determinadas atividades e é mais natural ainda que uma terceira empresa compre seu produto ou utilize seu serviço. Por que esta prática é considerada ilícita?

Ora, nem toda terceirização é considerada ilícita. Há exceções à regra, mas é coerente indagar como se define o que é regra e o que é exceção se o conceito de atividade-

---

⁴³Veremos, nesta dissertação, discussão acerca da dicotomia atividade-meio e atividade-fim foi levada ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, já adiantamos que, diante da declaração repercussão geral conhecida ao tema, pela primeira vez, o guardião da Constituição Federal se pronuncia a respeito do tema.

fim e atividade-meio parece se misturar a todo tempo.

Diante da citada problemática e de modo a desenvolver melhor a teoria sobre a diferença entre atividade-meio e atividade-fim, Amauri Mascaro Nascimento (1993, p. 416) entendeu ser necessário identificar, dentre as atividades-fim, aquelas que apresentam um grau de autonomia e especialização suficiente para justificar a contratação de terceiros. Isso porque “[...] o processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico.

Para Pedro Vidal Neto (1992, p. 29), não parece ser possível tal distinção. Não há como discriminar quais são as atividades que comportam terceirização e quais aquelas que devem ser desenvolvidas pela própria empresa. Corroborando o exposto, Robortella (1994, p.259) diz: “a proibição da subcontratação na atividade-fim, admitindo-a só na atividade-meio, não se afigura aceitável [...]”.

Embora esse seja um ponto de disputa entre sindicatos e empresas e a Justiça emita pareceres diversos sobre o tema⁴⁴, todas essas incertezas contribuem, na verdade, para que cada vez mais sejam repassadas atividades para as empresas terceiras. Assim, é notório o grande número de empresas que surgem da noite para o dia para oferecerem seus serviços “especializados” para tomadoras de serviço. Ocorre que estas empresas, em sua maioria, trazem em seus contratos sociais, inúmeros objetos, demonstrando a generalidade de suas especialidades e a falta de comprometimento com a especialização, a priori, perseguida pela terceirização.

O fato exposto traz consigo um nítido caráter exploratório de mão de obra, fazendo-nos lembrar da figura da *marchandage*, figura do direito francês que representa a ilícita intermediação de mão de obra, trazida da França.

Ademais, a terceirização de serviços desmonta a estrutura sindical que conhecemos

---

⁴⁴Como exemplo, confira-se a decisão da Justiça do Trabalho (2014), que condenou a Volkswagen do Brasil e a empresa SG Logística Ltda. a pagar, respectivamente, R\$ 1 milhão e R\$ 100 mil por dano moral coletivo. A montadora alemã e a prestadora de serviços foram processadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) por terceirização irregular e jornada excessiva na fábrica de motores de São Carlos (SP). A sentença foi confirmada pelo TRT da 15ª Região. Histórico - O caso teve início após denúncias enviadas ao MPT pela própria Justiça do Trabalho de São Carlos, relacionadas a reclamações trabalhistas individuais que tratavam de irregularidades envolvendo terceirização irregular e problemas nas relações de trabalho. O MPT solicitou à Gerência Regional do Trabalho de São Carlos uma ação fiscal, que constatou problemas na jornada de trabalho, com casos de funcionários trabalhando sem descanso semanal durante 30 dias ininterruptos, além do excesso de horas extras. Havia ainda a contratação irregular de pessoal por meio da SG Logística. A terceirizada possuía 209 funcionários exercendo funções ligadas ao processo de produção de motores e à movimentação de materiais que abastecem a linha de montagem, atividades consideradas essenciais para o sucesso do negócio da Volkswagen. Processo nº 0180100-69.2009.5.15.0008 (WOLKSWAGEM..., 2014).

em relação aos empregados diretos. É que com o fato de os terceirizados não serem representados pelos sindicatos que representam as categorias das empresas tomadoras, o poder de negociação destes prestadores de serviço fica pulverizado, deixando-se as portas abertas para o rebaixamento salarial e de benefícios a bel prazer de suas empregadoras, que chegam a blindar a empresa tomadora dos riscos inerentes ao empregador.

Desta forma, mesmo que a diferença entre atividade-meio e atividade-fim seja insuficiente para se determinar a licitude do serviço a ser terceirizado, para que a terceirização possa ocorrer sem nocividade aos terceirizados, importante se revela a representação sindical destes empregados, mesmo que reunindo-se em categorias diferentes ou que sejam representados pela categoria da tomadora de serviços. Qualquer uma das formas já amenizaria a precariedade e o rebaixamento da qualidade deste empregado terceirizado.

2.2.1 O caso da terceirização em *call centers* - os limites constitucionais da terceirização

Em meio ao tenso ambiente de disputa política que orbita a aprovação de vários projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em especial, o PL 4.330/2004⁴⁵, de relatoria do Deputado Sandro Mabel, cuja tramitação se encontra em fase mais avançada, a bancada do Partido dos Trabalhadores acabou fechando posição contrária ao referido projeto de lei⁴⁶ e dezenove dos vinte e seis Ministros do TST enviaram

---

⁴⁵Novos paradigmas em confronto com a doutrina e jurisprudência sedimentadas nas últimas décadas, de modo a antecipar discussões jurídicas necessárias que não podem ser enfrentadas apenas após a promulgação da lei. Na forma em que foi elaborado e como é comum a toda produção legislativa do Brasil, críticas e elogios podem ser feitos ao projeto de lei, mas é inegável que sua compreensão passa pela análise das súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho que durante anos orientaram as empresas e os trabalhadores sobre o tema. O projeto de lei nº 4.330/2004, entre quase trinta projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados, voltados a disciplinar a prática da terceirização, foi aprovado em 2006, na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), e, em 2011, foi aprovado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP). Com um novo texto substitutivo, aprovado por uma comissão destinada a promover estudos e proposições voltadas à regulação do trabalho terceirizado no Brasil, a qual funcionou entre os meses de junho e novembro de 2011, e que teve por Relator o Deputado Roberto Santiago (PSD), passou a ser identificado como PL nº 4.330/2004-A, recebendo parecer favorável do Relator, Deputado Arthur Maia (PMDB).

⁴⁶Além da postura crítica da bancada do Partido dos Trabalhadores e das Centrais sindicais, o projeto já recebeu manifestações contrárias de várias entidades, inclusive da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, que representa mais de 3.500 juízes do Trabalho. Porém, a manifestação mais contundente veio de 19 ministros do Tribunal Superior do Trabalho, que se posicionaram oficialmente, por meio de um texto de quatro páginas, contrários à proposta (EMPREGOS..., 2014).

carta aberta ao Presidente da CCJ da Câmara dos Deputados, expressando preocupação com a aprovação do projeto, além do posicionamento contrário manifestado pela Comissão Nacional de Direitos Sociais da Ordem dos Advogados do Brasil.⁴⁷ .

Muitos foram os tumultos causados para que o PL nº 4.330/2004 não fosse colocado em pauta para a aprovação, mas em meio a avanços e retrocessos no Congresso Nacional, o presidente da Câmara dos Deputados levou o referido projeto de lei à votação e, diante de uma bancada conservadora, aprovou-o, em 22 de abril de 2015, pelo placar 230 x 203.

Assim, em abril de 2015, ocorreu a primeira vitória do empresariado. Consequentemente, experienciamos a primeira derrota dos trabalhadores, pois, tal como foi remetido ao Senado, sob a denominação PLC nº 30, o projeto de lei autoriza a terceirização de qualquer atividade que a empresa realize.

Enquanto isso ocorre no mundo inteiro, o TST, no Brasil, barra a terceirização de várias atividades bancárias. Recentemente (março de 2005), a compensação de cheques realizada por terceiros foi considerada ilegal pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. A questão foi examinada em recurso do Banco do Estado do Espírito Santo S.A. (Banestes) contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES) de confirmar sentença que determinou ao Banestes abster-se da contratação de prestadora de serviços para a realização dessa tarefa.

A Primeira Turma do TST manteve a decisão porque a compensação bancária foi considerada atividade-fim do banco, na qual, segundo a jurisprudência firmada pelo TST (Súmula 331), é ilegal a terceirização de mão-de-obra. Para o Ministro Oreste Dalazen, atividade-fim é aquela em que a mão-de-obra destina-se ao atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico de acordo com objetivo social da empresa. Dessa forma, segundo exemplo que citou, é inviável a terceirização de professores por colégio ou de vendedores por empresa comercial. Como também a de caixas por bancos. Em relação ao serviço de compensação bancária, a atividade terceirizada pelo Banestes "compõe o núcleo de atividades tipicamente bancárias" e integra suas atribuições intrínsecas. "

A compensação de cheques consiste em atividade tipicamente bancária, tanto que

---

⁴⁷Em nota, a Ordem dos Advogados do Distrito Federal disse que "A não votação do PL 4330 só foi possível pela pressão dos trabalhadores CUTistas. Para evitar surpresas da bancada empresarial, os militantes e dirigentes da CUT ainda estão em vigília permanente contra o projeto, mesmo com as promessas da bancada do PT e de alguns parlamentares de outros partidos de obstruírem a votação em Plenário até 2015" (PL..., 2013).

depende de autorização do Bacen (Banco Central) para a sua execução". Enquanto isso, em meio a esse cenário político, ainda no ano 2013, chegou ao Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário que levou o nº 713.211. Referido recurso questiona a possibilidade de se terceirizar atividade-fim da empresa, uma vez que não há, em tese, limitação legal que o impeça a empresa de o fazer. Explica-se.

Após um ano de apuração, inclusive com Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, a Comissão Parlamentar de Inquérito que analisou as atividades realizadas pelas empresas de extração vegetal no Estado de Minas Gerais, inclusive a Cenibra, concluiu que o trabalho patrocinado por elas era desenvolvido sob intensa precarização do trabalho dos trabalhadores prestadores de serviço, que esta atividade desenvolvida viria a ser atividade-fim das tomadoras e que não eram respeitadas normas de saúde e segurança do trabalho.

Somam-se a estes o fato de estes trabalhadores terceirizados serem excluídos do campo de incidência dos acordos realizados com os trabalhadores, nada obstante desempenharem as mesmas funções dos empregados contratados diretamente pelas tomadoras signatárias dos acordos com os sindicatos. Concluiu-se, ainda, que este modelo de terceirização também causava o enfraquecimento dos sindicatos, já que a substituição da mão de obra direta pela terceirizada reduzia o poder de negociação das entidades sindicais, tudo isso agravado pela circunstância de que os “trabalhadores terceirizados não têm, em sua grande maioria, nenhuma condição de se defender individualmente”⁴⁸.

Após o encaminhamento da CPI ao Ministério Público do Trabalho, foi ajuizada Ação Civil Pública, no ano 2006, pleiteando medida liminar antecipatória dos efeitos do mérito para determinar a cessação da terceirização ilícita no prazo de cento e oitenta dias, além de outras medidas de regularização de sua conduta trabalhista, sob pena de multa.

Confirmada a medida liminar em sentença pela 13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, a empresa foi ainda condenada a pagar uma multa de R\$ 2 milhões à coletividade, reversíveis ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

A decisão foi mantida pelo Tribunal Regional da 3ª Região⁴⁹, o qual reconheceu que

---

⁴⁸Relatório Final da CPI das Carvoarias. Ao final do relatório, a CPI recomendou que aquele documento fosse enviado a diversos órgãos, entre eles, o Governo do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público do Trabalho, ao Ministério do Trabalho, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Congresso Nacional, entre outros, pugnando pelos esforços em aprovarem leis que garantam isonomia salarial entre os terceirizados e os empregados das tomadoras de serviço, bem como outros direitos como a mesma representação sindical e beneficiarem-se dos mesmos acordos coletivos, além da criação de mais cargos de Auditores e Procuradores do Trabalho para melhor desempenharem ações como a realizada (RELATÓRIO..., 2015).

⁴⁹TRT da 3ª Região, Processo nº 1261-2006-013-03-00-0-RO.

nas áreas de atividades mais perigosas, insalubres ou penosas, os trabalhadores registrados pela Cenibra cediam lugar aos terceirizados. Assim, a empresa Cenibra interpôs Recurso de Revista ao TST, o qual foi denegado seguimento pelo Presidente do Regional. Com a interposição de Agravo de Instrumento, o processo chegou ao TST, o qual foi desprovido, inclusive, sob o fundamento de que a alegação de violação ao art. 5º, II, da Constituição, não autoriza processamento de recurso de revista, “por se tratar este dispositivo de princípio genérico cuja violação só se perfaz, quando muito, de forma reflexa ou indireta [...]”⁵⁰, conforme entendimento sumulado pelo STF.

Contra a decisão do STF, a empresa interpôs recurso extraordinário ao STF, sustentando entre outros, que a condenação imposta lhe negava o direito de livre contratação e que não havia definição jurídica do que seria atividade-fim e atividade-meio, bem como pelo fato que a Súmula nº 331 do TST impõe solução jurisdicional de matéria não regulada por lei e a distinção entre atividade-fim e atividade-meio é incompatível com o processo de produção moderno, entre outros e principalmente colocava em xeque o direito de propriedade.

Foi negado seguimento ao Recurso Extraordinário da Cenibra pela presidência do TST. A empresa interpôs Agravo ao STF e o Ministro Relator, monocraticamente, negou seguimento sob a principal alegação que a matéria discutida era em relação ao princípio da legalidade, em primeiro plano e que a iterativa jurisprudência do STF inadmite recurso extraordinário por violação reflexa à Constituição, conforme direciona a Súmula nº 636 do STF. Ademais, “a solução [daquela controvérsia] passa inevitavelmente pelo incursionamento no acervo fático-probatório constante nos autos”.

Após ter-lhe sido negado provimento pelo Ministro Luiz Fux, seu Relator, o caso foi levado ao plenário virtual por força de um Agravo Regimental. Ato contínuo, a primeira Turma do STF negou-lhe provimento, no entanto, a agravante opôs Embargos de Declaração em 01 de julho de 2013. Para surpresa de todos, em 01 de abril de 2014, sob a presidência do Ministro Marco Aurelio Melo, os Embargos Declaratórios foram conhecidos e providos para que fosse reconhecida a Repercussão Geral do tema e conhecido o Recurso Extraordinário ora interposto.

Ao consultar o Plenário Virtual do Pretório Excelso, averiguou-se que a proposta do relator do recurso, Ministro Luiz Fux, foi aprovada, conferindo repercussão geral ao tema da “terceirização de serviços para a consecução de atividade-fim da empresa”, tema este

---

⁵⁰TST, Proc. TST-AIRR-126140-27.2006.5.03.0013.

que recebeu o nº 725 no catálogo de temas sob repercussão geral do STF, sob os seguintes fundamentos declarados no acórdão:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211. MINAS GERAIS. MANIFESTAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

3. O *thema decidendum*, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.

4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão de obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC.

E pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal vai analisar o mérito da questão referente aos limites da terceirização, de modo a encerrar a insegurança jurídica que existe atualmente, ao menos no âmbito privado.

É que, conforme registrado, o *thema decidendum* constitui verdadeira ferida aberta no Direito do Trabalho, pela forma como a terceirização praticada pelas empresas vulnerabiliza a proteção social do trabalhador, colocando em xeque a eficácia do sistema jurídico-trabalhista e os direitos fundamentais dos trabalhadores.⁵¹

De mais a mais, o tema merece destaque porque, diante da inexistência de regulação legal sobre o que se pode e o que não se pode terceirizar, trará segurança jurídica para todos os envolvidos pelo fenômeno da terceirização e neste sentido, Patrícia Baptista

⁵¹Este julgamento, *a priori*, representa um grande avanço social. Ao menos, é o que se espera do resultado advindo de seu acórdão, uma vez que a prática da terceirização da atividade-fim já é vedada pela Constituição, pois, além de violar o princípio da dignidade humana ao promover a precarização dos direitos trabalhistas, viola o núcleo do regime de emprego protegido pela Carta Constitucional e ainda viola princípios de ordem econômica, especialmente o princípio da função social da empresa.

entende que

[...] a ideia de segurança jurídica configura um verdadeiro truísmo. De fato, se o direito existe justamente para a realização de segurança e se, por outro lado, as exigências de segurança da sociedade se materializam por inteiro no direito, a expressão segurança jurídica chega a exprimir uma tautologia.

Quanto ao tema segurança jurídica, dando contornos essenciais ao princípio em evidência, Canotilho (2003, p. 257) entende que a segurança jurídica está diretamente conectada à garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito.

Nessa direção, merece destaque a lição de Odete Medauar (2003. p. 115) que entende que o princípio da segurança jurídica

[...] expressa a condição do indivíduo como sujeito ativo e passivo das relações sociais, quando podendo saber quais são as normas jurídicas vigentes, tem fundadas expectativas de que elas se cumpram. A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente, sobretudo, do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal.

Sendo assim, uma vez que não existe regulamentação legal da terceirização de serviços no Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho possui jurisprudência imprecisa e subjetiva que o regula, revela-se, imprescindível que a segurança jurídica seja alcançada. Assim sendo, revela-se fundamental a atuação da Suprema Corte na solução desta controvérsia. Virá em boa hora.

2.3 A terceirização e as cooperativas

Contata-se que a terceirização, inclusive sob a forma de cooperativa, surge de condições de desemprego, como forma de combatê-lo.⁵²

Sergio Pinto Martins (2000. p. 93) leciona que este, aliás, era o objetivo do Projeto de Lei nº 3.383/92, o qual resultou na Lei nº 8.949/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, estabelecendo que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade

---

⁵² Apesar de a Lei 5.576/71 ter disciplinado a criação de cooperativas, restringiu a autonomia de seus associados, interferindo na criação, funcionamento e fiscalização do empreendimento cooperativo. Referida limitação foi superada pela Constituição de 1988, que proibiu a interferência do Estado nas associações, dando início à autogestão do cooperativismo.

cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2013) registra que a lei supra acarretou considerável aumento de terceirizações através das chamadas cooperativas de prestação de serviço. Mais tarde, com o advento da Lei nº 12.690/12, estas cooperativas mudariam seu nome para cooperativas de trabalho.

De acordo com a nova lei supra citada, Cooperativa de trabalho é uma "sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, *autonomia* e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho" (art. 2º) e devem, obrigatoriamente, a partir da publicação da lei retro, adotar a expressão “Cooperativa de Trabalho” em sua denominação social (§1º, art. 10).

Conforme a própria lei explica, para haver autonomia da atividade laborativa ou profissional, ela deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos (art. 2º, § 1º). Já a *autogestão*, significa o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei (art. 2º, § 2º).

Estas cooperativas de trabalho são regidas por alguns princípios e valores cooperativistas, quais sejam, adesão livre; gestão democrática; participação econômica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação; interesse pela comunidade; preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa; não precarização do trabalho; respeito às decisões de assembleia, observado o disposto na Lei nº 12.690/2012 e a participação na gestão em todos os níveis de decisão, de acordo com o previsto em lei e no estatuto social (art. 3º).

Dentre os direitos dos cooperados delineados na nova lei das cooperativas estão o de retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

repouso anual remunerado; retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; seguro acidente de trabalho (art. 7o), além do fato de, no que se refere a temática segurança e saúde do trabalho, deverem seguir as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho que regulamentam o tema.

De acordo com o art. 4º desta nova lei, a cooperativa de trabalho, como gênero, pode ser das seguintes espécies: *de produção*, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e *de serviço*, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

A lei é taxativa no que proíbe a cooperativa de trabalho de ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada (art. 5º)⁵³. Caso assim ocorra, por exemplo, com a realização de terceirização de atividade-fim, a terceirização será considerada ilícita, formando o vínculo de emprego com o empregador.

⁵³ A jurisprudência é repleta de contratações irregulares por parte de Entes da Administração Pública. Citamos acórdão em que é parte uma sociedade de economia mista, o Banco do Brasil: “RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não há nulidade por negativa de prestação jurisdicional quando constatado que o eh. Tribunal apresentou solução fundamentada para o decisum, com exposição detalhada das premissas fáticas e jurídicas que ensejaram a sua convicção. Incólumes os artigos 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT. Recurso de revista não conhecido. Multa por embargos de declaração protelatórios. O art. 538, parágrafo único, do CPC autoriza o julgador, quando evidenciado o intuito manifestamente protelatório da parte na oposição de embargos de declaração, a aplicação da multa no importe de 1% sobre o valor da causa, em favor da parte contrária. Demonstrado o caráter procrastinatório dos embargos de declaração, a aplicação da penalidade pelo eg. Tribunal regional encontra respaldo na referida legislação processual e, por esse motivo, não afronta a literalidade do art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. Terceirização ilícita. Atividade-fim. Prestação e serviços exclusivamente bancários. Diante da delimitação do eg. Tribunal regional de que a empresa multipag foi contratada para atuar como verdadeira agência bancária, com a finalidade de burlar a aplicação dos direitos da categoria dos bancários, o enquadramento do reclamante, como bancário, não contraria a Súmula nº 55 ou a orientação jurisprudencial nº 379 da SBDI-1 desta corte, visto que não se discute equiparação de cooperativa de crédito ou de empresa de crédito, financiamento ou investimento aos estabelecimentos bancários, mas contratação de empregado bancário mediante empresa interposta, em fraude à legislação trabalhista. Recurso de revista não conhecido. Terceirização ilícita. Direitos e normas coletivas dos bancários. Isonomia. A decisão do eg. TRT que equiparou o reclamante aos empregados do banco do Brasil, entendendo aplicáveis os direitos e vantagens previstas nas convenções coletivas da categoria, está em conformidade com a orientação jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 desta corte. Ressalva de entendimento desta relatora quanto à aplicação dessa orientação jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Culpa *in vigilando*. A responsabilidade da administração pública pode ser objetiva ou subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, afirmou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, afastou a responsabilização objetiva nos casos de terceirização, mas deixou clara a possibilidade de responsabilização subjetiva, em decorrência da culpa *in vigilando*. Delimitado pelo eg. Tribunal regional que a responsabilidade do tomador decorreu da ausência de fiscalização, permanecem incólumes os dispositivos de Lei e da Constituição Federal. A decisão regional está em conformidade com a Súmula nº 331, V, desta corte. Recurso de revista não conhecido”. (TST; RR 0000801-46.2011.5.05.0007; Relª Desª Conv. Cilene Ferreira Amaro Santos; DEJT 14/11/2014).

Já na esfera pública, uma vez que as cooperativas podem participar de licitações públicas (§ 2º do art. 10), ocorrendo licitação com terceirização ilícita⁵⁴, apesar de a Administração Pública responder subsidiariamente pelo crédito trabalhista devido ao Reclamante, conforme direciona o inciso V da Súmula nº 331 do TST, o vínculo de emprego com ela não será formado, uma vez que há o óbice da ausência do requisito constitucional do concurso público (art. 37, II, e § 2º, da CF/88). No mesmo sentido, o inciso II da Súmula 331 do TST.

Ocorrendo de modo a não fraudar as relações trabalhistas, tratar-se-á de terceirização lícita, devidamente autorizada por lei, desde que observados seus requisitos. Sérgio Pinto Martins (2000. p. 96, grifo nosso) explica:

O parágrafo único do art. 442 da CLT abre, por conseguinte, a possibilidade de terceirização de serviços por intermédio de cooperativas, já que não se forma o vínculo de emprego entre estas e seus associados, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, nem entre os cooperados e os tomadores de serviços daquela, **desde que atendidos os requisitos legais**. O cooperativismo não deixa, porém, de

⁵⁴ A jurisprudência é repleta de contratações irregulares por parte de Entes da Administração Pública. Citamos acórdão em que é parte uma sociedade de economia mista, o Banco do Brasil: “RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não há nulidade por negativa de prestação jurisdicional quando constatado que o eg. Tribunal apresentou solução fundamentada para o decisum, com exposição detalhada das premissas fáticas e jurídicas que ensejaram a sua convicção. Incólumes os artigos 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT. Recurso de revista não conhecido. Multa por embargos de declaração protelatórios. O art. 538, parágrafo único, do CPC autoriza o julgador, quando evidenciado o intuito manifestamente protelatório da parte na oposição de embargos de declaração, a aplicação da multa no importe de 1% sobre o valor da causa, em favor da parte contrária. Demonstrado o caráter procrastinatório dos embargos de declaração, a aplicação da penalidade pelo eg. Tribunal regional encontra respaldo na referida legislação processual e, por esse motivo, não afronta a literalidade do art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. Terceirização ilícita. Atividade-fim. Prestação e serviços exclusivamente bancários. Diante da delimitação do eg. Tribunal regional de que a empresa multipag foi contratada para atuar como verdadeira agência bancária, com a finalidade de burlar a aplicação dos direitos da categoria dos bancários, o enquadramento do reclamante, como bancário, não contraria a Súmula nº 55 ou a orientação jurisprudencial nº 379 da SBDI-1 desta corte, visto que não se discute equiparação de cooperativa de crédito ou de empresa de crédito, financiamento ou investimento aos estabelecimentos bancários, mas contratação de empregado bancário mediante empresa interposta, em fraude à legislação trabalhista. Recurso de revista não conhecido. Terceirização ilícita. Direitos e normas coletivas dos bancários. Isonomia. A decisão do eg. TRT que equiparou o reclamante aos empregados do banco do Brasil, entendendo aplicáveis os direitos e vantagens previstas nas convenções coletivas da categoria, está em conformidade com a orientação jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 desta corte. Ressalva de entendimento desta relatora quanto à aplicação dessa orientação jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Culpa *in vigilando*. A responsabilidade da administração pública pode ser objetiva ou subjetiva. O Supremo Tribunal Federal, na ADC 16, afirmou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, afastou a responsabilização objetiva nos casos de terceirização, mas deixou clara a possibilidade de responsabilização subjetiva, em decorrência da culpa *in vigilando*. Delimitado pelo eg. Tribunal regional que a responsabilidade do tomador decorreu da ausência de fiscalização, permanecem incólumes os dispositivos de Lei e da Constituição Federal. A decisão regional está em conformidade com a Súmula nº 331, V, desta corte. Recurso de revista não conhecido”. (TST; RR 0000801-46.2011.5.05.0007; Relª Desª Conv. Cilene Ferreira Amaro Santos; DEJT 14/11/2014)

ser uma forma de solucionar os problemas de produção em empresas que tenham por objetivo reduzir seus custos.

Neste diapasão, somente será considerada ilícita a mão de obra quando existirem os requisitos do art. 3º da CLT, identificadores da relação de emprego, ou apenas a subordinação⁵⁵ ao tomador, agindo este como verdadeiro empregador dos sócios em caso de conhecida fraude, visto que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente

⁵⁵ Quando a subordinação está presente, há vínculo direto entre o suposto cooperado e o ente contratado pela Administração Pública. Neste sentido, colacionamos julgado do TST: “MATÉRIA COMUM SUSCITADA NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS. VÍNCULO DE EMPREGO. COOPERATIVA. SÚMULA Nº 126 DO TST. No caso, o tribunal regional, com base no conjunto fático probatório, reconheceu a existência de vínculo de emprego entre o reclamante e a 1ª reclamada ao fundamento de que a prestação do labor não ocorreu na forma de trabalho cooperativado, uma vez que, existente a presença de subordinação nas atividades desenvolvidas [...]. Consignou, ainda, que havia um supervisor que efetuava controle das atividades desenvolvidas, metas e horários de trabalho, situação esta que não se coaduna com o trabalho cooperativado sendo, ainda, o reclamante remunerado com valor fixo mensal, indicando a presença do vínculo de emprego à relação havida. Assim, qualquer rediscussão acerca desse tema, como pretendem os agravantes, para adoção de entendimento contrário àquele sustentado pelo regional, implicaria, inevitavelmente, o reexame dos elementos de prova produzidos, o que é vedado nesta fase recursal, de natureza extraordinária, nos termos do que preconiza a Súmula nº 126 do TST agravo de instrumento desprovido. Matéria remanescente suscitada no agravo de instrumento do 2º reclamado. Estado do Rio Grande do Sul. Terceirização trabalhista no âmbito da administração pública. Art. 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 ADC nº 16. DF e por incidência dos arts. 58, inciso III, e 67, caput e § 1º, da mesma Lei de licitações e dos arts. 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 ADC nº 16 – DF e 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 esta 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 inadimplemento 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 deste tribunal superior do trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/5/2011 (decisão publicada no diário eletrônico

Consolidação, conforme preceitua o comando do art. 9º da CLT.

Contudo, caso as cooperativas contratadas pela Administração Pública tenham empregados, conforme lhe possibilita o art. 91 da Lei nº 5.764/71. Portanto, caso os requisitos do vínculo de emprego estejam presentes em face da própria cooperativa, o ente público, tomador dos serviços, pode responder de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas (Súmula nº 331, V, do TST).

2.4 Desterceirização

Desterceirização ou terceirização às avessas significa o processo de retorno da admissão dos terceirizados para a condição de empregados nas empresas em que a

---

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. 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 igualmente 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. Abrangência da responsabilidade subsidiária. *Multa de 40% do FGTS*. A invocação genérica de violação do artigo 5º, incisos II e xlv, da Constituição Federal de 1988, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea c do art. 896 da CLT, visto que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido afronta de preceito infraconstitucional. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 0001267-80.2010.5.04.0014; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 29/08/2014). Por outro lado, quando ausentes os requisitos da subordinação e da onerosidade, não há falar em reconhecimento do vínculo empregatício ou terceirização ilícita: “TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA – SEM SUBORDINAÇÃO RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. MOTORISTA COOPERATIVADO. Quanto ao vínculo empregatício com a cooperativa, o regional, analisando o contexto fático probatório, concluiu que estavam atendidos, no caso, os princípios indicadores da legalidade/regularidade da cooperativa, mas não os requisitos da subordinação e da onerosidade necessários ao reconhecimento do vínculo empregatício. Nesse sentido, para se chegar à conclusão de que o vínculo do autor com a cooperativa era de emprego, e não de cooperado, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado nesta instância recursal, por óbice da Súmula nº 126 do TST. Como proferida, não se vislumbra na decisão recorrida a alegada violação dos arts. 2º, 3º e 29 da CLT, uma vez que o regional registrou que não estavam preenchidos os requisitos da subordinação e da onerosidade. Por outro lado, não havendo o reconhecimento do vínculo empregatício com a cooperativa, não há de se falar em responsabilidade subsidiária do segundo reclamado, que somente é imputada quando a terceirização é considerada lícita. Ilesas a Súmula nº 331, V e VI, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST; RR 0000264-49.2012.5.15.0003; Quarta Turma; Relª Min. Maria de Assis Calsing; DEJT 12/09/2014)”

terceirização, ou *outsourcing*, não deu certo. Nos Estados Unidos, é utilizada a expressão *insourcing* para significar desterceirização, isto é, trazer de volta certos serviços a serem prestados pela própria empresa.

A desterceirização tem sido utilizada por inúmeros motivos, dentre eles, citamos dois exemplos, quais sejam, a falta de qualidade, pois, o terceirizado não faz o serviço da mesma forma como era feito pelo terceirizante e a provável condenação trabalhista pela Justiça do Trabalho.

Desta forma, a falta de qualidade leva o ente terceirizante a realizar um retrabalho ou resserviço e a condenação trabalhista significa o efeito inverso do que inegavelmente se pretende com a terceirização: a diminuição de custos.

2.5 A diferença entre consumidor e tomador de serviços

João, advogado, acorda todos os dias, sai para o trabalho e leva sua roupa do dia anterior para a lavanderia ao lado de sua casa para lavar. Assim também o faz com seu terno e jogos de lençóis, ao menos uma vez a cada dez dias. João é considerado mero cliente, ou consumidor.

Pedro, dono de uma pequena pousada, acorda todos os dias, pega a roupa de cama dos dez quartos de sua pousada e leva para a pequena lavanderia ao lado de sua casa para lavar e lhe entregar, passada e dobrada em três partes, três vezes por semana. Pedro também é consumidor. Até aí, tudo bem.

Já Francisco, dono de um hotel de treze andares, acorda todos os dias e ordena que os empregados levem não somente a sua roupa, mas a roupa de cama dos cento e trinta quartos do hotel onde vive e que está sempre lotado para que retorne dentro de quatro horas, todas passadas, lavadas, perfumadas, com a estampa virada para fora e dentro de um saco plástico duplo e semitransparente, que é para evitar que qualquer furinho no saco plástico suje a roupa de cama e para deixar a roupa de cama à mostra aos hóspedes do hotel. Pois bem. Francisco começou a fornecer à lavanderia, inclusive, os sacos plásticos com a marca do hotel e disponibilizou quatro das doze máquinas de lavar com água quente que esta possuía para que fizesse o trabalho para ele com maior perfeição. Seria Francisco, também, mero cliente?

A doutrina trabalhista entende que não. Tratar-se-ia, no último caso, de relação de

terceirização onde estaria presente a figura do tomador de serviços.

Assim, pertinente indagar qual seria o ponto de transição entre a figura do consumidor e a do tomador de serviços.

Homero Batista Mateus da Silva (2008) entende que, além da habitualidade, a averiguação da subordinação se revela fundamental. O professor ensina que alguns indícios revelam que a relação de consumo está a evoluir para a relação comercial da subcontratação de serviços e lista algumas características, em um rol exemplificativo, que serão suficientes para mitigar o caráter de simples consumidor do beneficiário dos serviços. Dentre os exemplos citados, o professor elenca

[...] a exigência de que o serviço seja feito de forma exclusiva ou quase exclusiva para o mesmo beneficiário; a apresentação de especificações técnicas detalhadas e permanentes, com devolução do serviço executado sem perfeição; exigências de controle de qualidade feito por pessoal da tomadora dentro das instalações da prestadora, sob pena de corte de pagamento ou retenção de fatura; controle de pontualidade e do tempo empreendido na consecução da tarefa; remuneração da prestadora calculada à base de hora de trabalho dos empregados envolvidos na missão; conferência de parte da escrita contábil da prestadora de serviços, especialmente quanto aos recolhimento previdenciários e fiscais; seção das instalações físicas para a prestadora de serviços exercer as atividades dentro da tomadora e cessão das ferramentas de trabalho da tomadora para a prestadora, desde que o maquinário pesado convencional até os recursos tecnológicos utilizados em alguns setores da economia, como computadores, com as informações dos discos rígidos e dos discos flexíveis, linhas telefônicas, banco de dados e carteira de clientes (SILVA, 2008. p. 196).

A distinção é relevante e afeta um grande número de atividades empresariais. Da mesma forma que ocorre com o exemplo da lavanderia, poderá ocorrer com uma padaria que fornece pães para hotéis, uma salgaderia que fornece salgados para buffets, etc.

Enfim, pode-se entender que uma pessoa jurídica que, a depender da habitualidade, subcontrata suas atividades, seja considerada mera freguesa, cliente ou consumidora. Situação diferente ocorre com a empresa que, com habitualidade, subcontrata os serviços e orienta a forma que os quer executados. Enquanto na primeira hipótese há a figura do consumidor, nesta última, encontra-se a figura do tomador dos serviços, devendo este último responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas do trabalhador prestador de serviços cuja energia a subcontratante se utilizou.

3 FIGURAS ANÁLOGAS À TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização de serviços é um fenômeno curioso. Suas características estão presentes em várias outras figuras que com ela se parecem. Via de regra, ela significa a transferência das atividades de uma pessoa jurídica a uma outra pessoa jurídica, que passará a executar os serviços - por meio de seus empregados - que deveriam ser feitos pela pessoa que a contratou. Mas aí também se encontra a figura da subcontratação, que é típica parceria comercial, mas não se confunde com a parceria na modalidade concessão administrativa. As distinções entre os institutos, por vezes, são ínfimas.

Pois bem. É sobre isto que trata o presente capítulo: a distinção dentro da confusão estabelecida pela comparação de várias figuras análogas à terceirização, entre elas: parceria, terciarização, desverticalização, horizontalização, exteriorização, focalização, *outsourcing*, subcontratação, descentralização, parassubordinação, entre outras, as quais passaremos a expor com o intuito de diferenciá-las. São elas:

- **Marchandage:** Para podermos entender melhor o tema terceirização de serviços, é necessário, primeiramente, que entendamos o conceito de *marchandage*.

Nossa legislação não se preocupou em dar maior atenção ao termo *marchandage*, embora apareça em diversos julgados⁵⁶. Isso porque o texto do art. 455 da CLT, que trata

⁵⁶ Apesar de presente em muitos julgados de Tribunais Regionais do Trabalho, ao visitarmos o repositório oficial da Lex Magister, encontramos, de dez anos para cá, o termo “marchandage” em apenas três julgados. Note-se que o termo *marchandage* é utilizado para falar em substituição de mão de obra de atividade essencial ao empreendimento do réu: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURADA. Havendo a devida fundamentação da matéria e inexistindo omissão após a oposição de embargos de declaração, com o fim de prequestionamento, não se há de falar em ausência de tutela. Ilesos, portanto, os arts. 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal. Nulidade da sentença de origem, por negativa de prestação jurisdicional. Tutela antecipada. Conforme se verifica na decisão regional, a questão acerca da tutela antecipada foi devidamente analisada na sentença de origem, em que se conclui estar prejudicado seu exame. Incompetência da justiça do trabalho. No caso de ação ajuizada pelo ministério público, com o objetivo de evitar a contratação fraudulenta de mão de obra, cabe à justiça do trabalho verificar a veracidade das alegações contidas na petição inicial. Interesse de agir. A ação civil pública ajuizada pelo ministério público do trabalho teve, por finalidade, evitar o desatendimento dos direitos trabalhistas assegurados constitucionalmente, sejam eles coletivos ou individuais homogêneos, hipótese abarcada no art. 83, II, da Lei Complementar nº 85/75. Impossibilidade jurídica do pedido. Deflui, do exposto pela corte de origem, que a pretensão de direito material, nos autos, advém da ilicitude da contratação de mão de obra. Destarte, o pedido é juridicamente possível. Ministério público do trabalho. Legitimidade. Direitos coletivos e individuais homogêneos. É entendimento consagrado na jurisprudência do supremo tribunal federal e desta corte superior que o ministério público do trabalho possui legitimidade para propor ação civil pública, objetivando a defesa de interesses individuais homogêneos dos trabalhadores, quando os direitos se encontram defendidos no campo dos interesses individuais indisponíveis (legitimidade amparada nos artigos 83, III, da Lei Complementar nº 75/93; 127 e 129 da Constituição Federal). In casu, o tribunal regional entendeu, contrariamente à

dos contratos de subempreitada, um das referências mais antigas à terceirização, já desmontava a possibilidade da ocorrência do fenômeno em referência, todavia, a doutrina, sabiamente persiste em diferenciar os fenômenos da terceirização e do *marchandage*⁵⁷.

Muitos de seus efeitos são similares, posto que ambos têm a mesma base, que é a subcontratação de mão de obra. A diferença se dá no que diz respeito ao tipo de atividade praticada pela empresa fornecedora e pela empresa tomadora, bem como no que diz respeito à subordinação.

---

jurisprudência do TST e do STF, que o ministério público não estaria legitimado para propor ação civil, em que se pretendeu fosse determinada a obrigação de não fazer, concernente à contratação mediante terceirização ilícita de mão de obra. A legitimidade está assegurada pelo art. 129, III, da Constituição Federal. Dano moral coletivo. Inépcia do pedido. O ministério público do trabalho formulou corretamente pretensão de recebimento de indenização por danos morais. Como causa de pedir, consta expressamente a existência de prejuízo aos trabalhadores, causado pela terceirização ilícita. Ilícitude das contratações. A corte regional, soberana na análise do conjunto fático probatório, registrou que a prova dos autos é farta no sentido de que a requerida utiliza-se de *marchandage* (SIC) para colocar trabalhadores atuando em atividades essenciais ao seu empreendimento, sobre os quais exerce diretamente comando e fiscalização. Para que este tribunal superior pudesse concluir de forma contrária, seria necessário o reexame dos fatos e da prova; procedimento, contudo, inviável, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST. Execução em autos apartados. A decisão regional não foi proferida à luz dos mencionados dispositivos constitucionais, o que inviabiliza o conhecimento do recurso, ante a ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento”. (TST; AIRR 657/2001-084-03-00.3; Sétima Turma; Rel. Min. Pedro Paulo Manus; DEJT 29/10/2009; Pág. 1267).

⁵⁷Neste sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência diferenciam a terceirização permitida pelas Leis nº 6.019/74 e nº 7.102/83. “TERCEIRIZAÇÃO E MARCHANDAGE. ILICITUDE DA CONTRATAÇÃO DE OPERADOR DE TELEMARKETING POR EMPRESA TERCEIRA. 01. A relação de trabalho é bilateral e se estabelece pelo fato-trabalho, atividade humana posta à disposição de um tomador de serviço denominado pelo art. 2º da consolidação das Leis do trabalho de “empregador”, pois emprega a força de trabalho e dirige tal prestação para a consecução de suas atividades. As únicas relações triangulares, legalmente estabelecidas, em que se autoriza que uma empresa possa receber diretamente a força de trabalho de um empregado contratado por outra empresa, utilizando-se da atividade e da energia do trabalhador em seu próprio proveito, ocorre nos casos das contratações temporárias (lei nº 6.019/74); da vigilância bancária (lei nº 7.102/83) e das hipóteses de aprendizagem (art. 428 e segs. Da CLT), já que a intermediação de mão de obra ou *marchandage* expressamente repudiada pelo direito internacional e pela ordem pública e pátria, pois o homem e sua energia não podem em hipótese alguma, ser objetos de comércio interempresas. 02. Na terceirização lícita, a relação interempresarial ocorre com absoluta independência na execução das atividades realizadas, de modo totalmente autônomo entre uma e outra empresa, pois o “objeto do comércio” é sempre um bem ou serviço especializado prestado por ente que detém total independência funcional; o labor não se integra às necessidades rotineiras e nem se apresenta em regime de conexão funcional com as atividades recíprocas. A relação é sempre trilateral, pois não há interpenetração dos contratos de emprego (entre o trabalhador e seu empregador) com o de prestação de serviços (entre as empresas tomadora e prestadora de serviços). 03. Todo contrato de atividade que envolve entrega de força de trabalho humano para atividades rotineiras e necessárias (não-eventualidade) de outrem, que a utiliza em proveito econômico de sua empresa (onerosidade), dirigindo o modo de execução e o fazer (subordinação), é contrato de trabalho, ainda que entre as partes se interponha uma pessoa jurídica, hoje, denominada empresa terceira, como ontem fora o “gato” ou o “intermediador” / “arregimentador”. Deste modo, na opacidade da figura do “tomador” encontra-se o real empregador. 04. O artigo 94 da Lei nº 9.472/97 não admite a intermediação de mão de obra ou terceirização de empregos de atividade inerentes ao setor de telecomunicação. Cuida-se de norma de direito administrativo que regula a relação estabelecida entre as concessionárias com o poder concedente, para os objetivos limitados daquela Lei, qual seja, estimular parcerias empresariais em concorrência para concessão de serviços públicos. Não há autorização normativa para “terceirizar” atividades rotineiras e necessárias à conservação do serviço delegado às concessionárias de serviço público, o que seria fraude manifesta, direcionada a extirpar a figura do empregado da empresa concessionária. (TRT 1ª R.; RO 0000854-42.2010.5.01.0017; Sétima Turma; Relª Desª Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; DORJ

Alguns juristas adotam a posição de tratar como co-empregadora a tomadora de serviços, em decorrência de ela contratar civilmente com a fornecedora para que os funcionários realizem alguma atividade em proveito da primeira, mas esta posição não consegue abarcar as situações hodiernas que são mais complexas, conforme explica Sanseverino apud (GODINHO, 2003),

Desta forma, a colaboração na empresa está a indicar que não se trata de simples prestação de atividade de trabalho, mas, sim, de uma prestação cujo conteúdo é bastante mais complexo, pois está, de fato, envolvida pela obrigação de subordinação, que se acompanha das obrigações de fidelidade e de disciplina que lhe são conexas, as quais, mesmo podendo ser consideradas isoladamente [...], fazem parte, todavia, da prestação de trabalho, dela constituindo um obrigatório modo de ser.

Quanto à subordinação, ensina Mario de La Cueva (apud LAMARCA, 1993, p. 105):

[...] a subordinação do trabalho ao empresário não constitui um dado que estejamos em condições de aceitar ou repelir, mas um fato real que se impõe ao investigador do regime capitalista, de que constitui sua essência; e finalmente, a essência do elemento subordinação se funda na circunstância de que o empregador pode, a todo instante, dispor da energia de seus empregados, conforme convenha aos fins da empresa.

Enfim, se inicialmente explicado pela subordinação, necessário indagarmos qual o conceito *marchandage*.

Buscando seu significado na França, entendemos que o *marchandage* é a exploração do homem pelo próprio homem, um meio de burlar a vinculação contratual entre o empregador e o empregado, onde o empregador de fato se desprende do vínculo que o une ao empregado, ocupando outro aquela posição, quem seja, o intermediário; aquele que foi afastado das relações de trabalho em 1848, com a Revolução Francesa.

Mario de La Cueva acrescenta com a seguinte observação: “Essa situação, [...], produzia um duplo efeito: a possibilidade de insolvência do intermediário se considerado como o único responsável pelo débito trabalhista, e a manutenção de baixos salários, porque a intermediação fica com uma parte.” (VILHENA, 1975, p.66-67).

Isto ocorre porque quando há a dissociação patrimonial entre o empresário e o trabalhador, há a dissociação entre a empresa e os riscos que ela, necessariamente por força do entendimento do art. 2º da CLT, deve correr⁵⁸.

09/10/2014)”.
⁵⁸Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Assim, temos que a *marchandage*, nada mais é do que a nossa terceirização de mão de obra realizada de forma ilícita.

- **Trabalho temporário:** Criado pela Lei nº 6.019/74, apesar de também se tratar de uma terceirização de serviços ampla, o trabalho temporário guarda sua primeira diferença em relação à típica relação de terceirização de serviços pelo fato de se tratar de uma relação temporária típica de substituição, ou para cumprir demanda excepcional, via de regra. Tal conceito não define terceirização de serviços. Nada obstante, deveria emprestar o entendimento da responsabilidade da prestadora, em caso de falência, ao tema terceirização de serviços, contudo, como a responsabilidade solidária somente deriva de lei ou acordo entre as partes, não é assim que a jurisprudência entenderá, a não ser que exista regra própria para a terceirização.
- **Gerenciamento da entidade fiscalizadora e a terceirização de mão de obra:** trazida ao mundo jurídico pela consolidação da jurisprudência na OJ Transitória nº 66 da SDI, a qual revela a diferença entre a atividade de gerenciamento da entidade fiscalizadora e a terceirização de mão de obra, esta figura vem sendo amplamente discutida nas Cortes Trabalhistas. A título de exemplo, verificamos a ocorrência da figura no caso SPTrans – São Paulo Transportes S.A. na capital do Estado.

A situação é tão controversa que decisões diametralmente opostas são proferidas diuturnamente.

Em uma ação ajuizada no Fórum Trabalhista da capital⁵⁹, apesar de ter havido entendimento contrário na 1ª e 2ª instâncias, o TST, entendeu que tal caso não se enquadra nos termos da jurisprudência do TST sobre terceirização, não podendo ser considerada esta uma responsabilidade subsidiária. Tampouco pouco poderia se tratar de responsabilidade

---

⁵⁹Em um caso, o juiz de primeira instância entendeu que a SPtrans não figurou como beneficiária dos serviços da empresa de transportes, mas sim como mera gestora do sistema de transporte público municipal. O TRT 2 disse que por exercer o gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atrai a responsabilidade subsidiária. Já o TST entendeu que tal caso não se enquadra nos termos da jurisprudência do TST sobre terceirização, não podendo ser considerada subsidiária. Tampouco o seria solidária, porque a responsabilidade solidária decorre de lei. Durante o julgamento do recurso, o ministro José Roberto Freire Pimenta, relator, esclareceu que a previsão da responsabilidade subsidiária em acordo coletivo afastava a aplicação da Orientação Jurisprudencial Transitória 66 da SDI-1, "em razão do princípio constitucional do reconhecimento dos acordos coletivos, preconizado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição". Essa OJ isenta a SPTrans de arcar, ainda que subsidiariamente, com os débitos trabalhistas de empregado contratado pelas concessionárias de serviço de transporte público. O relator salientou também que não se tratava, no caso, "de terceirização de serviços, mas de obediência à previsão normativa". A decisão foi unânime. Processo: E-RR-291000-23.2005.5.02.0073

solidária, pois, esta deriva da lei ou do contrato.

- **Privatização:** seguindo o precioso ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1996. p. 10.), é difícil definir privatização, conceito que se vincula mais à Ciência da Administração, à Ciência Política e às Ciências Econômicas do que ao Direito.

Segundo a autora, “privatização” é um conceito em elaboração. Em suas palavras, é um “processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos” (DI PIETRO, 1996, p. 13).

A Constituição Federal, viga mestra do Estado democrático de direito implantado na República Federativa do Brasil desde 1988, prevê tanto em seu artigo 1º, inciso IV (que comanda os fundamentos da república), quanto no artigo 170, caput (que enumera os princípios gerais da atividade econômica), a coexistência dos princípios do valor social do trabalho com o da livre iniciativa, não sendo de forma alguma possível cogitar-se de prevalência de uma sobre a outra. Fixada essa premissa, impõe-se a origem histórica da controvérsia.

Em razão de questões econômicas e ideológicas predominantes no poder executivo federal, em 1995 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 8, que abriria caminho para a privatização das telecomunicações no Brasil, ao alterar o artigo 21, XI, da Constituição Federal de 1988 e prever a exploração daqueles serviços por meio de autorização, concessão ou permissão, nos termos da Lei que disporia sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Pois bem, a Lei referida pela Emenda Constitucional nº 8 veio a ser editada em 1997 (Lei nº 9.472/97), e em seu artigo 94 estipula que, no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela agência, [...] contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados, e que em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a agência e os usuários.

A privatização, que é a transferência da propriedade do Estado para o particular não se encaixa em nosso conceito de terceirização que nesta dissertação utilizamos, ao menos em relação ao Estado garantidor, pois, se a empresa que adquirir a propriedade que era do Estado e decidir terceirizar serviços, deverá ser tratada sem qualquer privilégio, tal como qualquer outra empresa da iniciativa privada, não devendo a responsabilidade trabalhista

da Administração Pública aqui aparecer.

- **Concessão de serviços públicos:** uma das mais antigas espécies de terceirização que se tem conhecimento é o de concessão administrativa dos serviços públicos. Ela existiu e foi utilizada desde o século XIX na Europa, sobretudo na França. Tinha a característica de ser de longo prazo para propiciar retorno do investimento aplicado, vez que seu uso, na época, recaiu sobre transporte ferroviário, fornecimento de água, gás, eletricidade e transporte coletivo urbano.

Odete Medauar (2009, p. 328 – 329) conta que houve um declínio desta prática, a partir da terceira década do século XX em virtude da instabilidade econômica em geral, devida às guerras mundiais e das tendências estatizantes, voltando a ressurgir o interesse pela concessão a partir da década de 80 do século XX, num contexto de reforma do Estado, de privatização, mas com justificativa idêntica àquela que norteou sua elaboração no século XIX: execução de serviços públicos sem ônus financeiro para a Administração. Tratava-se esta, porém, da concessão de serviços prevista na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A concessão de serviços públicos não se confunde com a terceirização de serviços que tratamos nesta dissertação, vez, que, o objeto contratado na prestação de serviços de natureza continuada, na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 328.), é a “atividade privada de que a Administração necessita e não quer executar diretamente, como, por exemplo, limpeza, manutenção de máquinas, realização de projetos, trabalhos de pesquisa”. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (2001, p. 243) explica que, em realidade, estes se tratam de “uma atividade prestada à Administração, para entendimento de suas necessidades ou de seus administrados”.

Para Meirelles (2010, p. 415.), o contrato de prestação de serviços, portanto, de terceirização dos serviços dentro da Administração Pública se diferencia do contrato de concessão de serviço público⁶⁰ na medida em que, neste, a Administração “delega a execução de um serviço do Poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco”.

Registra-se que a Lei nº 8.987/95 autoriza as concessionárias de serviço público a firmarem parcerias com outras empresas com o objetivo de promover terceirizações em

---

⁶⁰Informa Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2003), que a concessão, como instituto do Direito Administrativo, exibe notável amplitude e alcance, a qual segue se transformando e se reconfigurando.

sentido amplo de parte de seu processo produtivo. No entendimento do Tribunal Superior do Trabalho⁶¹, não há autorização legal, contudo, para a terceirização de serviços de atividade-fim em sentido estrito, com a perspectiva de precarização das condições de trabalho dos empregados contratados sob tais condições.

Quanto ao alcance do conceito de atividade-fim e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na figura da concessão administrativa, Homero Batista Mateus da Silva (2008. p. 202) leciona que o entendimento é relativo:

Fôssemos interpretar a situação à luz de uma pessoa jurídica de direito privado com atividade econômica, teríamos de concluir pela inserção do transporte coletivo no conceito de atividade-fim, pois tem ele “caráter essencial”. Mas ao mesmo tempo em que atribui a natureza essencial ao transporte, a Constituição Federal de 1988 admite a subcontratação de pessoas jurídicas de direito privado para sua efetivação. Então, teríamos o caso de uma terceirização de atividade-fim, com a ressalva de que aqui não se trata de subcontratação de atividade privada.

Diante desse quadro, quando a administração municipal outorga os contratos de concessão ou permissão, estaria ela a terceirizar a atividade e, com isso, assumindo a responsabilidade subsidiária da Súmula n° 331? A resposta depende do enfoque dado ao conceito de tomador de serviços.

Para aqueles que encaram a figura do tomador como todo aquele que tem a necessidade ou o dever de oferecer aquele serviço, sempre que ele vier a ser prestado por terceiro, responsabilidade subsidiária haverá.

O jurista ainda chama atenção para a Orientação Jurisprudencial n° 225 da Seção Especializada em Dissídios Individuais, dizendo que ao cuidar do tema a responsabilidade subsidiária em caso de concessionária de serviços públicos, em momento algum envolveu a autoridade concedente, mas somente estabeleceu alguns parâmetros para as concessionárias, principal e secundária seguirem (SILVA, 2008, p.202) quando existem situações em que são admitidas o repasse da concessão de serviços para terceiros.

---

⁶¹Neste sentido, decidiu a SDI do TST “VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEITURISTA. ATIVIDADE-FIM. LEI N° 8.987/95. SÚMULA N° 331, I E III, DO TST. 1. A interpretação sistemática dos arts. 25, caput e parágrafos, e 26 da Lei n° 8.987/95 permite concluir que a denominada Lei das concessões autoriza as concessionárias de serviço público a firmarem parcerias com outras empresas com o objetivo de promover terceirizações em sentido amplo de parte de seu processo produtivo. Não há autorização legal, contudo, para a terceirização de serviços em sentido estrito, com a perspectiva de precarização das condições de trabalho dos empregados contratados sob tais condições. 2. Insere-se na atividade-fim de empresa concessionária do serviço público de fornecimento de energia elétrica o exercício, por empregado da fornecedora de mão de obra, da função de leiturista, que compreende a aferição de relógios de indicação de consumo de energia elétrica. 3. Configurada a terceirização de atividade-fim, impõem-se a declaração de ilicitude da contratação mediante empresa interposta e o reconhecimento do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora dos serviços, à luz do disposto nos arts. 2º, 3º e 9º da CLT, de incidência cogente e imperativa a toda e qualquer relação de trabalho. Precedentes da SBDI-1 do TST. 4. Embargos de que não se conhece. Incidência do item I da Súmula n° 331 do TST”. (TST; E-ED-RR 0001521-87.2010.5.05.0511; Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. João Orestes Dalazen; DEJT 21/11/2014).

- **Parceria:** a denominação parceria é usada na Administração de Empresas, mas sob o aspecto de que terceirizante e terceirizado são parceiros na relação desenvolvida por eles, com vista em colocar um bem ou serviço no mercado.

Terceirização e Parceria embora pareçam ser relações empresariais que em alguns aspectos possam ser confundidas, são vínculos bem diferenciados de relacionamento comercial entre empresas. A confusão ocorre quando determinadas empresas que prestam serviços a outras se dizem parceiras daquelas, por acharem o termo “terceirizada” pejorativo, criando uma falsa visão do relacionamento empresarial.

Enquanto na parceria se fala em terceirização de atividade econômica, na terceirização de serviços, o que se terceiriza é a mão de obra. Ressalta-se que não estamos a falar de parceria de gestão em concessão de serviços públicos, mas parceria de empresas privadas. Parceria de gestão em concessão de serviços públicos foi abordado no item “concessão de serviços públicos”, aquele regido pela Lei nº 8.987/95, bem como será abordada no próximo tópico denominado Parceria Público Privada regida pela Lei nº 11.079/04.

Quanto a diferença entre terceirização de serviços e parceria, citemos alguns exemplos para melhor compreendermos tais diferenças.

Se uma indústria gráfica faz a contratação de outras gráficas para “terceirizar” parte do que é produzido, não se cogita de terceirização de mão de obra, mas de parceria comercial, pela qual uma empresa “subcontrata certos serviços e produtos junto à outra empresa”, do mesmo ramo de atividade econômica.

Na terceirização de atividade econômica, uma empresa possui a demanda (cliente), mas não possui um parque industrial ou comercial capaz de atendê-la. Entretanto, a empresa “terceirizada” possui máquinas, equipamentos e mão de obra ociosa, a ponto de poder e querer compartilhar o “cliente” com sua “parceira”.

Neste tipo de relação, chamada de parceria, o foco da contratação não é apenas a contratação da mão de obra, mas fundamentalmente a capacidade produtiva, os equipamentos e as instalações da “terceirizada”. Claro que haverá a utilização dos empregados desta; mas isto não é suficiente e nem é o foco da parceria. O foco são os equipamentos necessários à produção de bens ou à prestação de serviços, por isso, diferenciamos parceria de terceirização.

- **Parceria Público Privada (PPP):** a PPP (parceria público-privada) vem se

expandindo em vários países, demandando elevado nível de investimento pelos particulares e, recentemente, o mesmo começou a ser feito pelo Brasil, de modo que as parcerias público-privadas se tornaram um dos principais meios utilizados pelo Estado brasileiro para realizar investimentos em infraestrutura. Por intermédio de uma PPP, a União, os Estados ou os Municípios podem selecionar e contratar empresas privadas que ficarão responsáveis pela prestação de serviços de interesse público por prazo determinado. Veremos que não menos que 25 anos para fins de viabilidade econômica do investimento do particular.

Aqui, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivos fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente. Esta lei veio a regular a parceria público-privada que pode ocorrer dentro da modalidade concessão de serviços públicos ou não.

Odete Medauar (2009, p. 339, grifo nosso) ensina que parceria público-privada podem existir em várias formas e que

[...] vem conceituada como o contrato de concessão, na modalidade **patrocinada ou administrativa**. Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obra pública de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Desta forma, existe a concessão administrativa, que é um contrato de prestação de serviços que a União paga para fazer algo por ela em benefício de terceiros, por exemplo, merenda escolar.

Existe, também, o contrato de concessão na modalidade patrocinada, que o parceiro investe e é uma concessão de serviço público, como a prevista na Lei nº 8.987, só que há uma repartição diferenciada de risco em que o parceiro privado assume mais riscos.

Só se admitem contratos de parceria quando o valor contratual for equivalente a pelo menos 20 milhões de reais e o período de prestação de serviços não inferior a 5 anos, o qual, de resto, e não poderá exceder de 35 anos (art. 2º, § 4º, I e II e art. 5º, I).

Como a lei pretende que as parcerias público-privadas sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público, obviamente seu objeto só pode ser a

prestação de um serviço público (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados. Assim, toda tentativa de efetuar parcerias público-privadas tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato.

Diferentemente do que ocorre com a terceirização de serviços que estamos a tratar, aquele contratado por licitação pública em que o particular oferece garantia ao Poder Público, nesta modalidade de parceria, a Administração Pública é quem oferece garantia ao particular pelos gastos que ele dispendeu.

A própria Lei das PPP's, por meio de seu artigo 16, autoriza a instituição de um fundo, que para a maioria dos doutrinadores, dentre eles, Kiyoshi Harada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, denominam Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, e este tem como objetivo prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em razão de contratos de parcerias público-privadas por eles celebrados.

Quanto à responsabilidade subsidiária do Poder Público, ela é controvertida e ainda deverá ser objeto de acalorados debates. Encontramos poucos julgados do TST que tratam, especificamente do tema regulado pela Lei nº 11.079/2004. Dentre os que encontramos, separamos o seguinte trecho que diz

[...] vai longe a diferença entre convênio amparado em lei e terceirização de serviços, notadamente quando a convenção adotada pelas partes é prevista no Código Constitucional e regulamentado em lei, in casu, a Lei 11.079/2004 e os demais dispositivos constitucionais suprarreferidos. Demais disso, revelando os autos que o Município firmou convênio com pessoa jurídica de direito privado não constituída sob a forma de sociedade comercial e que a parceria se deu nos termos da Lei nº 11.079/2004, não se pode cogitar de processo de terceirização nem de responsabilidade subsidiária do ente público a reclamar a incidência da Súmula nº 331, IV, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.⁶²

Também, pelo fato de o poder público, mesmo que indiretamente se utilizar da mão de obra, encontramos decisões que o condenaram a responder pelas verbas trabalhistas do trabalhador. O Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região considerou ter havido culpa *in eligendo* por parte do Ente Público⁶³.

⁶² Diante da dificuldade de encontrarmos julgados com o termo parceria público-privada na ementa, ou até mesmo a Lei nº 11.079/2004, solicitamos conferir o julgado na íntegra, no sítio do TST, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 12/11/2008, 3ª Turma).

⁶³ PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331 DO TST. A mera licitude do convênio não elide a responsabilidade do Estado, sendo irrelevante a modalidade do acerto firmado – se convênio ou contrato de parceria –, se, ao final, o Estado se beneficiou do trabalho prestado pelo obreiro. A responsabilização decorre de seu comportamento omissivo ou irregular, de não

Veremos, ao analisarmos a culpa *in eligendo* em tópico dedicado ao tema, que a decisão regional se revela tecnicamente incorreta, pois, não se alinha com o real comando do Acórdão da ADC nº 16/DF, mas com o que se refere ao mero inadimplemento.

- **Parceria com as OSCIPS:** revelando-se uma parceria firmada entre a Administração Pública e a Entidade sem fins lucrativos chamada OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público)⁶⁴, a relação jurídica em estudo encontra amparo no art. 204 da Constituição Federal, que permite a participação de Instituições Privadas na complementação do programa de ações governamentais na área da assistência social, uma vez seguidas suas diretrizes.

No entanto, uma vez que a parceria em testilha não transfere à iniciativa privada a titularidade do serviço, mas apenas sua execução, o Estado, por imposição constitucional, continua sendo o titular do serviço e deverá responder pelos créditos trabalhistas devidos aos empregados das OSCIPS parceiras, caso não fiscalize, ou melhor, não prove a fiscalização da execução dos serviços elencados no Termo de Parceria. A celebração deste termo de parceria não basta para a exclusão da responsabilidade trabalhista, devendo o Ente Público fiscalizar os serviços.⁶⁵

Sendo assim, tal como na típica terceirização, é possível a ocorrência de responsabilidade trabalhista do Ente Público em relação aos empregados das OSCIPS.

---

fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela entidade que contratou, em típica culpa *in vigilando*, ou porque não se cercou das cautelas no momento da escolha do parceiro, operando em culpa *in eligendo*. Inteligência da Súmula 331, IV, do TST. Recurso ordinário conhecido e não provido. (TRT-16 243201000216003 MA 00243-2010-002-16-00-3, Relator: LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 01/12/2011, Data de Publicação: 12/12/2011).

⁶⁴Lei nº 9.790/99. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

⁶⁵AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TERMO DE PARCERIA. LEI Nº 9.790/99. A contratação de organização de sociedade civil de interesse público. OSCIP, por meio de celebração de termo de parceria, não basta para excluir a responsabilidade trabalhista do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da administração pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. O mesmo raciocínio se aplica às OSCIP. No presente caso, o tribunal regional, soberano na análise do conjunto probatório, registrou que o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a correta fiscalização das obrigações trabalhistas da organização prestadora. Assim, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao agravante, decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST; AIRR 0000593-35.2012.5.15.0044; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 07/11/2014).

- **Terciarização:** para Maurício Godinho Delgado, terciarização é outro neologismo criado para designar o fenômeno da terceirização, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes.

Delgado leciona que “este epíteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e trabalhista aqui examinado (DELGADO, 2014).

Já Sérgio Pinto Martins ensina que terciarização é “vocábulo não contido nos dicionários e que, tal como terceirização, seria um neologismo. *Terciariu* seria originário do latim, proveniente do ordinal *tertiariu*. Continua explicando que na Geologia, prefere-se a palavra terciário, pois as eras geológicas são divididas em quatro, sendo a última, a cenozoica, dividida em dois períodos: o terciário e o quaternário.

Arion Sayão Romita conceitua a terceirização a partir do neologismo criado pela palavra terciário, manifestando sua preferência, portanto, pelo uso da expressão “terciarização”.

Como cita Maranhão, Romita ensaia a preferência pelo vocábulo “terciarização”, recordando os setores em que a atividade econômica está subdividida: setor primário, correspondente aos recursos naturais (agricultura, pecuária); setor secundário, onde reside um processo de transformação (indústria); e o setor terciário, ligado essencialmente a serviços. Esta segmentação econômica adquire a expressão de linha divisória para significar, por exclusão, que os setores primários e secundários da economia estão infensos a repasse de terceiros. A possibilidade desse desmembramento ocorrer tem lindes no próprio setor terciário (serviços) (MARANHÃO, 2004, v.1).

Apesar de suas diferentes formas de utilização em outros campos das ciências naturais e econômicas, não nos parece que o termo terciarização poderia ser utilizado para nos referirmos a terceirização, mormente pelo fato de que, no Direito, a terceirização seria utilizada de maneira mais ampla do que a terciarização é utilizada, haja vista que terciarização é utilizada para se referir a serviços, enquanto terceirização pode envolver tanto terceirização de serviços quanto de obras ou bens.

- **Subcontratação:** é o instrumento jurídico por meio do qual uma empresa já contratada delega parte ou o total da obra, produto ou serviço a uma outra empresa terceira estranha ao contrato, a fim de que esta o execute.

Sérgio Pinto Martins ensina que no direito francês, adotou-se o termo subcontratação (*soustraitance*, que tem o sentido de variedade de empreitada). A empresa tomadora de serviços repassa suas atividades ou parte delas a outra empresa, que irá se

incumbir da execução dos serviços para os clientes da primeira. Já no Japão, o termo subcontratação é utilizado para falar dos *dispatched workers* (trabalhadores subcontratados). Não se pode dizer, no entanto, que no país oriental há subcontratação. O que há, na verdade é a contratação e não subcontratação, pois, os trabalhadores japoneses são realmente contratados pelo empregador e não subcontratados por outra empresa para prestar serviços para aquele empregador (MARTINS, 2010, p.7).

Maurício Godinho Delgado (2004), em contraponto ao explorado por Sergio Pinto Martins (2004), leciona que por aqui,

[...] no âmbito privado, a CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (década de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.

Já no âmbito da Administração Pública, a subcontratação, ocorre pelo permissivo dos arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Via de regra, a subcontratação não é possível, a menos que haja menção expressa no edital⁶⁶, vez que a própria lei permite a exceção; não somente permite, como preconiza a preferência para subcontratação para as micro e pequenas empresas⁶⁷, diferenciando-as das demais empresas.⁶⁸ enquanto um dos princípios da ordem social.

Nesse sentido, Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p.768) observa que “a

⁶⁶O art. 72 da lei nº 8.666/93 estabelece que: O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Em havendo uma subcontratação, há de ser justificada. É que para ela ser possível deve ter seu limite admitido pela Administração e sua autorização advir de permissão por necessidade técnica que conste do edital. Tal é a síntese do TCU sobre a subcontratação (Decisão nº 420/2002-Plenário; Ac. nº 1.108/2003-Plenário; Ac. nº 1.368/2004-Plenário) e formalidade nos arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93. Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido, “Em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão de responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, Lei nº 8.666/93 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93” (Decisão n. 420/2002-Plenário).

⁶⁷O art. 48, II, da Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, que alterou dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, ficou assim redigido: "Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

⁶⁸O tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas foi cravado na Constituição Federal pela redação do inciso IX do art. 170, como um dos princípios da ordem econômica, conforme os ditames da justiça social: “IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”.

transferência da obrigação contratual a terceiro pressupõe sua previsão nos instrumentos que legitimam a contratação (em especial edital e contrato), além da inafastável submissão à prévia e escrita autorização pelo ente contratante [...]”.

Registra-se, por oportuno, que caso a Administração Pública permita a subcontratação, pelo advento do art. 47⁶⁹ combinado com o inciso II do art. 48⁷⁰ da Lei Complementar 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar 147/2014, deve-se dar preferência à micro e pequena empresa. Tal privilégio é previsto constitucionalmente.

- **O dono da obra:** o dono da obra é expressão criada para se referir a pessoa que constrói a casa própria⁷¹ ou até mesmo a reforma, mesmo que esta reforma seja pequena ou demore alguns meses. O importante é que o contratante não seja construtora ou incorporadora, ou seja, que lucre com a atividade de construção, conforme entendimento cristalizado na Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI 1 do Tribunal Superior do Trabalho, que vale a pena transcrever:

OJ 191 SDI 1 do TST. “CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Explicando-se os termos da orientação jurisprudencial mencionada supra, temos duas situações, onde a primeira relação firmada entre o dono da obra e o empreiteiro é de natureza civil e a segunda, entre o empreiteiro e as pessoas por ele contratadas para trabalhar na obra, é de natureza trabalhista.

Ocorre que, pelo fato de o dono da obra se tratar de mero consumidor, vez que não preenche os requisitos da figura do tomador, quais sejam, a habitualidade e a subordinação em grau máximo (SILVA, 2008. p. 195.), não haverá responsabilidade trabalhista em relação aos trabalhadores contratados pelo empreiteiro. Junta-se a estes dois requisitos, o fato de o consumidor, a priori, não almejar lucro e temos a isenção de qualquer

⁶⁹Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

⁷⁰Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte.

⁷¹Homero Batista Mateus da Silva (2008. p. 200) explica que “o nome [dono da obra] esconde certa ironia, porque ele não precisa ser o dono, no sentido de ter título de propriedade sobre o local, bastando ser um arrendatário, usufrutuário ou mesmo locatário que pretenda desenvolver um conjunto de benfeitorias”.

responsabilidade.

De entendimento contrário à OJ nº 191, é a lição de Francisco Antonio de Oliveira (1993, p. 207.), para quem deveria haver a figura da responsabilidade solidária⁷², pois, “o dono da obra, por não explorar, enquanto proprietário da obra, nenhum empreendimento e muito menos lucrativo, não poderá ser eleito como empregador”, mas responsável solidário, “primeiro porque recebeu a força do trabalho, ainda que indiretamente, e que se reflete no seu patrimônio (a obra pronta); segundo, porque teria agido com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*”.

Controvérsias se suscitam quando o dono da obra é a Administração Pública, pois, por se entender que construção é atividade finalística⁷³ da Administração Pública, ou até mesmo pelo fato de o contrato administrativo ter se firmado sob a égide da Lei nº 8.666/93⁷⁴, permanece o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas com

⁷²Opinião da qual discordamos, pois, a responsabilidade solidária não se presume. Ela somente pode decorrer de lei ou de contrato firmado entre partes.

⁷³Pelo fato de construção ser parte de atividades rotineiras da Administração Pública, a quinta Turma do TST decidiu não favorecê-la com o entendimento da OJ nº 191. “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Terceirização trabalhista. Ente público. Dono de obra. Não caracterização. Responsabilidade subsidiária. Culpa *in vigilando*. A incidência do entendimento consubstanciado na OJ nº 191 da SBDI-1 do TST pressupõe a existência de um contrato de empreitada de construção civil, no qual se ajusta a entrega de determinada obra pronta e acabada. Assim, a contratação de serviços ligados as atividades ordinárias do ente público, sem a especificação de uma determinada obra a ser realizada, afasta a condição de simples dono de obra, o que afasta a incidência da exceção prevista na OJ nº 191 da SBDI-1 desta corte. Ademais, entender em sentido diverso da corte regional, albergando a tese da agravante de que as atividades contratadas pela segunda reclamada não se consubstanciam em sua atividade-fim e de que foi firmado um contrato de empreitada de construção civil, necessário seria revolver todo o conjunto fático probatório dos autos, o que não é possível nesta instância recursal, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST. Deste modo, a responsabilidade subsidiária imposta à agravante está em consonância com a jurisprudência consolidada desta corte, uma vez que demonstrada ainda a culpa *in vigilando* da administração pública na fiscalização do contrato de terceirização, o que se amolda ao teor da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16 e atrai a incidência da Súmula nº 331, incisos V e VI, do TST. Pertinência das Súmulas nº 126 e 333 desta corte. Agravo de instrumento não provido”. (TST; AIRR 0000306-82.2012.5.02.0481; Quinta Turma; Rel. Min. Ronaldo Medeiros de Souza; DEJT 17/10/2014). Entendimento contrário possui a quarta Câmara do TRT da 12ª Região: “MUNICÍPIO DONO DA OBRA. RESPONSABILIZAÇÃO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS INADIMPLIDAS PELO EMPREITEIRO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos da orientação jurisprudencial n. 191, da SDI-I, do TST, não se pode atribuir responsabilidade solidária ou subsidiária ao dono da obra pelas obrigações trabalhistas da empreiteira por ele contratada, salvo quando sua atividade preponderante for a incorporação ou a construção civil. Dessa forma, inexistente fundamento legal ou contratual para a responsabilização do município, a qualquer título, por débitos trabalhistas de empreiteira por ele selecionada mediante regular certame licitatório, sobretudo quando não comprovada a ocorrência de culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo* da administração municipal. (TRT 12ª R.; RO 0000263-87.2013.5.12.0011; Quarta Câmara; Relª Juíza Mari Eleda Migliorini; DOESC 21/10/2014)”.

⁷⁴Neste sentido é o posicionamento do TST. Confira-se o acórdão de lavra de sua sétima Turma: “RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. ADC 16/DF. CABIMENTO. CULPA *IN VIGILANDO* CONFIGURADA. DONO DA OBRA. INAPLICABILIDADE DA OJ 191 DA SBDI-1 DO TST. O entendimento assente nesta turma é o de que, ainda que o ente da administração pública direta figure como dono de obra, o contrato celebrado entre a prestadora e a tomadora de serviços não será disciplinado pela legislação civil mas, sim, obedecerá aos ditames da Lei nº 8.666/93. Prevalece, portanto, o dever da administração pública de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas à luz dos artigos 58, III, e 67, caput, da Lei nº 8.666/93. Assim,

base nos artigos 58, III e 67 da lei de licitações em apreço.

Focalização: para Sergio Pinto Martins (2010, p.7), utiliza-se a palavra focalização, também em Administração de Empresas, para evidenciar a empresa que procura a qualidade final de seu produto, dedicando-se apenas ao foco de sua atividade, ou seja, à sua atividade-fim, delegando a terceiros suas outras atividades.”.

A indústria, focada em sua atividade maior, a que efetivamente gera valor, produz mais e melhor baseia-se na teoria do foco toyotista (AMORIM, 2009. p. 48), que prega a desintegração vertical da empresa de sorte a permitir-lhe o foco em sua atividade principal, impondo a seus fornecedores terceirizados um padrão de produção e entrega de insumos *just in time*.⁷⁵

Trata-se, como delineado, de expressão que transmite apenas um dos aspectos da terceirização, sem abordá-la completamente, apenas tangenciando-lhe certos pontos.

Neste sentido, assevera Helder Santos Amorim (AMORIM, p. 48), ao defender que a “teoria do foco” é, na prática, ironicamente “desfocada” e que:

[...] a “teoria do foco” explica apenas uma face da terceirização, delimitada e comprometida com a produtividade e a qualidade do produto, mas não explica as repercussões iminentes, de caráter econômico, sobre o sistema de proteção dos trabalhadores, repercussões estas que condicionam a sua prática na via empresarial.

E como se tem em mente que a terceirização, no Brasil, foi utilizada mais como uma maneira de redução de custos⁷⁶ do que propriamente dito uma moderna técnica de reengenharia de produção etc., pensamos que esta expressão não representa o instituto ora analisado.

- **Horizontalização:** é epíteto nascido no bojo do toyotismo e que reforça a ideia de reengenharia produtiva através da desintegração da cadeia produtiva vertical outrora foi defendida pelo fordismo e pelo taylorismo. Aqui, o intuito é desverticalizar a empresa.

---

constatada pela corte de origem a culpa *in vigilando* da entidade da administração pública em face do descumprimento do seu dever de acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela empresa contratada, legítima se revela a condenação subsidiária imposta. Incidência da diretriz consagrada na Súmula nº 331, V, do TST. Recurso de revista não conhecido”. (TST; RR 0196900-09.2011.5.17.0151; Sétima Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 17/10/2014).

⁷⁵ *Just in time* (JIT) – Também denominado sistema de produção Toyota, ou Sistema Kanban, e também traduzido como “produção apenas a tempo”, é um sistema de controle de estoques desenvolvido pela empresa homônima, no qual as partes e componentes são produzidos e entregues nas diferentes seções pouco antes de ser utilizadas. A definição mais sintética deste sistema seria “a peça certa, no lugar certo, no momento certo” (SANDRONI, 2008, p.250).

⁷⁶ O que vem a atingir, consideravelmente, os direitos trabalhistas dos trabalhadores, aspecto não evidenciado na focalização.

Em linhas gerais, as empresas transferem para outras, partes das funções que exerciam diretamente, sendo este processo também chamado de desverticalização ou reconcentração. São processos de terceirização, sendo que na última as empresas são concentradas numa espécie de fusão e a desverticalização é o descarte de atividades não rendosas dentro da empresa, o que está mais próximo da nossa terceirização (MARTINS, 2010).

- **Externação:** é termo que ressalta o aspecto físico da terceirização, consistente na realização de atividades atinentes à cadeia produtiva fora da unidade produtiva da empresa contratante.

Apesar de não haver aqui no Brasil a diferenciação feita na França⁷⁷ entre terceirização (*soustraitance*) e o processo de externalização (*externalizacion*), o fato é que o termo acabou não se consagrando em solo nacional e também não abrange a inteireza do fenômeno nas relações de trabalho.

- **Descentralização:** descentralização é vocábulo oriundo da palavra descentralizar, a qual, segundo o Novo Dicionário Aurélio, consiste em “1. Afastar ou separar do centro; descentrar. 2. Aplicar o descentralismo a; dar autonomia administrativa a; Int. 3. [...] (FERREIRA, 1999, p. 638). Significa, portanto, o surgimento de unidades produtivas periféricas, que não mais serão parte integrante de um mesmo centro, mas que contribuirão autonomamente para a consecução de um determinado bem ou serviço. Inicialmente, vemos que em nada se relaciona com terceirização.

Especificamente mais utilizado no Direito Público, descentralização é termo que designa a transferência, pelo Estado, do exercício de uma dada atividade administrativa a particulares. Abrange tanto a distribuição de competências de uma pessoa jurídica para outra, como ocorre quando a lei cria ou autoriza a criação das entidades da Administração indireta e lhes transfere determinadas atribuições; como a outorga da execução de serviços públicos, tal como na autorização, permissão e concessão de serviço público (DI PIETRO, 2010, P.28).

O vocábulo descentralização foi utilizado pelo Decreto-lei nº 200/67 de forma inadequada para designar não propriamente a descentralização da atividade do Estado, mas

---

⁷⁷Dá-se na França o nome de terceirização a um processo bem específico: só há terceirização quando temos uma empresa subcontratada trabalhando dentro da empresa principal. Se o trabalho for realizado fora, passa-se a chamar processo de externalização (MARCELINO, 2007).

tão somente sua execução por meios indiretos, por meio de convênios e contratos.

Na organização administrativa brasileira destacam-se dois tipos de divisão de atribuições: uma vertical, decorrente da forma federativa, que não significa hierarquia entre os entes federados, e uma divisão horizontal em que cada um desses entes se estrutura segundo dois critérios básicos de organização: um deles é a desconcentração e o outro, a descentralização.

a) Desconcentração - Odete Medauar ensina que existe desconcentração "quando atividades são distribuídas de um centro pra setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica." A estrutura desconcentrada é baseada na hierarquia, quer entre órgãos, quer entre servidores. É de lembrar-se, ainda, que pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica, tendo-se como exemplo, os órgãos consultivos, que, por sua natureza, não se submetem aos poderes hierárquicos de um órgão superior.

b) Descentralização - É a distribuição de competência entre pessoas físicas ou jurídicas diferentes, transferindo-se a atividade decisória, e não a mera atividade administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que tradicionalmente os autores indicam somente a autarquia como exemplo de descentralização por serviço, tanto que o Decreto-Lei nº 200, apegado a essa concepção tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta serviço público típico do Estado. Não obstante, o estudo da evolução das formas de descentralização funcional mostra que se criaram pessoas jurídicas de direito privado e a elas foram transferidas a titularidade e a execução de serviços públicos.

Durante algum tempo, houve delegação da execução de serviço público a empresas sob o controle acionário do Poder Público. Atualmente, entretanto, sob o impulso da reforma do Estado e da privatização, a concessão de serviços públicos voltou a ser feita por delegação a empresas privadas, quer pela desestatização, quer pela abertura de licitações para realização de novas concessões, no entanto, verificamos que o termo descentralização não guarda relação qualquer com o vocábulo terceirização, em especial quando realizada na seara pública, pois, o primeiro pressupõe a existência de uma outra pessoa, distinta da pessoa do Estado e para qual serão atribuídos poderes da Administração, ao passo que a terceirização apenas expressa a execução indireta de uma determinada atividade material, sem que ao particular sejam dados quaisquer poderes públicos.

- **Franchising:** tal como ocorreu com o modo Toyota de repensar a produção, mais

recentemente o empresário buscou outras maneiras de vencer a concorrência e dentre as novas técnicas de reengenharia da produção, pensou em novas possibilidades de parceria por meio de contratos de colaboração. Eis o *franchising*.

Típico contrato de parceria comercial, o *franchising* é uma forma de terceirizar serviços (que anteriormente eram realizados mediante relação de emprego), ou procurar distribuir a comercialização ou serviços do franqueador por intermédio de uma terceira pessoa (MARTINS, 2010, p. 73), obviamente, de modo a maximizar o lucro do empreendedor.

O contrato de franquia estabelecido entre franqueador e franqueado é um contrato de colaboração, vale dizer, de parceria entre dois empresários, onde um destes – franqueador – ajuda na organização da empresa, transferindo seu *know how*, licenciando o uso de sua marca e, eventualmente, fornecendo produtos para serem vendidos. Não há, todavia, o fornecimento de mão de obra, que é contratada diretamente pelo franqueado.⁷⁸

Referidos contratos de colaboração, conceituados por Fábio Ulhoa Coelho (2003, v.1, p. 85) são “aqueles em que um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor)”, explicando ainda que em tais contratos, “os empresários articulam suas

---

⁷⁸Claramente, há exceções à regra e neste sentido, o TST já decidiu: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. Denúnciação à lide. Nulidade dos atos processuais posteriores à inclusão da reclamada no polo da lide. Posto no acórdão regional que não houve denúnciação à lide e que a inclusão da reclamada no polo passivo da demanda decorreria do aditamento à inicial feita em audiência, ocasião em que fora oportunizado à reclamada o direito à ampla defesa, é inoportuna a alegação de nulidade processual e de violação ao art. 769, CLT. Ausentes os requisitos do art. 896, CLT. 2. Ilegitimidade ad causam. A legitimidade de parte é apurada in *statu assertionis*, como decorrência de ser exigida, de uma pessoa física ou jurídica, uma prestação ou um bem da vida. Assim, o fato de constar na decisão regional que a recorrente fora apontada como parte na relação jurídico-processual, enquanto beneficiária dos serviços prestados pela reclamante, a legitima a figurar no polo passivo da demanda e disso resulta inexistência de violação ao art. 267, VI, CPC e dissonância ao disposto no art. 896, c, da CLT. 3. Responsabilidade solidária. Nulidade do contrato de franquia. Tomadora de serviços. Fraude aos direitos trabalhistas. O tribunal regional, com base no acervo probatório dos autos, reconheceu que a reclamante fora contratada pela empresa Thomé comércio de alimentos Ltda., que, por força do contrato de franquia, obrigava-se a prestar serviços de forma exclusiva à ora recorrente, deixando consignado que tanto a loja de Campinas quanto a de paulínia sofriam ingerência do dia Brasil. Consignou a nulidade do contrato de franquia celebrado entre a recorrente e a primeira reclamada e declarou a responsabilidade solidária da recorrente, tendo em vista que a reclamante, como operadora de caixa, prestara seus serviços na atividade-fim da recorrente, que se beneficiara da mão de obra prestada, em evidente fraude aos direitos trabalhistas. Esse quadro fático não é passível de reexame, por incidência da Súmula nº 126/TST. Além disso, a decisão regional, nos moldes como fundamentada, foi proferida em harmonia com a jurisprudência do TST firmada na Súmula nº 331, I, o que atrai o óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. 4. Obrigações personalíssimas. Multas dos arts. 467 e 477, CLT. A declaração da responsabilidade solidária da recorrente, por força do disposto no art. 264, do Código Civil abrange a totalidade da dívida, o que implica in casu o pagamento total dos créditos da reclamante incluindo as obrigações personalíssimas e as multas dos arts. 467 e 477, CLT, e afasta a pretensão de violação a estes dispositivos e aos arts. 2º e 3º da CLT. O recurso foge à regra do art. 896, a e c, CLT. Agravo de instrumento não provido. (TST; AIRR 0000343-47.2012.5.15.0126; Quinta Turma; Rel. Min. Ronaldo Medeiros de Souza; DEJT 17/10/2014)”.

iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos”.

Apesar de se assemelhar, em certos aspectos, com um contrato de terceirização, o contrato de franchising, ou franquia, como é traduzida no Brasil, diferencia-se da terceirização na medida em que o franqueado, que além de poder ser pessoa física ou jurídica, o que não ocorre na terceirização, possui um negócio próprio e não deve se submeter ao controle administrativo do franqueador, pois, possui liberdade e autonomia, embora tenha que seguir certas regras impostas por este franqueador através da circular e do contrato de franquia.

Um problema recorrente – e que vamos abordar no presente estudo – diz respeito a ações trabalhistas em que o empregado contratado pelo franqueado busca atribuir responsabilidade solidaria ou subsidiária ao franqueador, tal como ocorre com a terceirização.

Vejamos, primeiramente, algumas características deste contrato de franchising. Iniciemos por sua natureza jurídica.

Quanto a natureza jurídica do contrato de *franchising*, há controvérsia na doutrina. Orlando Gomes entende que é um contrato autônomo, de natureza híbrida, que se aproxima da concessão mercantil exclusiva, da distribuição, do fornecimento e da prestação de serviços (GOMES, 1979, p. 576). Já Rubens Requião (1978, p. 43) ensina que a franquia comercial corresponde ao instituto da concessão mercantil com exclusividade, tese também defendida por Ruy Barbosa Nogueira e Paulo Roberto Cabral Nogueira (1977, v. 2. p. 24-25).

Quanto a responsabilidade solidária ou subsidiária presente na terceirização, a jurisprudência trabalhista se posiciona no sentido de que não há responsabilidade em casos de *franchising*, pois, ausentes os pressupostos caracterizadores da referida responsabilidade, bem como não se trata de caso de prestação de serviços, vez que a franqueadora não é tomadora dos serviços, como exige a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Sendo assim, somente em casos de fraude comprovada, a franqueadora responderá pelo crédito trabalhista devido ao empregado da empresa franqueada.

- **Quarteirização:** com a explosão da onda de inovação promovida sobretudo pelas tecnologias de informação e comunicação (TIC), as empresas podem cada vez mais operar sistematicamente em rede, o que permite a constituição das cadeias globais de valor. Isto é,

um conjunto de empresas filiadas que articulam as decisões em sistemas de produção e distribuição em função das determinações centralizadas pela empresa matriz no plano mundial (POCHMANN, 2014). Esta onda de inovação impulsionou não somente a terceirização, mas a terceirização da terceirização, ou melhor dizendo, a quarteirização.

“Quarteirização” ou “terceirização gerenciada”, segundo definição de Sérgio Pinto Martins (2010. p. 8.), vem a ser a contratação de uma empresa especializada que se encarrega de gerenciar as empresas terceirizadas, as parceiras. Normalmente se contrata uma empresa completamente distinta das terceirizadas e especialista no mercado num determinado ramo de serviços ou de administração de serviços. Esta empresa passa a administrar os fornecedores da terceirizante, em função do grande número deles.

Através da quarteirização, tem-se uma economia, maior qualidade e segurança na execução dos serviços especializados, uma vez que o trabalho prestado pelo terceiro, que configura o processo de terceirização, é especializado em terceirizar. O trabalho dos terceiros será fiscalizado e administrado por outra empresa, caracterizando, assim, a “quarteirização” de serviço.

Como esclarece Polônio (2000, p. 127), os efeitos comerciais, trabalhistas ou fiscais, da chamada “quarteirização” em nada difere do que se verifica no processo de terceirização, pois todo e qualquer serviço prestado por pessoa não vinculada à empresa contratante, independentemente da posição em que se encontra, gera os mesmos efeitos do processo de terceirização, dependendo da forma como ela se opera. Assim, consequências de um processo de quarteirização serão as mesmas do processo de terceirização.

Diríamos, no entanto, que a quarteirização é ainda pior do que a terceirização, pois, quanto mais cresce a cadeia produtiva, mais difícil fica para a tomadora principal fiscalizar⁷⁹ as condições de trabalho que seus prestadores de serviço contratam parceiros⁸⁰, quanto a eles, os tomadores principais, uma vez que a terceirização de atividade-fim é ilícita, onde os trabalhadores constantemente trabalham em condições análogas às de escravo, são solidariamente responsáveis por qualquer mal ocorrido com estes trabalhadores.

⁷⁹O presidente do SINDEEPRES, Genival Bezerra Leite, em entrevista conferida ao programa ABCD Direito Trabalhista, em 16.09.2011, quando questionado se é favorável a quarteirização de serviço, que é a gestão de serviços por terceiros, foi categórico: “Somos contra, pois estabelece uma rede muito grande e não há controle”(PRESIDENTE..., 2011).

⁸⁰A quarteirização dificulta a fiscalização pelas tomadoras de serviços. Famosos casos, como os que envolveram as empresas Zara e C&A são casos em que os trabalhadores no final da cadeia produtiva trabalhavam em condições análogas a de escravo. Conferir caso Zara (MARCELINO, 2011).

Desta forma, uma vez que a terceirização tende a ser precarizante, a terceirização da terceirização parece explorar esta precarização e potencializá-la, pois, afasta muito o prestador de serviços do verdadeiro tomador de serviços. Assim, não raro encontramos situações em que o Reclamante, na Justiça do Trabalho, não sabe para quem trabalhava. Em uma Reclamação Trabalhista, quanto mais afasta o trabalhador do tomador, mais se tem a ideia de que o polo passivo se transforma em uma massa amorfa, sem contornos definidos.

4 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de terceirização, embora no universo privado seja amplamente praticada com o intuito de obtenção de lucro, não é assim que deve ser vista no âmbito da Administração Pública. A ânsia pela lucratividade não deve existir, pois, esta é inerente a ideia de empresa, da qual o Estado não compartilha, haja vista que essa concepção reducionista enseja a precarização das relações de trabalho e, conseqüentemente, dirige-se na contramão do almejado desenvolvimento social. Em consequência, a terceirização afeta duramente – e de três modos – as fontes do Direito do Trabalho. Primeiro, dificulta a criação de normas protetivas. Segundo, facilita a edição de normas precarizantes. Terceiro, enfraquece aquela sanção paralela e, desse modo, debilita cada artigo da CLT. (VIANA; AMORIM, 2011).

Nada obstante, apesar de, tendencialmente, precarizar as relações de trabalho, como verificado supra, a terceirização de serviços existe e bem ou mal, gera efeitos, portanto, ou se regula ou se acaba com ela, porquanto é inconcebível que continue sendo realizada indiscriminadamente de modo a prejudicar o direito dos trabalhadores que se ativam nas diversas prestações de serviço.

Para que a terceirização de serviços fosse regulamentada e pudesse gerar bons frutos, necessário seria que os terceirizados pudessem ser representados pelo sindicato da tomadora de serviços e não pelo sindicato⁸¹ da categoria de quem os administra, pois, tal como hoje ocorre, eles não possuem proteção suficiente e todo o problema parece estar na pulverização da contribuição sindical, tema não afeto a este trabalho e, portanto, deixará de ganhar contornos mais críticos por demandar grande fôlego.

No que se refere à terceirização de serviços na Administração Pública, em tese, ela deveria somente acontecer com empresas que, por ganharem licitações, são idôneas, possuem lastro econômico e não tenderiam a dar “calote” nos “terceirizados”. Ocorre que no âmbito público acontece a mesma coisa que no âmbito privado.

Desta forma, principalmente no universo público, no qual o administrador público

---

⁸¹Existe um sindicato dos terceirizados chamado de SINDEEPRES, o qual realiza estudos sobre o fenômeno da terceirização, representa algumas categorias juntas, mas apesar da juventude, já sofreu críticas doutrinárias pela heterogeneidade de seus representandos.

tem o dever-poder⁸² de respeitar e fomentar o respeito aos fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles a valorização social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, deve o administrador, preventivamente, analisar sua viabilidade para então justificar seu ato de contratação de serviços.

E para que a contratação de serviços ocorra de modo a se respeitar os princípios fundamentais contidos na CF/88, é certo que referidos serviços não poderão constar como atribuições de cargo ativo no plano de carreira cargos e salários do órgão da Administração que se presta a terceirizar, pois, diferentemente fosse, haveria uma ofensa direta ao comando do inciso II do art. 37 da CF/88, o qual determina que os cargos da administração pública deverão ser preenchidos por concurso público.⁸³

Diferentemente da terceirização de serviços ocorrida em âmbito privado, onde se busca o lucro, a desverticalização da empresa, a redução de custos, o que enseja uma lógica reducionista e precarizante, dentro da Administração Pública, a terceirização foi concebida, previamente, com o escopo de se desonerar de determinadas atividades que não são relacionadas com suas atividades nucleares,

Assim sendo, à Administração Pública, foi permitido terceirizar serviços relacionados às atividades-meio para que, de modo eficiente, seja desincumbida de determinadas atividades rotineiras de execução (Decreto-Lei nº 200/67) para se entregar a sua atividade-fim, qual seja, a prestação de serviços à população.

Em sentido contrário, Jorge Luiz Souto Maior assinala que nem o citado decreto foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 5.645, de 1970, a qual também prevê a possibilidade de transferir a terceiros certas atividades da Administração Pública. O autor registra, ainda, que a Constituição Federal não faz distinção quanto as atividades que precisam das atividades que não precisam ser executadas mediante a observância da regra do concurso público (SOUTO MAIOR, 2005).

Como o Brasil já vinha passando por reformas administrativas, com a primeira delas ocorrida em 1936, momento em que ainda era burocrático, com a segunda ocorrida em 1967, tendente a tornar-se gerencial, veio a terceira reforma do Estado, esta pautada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Naquele momento, eficiência foi alçada a princípio constitucional insculpido no caput do art. 37 da Constituição

---

⁸²Expressão utilizada para se coadunar, enfaticamente, ao princípio da legalidade estrita, o qual ensina que a Administração Pública deve fazer tudo o que a lei manda, enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

⁸³Exceção se faz no próprio inciso II do art. 37 da CF/88 quando diz “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Foi justamente em respeito à eficiência trazida para a esfera pública através da mudança de paradigma da ultrapassada Administração Pública de antes da primeira metade do século XX, aquela Administração Pública burocrática, com visão conservadora, que o administrador público passou a se utilizar da terceirização de serviços, incorporando-a ao seu dia a dia. Foi aí que ela começou a crescer em terras tupiniquins e se mostrava uma boa aliada da Administração Pública que já pensava em ser gerencial para melhor desempenhar seu papel constitucional de organizar a vida em sociedade.

Ora, em linhas gerais, se a razão de existência da Administração Pública é a organização da sociedade em que vivem seus administrados, parece certo ela poder poupar esforços para melhor fazê-lo, mas se assim escolhe fazer, deve fazer o possível, o exigível e o esperado para não pagar por sua má gestão.

Nesse contexto, os entes públicos, fundamentando-se no princípio da eficiência⁸⁴, previsto no *caput* do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, têm se utilizado cada vez mais da terceirização de atividades acessórias (atividades-meio), a fim de concentrar recursos materiais e intelectuais na gestão de serviços públicos propriamente ditos.

Percebe-se, contudo, que a terceirização foi incentivada não somente para serviços especializados e eventuais, mas antes para serviços continuados em atividades-meio, valendo esclarecer que esses serviços terceirizados seriam, segundo a literatura administrativista e contrariando a lição de Souto Maior, permitidos pelo inciso XXI, do artigo 37 da CRFB, que diz:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desde construções, reformas, manutenção predial, produtos, serviços como limpeza, copeiragem, vigilância, transporte, para não mencionar serviços de ascensorista, manutenção de equipamentos, alimentação, mecânica, processamento de dados, entre outros inúmeros, com o tempo, a Administração Pública recebeu uma espécie de carta branca para terceirizar o que não fosse sua atividade-fim e passou a fazê-lo, assim como

---

⁸⁴O princípio da eficiência foi inserido no *caput* do artigo 37 da CF/88 pela Emenda Constitucional 19/98.

em alguns casos, terceirizou ilicitamente, sua própria atividade-fim.⁸⁵

4.1 Terceirização de serviços na Administração Pública – considerações acerca de sua constitucionalidade

Os tempos mudaram. A Administração Pública também mudou e cada vez mais aposta em inovações tecnológicas para melhor realizar sua atividade-fim, proporcionando treinamentos aos seus servidores, incentivando a educação superior e a pós-graduação, de maneira a focar cada vez mais nas atividades de gerenciamento da Administração em detrimento de serviços técnicos de apoio, os quais, autorizados pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, podem ser realizados por terceiros através da contratação de serviços.

A terceirização de serviços que já vinha sendo utilizada desde 1950 por multinacionais da indústria automobilística no Brasil, foi incorporada pelo mercado privado como modo de reengenharia de produção ou organização de trabalho e absorvida pela Administração Pública, ao menos no que se refere a técnica de transferir a terceiros a realização de determinados serviços que, com fundamento no §7º do artigo 10 do Decreto Lei n. 200/67, passou a licitar contratos de prestação de serviços acessórios, fazendo-o,

---

⁸⁵É fato que a Administração Pública já foi muitas vezes condenada por burlar a legislação trabalhista ao utilizar-se da terceirização de serviços de maneira ilícita. Nesta pesquisa, foram verificadas várias ocorrências de fraudes na contratação de cooperativas para o exercício de atividades-fim da Administração. Citamos, como exemplo, “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA FRAUDULENTA. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. A contratação de empresa prestadora de serviços, por meio de regular licitação, não basta para excluir a responsabilidade do ente público. Nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16/DF, em se tratando de terceirização de serviços, os entes integrantes da administração pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. No presente caso, o tribunal regional registrou que o ente público realizou contrato com cooperativa fraudulenta, que intermediava mão de obra, situação que implica a responsabilidade do tomador dos serviços, por culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Assim, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao recorrente decidiu em plena sintonia com o verbete acima mencionado. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST; AIRR 0001792-98.2010.5.01.0223; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 28/11/2014)”. Embora difícil de encontrar um julgado do TST que considere lícita a contratação de cooperativas, pois, exceção à regra, “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. Ao considerar que a cooperativa tem como objetivo social prestar serviços de saúde, a venda de planos de saúde deve ser considerada atividade-meio, sendo lícita a terceirização. Como não restou provada a subordinação direta com a tomadora de serviços, improcede a ação civil pública que buscou questionar a litude do procedimento. Recurso a que se nega provimento”. (TRT 24ª R.; RO 0000818-94.2010.5.24.0005; Tribunal Pleno; Rel. Des. Fed. Amaury Rodrigues Pinto Júnior; Julg. 27/01/2014; DEJTMS 31/01/2014; Pág. 43).

principalmente, para aquisição de serviços de natureza continuada como limpeza, conservação, vigilância, copeiragem, transporte etc.

Quanto à utilização da terceirização de serviços pela Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que se trata apenas de uma nova roupagem à velha prestação de serviços. Em suas palavras, trata-se da mesma prestação de serviços que retornou impregnada da nova ideologia neoliberal. Ela explica que "a terceirização é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública" (DI PIETRO, 2005, p. 19).

Nada obstante haver controvérsias sobre a constitucionalidade da terceirização de serviços continuados, já pela fria análise do Decreto-Lei nº 200/67, é coerente entender que a Administração Pública deveria se desincumbir de determinadas obrigações para se dedicar a sua atividade-fim, a da efetiva entrega de prestação de serviços aos administrados.

Neste sentido, não é coerente se pensar que a Administração Pública deveria deixar de terceirizar atividades-meio e passasse a adquirir seus próprios veículos, construir oficinas mecânicas para mantê-los, contratar mecânicos para consertá-los, manter estoques de pneus, bombas de gasolina, renovar anualmente a frota de carros usados ou possuir pessoal para cuidar da manutenção do próprio prédio, contratar uma grande quantidade de eletricitas, pintores, pedreiros, comprar máquinas retro escavadeiras, manter estoque de pisos, argamassa, ou até mesmo pessoal para fazer a limpeza das instalações públicas. Nem se fale do serviço de vigilância, que demanda especialização e treinamento junto à Polícia Federal com renovações de licenças anualmente, constante treinamento e requisitos específicos de acordo com os estabelecidos na Lei nº 7.102/83, a qual, ressalta-se, prevê a obrigatoriedade da intermediação do serviço de vigilância por empresa especializada contratada (art. 3º, I). Tudo isto, potencialmente, levaria a Administração Pública a retroagir no tempo e de gerencial, conforme incentivada pelo decreto-lei citado supra bem como pela Lei nº 5.645/70, voltaria a ser burocrática.

Por oportuno, registramos que, em novembro de 2007, na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, por força do Enunciado nº 11, restou firmado o entendimento de que os serviços que não possuem caráter transitório devem ser realizados por servidores aprovados mediante concurso público. Em relação aos efeitos da terceirização ilegal, preservar-se-iam os direitos trabalhistas integralmente, com

responsabilidade solidária do ente público.

Enunciado 11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina, com propriedade, que o que deve ser licitado é o serviço, e não a mão de obra propriamente dita.

No âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão de obra, [...] não tem guarida, [...], porque a Constituição, no art.37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público. [...] Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos, funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais; com salários pagos e com encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público. Aliás, não estando investidas legalmente em cargos, empregos ou funções, essas pessoas não tem condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação, de vontade, com produção de efeitos jurídicos; só podem executar atividades estritamente materiais; são simples funcionários de fato. Foi uma das muitas fórmulas que se arrumou para burlar todo um capítulo da Constituição Federal (do art. 37 ao 42), para servir aos ideais de nepotismo e apadrinhamento a que não pode resistir tradicionalmente a classe política brasileira. Além disso, o real objeto do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra [...] Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição. [...] Esse tem sido o entendimento do Tribunal de Contas da União, o que acabou levando o Governo Federal a baixar o Decreto nº 2.271, de 07/07/1997, que dispõe sobre a contratação de

serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. No art. 1º, ele estabelece quais as atividades que devem ser executadas, de preferência, por execução indireta, abrangendo as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. No § 2º, determina que ‘não poderão ser objeto de execução indireta atividades inerentes às categorias funcionais 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 pessoa’. (DI PIETRO, 2002, p. 177-179, grifo nosso)

Mesmo nesses casos, a contratação não tem por objeto o fornecimento de mão de obra, mas a prestação de serviço pela empresa contratada. É o que consta expressamente do art. 3º, quando determina que ‘o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços’.

Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.

4.2 A Ação Declaratória de Responsabilidade nº 16/DF

Atualmente, a Administração Pública não mais possui os privilégios que a história lhe testemunha. Não há mais o Estado irresponsável e nem tudo ele pode fazer sem punição.

De um extremo onde havia um Estado sem responsabilidade no passado, passamos a outro extremo onde o Estado possui uma responsabilidade objetiva sem culpa, no presente. Bastam o dano, a causa e o nexo causal para que ele torne responsável por determinado ilícito. Não há que se perquirir eventual culpa de seu agente para que o Estado tenha o dever de indenizar.

Ocorre que entre um extremo e outro, encontramos a responsabilidade subjetiva do Estado, ou seja, aquela que depende de culpa, em sentido lato e em qualquer modalidade, quer seja por imperícia, imprudência ou negligência de seu agente causador de ilícito.

É neste último quadrante que, veremos, recairá a responsabilidade da Administração Pública ao dar causa a ilícito contratual realizado entre a Administração Pública e particulares.

Vejamos a letra do dispositivo legal que regula a situação em que a Administração Pública, à primeira vista, diante de um contrato de prestação de serviços ideal, não possui qualquer responsabilidade trabalhista:

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. (grifo nosso).

Diante da interpretação literal da lei de licitações, não há falar em responsabilidade trabalhista da Administração Pública, contudo, nada obstante, a Justiça do Trabalho vem condenando, a Administração Pública, reiteradamente e fundada em um verbete de nº 331 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, a responder pelas verbas trabalhistas devidas aos terceirizados que para ela prestou serviços. Esta condenação parece razoável?

Eis a letra da citada súmula:

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 nº 8.666, de 21.06.1993).

A aparente dissonância entre as disposições contidas no citado dispositivo legal - as quais vedam a transferência da responsabilidade do pagamento da prestação de serviços à Administração Pública e a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que direciona o intérprete da lei a condenar a Administração Pública a responder pelo crédito trabalhista não pago ao terceirizado deu azo à interpretação de que a Corte Superior Trabalhista estaria negando vigência ao comando normativo expresso no art. n. 71, §1º, da Lei de Licitações, ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho estaria declarando, incidentalmente e por via transversa, a inconstitucionalidade de dispositivo legal, sem, no entanto, observar a chamada cláusula de reserva do plenário, com fulcro no art. 97, da CRFB/1988, incorrendo

em vício formal.

Vejamos o posicionamento de uma corrente por meio do acórdão transcrito a seguir:

Terceirização ilícita efetivada por entidades estatais. Efeitos jurídicos diferenciados. A terceirização ilícita perpetrada por entes do Estado propicia três efeitos jurídicos distintos: em primeiro lugar, não autoriza o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços estatal, em virtude de expressa proibição constitucional a respeito (art. 37, II e § 2o, CF/88; Enunciado nº 331, II, TST). Em segundo lugar, implica na indubitosa responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora dos serviços pelas verbas devidas ao empregado pelo empregador terceirizante (Enunciado nº 331, IV, TST). Nesta linha, é ineficaz a isenção de responsabilidade pretendida pela Lei nº 8.666/93 (art. 71) por afrontar critério de responsabilidade clássico do Estado existente no direito do país (art. 37, § 6º, CF/88). Por fim, em terceiro lugar, a ilicitude da terceirização repara-se através do pagamento ao obreiro de todas as verbas incidentes sobre empregados da empresa estatal que realizem função semelhante ou sejam da mesma categoria (salário equitativo), conforme critério isonômico classicamente incorporado pela ordem jurídica (art. 12, a, Lei nº 6.019/74, por analogia; art. 5º, caput e I, CF/88; art. 7º, XXXII, CF/88).” (TRT 3a R. - 3a Turma - RO 20.515/97 - Rel. Maurício J. Godinho Delgado - DJMG 21.07.1998 - p. 12)

Assim, uma corrente passou a defender que as disposições constantes do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e do então inciso IV do verbete nº 331 do TST seriam diametralmente opostas, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da aludida súmula, esvaziava a força normativa daquele dispositivo legal.

Neste diapasão, após a edição da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal, começou-se a se sustentar que o Tribunal Superior do Trabalho estaria afrontando a cláusula de reserva de plenário, uma vez que as decisões sobre terceirização de serviços, emanadas daquele órgão judiciário estavam sendo levadas a efeito por órgãos fracionários, e não pelo plenário ou órgão especial.

No transcorrer dos debates e aprofundamento das divergências, diversos entes públicos ajuizaram reclamações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, a exemplo das RCL nº 7.517; RCL nº 8.150; RCL 7.901; RCL 7.711; RCL 7.712 e RCL 7.868, entre outras, insurgindo-se contra decisões dos Tribunais Trabalhistas que estariam afastando a aplicabilidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal.

Doutrinariamente, os administrativistas, de um lado, são pela irresponsabilidade da Administração Pública, e defendem a constitucionalidade do artigo de lei evidenciado.

Pelo afastamento da responsabilidade da Administração é Luis Carlos Alcoforado,

quem no ponto leciona que a lei quer dizer que cada parte responde por suas obrigações e que não se pode transferir à Administração a responsabilidade pelos encargos que forem próprios do contratado:

Na verdade quer a lei dizer que cada parte responde por suas obrigações e que não se pode transferir à Administração a responsabilidade pelos encargos que forem, originariamente, próprios do contratado. Os encargos decorrentes de relação de emprego ou trabalho de que se utilizar o contratado para a execução do contrato, **em hipótese alguma**, podem ser transferidos para a Administração. (ALCOFORADO, 2000, p. 364, grifo nosso)

No mesmo sentido, a lição de Marçal Justen Filho:

Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiariamente frente aos credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante os terceiros (JUSTEN FILHO, 2009. p. 783)

Do outro lado, os trabalhistas que, dada a pujança teleológica que o crédito trabalhista possui na Justiça do Trabalho, são a favor da responsabilidade subsidiária ou, não raramente, até solidária do ente público, hipótese, no entanto, afastada pelos ministros da Suprema Corte no julgamento da ADC n. 16/DF.

Perfilhando o entendimento da responsabilização da Administração, eis as ponderações de Maurício Godinho Delgado (2005, p. 459), trazendo o aparente conflito entre a súmula 331 e a isenção de responsabilidade da Administração Pública prevista no artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93:

Ora, a Súmula 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio da isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º, da Lei de Licitações – por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem justralhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica – proposta construída após largo debate jurisprudencial – regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988. Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que norma inconstitucional não deve produzir efeitos.

Percebemos claramente que o ministro do TST é taxativo no que declara a inconstitucionalidade do artigo de lei levada a julgamento em plenário pelo Pretório Excelso. Vê-se, portanto, que o tema é polêmico, exige muito cuidado e demanda muita reflexão.

Não se pode perder de vista que a Administração Pública consegue cobrar seu contratado de maneira mais eficaz que o próprio empregado. O ente público, além de possuir um contrato administrativo por excelência, leonino, consubstanciado na supremacia e indisponibilidade do interesse público, possui inclusive garantia em seu contrato, não obstante, na maioria das vezes não cobrir todo, mas ao menos diminui o prejuízo, caso a Administração Pública deixe de fiscalizar e venha a arcar judicialmente com a responsabilidade pelas verbas trabalhistas.

Quanto a esta omissão do Estado, Celso Antonio Bandeira de Mello (2004. p. 895-896) leciona que:

[...] quando o dano ocorreu em virtude de uma omissão do Estado, tem aplicação a teoria da responsabilidade subjetiva. Como o Estado não agiu, não pode ele ser considerado o autor do dano. Se não foi o autor do dano, somente se pode responsabilizá-lo, caso tenha o dever legal de obstar a ocorrência do resultado lesivo.

Neste sentido, o que deve ser colocado em evidência é que existe lei que impõe o dever de fiscalização à Administração Pública (art. 58, III da Lei n. 8.666/93), bem como lei que isenta a Administração Pública de responder pelas verbas trabalhistas (art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93).

Diante dos acalorados embates patrocinados pela Administração Pública no Judiciário acerca de sua responsabilização sobre as verbas oriundas de reclamações trabalhistas de suas contratadas, o Governador do DF⁸⁶ propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade que ficou conhecida como ADC nº 16/DF e tanto a União quanto diversos outros entes da Federação ingressaram na ADC como *amicus curiae*, com pedido de providência cautelar.

Na referida ação, o Governador buscava o reconhecimento e a declaração de que o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, a conhecida Lei das Licitações, é válido segundo a ordem constitucional. A necessidade de propositura da ação foi justificada pelo Governador no fato de que o referido dispositivo de lei "tem sofrido ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial pelo Tribunal Superior do Trabalho, que

---

⁸⁶Em conformidade com os incisos I a IX do art. 103 de nossa Constituição Federal, quanto àquele rol de legitimados para propositura da ADC, tem-se o seguinte "art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL.1988).

diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no referido dispositivo de lei”.

Em síntese, na ADC n. 16, sustentou-se que o entendimento do TST, traduzido pelo supracitado verbete, era uma ofensa aos princípios da legalidade, da liberdade, ao princípio da ampla acessibilidade nas licitações públicas e ao princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (arts. 5º, inciso II, e 37, caput, inciso XXI, e § 6º, da CRFB/1988).

Em virtude da complexidade da matéria, o Relator, Ministro Cezar Peluso, concluiu pela necessidade de a decisão ser tomada de forma colegiada e, assim, negou a liminar pretendida. O julgamento teve início em setembro de 2008, tendo o Relator votado pelo não conhecimento da ação, ao passo que o Ministro Menezes Direito pediu vistas e o Ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e julgamento do mérito. Naquela ocasião, o Ministro Marco Aurélio ainda disse ocorrer uma declaração branca de inconstitucionalidade ao se negar vigência ao artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93.

Depois da mencionada divergência interna sobre o cabimento ou não da ADC n. 16, o tema foi remetido ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para a apreciação de seu mérito, o que ocorreu na sessão realizada no dia 24 de novembro de 2010. Nessa oportunidade, o Relator reiterou seu entendimento pelo arquivamento da ação, sob o fundamento de que, ao editar a Súmula n. 331⁸⁷, o TST não havia declarado a

⁸⁷A súmula ora tratada adveio de entendimento do Plenário do Tribunal Superior do Trabalho, que, no julgamento do incidente de uniformização TST-IUJ-RR-297751/1996.2, entendeu: "INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 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, consequentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas consequências 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 prática. 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." (Rel. Min. Milton de Moura França, julgado em 11.09.00 e publicado no DJU de 20.10.00).

inconstitucionalidade do art. 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/1993 e mesmo que o Supremo Tribunal Federal declarasse a constitucionalidade do referido artigo, nada iria mudar, asseverou seu relator, o Ministro Cezar Peluso.

Nesta sessão plenária, nossos ministros, ao exporem seus votos, apontaram vários pontos antagônicos em relação à aplicabilidade da Súmula 331 nas causas reguladas pelo artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93.

A Ministra Cármen Lúcia, sucessora do Ministro Menezes Direito, apresentou divergência⁸⁸; votou pelo conhecimento da ação e julgamento do mérito, em razão da discussão acerca da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. A Ministra Cármen Lúcia disse que a lei é taxativa e que os ônus do contratado não se transferem à Administração Pública, como diz a súmula. Disse ainda, que a Justiça do Trabalho afasta o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93, sem declarar sua inconstitucionalidade e que se assim o faz, tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Disse não haver alternativa.

Pelo afastamento da responsabilidade, coloca o Ministro Marco Aurélio de maneira incisiva: “Este é o ponto crucial: o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço.”.⁸⁹

A Ministra Carmen Lúcia, na mesma sessão diz que não pode haver transferência da responsabilidade porque se assim ocorrer, a Administração Pública terá que pagar duas vezes pelo mesmo serviço:

Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assuma duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras consequências, inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.⁹⁰

⁸⁸ A Senhora Ministra Cármen Lúcia, ao mencionar que a súmula 331 afasta o artigo 71, §1º da Lei nº 8.666/93: “Presidente, acho que Lei nº 8.666/93 aqui há um dado: a norma, como acabei de ler, é taxativa. No contrato administrativo, não se transferem ônus à Administração Pública que são entregues ao contratado. Se a Justiça do Trabalho afasta, ela tem que afastar essa norma por inconstitucionalidade, porque senão é descumprimento de lei. Não há alternativa.” Texto extraído do Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010. p. 639.

⁸⁹ Conferir no Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010. p. 639.

⁹⁰ Conferir no Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010. p. 635-636.

Citando a uniformização de jurisprudência, o Ministro Cezar Peluso disse que a consideração dos fatos concretos, diante de circunstâncias de comportamento da Administração Pública foi que levou aquele Tribunal Superior a elaborar o questionado verbete e que o TST não vai deixar de aplicar a responsabilidade da Administração Pública diante do caso concreto, independentemente da Declaração de Constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, pois, aduz que o parágrafo primeiro do citado artigo trata da mera inadimplência, não se enquadrando no que restou regulado pela súmula:

O que me parece que o Tribunal fez e com acerto ? Ele reconheceu que a mera inadimplência – é isso que o artigo 71, §1º, diz – do contrato, em referência aos encargos trabalhistas etc, não transfere essa responsabilidade a Administração. A mera inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido ? Que a ação culposa da Administração, relação à fiscalização à atuação [...] **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria (...) São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais.** (grifo nosso).

O relator ainda apontou a existência de inúmeros questionamentos das decisões da Corte Superior Trabalhista e dos Tribunais Regionais do Trabalho, além de considerável número de ações pendentes de julgamento e de Reclamações Constitucionais junto ao Supremo, todas se insurgindo contra a Súmula n. 331, do TST.

O Ministro Marco Aurélio asseverou que a Súmula n. 331 foi editada com base no art. 2º, da CLT, que demarca a figura do empregador e versa sobre responsabilidade e no art. 37, parágrafo 6º, da CRFB/1988, que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

O Ministro Ayres Britto concordou com a votação do Pleno com ressalvas ao consignar que somente há três formas constitucionais de contratação pessoal no setor público: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária. Sendo assim, muito embora amplamente praticada, a terceirização não teria previsão constitucional, por isso, em seu entender, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, resta atraída a responsabilidade civil do Poder Público. O Ministro Dias Toffoli estava impedido de participar do julgamento, uma vez que atuou inicialmente na ação declaratória como Advogado Geral da União.

Em conclusão de julgamento, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal

decidiu que o art. 71 e seu §1º são constitucionais, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, e que o Tribunal Superior do Trabalho não poderia generalizar todas as situações de responsabilização do Estado, devendo analisar caso a caso se a inadimplência da contratada decorre de alguma omissão do dever de fiscalização pelo órgão público contratante.

Os ministros ainda declararam que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas se reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não viria a gerar essa responsabilidade.

Vale registrar a ementa do acórdão proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16:

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, procedente. 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. (DJ, 03.12.2010).

Assim, o STF não deu aval ao Poder Público para contratar serviços sem qualquer responsabilidade. Pelo contrário. A suprema Corte sustentou que caso a Administração Pública deixe de cumprir com seu dever de fiscalizar o contrato, diante do caso concreto, deverá ser condenada.

Desta forma, a responsabilidade trabalhista não poderia ser declarada automaticamente pela Justiça do Trabalho, mas sob a análise da fiscalização do cumprimento da legislação social pelas empresas contratadas em relação aos seus empregados, caso a caso, à luz de outras normas, outros princípios, sendo necessária a comprovação da omissão, da culpa da Administradora contratante e tomadora dos serviços para que houvesse tal responsabilização.

Consequentemente, seis meses depois, em maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a redação do item IV e acrescentou os itens V e VI à Súmula n. 331, que passou ter o seguinte teor:

Súmula n. 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[...]

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 (grifo nosso).

A atual redação da Súmula 331, do TST continua se fundamentando no fato de que a Administração Pública incorre na culpa *in vigilando* quando deixa de exigir do prestador de serviços o cumprimento das obrigações laborais, deixando de aplicar as sanções previstas no art. 87, da Lei n. 8.666/1993 ou deixando de rescindir o contrato. Considerando que os artigos 58, III e 67, da Lei n. 8.666/1993 impõem à administração pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos, bem como o cumprimento das obrigações trabalhistas, a falta de fiscalização enseja a culpa do ente público, autorizando sua responsabilização pelos créditos trabalhistas não adimplidos pelos contratados.

Nesse sentido, é coerente pensar que a Administração Pública, a partir de então, deveria exigir do prestador de serviços toda a documentação necessária à comprovação da quitação das obrigações e encargos trabalhistas e previdenciários, tais como registro do contrato de trabalho, pagamento dos salários no prazo legal, concessão e pagamento de férias, recolhimentos previdenciários e dos depósitos referentes ao FGTS, concessão das vantagens previstas em acordos ou convenções coletivas de trabalho, exames médicos, respeito aos limites legais quanto à jornada de trabalho, fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletiva, bem como prova da fiscalização dos serviços no tocante a condução do contrato diante de irregularidades e caso não demonstrada a satisfação do dever imposto pelos artigos 58, III e 67 da Lei n. 8.666/1993, a Administração Pública incorreria na culpa *in vigilando*, atraindo a sua responsabilidade subsidiária quanto à satisfação dos créditos trabalhistas resultantes da terceirização.

Nessa linha, vem decidindo o TST:

RECURSO DE REVISTA – ENTE PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADC Nº 16 – JULGAMENTO PELO STF – CULPA *IN VIGILANDO* – OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS – ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 – INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho atestou que não houve a fiscalização, por parte do Município-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido.⁹¹

Por sua vez, diversos julgados consultados e proferidos pelos Tribunais Regionais Trabalhistas após a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 se alinham ao atual entendimento do STF e TST. A título ilustrativo, colacionam-se alguns excertos:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O STF, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, não afastou a possibilidade de, mediante interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, impor à Administração Pública na qualidade de tomadora de serviços o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, nos termos do §1º do art. 67 da Lei 8.666/93 inclusive no tocante ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada, no caso concreto, a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente cabível imputar responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa “*in vigilando*.” (Processo TRT 2ª Região nº 0000016-68.2010.5.02.0471. Relator Desembargador Álvaro Alves Nôga.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. O Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista, especialmente, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC-16, alterou, por meio da Resolução nº 174/2011, a redação da sua Súmula nº 331, modificando o teor do item IV e inserindo o item V, no sentido de

⁹¹Processo nº TST-RR-26200-08.2007.5.08.0016, 1ª Turma, Relator Ministro Vieira de Mello Filho.

que “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”. No caso dos autos, está evidenciada a conduta culposa da Administração Pública no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/1993, mormente pela teoria da culpa *in vigilando*” (Processo TRT 12ª Região nº 00434-2009-045-12-00-1. Relatora desembargadora Lília Lenor Abreu).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Não obstante o STF tenha declarado a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, no julgamento da ADC 16-DF, ocorrido no dia 24-11-2010, continua sendo perfeitamente possível aos Juízes e Tribunais do Trabalho atribuir responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços integrante da administração direta ou indireta, desde que verificado, no exame do caso concreto, a culpa do órgão público contratante” (Processo TRT 12ª Região n. 02442-2008-004-12-00-6. Relator Desembargador Edson Mendes de Oliveira).

Conforme as decisões cotejadas demonstram, não há que se falar em ausência absoluta de responsabilidade do ente público pela inadimplência trabalhista da empresa contratada. Ao revés, deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária por culpa oriunda da omissão quando o Ente público tomador de serviços não cumprir com as suas obrigações de fiscalização.

É preocupante, no entanto, que as decisões proferidas após o julgamento da ADC n.16/DF e alteração da súmula 331 do TST vêm se fundando muito mais na justificativa da possibilidade de responsabilização da Administração Pública, esta consubstanciada na culpa oriunda da omissão na fiscalização dos serviços prestados, do que com a fundamentação da culpa propriamente dita.

O tema terceirização de serviços na Administração Pública é muito amplo, assim, mesmo que restrinjamos o tema a sua responsabilidade trabalhista, é coerente pensar que ainda haverá muitas divergências quanto a sua aplicação ao caso concreto, mas algo ficou claro com o julgamento da ADC 16: não é pelo fato de a Administração Pública realizar a terceirização de serviços que ela irá responder pelo crédito trabalhista, mesmo que subsidiariamente. Não é pelo mero inadimplemento. Aliás, duas afirmações podem ser expressas, pois, claras:

Pode-se afirmar que a terceirização de serviços foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como atividade lícita a ser exercida pela Administração Pública, uma vez

que ao julgar a constitucionalidade do mandamento do §1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93, há de se levar em conta que o pano de fundo da discussão de mérito da constitucionalidade do artigo de lei colocado em xeque foi a legalidade da terceirização de serviços, mormente pelos serviços de natureza continuada, onde os débitos trabalhistas têm origem. No julgamento da ADC 16, apesar de o Ministro Ayres Britto ter feito ressalva quanto ao entendimento aqui registrado, foi voto vencido.

A segunda afirmação é que o tema da responsabilidade trabalhista da Administração Pública não foi e não seria resolvido por completo no julgamento de constitucionalidade do artigo de lei colocado em evidência, muito menos pela diretriz da Súmula n.º 331 do TST, tal como se encontra, mesmo após sua modificação pela Res. 174/2011 do TST, que a modificou em maio de 2011.

Apesar da clareza da redação da Súmula n.º 331 quanto à necessária ocorrência de falha no dever de fiscalização exercida pela Administração Pública para que haja reconhecimento da responsabilidade trabalhista, ela não oferece parâmetros objetivos ao julgador para que com base neles possa averiguar a existência desta fiscalização e, assim, condenar ou absolver a Administração Pública diante do caso concreto. Desta forma, o julgador, frequentemente, acaba por ter decisões anuladas pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento de Reclamações Constitucionais.

Com o julgamento da ADC 16/DF e alteração da Súmula n.º 331 do TST, um importante passo foi dado em direção a obtenção da necessária segurança jurídica nas relações contratuais entre o Estado e o particular, sobretudo para os administradores públicos, que devem fazer, pelo princípio da legalidade estrita, apenas o que a lei determina. Ainda falta.

Diante da incerteza que orbita o tema responsabilidade trabalhista da Administração Pública, a Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho precisa ser aclarada, ou seja, precisam ser melhor identificados para que as decisões dos magistrados trabalhistas possam ser proferidas da forma mais convergente possível. Seja pela absolvição ou seja pela condenação, as decisões de mérito proferidas pela justiça Trabalhista devem possuir o mesmo fio condutor.

A insegurança jurídica, apesar da aparente solução da questão controvertida discutida no julgamento da ADC 16, parece, ao revés, ter aumentado. O problema ainda não foi resolvido por completo, sendo que muitas dúvidas ainda permanecem, sobretudo a respeito da prova da fiscalização.

Neste campo há um desentendimento jurídico pelo qual decisões diametralmente opostas são proferidas, grupos de trabalhos são formados por diversos órgãos do governo envolvidos com o tema, projetos de lei que pretendem regulamentar a terceirização são encaminhados, mas nenhuma definição concreta sobre o tema vem a cabo⁹². Enquanto isso, de modo geral, pode-se dizer que grande parte da Justiça do Trabalho continua condenando a Administração Pública a responder pelas verbas trabalhistas através do único fundamento que houve culpa *in vigilando* sem, coerentemente, dizer o porquê.

Por certo, o Supremo Tribunal Federal, por força do julgamento da ADC 16/DF bem como o Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciaram a respeito do tema. No entanto, conforme observado, a resposta dada não é exatamente clara, pois, limitam-se a apontar para a fiscalização e daí já surgem inúmeros problemas. Vale ressaltar, conforme já registrado, entre tantos, a falta de parâmetros a serem analisados pelos julgadores, bem como diretrizes acerca do ônus da prova, ponto extremamente relevante e que merecerá destaque oportunamente.

Parece-nos, *prima facie*, que nem todas as provas a serem trazidas a Juízo são ônus da Administração Pública, a exemplo das questões subjetivas – como provas em casos de assédio moral – situações em que a Administração Pública raramente toma conhecimento em momento oportuno e tem condições de defender o empregado assediado ou até mesmo se defender em juízo.

De todo modo, é certo que o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho necessitam urgentemente de um diálogo eficaz com o intuito de assegurar segurança jurídica a todos os envolvidos e de algum modo, afetados. Tanto pelos trabalhadores que se decepcionam por não receberem suas verbas trabalhistas em tempo e modo devidos, quanto pela Administração Pública que espera, mas tampouco sua contrapartida é recebida como acordado, sendo obrigada a pagar duas vezes pelo mesmo serviço e arcar com os custos que podem advir de uma nova licitação por ter que se valer, por exemplo, de uma contratação emergencial, aquela realizada sem licitação. Em última análise, este custo é transferido à população, que acaba pagando duas vezes pelo mesmo serviço.

⁹²Importante registrar que o Projeto de Lei nº 4.330/04, que se revela em fase de tramitação mais avançada, nada obstante todo o movimento contrário organizado pela CUT, com apoio da bancada do Partido dos Trabalhadores, reprovação da maioria dos ministros do TST manifestada por meio de carta ao presidente da CCJ da Câmara, foi colocado em votação na Câmara dos Deputados e em 22 de abril de 2015 e aprovado por 230 a 203 votos. O projeto de lei foi encaminhado ao Senado para votação sob o nome PLC nº 30/2015. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova projeto que permite terceirização da atividade-fim de empresa Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/486413-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PERMITE-TERCEIRIZACAO-DA-ATIVIDADE-FIM-DE-EMPRESA.html>>. Acesso em: 17 mai 2015.

O Direito do Trabalho e o Direito Administrativo deveriam unir forças para identificar seu maior aliado como único responsável – art. 2º da CLT⁹³ - pela relação trabalhista e entrega do serviço por meio de uma relação trilateral de prestação de serviços para o Estado: o contratado e real empregador daquele que prestará serviços à Administração Pública. Ele e somente ele deve suportar o ônus oriundo de seu contrato, tanto administrativo quanto trabalhista, pois, o único que auferir as vantagens econômicas desta transação comercial, sendo justo que suporte os riscos.

Quanto à responsabilidade declarada em Juízo, não se pode negar que a maioria das decisões do Tribunal Superior do Trabalho envolvendo a Administração Pública e o tema terceirização de serviços acaba no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista ou alguns poucos, no Agravo Regimental do Agravo ao Supremo Tribunal Federal, pois, em geral se resta consignado que a administração agiu com culpa *in vigilando*, em consonância com a súmula 331 do TST, apesar da constante falta de fundamentação da própria culpa declarada.

Nada obstante o caos oriundo da insegurança jurídica a respeito deste tema cinzento que orbita a Justiça do Trabalho, há de se deixar claro que a fundamentação da declaração da responsabilidade da Administração não pode ser simplesmente e unicamente consubstanciada na culpa *in eligendo*, *in omittendo* ou *in vigilando*, mas sim na análise das razões pelas quais o magistrado ou o Tribunal considerou que a conduta do agente público foi ilícita, revelando na decisão o que formou sua convicção. Neste sentido foi o entendimento do Ministro Ayres Britto, em julgamento da Reclamação Constitucional n. 9.809-MC-AgR/RJ), cujo entendimento foi seguido inúmeras vezes pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao julgar diversas reclamações ajuizadas perante o STF, a exemplo da Rcl 12.994/SP, com decisão publicada em junho de 2013 e pela Ministra Carmen Lúcia, a exemplo da Rcl. 13.190/MG, publicada em fevereiro de 2012, todas elas com a transcrição das mesmas razões das utilizadas pelo referido ex-presidente do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao dever de fiscalizar, se a Administração Pública pudesse se amparar em algum regramento como uma espécie de *checklist* ou mandamento de conduta que deve seguir e estes fossem reconhecidos pela Justiça do Trabalho como modo de comprovar sua eficiente fiscalização, talvez ela mesma concluísse que tal prática não mais fosse viável e só terceirizasse o que entende imprescindível, como o serviço de vigilantes, com

---

⁹³Art. 2º CLT: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

intermediação especializada preconizada pela própria Lei nº 7.102/83, sendo necessária uma nova estrutura da Administração e de todos os poderes públicos que da terceirização de serviços se utilizam.

Assim, revela-se interessante indagar se existe algum município no Brasil que não pratique a terceirização de serviços, de modo a delegar parte de suas atividades a terceiros, seja por meio de contratação de serviços mais simples como os de limpeza, manutenção predial, transporte, vigilantes ou outros mais complexos e em benefício da sociedade, por meio de concessão de serviço público, como recolhimento de lixo, pavimentação etc.

Diante do número vultoso de terceirizações que ocorrem Brasil afora, para se aventar a possibilidade de coibir tal prática dentro da Administração Pública, talvez fosse reconhecida a necessidade de uma nova reforma do Estado, mas esta é uma discussão que demanda um outro fôlego e que foge ao escopo desta dissertação

4.3 A terceirização de serviços para a realização de atividade-fim: contratação de empregados públicos sem concurso público e o dia 23 de abril de 1993

Curioso é o caso de contratação de terceiros estranhos à Administração Pública, após 1988, que lhe prestaram serviços, por intermédio de prestadoras de serviço, em suas atividades-fim e por ela foram “absorvidos” no início da década de 1990.

Ocorre que a Administração Pública não somente contratava, a exemplo da situação que aqui abordaremos, como atualmente ainda contrata, haja vista que a Súmula n. 363, aplicável à Administração Pública em casos de fraude está em plena vigência, embora seja alvo de críticas.

Ocorre que até 1993, a Administração Pública indireta, sob o pretexto de não saber se poderia contratar sem concurso após 1988, possuía a prática de terceirizar suas atividades-fim, inclusive por cooperativas e empresas interpostas.⁹⁴ Contudo, várias destas

---

⁹⁴ Ressalta-se que não somente até 1993 houve intermediação de mão de obra para realização de atividades-fim. O próprio Banco do Estado de São Paulo contratava trabalhadores para a realização de atividades-fim. O vínculo empregatício, no entanto somente foi reconhecido após a privatização do banco, por óbice do princípio do concurso público trazido na redação do inc. II do art. 37 da CF/88. Este foi o entendimento do TST “TRANSAÇÃO. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. A decisão regional está em consonância com o entendimento cristalizado na OJ 270 da SBDI-1 desta corte. Recurso de revista não conhecido. Ilegitimidade passiva. Conforme se extrai do acórdão regional, o TRT reconheceu que os serviços foram prestados em benefício do banco do estado de São Paulo – BANESPA S. A. **por meio de interposta pessoa**,

Estatais, de modo a regularizar tais irregularidades, a Administração Pública, absorveu um grande número de terceirizados para seu próprio quadro de empregados públicos.

Tais trabalhadores de empresas interpostas foram admitidos por empresas públicas, sociedades de economia mista e tiveram suas contratações não somente aprovadas pelo Tribunal de Contas da União, mas também, pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Explicaremos mais detalhadamente a seguir, precedidos, no entanto, de uma enxuta análise temporal.

O diploma constitucional de 1988, que foi de extrema relevância para o avanço da democracia no país, erigiu princípios norteadores da conduta do administrador público, dentre eles o princípio da moralidade e da impessoalidade e ratificou a exigência de aprovação em concurso público para ingressar nos quadros da Administração Pública.⁹⁵

A magna carta, em seu art. 37, II, diz que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, buscando evitar assim o favorecimento em causa própria do

---

o que afasta a ilegitimidade passiva do recorrente, em face da fraude constatada. Recurso de revista não conhecido. BANESPA. Vínculo de emprego. Intermediação de mão de obra. Fraude. Os autos revelam que o reclamante foi contratado em 5/5/1986. E, segundo o regional, o reclamante sempre trabalhou para o banco BANESPA, não obstante a sua contratação ter-se efetivado pela 1ª reclamada (baneser). Consignou não ser a hipótese de terceirização, mas de **intermediação fraudulenta de mão de obra**, pelo que aplicável a Súmula nº 331, I, do TST, uma vez que o reclamado era o destinatário dos serviços e a quem o reclamante estava subordinado, conforme comprovado pela prova testemunhal. Concluiu que, após a privatização do banco, que se deu no curso do contrato de trabalho, não havia óbice à contratação sem concurso público. Ante a deliberação fática do acórdão regional e a conclusão de que se tratava de intermediação fraudulenta de mão de obra, pelo que configurado o vínculo de emprego diretamente entre o banco e o reclamante, não se divisa a alegada contrariedade aos itens II e III da Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista não conhecido. Solidariedade. A responsabilidade solidária, na hipótese, decorreu do reconhecimento do vínculo empregatício com o BANESPA. Nesse contexto, não se vislumbra a violação do art. 896 do Código Civil (atual art. 265). Recurso de revista não conhecido. Correção monetária. Época própria. Nos termos da Súmula nº 381/TST, o pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária; contudo, se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º. Recurso de revista conhecido e provido. Multa. Embargos declaratórios opostos contra a sentença. Verificando-se que a matéria suscitada nos embargos de declaração opostos contra a sentença fora devidamente analisada, segundo conclusão do regional, permanece incólume o art. 5º, LV, da CF, porquanto observada a previsão contida no parágrafo único do art. 538 do CPC. Recurso de revista não conhecido. (TST; RR 642/2002-075-02-00.0; Segunda Turma; Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes; DEJT 21/08/2009; Pág. 1325)”.

⁹⁵ A Constituição de 1934 foi a primeira constituição brasileira a dispor sobre a previsão da acessibilidade dos cargos públicos por meio de concurso público. Os seus artigos 168 e 170, rezavam em síntese que “sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” era prevista a acessibilidade, sendo o concurso público “[...] a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar [...]”. Dentre outras considerações, curioso notar que foi estabelecida, nessa Carta, concurso aberto ao público apenas na primeira investidura, havendo a possibilidade de concurso interno uma vez nos quadros da Administração Pública.

administrador e de seus apaniguados⁹⁶, prática tão comumente enraizada na história da administração pública do país.

Alexandre de Moraes (2003, p. 328) elenca as exceções constitucionais à exigência de haver concurso público na contratação. A primeira delas consiste nos cargos de confiança, declarados de livre nomeação pelo dispositivo legal em comento. Em que pese, a lei que deverá definir quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas à Administração e sem a realização do certame público, bem como conforme dicção do art. 37 V , permitindo desta forma a delegação do exercício de funções de confiança a pessoas que não pertençam aos quadros funcionais, desde que não sejam funções de direção, chefia e assessoramento. Outra prerrogativa do dispositivo abrange o excepcional interesse público (art. 37, IX da Constituição Federal), e necessário salientar que neste caso a lei deverá ser editada pela entidade contratadora, conforme a competência legislativa constitucional, sendo indispensável que sejam cumpridos os requisitos da excepcionalidade (contrário ao que vêm ocorrendo na prática, onde a Administração tem feito da exceção a regra) e da temporariedade da contratação.

Fora os exemplos citados, é inconstitucional a contratação de pessoal pela Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público.

Neste sentido, observamos que o Supremo Tribunal Federal coleciona uma grande quantidade de julgados em que considera inconstitucional a investidura em cargos ou empregos públicos sem a devida realização de concurso público. Nota-se que o Supremo tomou cuidado, inclusive, em relação ao próprio pessoal já pertencente aos quadros da Administração Pública, proibindo-os de investirem-se em cargo que não integra a carreira na qual se encontram. Eis que se transformaram o entendimento supra na Súmula nº 685, a qual, pela pertinência, transcrevemos: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Tal situação, atualmente, encontra-se sanada devido a ampliação do conhecimento da lei por parte dos administradores públicos, sobretudo os administradores de órgãos da Administração Pública indireta, que além da contratação sem concurso público permitida

---

⁹⁶De modo a colocar uma pá de cal no que se refere ao assunto contratação de parentes, o Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante proibindo o nepotismo: “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o 3º grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a CF.” (Súmula vinculante 13).

pela exceção do próprio inciso II da CF, sob a proteção do art. 173 da Constituição Federal, a Administração Pública indireta contratou pessoal por, ao menos cinco anos, após sua promulgação, sob o escudo do fato de que por se tratarem de entidades privadas, estariam desobrigadas a fazer concurso público para provimento de empregos públicos.

Tal fato trouxe como consequência a situação de que muitas das instituições públicas possuem funcionários contratados após 1988 sem a devida realização de concurso público, em total desconformidade com os preceitos constitucionais. Frise-se contudo, que a situação não é isolada e diversos órgãos da Administração Pública possuem empregados “absorvidos” até hoje. Há casos de órgãos em que a maioria do quadro de funcionários encontra-se em situação de desconformidade com a lei, motivo pelo qual o tema deve ser tratado com cautela e relevância.

É que o art. 173, §1º, II, da CF/88 gerou, no início, controvérsia e dúvida para o administrador de empresas públicas sobre seu verdadeiro alcance, ou seja, se era ou não necessária a realização de concurso público para efeito de contratação de pessoal, isso em face da declarada natureza privada, conforme já registrado supra.

Provocado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 21.322-1/DF, tendo como Relator o Ministro Paulo Brossard, ao decidir, em face da controvérsia gerada sobre a legalidade das referidas contratações, reafirmou sobre a necessidade da realização de concurso público para provimento de cargos, empregos públicos, em especial para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O acórdão foi publicado em 23 de abril de 1993.

Esta data tornou-se, portanto, referência, vez que, a partir dela, a ninguém seria dado alegar controvérsia jurídica sobre a necessidade de realizar ou não concurso público para preenchimento dos empregos públicos pelas entidades abrangidas pelo art. 173, §1º, da Constituição Federal.

Assim, o Tribunal de Contas da União, para fins de sua competência, passou adotá-la como marco divisor especialmente no que respeita à prestação de contas no item pessoal, nos termos do voto do Ministro Adhemar Paladini Ghisi no Processo TC 674.054/91-1.

No mesmo espírito, o Supremo, nos autos do Mandado de Segurança 22.357-0 – Distrito Federal, impetrado por Ivete do Socorro Abreu e Outros contra Ato do Tribunal de Contas da União que determinou que Infraero regularizasse a situação do pessoal

contratado sem concurso público, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, houve por bem conceder a segurança para afastar a exigência do concurso público, como determinado, vez que a própria Corte de Contas já havia tomado como referência o dia 23 de abril de 1993 como sendo a data, a partir da qual, não mais admitiria questionamentos a respeito da necessidade ou não de realizar concurso público para provimento de empregos públicos nas entidades delineadas no art. 173, §1º, da Constituição Federal.

Por relevância das raras letras do julgado acima citado, transcrevemos sua ementa para facilitação do estudo:

Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes." (MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 27-5-2004, Plenário, DJ de 5-11-2004.) Vide: RMS 27.953-MC-AgR-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 5-9-2011.

Ressalta-se que até hoje há notícias de denúncias e consequentes investigações por parte do Ministério Público acerca da legalidade da contratação de empregados por várias empresas públicas e sociedades de economia mista, no entanto, ao ser concluído que os casos averiguados se subsumem ao entendimento do acórdão paradigma supra, ocorre o arquivamento do procedimento administrativo antecedente a inquérito civil.

A incerteza jurídica do passado não pode desconstituir uma situação fática, hoje vigente e consolidada, sob pena de se praticar injustiça para com aqueles que, no vigor de suas juventudes, deixaram de participar, se assim requerido, de concurso público, para provimento dos respectivos empregos, com todas suas consequências.

Ademais, não seria justo que após tantos anos de trabalho, após os empregados terem, por boa fé, continuado seu trabalho na Estatal, fossem demitidos. Ressalta-se que, por simples conta feita entre o dia 23 de abril de 1993 - considerando-se a data do acórdão no aludido Mandado de Segurança de lavra do Ministro Gilmar Mendes – até os dias de hoje, passaram-se mais de 22 anos, devendo referida situação ser mantida como está, sobretudo por observância da basilar segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito, visto que há necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.

5 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Apesar de haver um certo temor em relação às decisões ou multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União, inclusive a servidores e empregados públicos, devemos nos ater ao fato de que suas decisões são títulos executivos extrajudiciais, devendo ser levados ao judiciário para execução. Ele é um órgão técnico e não jurisdicional, mas de relevante expressão e de extrema importância na implementação da garantia dos direitos fundamentais.

Dentre as atribuições que possui, propositalmente damos destaque a uma atribuição constante do art. 71, IV da Constituição Federal de 1988, que diz que compete à Corte de Contas

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e **auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II [...]

Pelo fato de o TCU possuir competência constitucional para a realização de auditoria operacional, bem como inegável experiência em fiscalizações, revelou-se de salutar importância sua abordagem nesta dissertação, pois, o Direito do Trabalho ainda navega em águas turvas no que se refere à responsabilidade trabalhista da Administração Pública.

Registra-se que de modo a solucionar a equação da responsabilidade trabalhista da Administração Pública, o TCU realizou uma auditoria operacional na qual ouviu diversos órgãos públicos, os quais lhe trouxeram subsídios para conhecer toda a problemática ocorrida em licitações desde o início dos certames licitatórios até a finalização do contrato de prestação de serviços firmado com o particular.

Em assim sendo, procuramos demonstrar, com apoio no estudo realizado e demonstrado em item próprio (5.5), que não somente a fiscalização do contrato de prestação de serviços é possível, como também medidas de garantia de realização de um contrato exequível e que devem ser adotadas pela Administração Pública de modo a mitigar o inadimplemento trabalhista.

Antes, contudo, entendamos um pouco mais sobre a Corte de Contas.

5.1 Conhecendo o Tribunal de Contas da União

A primeira Constituição brasileira, outorgada à nação em 1824 pelo Imperador Dom Pedro I, não fazia qualquer referência ao Tribunal de Contas.⁹⁷

A despeito desta ausência de previsão de um Tribunal de Contas na Constituição Federal de 1824, Pontes de Miranda (1970, p. 244-245) dá notícia de que logo após o início de sua vigência, começou-se a discussão sobre o tema, inclusive sobre a possibilidade de ordenar a prisão dos desobedientes e contumases.

A ideia de um Tribunal de Contas vem, no Brasil, de 1826, em projeto apresentado ao Senado do Império por Felisberto Caldeira Brant (Visconde de Barbacena) e por José Inácio Borges. Combateu-o Manuel Jacinto Nogueira da Gama, Conde (pouco depois Marquês de Baependi), que, em discurso de 6 de julho daquele ano, disse: ‘... se o Tribunal de Revisão de Contas, que se pretende estabelecer, se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas, antes de serem feitas em todas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dele proveito; mas, sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no Tesouro, para nada servirá, salvo para a novidade do sistema e o aumento das despesas com os nele empregados’. Por onde se vê que, se, de um lado, combatia a criação proposta, por outro se manifestava partidário de um Tribunal de Contas mais eficiente, mais poderoso. Em 1845, Manuel Alves Branco, Ministro do Império, propôs a organização de um Tribunal de Contas que, sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar. Se bem que a ideia volvesse com Pimenta Bueno (depois, Marquês de São Vicente), Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto, e João Alfredo, o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas.

Sobre o projeto de Manuel Alves Branco citado por Pontes de Miranda e transcrito acima, escreveu Ruy Barbosa que,

[...] como não é de estranhar, a ideia adormeceu, na mesa da Câmara, desse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que podiam criar incômodos à liberdade da política eleitoral. E quarenta e cinco anos deixou a Monarquia entregue o grande pensamento ao pó protetor dos arquivos parlamentares (SAMPAIO DÓRIA, 1960, p. 317).

José Afonso da Silva explica que os vocábulos *tribunal* e *julgar as contas*, usados ao se tratar desse agente controlador, não implicam a natureza jurisdicional de suas

---

⁹⁷Todas as referências aos textos constitucionais que se acham consignadas neste e nos demais itens, foram extraídas de Campanhole e Campanhole (1976).

funções.

Quanto à natureza do Tribunal de Contas da União, ensina Odete Medauar (2009. p. 401):

Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal, independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, §3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes.

Sobre sua função, Odete Medauar ensina que além da auditoria operacional, o Tribunal de Contas possui outras atribuições:

As principais atribuições do Tribunal de Contas são as seguintes: a) dar parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo; b) Exercer auditoria financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial sobre os entes controlados; c) apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos; d) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões e de aposentadorias, reformas e pensões; e) apreciar a legalidade das licitações e contratos; f) tomar providências ante a verificação de ilegalidades.

Ocorre que, apesar de contar com várias outras atribuições, conforme mencionado, é por meio da auditoria operacional que o TCU poderá analisar vários fatores que se unem a um ponto ou problema central e, por meio de técnicas de auditoria, conseguir uma solução ótima para a equação surgida na necessidade de fiscalização e garantia dos direitos trabalhistas dos terceirizados.

5.2 Vinculação às decisões do TCU

O próprio TCU tem o entendimento (Súmula 222 do TCU) que suas decisões, no que se refere à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não há dúvidas. O órgão alerta que suas

decisões são vinculantes, ou seja, de observância obrigatória.

De modo a não haver dúvidas quanto à independência, autonomia e imparcialidade do TCU, relevante entender que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da independência do Tribunal de Contas da União.

O Ministro Ayres Brito, em um julgamento de habeas corpus⁹⁸ no STF manifestou-se no sentido que o TCU é órgão de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional, atuando ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o poder legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do poder legislativo.

Em referência a sua autonomia, comenta Pedro Roberto Decomain (2005, p. 80.) que não poderia ser de outra forma para ser eficaz:

[...] convém que se registre ser a necessidade de assegurar-se autonomia

⁹⁸O STF já reconheceu que: “HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO, FRAUDE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DEBITADA À PACIENTE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A REGULARIDADE OU IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DE OBRAS EM AEROPORTOS BRASILEIROS. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ORDEM DENEGADA. 1. A se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à segurança pública (capítulo III do título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Mecanismo integrante do sistema de segurança pública, normada pela magna carta de 1988 como dever do estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). Donde o cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais sério ainda, de trancamento de inquérito para fins penais. 2. Nessa linha de orientação, trancamento de inquérito policial pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência desta casa de justiça, constitui medida excepcional, admissível tão-somente "quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja ainda pela atipicidade da conduta do investigado" (HC 90.580, da relatoria do ministro Ricardo Brodowski). 3. Eventual decisão do tribunal de contas da união sobre as contas da administração não constitui condição de punibilidade dos crimes da Lei nº 8.666/1993. A relação entre a esfera de contas e a esfera judicial-penal é de independência. Essas instâncias são independentes ou autônomas, não ficando condicionadas a abertura do inquérito nem a propositura da denúncia à conclusão de um eventual processo de julgamentos de contas em qualquer tribunal de contas do país, inclusive o TCU. 4. Os tribunais de contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do país designa por "controle externo". A previsão constitucional desse aparato orgânico funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a desadministração. Controle externo em que avulta o poder-dever de "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público " e de "fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela união mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal ou a município" (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas. 5. A investigação propriamente penal, tão própria da polícia quanto do ministério público, pouco tem a ver com o "sistema tribunais de contas", porque os tribunais de contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três poderes da república, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o poder legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do poder legislativo. 6. Ordem denegada”. (STF; HC 103.725; DF; Segunda Turma; Rel. Min. Ayres Britto; Julg. 14/12/2010; DJE 01/02/2012; Pág. 101).

aos Tribunais de Contas uma decorrência da própria natureza das suas funções de controle da receita e da despesa pública, da legalidade da Administração Pública em sentido amplo e mesmo da observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração. Essas funções, seria impossível fossem convenientemente exercidas, se estivesse o controlador sujeito à ingerência funcional do controlado. Para que o controle se exerça com a necessária eficácia e com a indispensável independência, forçoso que ao órgão que o executa seja conferida a maior autonomia, em face dos órgãos controlados.

Vasculhando a jurisprudência em repositórios oficiais⁹⁹ e encontramos paradigmáticos acórdãos tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal, que esclarecem bem a força que possuem as decisões da Corte de Contas.¹⁰⁰

Por oportuno, transcrevemos o trecho já destacado na ementa do acórdão que já se refere ao ato do Tribunal de Contas da União como ato vinculado e impositivo. Eis as palavras utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça: **“diante do caráter vinculante e impositivo de decisão do Tribunal de Contas – TCU...”**

Além da declaração supra, de relevante expressão, para que não haja qualquer dúvida acerca da competência da Corte de Contas em relação a suas decisões alusivas a licitações, o Supremo afirma, por intermédio de sua Ministra Ellen Gracie, que “O tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na Lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. **O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação**, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do

⁹⁹Para a realização desta pesquisa, utilizamos o repositório de jurisprudência oficial da Lex Magister, no sítio eletrônico <<http://www.lex.com.br/SeusProdutos.aspx>>.

¹⁰⁰AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. REVISÃO DA APOSENTADORIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **ATO VINCULADO E IMPOSITIVO**. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ÓRGÃO QUE APENAS CUMPRE A DETERMINAÇÃO DA CORTE DE CONTAS. 1. O Tribunal de Contas da União determinou a exclusão da vantagem pessoal dos proventos dos servidores inativos da UFPR, em face de irregularidades constatadas. A revisão das aposentadorias pela Universidade se deu, portanto, mediante decisão emanada da Corte de Contas. 2. O Superior Tribunal de Justiça mantém a mesma orientação adotada pela Corte Excelsa, ao asseverar que, **“diante do caráter vinculante e impositivo de decisão do Tribunal de Contas – TCU**, deve o Presidente do órgão fracionário que assim decidir figurar no polo passivo do mandado de segurança, e não a autoridade administrativa que executou o ato. ” (RESP 884.390/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.08.2010). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-AgRg-REsp 1.056.503; Proc. 2008/0101233-9; PR; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura; Julg. 05/04/2011; DJE 19/04/2011) (grifo nosso).

art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (STF; MS 24510; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Ellen Gracie; Julg. 19/11/2003; DJU 19/03/2004; p. 00018) (grifo nosso).

Assim, diante da jurisprudência reunida, indene de dúvidas que o Tribunal de Contas da União é órgão autônomo e independente dos três Poderes, tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, suas decisões, no que se refere à **aplicação de normas de licitações**, têm efeito vinculante e devem ser observadas por todos os órgãos dos três Poderes, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual, seja também, em âmbito municipal.

Fundamental, portanto, a análise da Corte de Contas na visão do STJ e do STF para se possibilitar a ilação que, no que se refere a aplicação de normas de licitações, o TCU possui autonomia, independência funcional, imparcialidade e sobretudo competência (estrita e ampla) para realizar auditoria operacional¹⁰¹ no que se refere à problemática da fiscalização e do inadimplemento trabalhista vivido no âmbito da Administração Pública que se coloca a licitar para contratar serviços, sobretudo por buscar consolidar a garantia do cumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores que nela se ativam.

5.3 A necessidade de uma administração dialógica entre os Poderes da República

Ora, em tempos de uma administração dialógica, na qual os órgãos da Administração Pública, ao fazerem licitações vultosas, realizam audiências públicas; em tempos que prefeituras chamam os cidadãos a participarem e votarem no Orçamento por meio dos conselhos de participação; em tempo de realizações de inúmeras audiências públicas realizadas tanto pelo Tribunal Superior do Trabalho quanto pelos demais Tribunais Superiores e pelo próprio STF conferindo cada dia maior importância à figura do

---

¹⁰¹Conforme revela o conteúdo do inciso IV do art. 71 da CF/88, que diz: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;”.

amicus curiae; em tempo de se preconizar a mediação em vez da cultura de adjudicar os problemas dos cidadãos ao judiciário, revela-se coerente indagar por que os próprios Poderes não se reúnem para dialogarem acerca dos problemas que o país atravessa.

Pelo exposto, percebe-se que há uma tendência de diálogo dos poderes entre si e entre os poderes e o povo. O próprio Poder Judiciário, no passado, revelava-se muito hermético, característica que já não lhe pertence mais. Já é hora de mudanças. Já é hora de diálogos construtivos.

Não é simplesmente pelo fato de se haver uma divisão montesquiana entre os três Poderes, que são independentes e harmônicos entre si que não se pode reuni-los para discutirem e solucionarem os problemas do país, mormente por estarmos a tratar de um problema que afeta milhões de pessoas, qual seja, a terceirização de serviços.

Aproveitando o ensaio supra, não é demais salientar que o diálogo entre os Poderes também poderá e deverá ser realizado com outros interlocutores e, dada a função precípua do Tribunal de Contas da União, tal como um quarto poder, o que não se cogita, revela-se imprescindível sua participação nesta administração dialógica.

Desta forma, uma vez entendida a pertinência da união dos três Poderes e da administração dialógica, voltemos ao nosso escopo principal: a discussão da responsabilidade trabalhista da Administração.

5.4 O esforço inócuo da Administração Pública

Como se tem observado, o Judiciário Trabalhista tem condenado a Administração Pública, de forma rotineira, amparado na Súmula n. 331 do TST, como responsável subsidiária pelo pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas empresas contratadas para prestarem serviços, com cessão de mão de obra permanente, sob o argumento de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, afirmando, em síntese, que a Administração contrata mal, não obstante os instrumentos que a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 oferece para evitar esse tipo de problema.

Em paralelo, no âmbito da Administração Pública federal, verificou-se que mesmo ante todas as cautelas adotadas para se realizar a fiscalização e evitar o inadimplemento, como a solicitação de vasta documentação, diversos contratos de prestação de serviço apresentam irregularidades em sua execução, tais como falta de pagamento ou pagamento

atrasado de salários, verbas rescisórias, férias, FGTS, décimo terceiro salário e contribuições previdenciárias, contudo, acredita-se que mudanças concretas nos procedimentos licitatórios, incluindo-se a revisão de editais, poderão mitigar tais problemas.

Diante do problema colocado e do esforço inócuo da Administração Pública em erradicá-lo, o Tribunal de Contas da União, autoridade em fiscalização na esfera federal, por meio de uma representação da extinta ADPLAN (Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos do TCU), foi chamado a se manifestar sobre o tema¹⁰², vez que, conforme já registramos, o próprio inciso IV do art. 71 da Constituição Federal lhe autoriza a “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e **auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do citado artigo.

Assim, o então presidente do TCU, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para se mitigar tais problemas. Compuseram o grupo de estudo membros do Ministério do Planejamento, da Advocacia Geral da União, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, os quais discutiram sobre procedimentos licitatórios, gestão, fiscalização e encerramento dos contratos firmados.

Do trabalho do grupo, derivaram recomendações sobre licitações e contratos as quais deverão ser obedecidas por todos os órgãos da Administração Pública direta, indireta em todas as esferas, quer seja federal, quer seja estadual, quer seja, também, municipal.

Veja-se neste sentido, a Súmula n. 222 do TCU, que impõe um efeito vinculante à aplicações de suas decisões:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Indaga-se, contudo, se as medidas administrativas resultantes de uma auditoria

---

¹⁰²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1.214/2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20130523/AC_1214_17_13_P.doc>. Acesso em: 10 dez. 2014.

operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (em parceria com várias autoridades no assunto), de efeito vinculante ao Administrador Público, efetivamente demonstradas em acerto ao Judiciário, poderiam demonstrar que o contrato de prestação de serviços foi fiscalizado e, em última análise, conseguiria garantir o adimplemento trabalhista. Adotamos a hipótese que sim, contudo, com guisa a demonstrar a pertinência e viabilidade de todo o estudo realizado pela Corte de Contas, faremos uso do próximo tópico para detalhar os pontos levantados pela auditoria, os quais serão expostos por meio da ementa do Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013. Somente conhecendo todo o trabalho realizado pelo TCU, os problemas abordados, as veredas percorridas e as hipóteses lançadas haveria possibilidade do Judiciário, outrora tão hermético, concluir pela eficiência dos métodos adotados para se alcançar a almejada segurança jurídica, pilar do Estado democrático de direito. É o que passaremos a tratar com maiores detalhes.

5.5 Constatação da insuficiência de ações

Após pesquisas realizadas dentro da Administração Pública Federal, embasados no paradigmático Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013, constatou-se que está havendo um considerável número de interrupções na execução de contratos de prestação de serviços de natureza contínua, seja na metade de sua vigência, seja também, ao final, onde se percebe um abandono dos “terceirizados” pelas prestadoras de serviços, fato que acarreta prejuízo para os órgãos públicos e para os trabalhadores, além de potenciais danos ao erário em decorrência da praticamente certa condenação, pela Justiça do Trabalho, de responder subsidiariamente nas causas em que o Poder Público é chamado ao polo passivo.

Verificou-se que, com o passar do tempo, a Administração passou a exigir uma quantidade cada vez maior de documentos das contratadas com a finalidade de se resguardar de possíveis prejuízos oriundos do não pagamento das verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

Chegou-se a uma situação absurda em que a Administração Pública solicita de suas contratadas, além das cinco certidões exigidas pela Lei nº 8.666/93, até 19 documentos adicionais, apresentados em cópias autenticadas ou acompanhadas dos originais, todos constantes na IN/SLTI/MPOG nº 02/2008, tais como: a) protocolo de envio de arquivos emitido pela conectividade social (GFIP); b) guia de recolhimento do FGTS (GRF) com a

autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando do recolhimento for efetuado pela internet; c) relação dos trabalhadores constantes do arquivo SEFIP (RE); d) relação de tomadoras/obras (RET); e) comprovante de declaração à Previdência; f) guia da previdência social (GPS) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela internet; g) carteiras de trabalho; h) folhas de pagamento; i) comprovação de depósito do salário em banco; j) contra-cheques; k) rescisões de contratos; l) comprovação de pagamento de vales-transporte e auxílio-alimentação; m) CAGED; n) RAIS; o) recibo de férias; p) atestados médicos admissionais e demissionais; q) certidão negativa de débitos salariais; r) certidão negativa de que não emprega crianças (menores de quatorze anos) em suas atividades; s) comprovação de obrigações previstas em convenção coletiva.

Trata-se, conforme percebemos, de documentos do âmbito previdenciário, trabalhista e sindical. Muitos deles são complexos e exigem conhecimentos específicos para sua avaliação, no entanto, qualquer falha no referido *modus operandi* hoje realizado pela Administração Pública, mesmo com prova de detida análise de todos os citados documentos, a Justiça do Trabalho tende a condenar a Administração Pública por *culpa in vigilando*, tornando inócuo todo o esforço e desgaste realizado pelo ente público, deixando de ser, a conduta eleita pela Administração Pública, eficiente.¹⁰³

É que a necessidade de especialistas é tamanha, que não basta apenas um servidor para fiscalizar a execução dos serviços e ao mesmo tempo checar toda a documentação a ser apresentada pela contratada. Além disso, para checar a veracidade e a lisura de tais documentos, seria necessário que todos os órgãos da Administração Pública tivessem acesso aos sistemas da Receita Federal do Brasil e da Caixa Econômica Federal, o que não seria viável, pois, tais informações são protegidas por sigilo fiscal e bancário. Verificou-se, neste compasso, que os agentes públicos designados a fiscais não são preparados para conhecer e checar todos os documentos de maneira eficaz.

Notou-se, então, que está ocorrendo uma transferência de responsabilidade pelas atividades de fiscalização que deveriam ser exercidas por órgãos específicos, tais como Receita Federal do Brasil, INSS, Ministério do Trabalho, sindicatos da categoria e isto não parece adequado, visto que tal tendência vem a sobrecarregar os fiscais designados pelos gestores dos contratos para realizarem análises complexas sem, entretanto, gerar maiores

¹⁰³TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário dos autos do TC 006.156/2011-8, p. 3, Publicado no DOU em: 22 mai. 2013.

garantias aos trabalhadores terceirizados e ainda correndo o risco de serem responsabilizados pessoalmente pelo prejuízo causado ao erário.

É oportuno lembrar que os órgãos supramencionados possuem fiscais, auditores, profissionais que passaram por concurso público de cargos cujas atividades são compostas pelas funções de checagem de tais documentos, não sendo coerente transferir tais ônus a “fiscais leigos”, se assim podemos chamá-los.

É oportuno lembrar que não há falar que a Administração Pública não consiga se desincumbir do ônus que a lei lhe confere, que é o de fiscalizar o contrato de prestação de serviços, mesmo que esta fiscalização venha a ser feita por um serviço especializado e contratado especificamente com o intuito de se obter profissionais especializados em documentação, gestão e fiscalização de obras e serviços, consoante permissivo do parágrafo único do art. 13 da Lei n. 8.666/93.¹⁰⁴ Estas atividades até poderiam ser realizadas por profissionais de cargo efetivo da própria Administração Pública, conforme sugere o referido dispositivo legal ao trazer o termo “preferencialmente” em sua redação, mas, o problema todo parece residir na necessidade de concursos para novos cargos, cujas atividades são, precariamente, preenchidas pela contratação de terceiros ou transferência de atividades, haja vista que há um limite para a contratação de pessoal.

Ao mesmo tempo, por outro prisma, seria contraproducente transferir tantas atividades que hoje são terceirizadas para cargos a serem criados na própria Administração Pública. Tampouco nos parece uma medida eficiente, na medida referida ação poderia contribuir para a ocorrência de um inchaço da máquina administrativa.

Considerando-se todos os pontos levantados, mormente as medidas de se determinar que os próprios auditores da União possam checar toda a documentação de todos os trabalhadores terceirizados, apesar de fazer parte de suas atribuições, tal medida poderia ser um tiro no pé, pois, diante do parco número de auditores-fiscais em relação ao vultoso número de contratos de prestação de serviços de mão de obra continuada celebrados pela Administração Pública direta e indireta, tais profissionais iriam ter todo o seu tempo tomado pela checagem destes documentos que poderiam trazer contas detalhadas em minúcias e mesmo assim, não conseguiriam atingir a totalidade de carimbos

---

¹⁰⁴Lei n. 8.666/93. Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: III – **assessorias ou consultorias técnicas** e auditorias financeiras ou tributárias; IV – **fiscalização**, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; §1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

e xerox a serem verificados dentro de um mês.

Assim, inócuo ou fantasioso se pensar que a Administração Pública, por meio de seus auditores-fiscais, seria capaz de fiscalizar todos os contratos assumidos por ela própria e por seus órgãos agregados. Ela não daria conta de fiscalizar todas as minúcias de todos os contratos de prestação de serviços. Por isso mesmo que terceiriza.

A outra opção, conforme já denunciada, também se revela ineficiente, visto que, para solucionar a questão da fiscalização de todos os documentos constantes na IN 02/2008 do MPOG, seria necessária uma terceirização especializada dos serviços terceirizados, ou quarteirização, o que acarretaria apenas o encarecimento, via indireta, do objeto do contrato de prestação de serviços. É pertinente ao caso observar que o próprio § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 diz que o inadimplemento trabalhista não poderá onerar o objeto do contrato de prestação de serviços. Assim, ainda que tal oneração não seja propriamente por via direta, influenciando nos custos da prestação de serviços principais, deve, o princípio inserido na norma, guiar o pensamento do gestor público.

O grupo de estudos ainda questionou a possibilidade, caso não fossem adotadas pelo TCU as medidas propostas naquela recomendação, que fosse averiguado junto à Caixa Econômica Federal a possibilidade de todos os pagamentos aos trabalhadores terceirizados serem realizados pelo banco. Ocorre que apesar de tal hipótese não ter sido, a priori, aprovada, acreditamos que mesmo que tal possibilidade fosse levada a cabo, a fiscalização de outros fatos que não apenas os constantes das fotocópias e frios carimbos apresentadas ao banco ficaria prejudicada.

Aparentemente sem saída e atenta ao fato que todos os órgãos da Administração Pública, seja ela direta, indireta, municipal, estadual ou federal, em todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) terceirizam suas atividades-meio parcial ou totalmente, possuem interrupção em seus contratos de prestação de serviços, principalmente quando estes contratos estão chegando ao seu término, momento em que frequentemente se constata um “calote” por parte das prestadoras de serviços, o Tribunal de Contas da União, por força de uma representação da extinta ADPLAN, realizou uma auditoria operacional embasada nos fatos constatados e relatados por um grupo de estudo intersetorial. Ressalta-se que a realização desta auditoria operacional é competência da Corte de Contas consagrada na própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, IV.¹⁰⁵

---

¹⁰⁵CF/88. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza

Assim, o TCU, órgão especialista em fiscalização e controle, autônomo e independente, relatou, fundamentou e decidiu recomendar aos órgãos da Administração Pública uma série de medidas que deverão ser adotadas por seus gestores de modo a mitigar o inadimplemento tanto contratual quanto trabalhista. Tais recomendações constam no documento denominado acórdão-TCU-Plenário nº 1.214/2013, o qual passaremos a explorar com maiores detalhes.

5.6 A solução encontrada pelo Tribunal de Contas da União

Conforme denunciado no início do capítulo, o Tribunal de Contas da União, cuja competência também é a de realizar auditorias, sobretudo a operacional, conforme já frisamos, realizou estudo técnico com as principais questões que orbitam a responsabilidade trabalhista da Administração Pública quando se coloca a licitar.

Dentre todos os pontos relevantes do início do estudo se encontravam a frequente interrupção dos contratos de prestação de serviço e o inadimplemento trabalhista dos terceirizados, razão pela qual, o estudo proposto verificou os principais problemas existentes na preparação para a licitação, início do contrato, sua execução e conclusão, chegando a várias conclusões, as quais foram traduzidas em recomendações.

Antes de adentrarmos, contudo, à análise detida das questões trabalhistas abordadas no acórdão-TCU-Plenário nº 1.214/2013, é pertinente ressaltarmos, conforme orienta a Súmula nº 222 do TCU, que suas decisões relativas às aplicações de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar¹⁰⁶, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disso já falamos, mas vale a pena repisar.

Assim, diante dos apontamentos relatados no item anterior quanto a inexecução de contratos de prestação de serviços e inadimplemento trabalhista das verbas devidas as “terceirizados”, o Tribunal de Contas da União recomendou à Secretaria de Logística e

---

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II [...].

¹⁰⁶O art. 22, XXVII, ao tratar da competência legislativa da União, diz que “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III [...]”.

Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento e Gestão da União, práticas que a Administração Pública deve realizar. Vejamos quais são na ementa do acórdão abaixo transcrito.

Registramos que o conteúdo do acórdão-TCU-Plenário nº 1.214/2013, na íntegra, encontra-se disponibilizado nesta dissertação, na forma de anexo e por trazer todo o relatório minuciosamente detalhado, fundamentação das decisões adotadas e recomendações lá exaradas, deixaremos de analisá-lo, integralmente, contudo, daremos destaque ao que consideramos de extrema relevância.

As principais questões para garantia do adimplemento das verbas trabalhistas e de uma eficaz fiscalização durante a execução do contrato serão abordadas em cotejo com a letra do Acórdão nº 1.214/2013-TCU-Plenário:

Assunto: TERCEIRIZAÇÃO. DOU de 28.05.2013, S. 1, p. 85. Ementa: recomendação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento para que incorpore os seguintes aspectos à IN/SLTI-MP nº 2/2008:

- a) que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei nº 8.666/93;
- b) prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;
- c) que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento [...].

Pelo exposto em cotejo com o relatório do Acórdão 1.214/2013, temos que o Tribunal de Contas da União recomendou à SLTI do Ministério do Planejamento que altere a Instrução Normativa nº 02/2008 para excluir do rol de exigências de fiscalização do contrato de prestação de serviços, qual seja, aquele que prevê a entrega de 19 documentos, autenticados ou não, todos alusivos ao adimplemento de haveres trabalhistas da contratada para com seu empregado, de modo a fazer constar como requisito para o pagamento da fatura, apenas comprovantes de salário, vale-transporte, vale-alimentação, recolhimento de FGTS e contribuição previdenciária.

Ricardo Alexandre Sampaio compartilha do nosso entendimento quanto à necessidade de implantação de medidas acauteladoras, como o pagamento direto, conforme

se extrai de seu ensinamento:

A partir desse conjunto de elementos, entendemos que o afastamento de eventual responsabilização subsidiária trabalhista requer da Administração tomadora a adoção de ações tempestivas e suficientes para evitar que o inadimplemento da contratada no pagamento de seus encargos gere dano aos empregados envolvidos na execução do ajuste.

Dito de outro modo, a Administração Pública não deve ficar inerte diante da inadimplência da empresa contratada quanto às obrigações trabalhistas, sob pena de justamente essa inércia configurar omissão passível de determinar sua culpa *in vigilando* e incorrer em responsabilidade. Se a Administração pode arcar subsidiariamente com o pagamento das obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa *in vigilando*, a única forma de afastar esse risco é adotando medidas acauteladoras do erário. E nesse sentido, ao que parece, a medida mais eficaz para acautelar o erário do risco da responsabilidade subsidiária trabalhista é justamente **garantir a promoção da satisfação dos créditos dos empregados envolvidos na prestação dos serviços** objeto do contrato firmado entre a empresa devedora e a Administração tomadora dos serviços (SAMPAIO, 2013a, grifo nosso).

Corroborando o exposto, já vimos que a Administração Pública possui meios idôneos e legais para garantir o adimplemento dos haveres trabalhistas, seja coagindo a contratada a adimplir os haveres trabalhistas de seus empregados, mês a mês e enquanto durar o contrato, por meio advertências, multas e suspensões contratuais, seja retendo o valor da fatura que pagará a nota fiscal mensal, seja também pelo pagamento direto aos terceirizados.

- **Pagamento direto:** registra-se, por oportuno, que no plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção da OIT nº 94, a qual prevê que o Estado inserirá, nos contratos de terceirização de serviços, a chamada cláusula trabalhista de proteção aos terceirizados. Além de outras medidas, a Convenção nº 94 da OIT¹⁰⁷ preconiza a retenção do pagamento e o pagamento direto aos trabalhadores.

107

A Convenção nº 94 da OIT foi ratificada pelo Brasil por força do Decreto Legislativo nº 20/65 e promulgada pelo Decreto presidencial nº 58.818, de 14/07/1966, publicado no DOU em 19/07/1966. Sete anos depois de sua promulgação no governo de Castelo Branco, foi denunciada, por força do Decreto presidencial nº 72.968, de 22/10/73, do governo do presidente Médici, cujo conteúdo foi tornado sem efeito pelo Decreto nº 74.688, de 14/10/1974 – DOU 15/10/1974 (retif. DOU 17/10/1974), possuindo vigência até os dias atuais. CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Convenção nº 094. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_094.html>. Acesso em: 18 mai. 2015.

O pagamento direto sob estudo também encontra amparo legal na Lei nº 9.784/99, haja vista que seu art. 45 preconiza que a Administração Pública poderá adotar medidas acauteladoras em situações de risco *iminente*. Pondera-se, pelo artigo de lei exposto, que deve a Administração Pública adotar medidas acauteladoras fazendo o que está a seu alcance quando houver risco *iminente*.

Assim, temos que o pagamento direto é medida legalmente justificável, dada a iminência do risco e a previsão legal interna e externa. O mesmo já não ocorre com o a legalidade de abertura de conta vinculada proposta pelo grupo de estudo, cuja redação já se encontrava expressa na IN nº 02 do MPOG, bem como nas Resoluções nº 98/2009, substituída pela Resolução nº 169/2013, também, do CNJ.

Mesmo diante de sua boa intenção em proteger o erário, ambas as resoluções são patentemente ilegais. A Resolução nº 98 do CNJ já trazia uma certa oneração ao objeto do contrato por prever que a contratada depositasse, em conta vinculada, porcentagens relativas a 13º salário, férias e 1/3 de férias, multa de FGTS e contribuição previdenciária de modo a garantir o adimplemento destas verbas.

Embora, ao nosso entender, esta exigência seja ilegal, pois contraria o §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, ela continua válida para aqueles contratos firmados até o advento da Resolução nº 169 do mesmo órgão. Em destaque, o art. 71 e §1º da Lei nº 8.666/93, que diz que a inadimplência do contratado não poderá onerar o objeto do contrato:

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. (grifo nosso)

Com o advento da Resolução nº 169 do CNJ, a situação parece ter se agravado ainda mais, ao menos no que se refere à oneração do objeto do contrato proibido pelo dispositivo legal supra, pois, o novo ato administrativo prevê, além das verbas mencionadas supra, a inclusão do percentual de lucro relativo aos encargos retidos no montante depositado na conta vinculada; o saldo da conta vinculada poder ser liberado somente após dois anos do término do contrato e desde que o empregado alocado na

execução do serviço não acione a Justiça do Trabalho; diante de determinação judicial para bloqueio e transferência de valor vinculada para a conta-corrente judicial, o valor transferido judicialmente será glosado por ocasião do primeiro pagamento e dos subsequentes a serem efetuados à empresa e depositados na conta vinculada para recomposição do saldo.

Nada obstante o Acórdão nº 1.214/2013 já trazer parecer desfavorável à conta vinculada, sua previsão foi mantida na IN 02 com pela redação dada pela IN 06 do MPOG, redação com a qual não concordamos.

Ressalta-se que quando colocada em análise, a consideração de operacionalização dessas contas, verificou-se que representa acréscimos ainda maiores aos custos de controle dos contratos terceirizados, pois são milhares de contas com infindáveis operações a serem realizadas, além de os riscos serem altos, especialmente para os servidores responsáveis por tais tarefas. Ademais, apontou-se que tal medida contribuiria ainda mais para que a Justiça do Trabalho mantenha o entendimento que a União é responsável pelas contribuições previdenciárias, FGTS e demais verbas trabalhistas.¹⁰⁸

Desta forma, apesar de defendida por alguns, como Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Consultor-Geral da União, que ratificou o entendimento do Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, Sérgio Eduardo de Freitas Tapety, no parecer da AGU Nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU¹⁰⁹, em 10 de dezembro de 2013, seguimos com o TCU no sentido de que a conta vinculada não parece adequada.

- **Garantia:** fator importante que deve ser considerado é a correta aquisição de garantia pelo ente contratado, pois, a grande maioria das garantias que vem sendo apresentadas à Administração Pública foi considerada, pelo grupo de estudos, inadequada, visto que não prevê a cobertura de prejuízos advindos do não cumprimento do contrato, tampouco as obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

d) fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

- d.1) prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;
- d.2) multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;
- d.3) prejuízos diretos causados à contratantes decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
- d.4) obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada;

¹⁰⁸Conteúdo dos parágrafos 68 a 73 do Acórdão nº 1.214/2013-TCU-Plenário.

¹⁰⁹Posição adotada no AGU. PARECER Nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2014).

Desta forma, de nada adiantava exigir garantia se a mesma não se prestava a cobrir prejuízos trabalhistas, razão pela qual sua alteração foi salutar aos cofres públicos.

• **Recolhimento de contribuição previdenciária:** uma vez que o principal interessado no recolhimento da contribuição previdenciária, popularmente chamada de INSS, é o próprio trabalhador, ponderou-se que, por meio de acesso à rede mundial de computadores providenciado pela prestadora de serviços, a checagem dos recolhimentos previdenciários poderia ser feito pelos próprios e a constatação de qualquer irregularidade poderia dar ensejo à rescisão contratual:

- e) quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:
  - e.1) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;
  - e.2) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;
  - e.3) fixar em contrato como **falta grave**, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;
  - e.4) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;
  - e. 5) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao SICAF;
  - e.6) prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. 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 para um mesmo empregado, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;
  - e.7) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias;

Entendemos ser medida salutar obrigar a contratada a providenciar computador com internet para que seus empregados possam acessar os sistemas da Previdência Social e da Receita Federal com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas.

Do mesmo modo que se exige, para que seja coercitivo, deve haver uma punição,

caso haja o inadimplemento, assim, a falha no recolhimento das obrigações previdenciárias ser caracteriza falta grave, podendo ser causa de rescisão do contrato firmado com aplicação das sanções cabíveis revela-se medida salutar.

Ainda, em relação às contribuições previdenciárias, obviamente que os 11% de INSS sobre o valor da fatura não poderia deixar de ser previsto, pois, renda da União e possui responsabilidade solidária no que se refere ao tributo (art. 71, §2º da Lei nº 8.666/93).

Quanto às medidas a serem adotadas pelo Poder Público tomador dos serviços, limitar-se-á a análise das guias de recolhimento por amostragem, para se garantir o chamado efeito surpresa. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano.

- **FGTS:** O mesmo procedimento adotado em relação a contribuição previdenciária, no que se refere à exigência de a contratada providenciar computador com internet para seus funcionários, bem como a caracterização de falta grave em caso de inobservância do recolhimento, foi conferido à ao recolhimento de FGTS, exceto quanto a previsão legal de solidariedade conferido à primeira pela Lei de Custeio da Previdência Social

f) quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), observe os aspectos abaixo:

f.1) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

f.2) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

f.3) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

f.4) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

f.5) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

f.6) prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. 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;

f.7) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados;

Quanto às medidas a serem adotadas pelo Poder Público tomador dos serviços, limitar-se-á a análise das guias de recolhimento por amostragem, para se garantir o chamado efeito surpresa. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano.

- **Exigências documentais:** diante da infindável variedade de documentos e situações que diversas Convenções Coletivas de Trabalho podem trazer ao fiscal, bem como o enfrentamento de algumas questões de cunho subjetivo, como situações em que nem a empresa contratada possui preciso controle, foi exigido, pelo Acórdão em testilha, somente a documentação relativa a pagamento de salários, vale-transporte e alimentação. Já mencionados os tratamentos conferidos a FGTS e INSS, os quais deverão ser trazidos à checagem, contudo, por meio de amostragem.

g) somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio-alimentação, por amostragem e a critério da administração;

h) seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio-alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 [...].

- **Falta grave:** caso haja a constatação de falha no cumprimento das obrigações trabalhistas, mesmo que por amostragem e com base em critérios estatísticos, conforme preconizado pelas letras “e.3”, “f.3” e “h”, deverá ser caracterizado como falta grave podendo a Administração Pública rescindir o contrato de prestação de serviços.

- **Crítérios estatísticos:** o Acórdão 1.214/2013-TCU-Plenário preconiza a adoção de checagem de obrigações trabalhistas pelo método estatístico, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a determinado empregado. Aqui há um perigo, pois, a má interpretação da letra supra pode levar a dúvida a própria consideração de erros e falhas eventuais:

i) a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das

obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se 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 [...].

De todo modo, ao se demonstrar em juízo a escolha dos critérios estatísticos utilizados para a demonstração de efetiva fiscalização, deve-se fazê-lo com base na proporcionalidade, razoabilidade e consideração de falhas que impactem significativamente o contrato como um todo. Tal medida foi adotada pelo fato de que, mesmo com intensa fiscalização comprovada por meio de centenas de folhas, um mero equívoco poderia levar a Administração Pública a ser condenada, o que não se revela apropriado com a declaração da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

- **Requisitos probantes da capacidade econômico-financeira:** tão protetivas quanto às medidas de fiscalização, são as medidas que propiciam uma melhor escolha da prestadora de serviços pela Administração Pública, o que poderia, em tese, juntamente com a averiguação da exequibilidade da proposta vencedora do certame licitatório, excluir a possibilidade de condenação por culpa *in eligendo*.

j) sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

j.1) índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

j.2) patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação [...].

- **Limite mínimo de 10% (dez por cento):** quanto a exigência do preenchimento do limite mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, entendemos ser legal. Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho (2001, p.352)):

Com a alteração trazida pela Lei n. 8.883, ficou clara a inviabilidade de adoção de índices vinculados a finalidades distintas da mera comprovação da disponibilidade de recursos para satisfatória execução do objeto contratado. A lei não determina nem especifica os índices a serem adotados, remetendo aos fornecidos pela ciência da contabilidade e pelas regras usuais no campo de auditoria. Em qualquer caso, porém, o índice deverá ser apto a avaliar apenas a capacitação financeira do interessado para a execução do contrato. Não se admitem exigências referidas à

rentabilidade ou à lucratividade nem ao faturamento do sujeito.

- **Demais medidas acauteladoras:**

j.3) patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

j.4) apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante [...].

De acordo com o art. 27 da Lei nº 8.666/93, é previsto o preenchimento de determinados requisitos objetivos para que a empresa vencedora do certame licitatório possa ser habilitada e ter adjudicado o contrato de prestação de serviços ou bens, quais sejam, a qualificação técnica, econômico-financeira, habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista.

Dentre as medidas estudadas para se garantir a melhor escolha dentro do certame licitatório, o grupo de estudos verificou, dentre outros¹¹⁰, que para cumprimento do quesito capacidade econômico-financeiro, não bastaria a adoção do ILC (Índice de Liquidez Corrente – ILC) para se garantir que a contratada tenha como cumprir o contrato. Necessário se fez, então, a adoção de outra variável, que é o CCL (Capital Circulante Líquido). Explica-se.

O ILC é o resultado do capital circulante ativo dividido pelo passivo e essa técnica, tal como se encontrava antes do Acórdão 1.214/2013-Plenário TCU, revelava-se insuficiente para se garantir a melhor escolha para a Administração. Com a adoção apenas do ILC, tínhamos situações que, aparentemente, ensejavam uma justa competição, em realidade, demonstrava-se falha, pois, não demonstrava com clareza o que a lei pretende.

É como se, por meio do uso deste índice, pudesse ser dito que uma empresa “A” com capital circulante ativo de R\$ 1.500,00 e com capital circulante passivo de R\$ 1.000,00 tivesse a mesma capacidade econômica de uma empresa “B” com capital circulante ativo de R\$ 1.500.000,00 e capital circulante passivo de R\$ 1.000.000,00, por isso foi adicionado às exigências de preenchimento do edital, a adoção da CCL, que nada mais representa do que o capital de giro. Assim, teríamos claramente que a segunda

---

¹¹⁰Verificar no inteiro teor do Acórdão nº 1.214/2013 a análise pontual de todas as recomendações do TCU no que se refere ao preenchimento dos requisitos preconizados pelo grupo de estudo.

empresa possuiria melhores condições de cumprir um contrato de R\$ 100.000,00 anuais do que a segunda, pois, de acordo com o Acórdão 1.214/2013 TCU-Plenário, o CCL deverá ser de no mínimo 16,66% do valor do contrato, o que na prática significa que uma empresa conseguirá manter o pagamento de seus custos, inclusive trabalhistas, por no mínimo dois meses sem recebimento de pagamentos de faturas.

Tomemos o exemplo como paradigma e temos que o capital de giro da empresa (ativo menos passivo), no caso de A e B deve ser maior do que 16,66% do valor do contrato anual para poder ser habilitada no procedimento licitatório, seja a homologação antes ou depois da adjudicação, a depender da modalidade eleita pela Administração Pública.

Fosse no pregão, ter-se-ia a homologação somente após a adjudicação dos serviços a terceiro estranho à Administração Pública, enquanto na concorrência, seria necessário, primeiramente o cumprimento das condições de habilitação para poder, daí, participar do certame licitatório. É que nas modalidades mencionadas, a homologação ocorre em momentos diferentes, conforme preanunciado.

- **Escritório em local previamente definido pela administração:** medida coerente, principalmente, pela quantidade de empresas participantes em pregões ser ilimitada, vez que o pregão ocorre *online*, assim, reforça-se a necessidade de haver previsão de escritório no local da prestação de serviços devido a reportadas dificuldades que o trabalhador tem de entrar em contato com a empresa que o contratou. Nem se mencione o fato que o terceirizado, provavelmente, desconhece seu efetivo padrão “k) seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 (sessenta) dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela administração [...]”.

- **Qualificação técnico-operacional:** para ser habilitada no certame licitatório, a prestadora de serviços tem que, além de comprovar capacidade financeira para execução do contrato de prestação de serviços, comprovar capacidade técnica:

l) seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

m) seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em

quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

n) seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

o) seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior; p) deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, coqueiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar-condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio vídeo, informática;

q) a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

q.1) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

q.2) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;

- **Parâmetros de valores máximos para contratação:** os serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância possuem valores máximos a serem contratados por Estado¹¹¹ e variam de acordo com inúmeros requisitos, dentre eles, o piso salarial da categoria. Tais variações se dão por meio de portarias.

q.3) no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/ MP). Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato [...].

- **Domicílio bancário:** amparado no § único do art. 464 da CLT¹¹², com cunho de caráter social, pois, permite a solução dos problemas bancários com maior facilidade, outro

¹¹¹Há portarias que determinam valores mínimos e máximos dos serviços a serem contratados, por Estado (PORTARIAS, 2014).

¹¹²Art. 464 – O pagamento do salário deverá ser efetuado contrarrecibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo. Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho.

item de extrema importância é o cumprimento da exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços, haja vista que é mais fácil resolver um problema numa agência bancária na mesma localidade da prestação dos serviços do que numa agência localizada em outro estado da federação, fato constatado pelo grupo de estudo e assim recomendado “r) seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços (item 9.1, TC-006.156/2011-8, Acórdão nº1.214/2013-Plenário).”

6 MEDIDAS DE CONTINGENCIAMENTO DE RISCOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar de toda a carga de responsabilidade social que a terceirização de serviços traz consigo, sobretudo pela tendente precarização quando realizada de maneira irregular, ela é vista com muito bons olhos por quem dela necessita, como o administrador público, seja para se desonerar de desempenhar certas atividades consideradas acessórias, de apoio ou de mera execução, seja para focar em sua atividade-fim, seja também porque não possui verba para gastar com pessoal e precisa de serviços de apoio para desempenhar bem sua própria função principal.

Assim, considerando que, via de regra, a terceirização de serviços precariza a relação de trabalho e que caso a Administração Pública fuja a sua obrigação legal (art. 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93) e ande mal na fiscalização da execução destes serviços, potencializando o risco de lesão aos direitos trabalhistas dos terceirizados, ela deverá ser condenada pela Justiça do Trabalho a responder, subsidiariamente, pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador prestador de serviços, é salutar um juízo de ponderação sobre algumas medidas que mitiguem os riscos de eventual inadimplemento trabalhista e consequente condenação pela Justiça do Trabalho.

É cediço, por outro lado, que para a Administração Pública contratar serviços, ela deve fazê-lo por meio de licitação e este procedimento é o modo pelo qual o administrador público deve garantir que todo o processo se inicie e se desenvolva da maneira mais clara, lisa, competitiva e escorreita possível, vez que lida com o dinheiro público e não possui um cheque em branco para fazer o que quiser. Lembremo-nos do princípio da legalidade estrita sob o qual o administrador está vinculado.

Desta forma, ele deve fazer somente o que a lei o permite e tentar antecipar ao máximo qualquer possibilidade de prejuízo ao erário, estipulando, nos editais e cláusulas contratuais, medidas de contingenciamento de riscos que poderão, eventualmente, vir a ocorrer, proporcionando um certo arrefecimento à tendência precarizante da terceirização de serviços e tornando-a uma prática possível, uma opção plausível para a Administração Pública, que deverá, sempre, zelar pelos valores sociais do trabalho.

6.1 Apontamentos para a realização de certames licitatórios e proposta de linha de conduta para o gestor público.

As transformações nas áreas de recursos humanos e nas técnicas do trabalho são temas perenes na pauta de qualquer organização, seja pública, ou seja, privada, que pretenda cumprir sua missão de forma eficiente. Essas transformações têm ocorrido, historicamente, em velocidade cada vez maior, mormente com a automação e melhoria nos processos de trabalho.

Em razão desse processo constante de mudança, a Administração Pública tem buscado, ao longo dos anos, aumentar a qualidade de seus serviços, pautando suas atividades no princípio da eficiência – expressamente consignado no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, fez investimentos relevantes em tecnologia da informação, gestão de pessoas – remuneração, contratação, treinamento – e em processos de trabalho.

Pode-se afirmar que a Administração Pública, de forma geral, priorizou a contratação e o treinamento dos quadros de pessoal para as carreiras de Estado, com o objetivo de implantar um modelo gerencial de administração voltado para os resultados. Com isso, as carreiras de apoio à Administração, ao longo dos anos, têm sido reduzidas significativamente, seja em razão da melhoria dos processos de trabalho, seja em razão dos investimentos em automação. Ademais, adotou-se como fundamento para o desenvolvimento das atividades de apoio o processo de terceirização dos serviços básicos, além dos de segurança e limpeza, que já vinham historicamente sendo realizado pela iniciativa privada.

Diante da incerteza que há a respeito da responsabilização da Administração Pública¹¹³ na garantia dos créditos trabalhistas devidos aos terceirizados de modo a se buscar uma linha de conduta para os administradores públicos quando se colocam a licitar, importante serem tecidas algumas considerações tanto sobre o problema já enfrentado pela Administração Pública quanto sobre uma possível e legal solução para que o risco de uma

¹¹³Tal incerteza pode durar cinco anos. É que se for considerado que a responsabilidade trabalhista da Administração tem como finalidade resguardar os empregados em relação ao recebimento de seus direitos que surgiram no bojo do contrato administrativo ou dele decorreram, é possível que haja uma reclamação trabalhista chamando o Poder Público ao polo passivo da relação judicial enquanto não ocorrer a prescrição de que trata o art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, a de cinco anos. É que a prescrição total, de dois anos após a extinção do contrato, somente atinge o contrato de trabalho principal, ou seja, mesmo que o “terceirizado” já tenha deixado de prestar serviços para a Administração Pública, há mais de dois anos, por não ter havido rescisão de contrato entre a ele e sua empregadora, o prazo prescricional não começa a fluir.

eventual condenação seja mitigado.

Tratar-se-á neste tópico de boas e recomendáveis práticas, tanto na fase que antecede ao contrato (chamada por nós de fase interna), como na etapa de execução contratual e mesmo na fase do pós-contrato, à luz do que pensam o Tribunal de Contas da União, órgão externo de fiscalização, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal.

A maioria destas práticas não é de difícil implementação, bastando sua previsão no edital e no contrato, que dele consta como anexo, bem como de melhor preparo do gestor e fiscal do contrato para verificação de certos documentos comprobatórios da situação da empresa contratada. Algumas outras cláusulas e condutas da Administração Pública já são mais complexas, exigindo uma estrutura mais especializada.

De todo modo, face a insegurança jurídica no que se refere a prática da terceirização de serviços, enquanto ele não se resolve em sua essência, são as medidas a seguir válidas e que, por certo, mitigarão o inadimplemento de parte das obrigações trabalhistas por parte da contratada, pois, dando contorno à hipótese lançada anteriormente, permite-se minimizar os riscos de eventual inadimplemento trabalhista, bem como eventual condenação da Administração Pública pela Justiça do Trabalho. Desta forma, medidas como uma elaboração minuciosa da planilha de custos e julgamento adequado das propostas formuladas no certame licitatório, exigência de garantia, aplicação de sanção e rescisão contratual), fiscalização *in loco* etc permitirão alcançar o fim colimado. Explica-se.

- **Elaboração de planilha de custos:** A Lei nº 8.666/93 condiciona a realização de licitação dirigida a obras e serviços à existência de planilha de quantitativos e preços unitários (art. 7º, § 2º, II). Essa regra ganha contornos mais incisivos no plano das terceirizações com dedicação exclusiva de mão de obra, constituindo a planilha um dos fatores mais importantes na condução de todo o processo de contratação.

Isso porque, a planilha de formação de preços é o meio pelo qual se dá o detalhamento da composição dos custos envolvidos na execução do objeto a ser contratado, no que se inserem os encargos trabalhistas e previdenciárias suportados em decorrência da mão de obra alocada na execução do ajuste. Com essa medida, privilegia-se, além do julgamento objetivo das propostas e a obtenção de propostas sérias e firmes (exequíveis e não excessivas), o acompanhamento rígido acerca do cumprimento das

obrigações trabalhistas devidas pela contratada.

Assim sendo, para que a Administração possa avaliar a aceitabilidade das propostas, é indispensável o confronto entre a planilha anexa ao edital e aquela elaborada pelo particular, a análise da legislação incidente sobre o licitante, bem como a identificação do documento coletivo de trabalho que rege as relações empregatícias formadas pelo empregador. Somente a partir da conjugação desses fatores é que a Administração poderá determinar a regularidade ou não dos valores propostos pelo contratado e, com isso, garantir a execução e a fiscalização esmeradas do contrato.

- **Garantia contratual:** Quanto à garantia, uma vez identificados os custos de mão de obra que incidem sobre a contratação e, com isso, sopesados os riscos decorrentes de eventual responsabilização, embora a Lei n. 8.666/93 não exija, por cautela, compete à Administração exigir a prestação de garantia nos termos do art. 19, XIX, da Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística da Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, abaixo transcrito:

Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber: [...]

XIX - exigência de garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação efetivada no contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para os serviços continuados com uso intensivo de mão de obra com dedicação exclusiva, com a previsão expressa de que a garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa."

Acerca do assunto, é oportuno transcrever alguns trechos da Orientação da Consultoria veiculada na Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC) 211, set/2011, p. 903:

Por ocasião da celebração dos contratos, a Lei nº 8.666/93 **autoriza a Administração contratante a exigir da futura contratada a prestação de garantia contratual**, com o objetivo de assegurar eventual ressarcimento necessário em virtude de prejuízos advindos da irregular execução do ajuste.

Em contratos de prestação de serviços que envolvem a alocação de mão de obra da empresa contratada em regime de dedicação exclusiva à Administração contratante, o Tribunal Superior do Trabalho impõe a responsabilidade trabalhista subsidiária ao tomador do serviço sempre

que este falha na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. [...]

Portanto, ao que tudo indica, em contratos dessa espécie, o inadimplemento das obrigações pela empresa contratada constitui fator potencial a determinar risco de prejuízo à Administração Pública tomadora dos serviços, o que justifica o emprego da garantia contratual nessas hipóteses. (grifo nosso)

Importante destacar que a lei não exige a garantia, conforme registrado anteriormente. É o que se extrai da exegese dos arts. 55, VI, 56 da Lei nº 8.666/93. Vale ressaltar que, caso exigida, a garantia não excederá de 5%, a não ser que justificada e em obras de grande vulto, conforme comanda o §3º do art. 56 da mesma lei.

Quanto à vigência desta garantia, uma vez exigida para fins de contratação, é lícito que o gestor público somente a libere, após o término da execução do contrato de prestação de serviços e com a comprovação do pagamento das verbas trabalhistas ou com a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho, conforme preceitua o art. 35 da aludida Instrução Normativa. Vale a pena conferir sua redação:

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada, podendo ainda utilizá-la para o pagamento direto aos trabalhadores no caso da empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.

Conforme regula o dispositivo supra, a garantia pode e deve ser utilizada para quitação das verbas trabalhistas. Daí decorre a necessidade de a Administração Pública esclarecer no edital de licitação que esta garantia contratual poderá ser utilizada nesta hipótese, pois, conforme constatado na análise da ementa do acórdão nº 1.214/2013 do Plenário do TCU, item 5.5 desta dissertação, é comum que alguns seguros tragam cláusulas que possuem exceção de pagamento do prêmio em decorrência de inadimplemento trabalhista. Fosse assim, de nada adiantaria a garantia legal.

Ademais, é preciso que o fiscal designado para o ajuste implemente rotinas de fiscalização que permitam a conferência, em um curto espaço de tempo, quanto ao adimplemento das obrigações devidas pelo contratado em decorrência dos empregados alocados na execução do ajuste.

• **Análise de documentação:** Ciente da regra que versa sobre o pagamento mensal dos contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, nada obstante a recomendação do TCU em se restringir a análise de comprovação de documentos relativos a salário, vale-transporte, vale-refeição, FGTS e INSS por amostragem, entendemos ser de salutar importância, caso possível, a aplicação da orientação constante do Anexo IV da IN nº 02/2008 da SLTI do MPOG, que indica a necessidade de apresentação, para fins de pagamento, dos seguintes documentos:

1. cópias das folhas de ponto dos empregados (em confronto com as planilhas de controle da Administração, conferindo-se eventuais horas extras realizadas e não pagas);
2. comprovante de pagamento dos salários;
3. comprovante de pagamento de vale-transporte;
4. comprovante de pagamento de auxílio-alimentação dos empregados (em confronto com aquilo que é exigido pelo documento coletivo de trabalho);
5. comprovante de recolhimento do FGTS e do INSS;
6. consulta da situação da empresa junto ao SICAF;
7. consulta de certidão negativa de débitos perante o INSS e certidão negativa de tributos e contribuições federais. bem como o certificado de regularidade do FGTS (quando expirado o prazo de validade),
8. checagem do recebimento de direitos eventualmente conquistados pela categoria e presentes em Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho

Conforme já mencionado, a verificação destes documentos vão além do que recomendou o TCU em seu acórdão nº 1.214/2013, contudo, vale ressaltar que todo cuidado é pouco e, nestas situações, o que abunda não prejudica.

Assim, com a análise mensal desses documentos, em momento anterior à realização do pagamento, reduz-se a possibilidade de inadimplemento trabalhista e consequente responsabilização pelos débitos trabalhistas e previdenciários verificados em relação aos empregados disponibilizados na prestação dos serviços. Isso porque, eventuais débitos relacionados aos empregados alocados na execução do contrato se restringirão ao mês imediatamente anterior, na medida em que os demais períodos já terão sido objeto de análise quando dos respectivos pagamentos.¹¹⁴

114

Acerca do dever de exigir a comprovação do recolhimento/pagamento das obrigações trabalhistas, recomenda-se a leitura da Pergunta e Resposta veiculada na Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC) nº 214, dez/2011, p. 1219.

- **Glosa e retenção do pagamento da fatura:** Conforme vimos anteriormente, nada obstante haver previsão legal para a glosa ou retenção (art. 80, IV da Lei nº 8.666/93) do pagamento da fatura diante de um risco iminente, bem como a ratificação pelo Brasil da Convenção nº 94 da OIT, o Tribunal de Contas da União já determinou a inclusão de cláusula contratual condicionando o pagamento à comprovação da regularidade trabalhista em relação aos empregados alocados na execução do ajuste celebrado com a Administração¹¹⁵.

Assim o fazendo, a contratada não poderia nem, ao menos, alegar efeito surpresa objetivando liminar em eventual Mandado de Segurança, pelo perigo da demora

Deste modo, se a Administração Pública deve se certificar quanto ao pagamento correto das obrigações trabalhistas por parte do contratado em relação aos empregados disponibilizados para a prestação dos serviços, tem-se que, verificada alguma falha no recolhimento de tais verbas, é possível, desde logo e antes da efetiva glosa, pela razoabilidade, determinar um prazo para que sejam adotadas medidas voltadas à regularização das pendências.

Esse foi o entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1241862/RS:

115

Veja-se trechos do Voto proferido pelo Ministro Relator no Acórdão nº 179/2012 – Plenário: "VOTO – Trata-se de pedidos de reexame interpostos pelo Banco do Brasil S/A. e pela SIA Telepatia Inovações Tecnológicas Ltda. contra o acórdão 947/2010 – Plenário. [...] 3. Na sessão plenária de 05/05/2010, o Tribunal proferiu a seguinte decisão (acórdão 947/2010): '[...] 9.3.4 explicita, em atendimento ao caput do art. 71 c/c alínea "b" do inciso I do art. 73 da Lei nº 8.666/1993, que, independentemente do uso do serviço de folha de pagamento do Banco, qualquer pagamento está condicionado à comprovação pela contratada de regularidade quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas – incluindo o depósito de salários –, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; [...]' 4. De todas as determinações feitas no acórdão acima reproduzido, o Banco do Brasil questionou, no pedido de reexame ora em foco, as determinações constantes dos subitens 9.3.3 e 9.3.4. [...] 7. Quanto à determinação contida no subitem 9.3.4, deixo de acompanhar a proposição da Serur de dar provimento parcial para promover alteração no item recorrido em face das considerações que alinho a seguir. [...] 9. De fato, as salvaguardas indicadas pelo Banco do Brasil são parte integrante das minutas de contrato que acompanham os editais de licitação daquela entidade. No caso em exame, no anexo 7 do edital do pregão eletrônico 2009/21603 – 8558, cuja cópia consta às fls. 66/76 do volume principal, está consignado que: 'CLÁUSULA QUARTA [...] Parágrafo segundo – Deverá ser apresentada, anexa à nota fiscal/fatura ou recibo da prestação de serviços, cópia da GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, comprovadamente entregue na rede bancária autorizada. [...] Parágrafo Terceiro – A CONTRATADA deverá apresentar, anexa à nota fiscal/fatura ou recibo de prestação de serviços, prova de quitação, na forma da Cláusula Sexta, da folha de pagamento específica deste contrato, relativa ao mês da prestação de serviços, do crédito ao(s) empregado(s) dos valores referentes tanto à remuneração mensal quanto ao 13º salário, contendo o nome(s) do(s) empregado(s) e o valor do crédito promovido. [...] Parágrafo Sexto – O CONTRATANTE efetuará a retenção e o recolhimento de tributos, quando a legislação assim o exigir.' 10. Como demonstrado, o Banco do Brasil já vem adotando, em suas licitações, as medidas preventivas objeto da determinação feita pelo acórdão recorrido, que se torna, assim, desnecessária. Entendo, pois, que se deva, com relação a esse subitem, dar provimento ao pedido de reexame interposto. Feitas essas considerações, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste colegiado."

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, §1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa *in vigilando* (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.

3. Recurso especial provido." Relator: Mauro Campbell Marques; Data do Julgamento: 28/06/2011¹¹⁶

Agora, se o particular, em resposta à notificação da Administração, se recusar a atender às obrigações trabalhistas, além do devido processo administrativo voltado à penalização do contratado e à rescisão do ajuste, caberá a realização dos pagamentos diretamente aos empregados lesados.

A regra é que, para a adoção dessa medida, haja previsão no instrumento convocatório, tal como dispõe o art. 19-A da IN nº 02/2008 da SLTI do MPOG, abaixo transcrito:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

[...]

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Então, se a Administração incluir cláusula dessa natureza no edital e no contrato, bastará invocar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório¹¹⁷ e do *pacta sunt*

¹¹⁶SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.241.862 – RS (2011/0052780-0) Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/06/2011, T2 – SEGUNDA TURMA

¹¹⁷O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto nos arts. 3º, *caput*, e art. 41 da Lei nº 8.666/93 e preconiza que o edital detém força normativa, o que implica no dever de as partes (tanto a

*servanda*¹¹⁸ para descontar da fatura e efetuar o pagamento direto aos empregados da contratada na proporção dos débitos verificados. Contudo, é possível aventar essa solução ainda que não haja previsão editalícia e contratual a respeito do assunto, conforme já registrado.

Assim sendo, não é demais ressaltar que para justificar a retenção do pagamento sem previsão contratual, o desconto dos valores e o pagamento direto aos empregados, é preciso reconhecer que a Administração detém o dever-poder de fiscalizar o desenvolvimento dos seus contratos (art. 67 da Lei de Licitações).

Assim, se a Administração falhar ou se omitir na execução dessa atribuição, poderá ser suscitada a sua culpa *in vigilando*, o que viabilizará a responsabilização pelos prejuízos sofridos pelos empregados do contratado colocados à sua disposição.

Então, para afastar a argumentação de que a atuação equivocada da Administração permitiu o desenvolvimento do contrato e, portanto, a obtenção de benefícios a partir do trabalho dos empregados, em afronta à ordem jurídica vigente, é devida a adoção de medidas tempestivas e eficientes para obstar a ocorrência do prejuízo. Ademais, vale frisar a indisponibilidade do interesse público, bem como sua supremacia.

A partir desse panorama é que surge a possibilidade de a Administração, mesmo não tendo previsto qualquer regra no edital ou no contrato, promover o pagamento direto aos empregados por meio dos créditos devidos ao contratado, bem como da garantia prestada.

Com a adoção de cautelas dessa natureza e levando sua comprovação ao Juízo, caso chamada ao pólo passivo de uma ação judicial ajuizada por terceirizado, a Administração detém meios de demonstrar que a fiscalização do contrato se deu de forma eficaz, de modo a afastar a sua responsabilização por eventuais inadimplementos imputados ao empregador.

- **Fiscalizar não se resume a solicitar documentos:** Com base nos estudos sobre o tema, à guisa de conclusão, percebeu-se que o ato de fiscalizar da Administração Pública - mencionado na súmula nº 331 do TST - não significa somente gerir documentos que a Justiça do Trabalho possa vir a exigir como prova da fiscalização, mas sim, possuir

Administração como os particulares) observarem as suas cláusulas.

¹¹⁸O princípio do *pacta sunt servanda* encontra previsão no art. 66 da Lei de Licitações e sobre ele válidas são as lições de Silvio de Salvo Venosa: “Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes. Essa obrigatoriedade forma a base do direito contratual. O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória e estaria estabelecido o caos.” (VENOSA, 2003, p. 376).

conduta proativa na fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços de modo a garantir o adimplemento dos haveres trabalhistas antes mesmo de eventual reclamação trabalhista, mormente pelo fato de a Administração contar com amparo legal e princípios que regem os contratos administrativos, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, além da vinculação ao instrumento convocatório e o *pacta sunt servanda*. A fiscalização não pode ser tímida. Deve agir sempre que sua dúvida se manifestar e colocar “ordem na casa”.

Daí, sugerimos uma boa maneira de se averiguar o que ocorre com os direitos trabalhistas dos “terceirizados”. Deve-se chamá-los, um a um, mês a mês, por um período de ao menos 10 minutos para uma rápida conversa na qual ele relatará ao fiscal do contrato se há alguma queixa de seu empregador em relação a eventuais tratamentos desabonadores, falta ou atraso de pagamento de salário e benefícios, realização de horas extras não pagas etc. Após esta pequena entrevista, poderá o fiscal da Administração Pública, por meio de um formulário solicitar ao empregado que ele assine sua declaração. Trata-se de uma medida simples que, se efetivada, acompanhado dos demais documentos solicitados pela Administração Pública à prestadora de serviços, garantindo-se, via de regra, o anonimado do terceirizado, pois, poderá sofrer represália pela empresa, a Administração Pública deverá conseguir comprovar uma efetiva fiscalização.

- **Chamamento das autoridades:** Caso constatados os ilícitos e o silêncio da contratada em quitar os haveres trabalhistas dos terceirizados, colocando-se diante de circunstância capaz de justificar o pagamento direto aos mesmos, é de todo recomendável, embora não exigível, que a Administração oficie às autoridades competentes (Sindicato da categoria dos prestadores de serviço e Ministério Público do Trabalho) para decidir a forma de quitação de tais obrigações, a qual poderá ser, caso não haja registros suficientes para calcular os direitos dos “terceirizados”, mediante o depósito em juízo, sob o manto do Poder Judiciário ou, até mesmo, pelo pagamento direto aos trabalhadores, em caso de certeza do numerário a ser pago, conforme já defendemos.

Em assim agindo, caso não tenha certeza dos valores a serem pagos, com a atuação conjunta das autoridades citadas, a Administração conseguirá se resguardar da possibilidade de ser responsabilizada subsidiariamente pelo recolhimento de valores equivocados aos empregados¹¹⁹, evitando-se, por conseguinte, eventual prejuízo ao erário.

---

¹¹⁹ Acerca do assunto, recomenda-se a leitura do texto da lavra de Ricardo Alexandre Sampaio (2013, p. 264).

6.1 O papel do gestor e do fiscal

A lei de licitações e contratos administrativos, no seu art. 58, inciso III, atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados e normatiza em seu art. 67 a forma como ela deverá ocorrer:

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.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

É elementar que um contrato conte ao menos com duas partes competentes para celebrá-lo. Nos contratos oriundos de licitação, de um lado, a empresa contratada é representada por um particular e do outro lado a Administração Pública é representada pelo agente público que detém a competência para celebrar contrato no valor vencedor da licitação.

Ocorre que, nem sempre quem assina o contrato é o gestor do mesmo e tampouco deveria ser seu fiscal, no entanto, na prática há uma mistura de funções. Para Jessé Torres Pereira Junior (2008), o gestor é aquele que tem uma visão ampla do sistema ao qual o contrato está inserido e o fiscal é o que comparece em campo e verifica se o contrato está sendo executado conforme seus termos. O gestor pode ser responsável por mais de um contrato e deve preferencialmente exercer suas atribuições com dedicação exclusiva, para que possa executá-lo com o devido zelo.

Em relação a essas duas figuras, Jessé Torres Pereira Júnior (2007) ainda faz a seguinte distinção:

Então, o fiscal a que se refere o art. 67 da Lei nº 8.666/93 na nossa organização administrativa é o servidor que vai a campo, é o que está diariamente na obra, é o que está verificando como se executam os serviços de limpeza, conservação, manutenção ou vigilância; já o gestor está preocupado com outro nível de acompanhamento e exatamente por isso pode ser gestor de mais de um contrato porque tem que ter a visão do sistema – contratos que se reúnem por afinidade de objeto. Assim é possível ter 5, 6, 10 contratos de limpeza e conservação todos com o mesmo gestor, mas cada um deles com o seu fiscal, porque dificilmente um fiscal vai dar conta de acompanhar o dia-a-dia da execução de mais

de dois contratos.

Para o autor essa separação de funções é relevante, pois, diferentes, sendo, porém, complementares uma da outra:

Ora, se o gestor é essa peça que tem a visão do sistema, que conhece as prerrogativas da Administração, sabe usá-las no momento e na dose certos, ele tem que ter uma equipe que possa ir ao campo da execução para acompanhar o que está acontecendo – o gestor não vai, é evidente; se ele é gestor está na sua unidade administrativa tomando uma série de providências e acompanhando o desenvolvimento da execução através de relatórios, documentos, sem jamais perder esta visão do todo, a visão do sistema, eficiência e eficácia, relação custo-benefício e resultados. Mas ele precisa de gente do campo, e esse pessoal de campo é o que a lei chama de fiscal da execução (PEREIRA JUNIOR, 2008).

Desta forma, o ideal é que a função de gestor de contratos seja formalizada, possibilitando que apenas servidores capacitados a exerçam, registra o autor. Sobre o assunto, alerta:

No município paulista de São José dos Campos já se editou lei local, lei municipal, criando o cargo de gestor de contrato; cada Secretaria Municipal terá um desses cargos na sua estrutura. Vejam que ali já se percebeu que gerir não pode mais ser uma questão episódica, não pode ser apenas mais uma função a se exercer esporadicamente, que vale a pena começar a pensar em algo mais permanente, em algo mais estruturado, como o cargo de gestor de contratos, até para que seus ocupantes possam ter uma formação especializada e dedicação exclusiva às funções decorrentes da gestão. (PEREIRA JUNIOR, 2008, p.2).

Tecidas pontuais considerações acerca das figuras do gestor e do fiscal dos contratos, será analisada a responsabilidade bem como as penalidades aplicáveis aos mesmos por conta da prática de ato considerado ilícito pela Justiça do Trabalho.

Há de se conceber que os gestores e os fiscais devem se valer de determinadas condutas que reprimam categoricamente o desrespeito ao adimplemento do crédito trabalhista do prestador de serviços, devendo provar que fiscalizaram, aplicaram advertências, multas e outras sanções administrativas, até a rescisão do contrato, para se eximirem de qualquer responsabilização, mormente por improbidade administrativa oriunda do prejuízo causado à Administração Pública.

6.2 Ação de Improbidade Administrativa e Ação Popular contra o administrador público

Sugerimos, no tópico anterior, a possibilidade de o administrador público responder por improbidade administrativa quando, em sua gestão, ocorrer prejuízo à Administração Pública, portanto, é de extrema importância que este gestor público se acautele com todas as armas que pode para não propiciar tal ilícito, designando pregoeiro e comissão de licitação eficientes, a par do que ocorre no mercado, bem como fiscais, os quais estarão em campo, cuidando e entrevistando os “terceirizados” no dia a dia. E tudo isso deve ser documentado.

É que, se estamos a falar em culpa da Administração Pública que deveria fiscalizar e não o fez, inverte-se o ônus da prova para que ela demonstre que fez todo o possível para se evitar o inadimplemento, agindo como um modelo de *bonus pater familiae*.

O que representaria, então, a figura deste fiscal na fiscalização dos serviços prestados, em especial na fiscalização do adimplemento contratual e legal? Coerente indagarmos até onde deveria ir sua atuação de modo a não cometer ingerência na administração do contratado, mas permitir a eficiência da fiscalização do adimplemento destas verbas trabalhistas?

Conforme já registramos, a função do fiscal não se limita somente a solicitar fotocópias e carimbos. Ele deve ir além. Deve conhecer, verdadeiramente o chamado chão de fábrica, conversar com os trabalhadores e entender o dia a dia dos mesmos. É lá que ele vai descobrir as reclamações: aquilo que foi pago e aquilo que não foi pago; as reclamações sobre o tratamento que os “terceirizados” se submetem; assédio moral; assédio sexual etc;

Obviamente que muitos destes assédios não seriam percebidos pelos olhos do fiscal do contrato e, apesar de muitos dizerem que pelo fato de ter escolhido aquela empresa, a tomadora assume o risco, não é assim que ocorre na Administração Pública.

Apesar de a Administração Pública decidir terceirizar serviços, o que já se subentende uma tendência na precarização dos direitos dos trabalhadores, ela o faz por meio de licitação pública, devendo adjudicar a proposta à empresa vencedora que se habilita, demonstrando preencher todas as condições técnicas, econômicas e jurídicas necessárias para tanto. Caso não escolhesse a empresa vencedora da licitação, cometeria uma burla ao certame licitatório e seu gestor poderia ser processado com base no art. 10 da

Lei n. 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, que trata dos atos que causam prejuízo ao erário.

Pelo ajuizamento da Ação Civil Pública, o procurador do Trabalho Tiago Ranieri de Oliveira (2012, p.1216) se manifestou:

Em havendo inércia do ente fiscalizado, bem como, omissão ou negligência no que diz respeito ao cumprimento e aplicação da IN nº 03 no âmbito dos contratos administrativos federais, especificamente, nos de terceirização, o MPT deverá – respeitando o princípio da independência funcional, ajuizar Ação Civil Pública com pedidos de obrigação de fazer, não fazer e dano moral coletivo, bem como, pedido específico de condenação por improbidade administrativa do gestor administrativo que negligenciou a norma impositiva.

Aliás, não somente pelo fato de causar prejuízo ao erário ou por uma eventual burla ao certame licitatório os gestores da Administração Pública podem ser processados com base na referida lei.

É que ao serem responsáveis pela guarda do patrimônio público e permitirem que ilícitos trabalhistas ocorram no exercício de suas atribuições, os gestores dos contratos podem ser processados pelo Ministério Público do Trabalho, mediante denúncia dos Julgadores, para averiguarem o ocorrido e, uma vez constatado que houve má gestão, deve o gestor público, com base na Lei de Improbidade Administrativa ser processado e condenado a reparar o ilícito. Ressalta-se que a mera culpa basta para enquadrar seu ato no art. 5º da Lei n 8.429/92.

Não somente o Ministério Público pode promover ações para proteção do patrimônio público, o que o faz por meio do ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, mas também tem direito o cidadão, por meio de ajuizamento de Ação Popular, prevista na Lei nº 4.717/65¹²⁰. Assim, uma vez ocorrido o ilícito e a Administração tendo que pagar duas vezes, desperdiçará dinheiro público. E contra atos lesivos ao patrimônio público, cabe ação popular. Assim, é lícito pensar que até ação popular seria cabível para se punir o administrador que permitiu o erário fosse sangrado.

Odete Medauar (2009, p. 418) ensina que os fins da ação popular são preventivos, mas também podem ser repressivos, depois da lesão, com o fim de anular o ato e também

¹²⁰O primeiro artigo da Lei nº 4.717/65 já diz a que veio: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”.

de responsabilizar patrimonialmente o causador do dano.

O problema é que se a moda pegar, quem aceitará o ônus de ser fiscal ou gestor de um contrato, se o que mais se vê, na Justiça do Trabalho são ações nas quais a Administração Pública é chamada no polo passivo para garantir o pagamento do crédito trabalhista?

Acredita-se que enquanto não houver penalizações substanciais dos que mal gerem o contrato administrativo, a terceirização será a primeira opção do Poder Público. E não se pensará em outros meios para prestação de serviços que hoje são terceirizados.

6.3 Licitação

O termo licitação deriva da palavra em latim *licitatio*, que quer dizer venda por lances. José Cretella Júnior (1999, p.7) ensina que, em português, este termo passou a ser utilizado no sentido de oferecimento de determinada quantia no ato da arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial. O jurista esclarece que a licitação é comum tanto ao direito Público quanto ao direito Privado, deixando claro que este instituto, quanto ao direito Privado, é dispensado, no entanto, quanto ao direito Público, é obrigatório, a não ser nos casos que a própria lei o dispense ou o qualifique como inexigível”.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, licitação é um procedimento que a Administração Pública se utiliza para obter a proposta mais vantajosa para contrato de (2004, p.52) seu interesse, deixando claro que este procedimento “desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de moralidade nos negócios administrativos”.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003. p. 299), ao se referir ao alcance da licitação, ensina que se trata de

[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração de contrato.

Não menos importante é a lição de Marçal Justen Filho (2002. p. 18), quem define

licitação como “um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica”.

Na mesma linha, Odete Medauar (2009. p. 184) entende que licitação

[...] é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Aproveitando-nos da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, temos que licitação é, em suma síntese, uma competição isonômica entre os qualificados a assumirem um compromisso de conteúdo patrimonial com a Administração Pública, registrando que o instituto é

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Etriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2004. p. 483).

Floriano de Azevedo Marques Neto (2009) prefere definir licitação como um processo administrativo que “objetiva assegurar que a Administração contrate a melhor proposta disponível no mercado e com respeito ao direito de todo administrado se candidatar, em igualdade de condições, a ser fornecedor do Estado”.

E para finalizar seu conceito, de acordo com o manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União,¹²¹ “Licitação é procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”. Este procedimento “objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados (BRASIL, 2010)”, oportunidade esta de realização de compras, obras, serviços, inclusive de publicidade, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E quanto ao objeto da licitação, ele é tudo aquilo que a

---

¹²¹O manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União é documento que coleciona boas práticas sobre o tema por meio de orientações e jurisprudência do Tribunal de Contas (BRASIL, 2010).

Administração deseja contratar (ORIGEM..., 2014).

A licitação foi introduzida no Direito Público brasileiro há mais de cento e cinquenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comercio e Obras Públicas. Curiosamente, observamos que apesar de o nome do decreto se referir a “arrematações dos serviços [...]”, a palavra “serviço” apareceu em apenas três dos trinta e nove artigos de lei.

Observamos que após o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, a final, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União. O instituto ganhou espaço em seus arts. 49 a 53.

Naquela época, o instituto levou o nome “concorrência publica” e embora ainda não se falasse em contratação de serviços permanentes para a Administração Pública, continuando a constatação supra, a palavra “serviço”, no singular, apareceu trinta e seis vezes no mencionado decreto, enquanto a palavra “serviços”, no plural, apareceu vinte e quatro vezes dentro dos seus cento e oito artigos. Parece-nos que a medida que o Estado crescia, pois, ainda novo, mais daria importância a contratação de serviços, por isso a regulação. E esta constatação faz mais sentido ainda com o advento do próximo decreto, o qual abordaremos a seguir.

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, no seus arts. 125 a 144. Importante registrar que, pela primeira vez, o nome concorrência ganhou o nome licitação. Ademais, concluindo a constatação supra, neste decreto, a palavra “serviço” apareceu cento e dezenove vezes, enquanto a palavra “serviços”, sessenta e oito.

Assim, o decreto retro estabeleceu a segunda reforma administrativa federal, a chamada gerencial, em substituição à primeira reforma do Estado, a qual ganhou o nome de burocrática, em 1936 (BRESSER PEREIRA, 1996), pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas.

Registramos, ainda, que pelo fato de o Decreto-Lei nº 200/67 preconizar a descentralização das atividades do Estado, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, a licitação foi estendida às administrações dos Estados e Municípios, que continuavam a crescer e tecer relações cada vez mais complexas.

Já em 1986 houve a publicação do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro,

atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, o qual instituiu, pela primeira vez, o *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Com o passar dos anos e o crescimento populacional, a complexidade das relações entre administrador público e administrado e a necessidade de o Governo melhor desempenhar seu papel institucional, sobretudo em razão de garantir o bem estar de seus administrados, “o instituto da licitação assumiu grande importância [...] na esfera de atuação da Administração Pública, por meio do desempenho de novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna” (DALLARI, 1992. p. 89).

Prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, as licitações e os contratos administrativos foram, infraconstitucionalmente, reguladas pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Embora constituída por apenas 126 artigos, a Lei de Licitações é objeto de extremos debates e acalorados embates jurídicos, os quais, certamente seriam em menor número acaso houvesse especial atenção, por parte da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, municipal, estadual ou federal, à preparação para a licitação propriamente dita. Estamos a falar da fase interna da licitação, a fase que antecede a publicação do edital com a convocação dos interessados a participarem do certame licitatório por meio do qual a Administração Pública comprará ou venderá algum bem ou serviço.

6.3.1 A importância do planejamento

Conquanto seja uma das fases mais importantes da licitação, à fase interna não é dada a merecida importância pelos gestores.

É nesta fase que se verifica a necessidade de compra ou venda de determinado bem ou serviço pela Administração Pública¹²². Abrimos pequenos parênteses para registrar, *ab initio*, que embora seja possível se comprar ou vender bens ou serviços, ou bens e serviços, por meio da licitação, utilizaremos, como base científica, a compra apenas de serviços, propositalmente, pois, esta dissertação, possui como plano central a responsabilidade

---

¹²²De modo a não sermos prolixos e repetitivos, utilizaremos apenas o termo compra para nos referirmos a ambas possibilidades.

trabalhista da Administração Pública nos contratos de prestação de serviços contratados por meio de licitações públicas.

Assinalamos que é nesta fase interna que se deve avaliar se a terceirização de um determinado serviço é possível, isto é, se ela pode ser considerada lícita dentro de todos os contornos positivos e negativos existentes, como a averiguação do objeto a ser contratado a depender do fato de se enquadrar ou não como atividade finalística do Estado¹²³, ou seja, se a atividade não está inserida na descrição das atividades de cargos previstos no Plano de Carreiras Cargos e Salários daquele órgão, pois, se a atividade estiver descrita nos referidos planos, os chamados PCCS ou simplesmente PCS, a terceirização será considerada ilícita, atraindo o entendimento da Súmula nº 363¹²⁴ do TST. Resumidamente, esta etapa consiste na verificação da possibilidade da execução indireta dessa atividade material propriamente dita.

Nessa etapa, que muitas vezes é tratada com descaso pela Administração Pública, planeja-se a futura contratação, elaborando minucioso edital e contrato, com obrigações bem definidas e que permitam à Administração Pública realizar efetiva gestão, controle e fiscalização da execução do contrato.

E definir com clareza e exatidão o objeto que vai atender à necessidade da Administração é de grande importância para o sucesso da licitação até mesmo porque o mercado é rico em opções e a Administração Pública é livre para utilizar os recursos disponíveis para chegar ao objeto que melhor atenda sua necessidade, contanto que se atente aos processos balizadores da licitação, sobretudo aos princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam, isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Obviamente que o poder discricionário¹²⁵ do Administrador Público tem limites e não pode direcionar a licitação pública inserindo cláusulas contratuais que favoreceriam esta ou aquela empresa. Por este prisma, a terceirização já seria vista como ilícita e, *ab initio*, deveria ser impugnada pelos demais licitantes, os primeiros a realizarem

---

¹²³E caso o seja, não poderá ser repassada a particular sobre pena de burla ao princípio constitucional do concurso público estabelecido no art. 37, inciso II da Constituição Federal.

¹²⁴“**Contrato nulo. Efeitos.** A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

¹²⁵José Cretella Júnior (2002, p. 174) define o poder discricionário como aquele que permite que o agente se oriente livremente com base no binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente o terreno demarcado pela legalidade. O agente seleciona o modo mais adequado de agir tendendo apenas ao elemento fim.

o controle do certame licitatório.

Definido pela área competente que a terceirização é a melhor solução, bem como os contornos do objeto – sentido amplo – a ser contratado, necessário o planejamento da licitação e da contratação, por meio da inserção, no edital, de cláusulas protetivas ao Erário, e ao trabalhador (Convenção 94 da OIT e recomendação do acórdão n. 1214/2013), bem como definir, claramente, os elementos característicos do serviço a ser contratado, seu modo e prazo de execução, seus quantitativos, as condições de pagamento, o prazo a ser contratado, como se dará o reajuste do contrato, a atualização monetária, a previsão orçamentária para fazer frente a essa despesa, as garantias a serem instituídas, as penalidades etc. Principiemos, contudo, pela solicitação da área responsável à área de compras, a responsável pela continuidade do pontapé inicial.

6.3.2 A fase interna da licitação

Após a identificação dos serviços a serem adquiridos pela Administração Pública, a área demandante, quer seja a área de logística, quer seja a área de infraestrutura, quer seja outra área qualquer com a competência para tal fim, faz uma breve e simples cotação dos serviços para identificar qual a modalidade de licitação que será feita para a contratação daqueles serviços. Assim, verifica-se, logo de início, se a compra será feita por licitação, ou por contratação direta, quer seja por inexigibilidade (via de regra, quando não há possibilidade de competição¹²⁶), quer seja também por dispensa de licitação (via de regra, quando os valores estimados¹²⁷ da contratação são abaixo do limite legal estabelecido em lei¹²⁸).

Nessa fase é que se concentram os atos que definirão os rumos da licitação, isto é, o planejamento da licitação, sendo certo que sua dispensa ou inexigibilidade são exceções a

---

¹²⁶Cfr. o art. 25 da Lei nº 8.666/93. Como exemplo, citamos a contratação de um célebre cantor, cursos específicos, assessoria especializada etc.

¹²⁷Esclarecedor é o acórdão de lavra do Min. Raimundo Carreiro sobre o tema: “O preço estimado é o parâmetro de que dispõe a Administração para julgar as licitações e efetivar contratações, e deve refletir adequadamente o preço corrente no mercado e assegurar efetivo cumprimento, dentre outros, dos princípios da economicidade e da eficiência”. (Acórdão nº 710/2007, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro.).

¹²⁸O art. 24 da Lei nº 8.666/93 diz que é dispensável a licitação quando as obras e serviços de engenharia possuem valor estimado de até 10% (dez por cento) dos limites estabelecidos no inciso I do art. 23 da mesma lei, o qual trata das modalidades da licitação.

regra.

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para então, partir-se para verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta como a melhor opção para a administração só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. (Acórdão nº 994/2006, TCU-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.) (BRASIL, 2014).

Sobre a possibilidade de contratação direta, assim discorre Marçal Justen Filho (2004. p. 229):

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras.

Marçal Justen Filho (2008. p. 554), consubstanciado no § 1º do art. 45, da Lei de Licitações diz que todo o procedimento licitatório, em sua fase externa, a segunda fase, variará consoante o tipo de licitação eleito: “A definição do tipo de licitação produz reflexos não apenas sobre o julgamento das propostas. O próprio procedimento licitatório, em toda sua fase externa, variará consoante o tipo de licitação”.

Como na ciência, na Administração Pública também há problemas e a partir das propostas de soluções para estes problemas identificados, quer seja com serviços de dedetização por causa de um mau cheiro oriundo de ratos mortos encontrados no sótão de um prédio público, quer seja com serviço de copeiragem para servir café por força de reunião de diretoria do órgão público que ocorrerá duas vezes por semana, durante um ano, quer seja com serviços de limpeza para cuidar do asseio do ambiente de trabalho público, quer seja também, com serviço de vigilância para proteger o patrimônio público, seu gestor realiza compras.

Enfim, tudo parte de um problema bem definido para se buscar a solução em uma hipótese. E assim, o agente interessado nos serviços a serem contratados, que normalmente é aquele com função de confiança responsável por um setor ou repartição, quem tem

competência para solicitar a compra¹²⁹, identifica a necessidade da contratação do serviço e provoca o setor de suprimentos ou compras por meio do agente designado para tal fim.

O gestor do setor de compras, por sua vez, deve orientar o agente solicitante em relação a formalização de sua intenção de compra, bem como em relação à preparação dos requisitos iniciais necessários e adequados à posterior abertura do correspondente processo de contratação. Explica que ele deve elaborar um estudo preliminar¹³⁰, enviar uma solicitação de compra¹³¹ - a qual pode levar vários nomes, como SC (solicitação de compra), RC (requerimento de compra), RQ (requisição de compra), entre outros - para a área de responsável por suprimentos do Ente Público que irá realizar a licitação¹³² do serviço a ser contratado, seguido do projeto básico¹³³ ou o termo de referência¹³⁴, no caso

¹²⁹Os nomes das funções comissionadas correspondentes às funções de chefia das seções, repartições, gerências, coordenações, diretorias dos órgãos públicos com competência para solicitarem a realização de compras variam de acordo com a estrutura destes órgãos. Tais diferenças dependerão, como forma de esclarecimento, se o órgão solicitante de compras é membro do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. E cada órgão que deverá vir a licitar, sendo este Ente da Administração Pública direta ou indireta, terá suas normas de competência interna para solicitação e aprovação da solicitação, bem como a homologação das empresas vencedoras nos certames licitatórios.

¹³⁰A elaboração dos estudos técnicos preliminares constitui a primeira etapa do planejamento de uma contratação (planejamento preliminar) e tem como objetivo assegurar a viabilidade técnica da contratação, bem como o tratamento de seu impacto ambiental, bem como embasar o termo de referência ou o projeto básico, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável, bem como o plano de trabalho, no caso de serviços, de acordo com exigência que consta no Decreto 2.271/1997, art. 2º. (...) Esta etapa é obrigatória para toda contratação, pois a elaboração do termo de referência (TR) ou projeto básico (PB) é obrigatória independentemente da forma de seleção do fornecedor se dar por licitação, por contratação direta ou por adesão à ata de registro de preços e a elaboração do TR ou PB ocorre a partir dos estudos técnicos preliminares.

Disponível

em:

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/logistica/repositorio_qrn/wikic/001.003.009.htm>. Acesso em: 30 nov. 2014.

¹³¹Expressão utilizada em sentido lato. Este nome varia de órgão para órgão da Administração Pública, podendo se encontrar solicitação de compras, requerimento de compras, requerimento de serviços etc.

¹³²Ninguém melhor do que a própria área solicitante para fazer o estudo preliminar, que é um estudo técnico, pois, é quem identificou a necessidade da compra e, geralmente, os serviços ou produtos a serem comprados são para uso de sua área.

¹³³Projeto básico é um documento que deve conter indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento e, ainda, deve conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gestão, informação do gestor do contrato, prazo de execução e sanções.

¹³⁴Termo de referência é terminologia utilizada para o Projeto Básico quando da utilização da modalidade de pregão. A definição de Termo de Referência é dado pelo Decreto Federal nº 3.555/00 em seu art. 8º, inciso II. “O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato”. Em outra definição do Termo de referência encontramos no art. 9º, § 2º do Decreto nº 5.450/05. “O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.”

do pregão, que conforme veremos, é a modalidade de licitação que mais vem ganhando destaque desde seu nascimento, em 2002.

É o gestor de compras quem orienta o solicitante do contrato se o fará diretamente ou por meio de licitação. E sendo por licitação, qual modalidade será utilizada.

Uma vez eleito o pregão, em casos de serviços comuns, o gestor alinhará com o solicitante que o documento a ser enviado é o Termo de Referência e não o Projeto Básico. Este documento terá que conter minúcias, como prazo de entrega, condições de pagamento, se na entrega vai ter aceite ou não, para então só depois do aceite se emitir nota e partir para o pagamento da fatura que acompanha a nota fiscal dos serviços prestados.

No Termo de Referência tem que ter algumas informações obrigatoriamente, como obrigações da compradora, conferência de mercadoria e serviços, permissão da entrada das pessoas da contratada no prédio público, pagamento pelos serviços, bem como obrigações da contratada, como a de entregar o produto na data aprazada, a depender do serviço e pelo fato de ser complexo ou simples, se for limpeza, o de trazer o funcionário, estar no horário combinado, não poder destruir patrimônio público etc. Enfim, todas as condições locais deverão estar no edital por força do Termo de Referência, que com ele e o contrato formam um uno indivisível.

Veremos mais adiante que, no caso do pregão¹³⁵, o Termo de Referência, a minuta de contrato e o Edital formarão o instrumento convocatório a ser publicado no portal ComprasNet¹³⁶, conforme determina o Decreto-Lei nº 5.450/05, por meio do §1º de seu art. 17¹³⁷. Antes disso, no entanto, sigamos com o pregão para depois, então, voltarmos às características próprias da curiosa fase interna, a qual dará condições para que o pregão não seja utilizado apenas para se conseguir os serviços mais baratos, mas antes, os mais econômicos, eficientes e adequados ao cumprimento das obrigações trabalhistas, teoricamente já garantidas pela inserção, no edital, das cláusulas trabalhistas

¹³⁵Modalidade de licitação eleita por ser comum e afeta a toda a Administração Pública.

¹³⁶Registramos que no portal ComprasNet há um manual que tem por finalidade orientar os servidores habilitados e cadastrados a exercerem a função de pregoeiro, bem como a respectiva equipe de apoio, apresentando-se como importante instrumento de trabalho aos usuários que estejam investidos dessas atribuições (BRASIL, 2005).

¹³⁷Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados: § 1º Os órgãos ou entidades integrantes do SISG e os que aderirem ao sistema do Governo Federal disponibilizarão a íntegra do edital, em meio eletrônico, no Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET, sítio <www.comprasnet.gov.br>. Por oportuno, esclarecemos que SISG, a que alude o § 1º retromencionado, significa Sistema de Serviços Gerais e representa a “organização em forma de sistema das atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação, da qual fazem parte os órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, como prevê o Decreto federal nº 1.094/94, em seu art. 1º e §1º. (CORREA, 2014).

retromencionadas (Convenção n. 94 da OIT e acórdão n. 1.214/2013).

6.3.3 O pregão

O pregão, como modalidade de licitação, revolucionou as compras de maneira significativa para a Administração Pública.

A origem etimológica do vocábulo Pregão, segundo De Plácido e Silva, provém do latim *preconium*, de *praeconari*, que significa apregoar, proclamar (SILVA, 2007, p. 1078). Na esfera do direito processual civil é o ato de anunciar, em voz alta a realização de audiências ou ainda o anúncio dos bens levados em hasta pública e dos lances ofertados para arrematação dos bens. A pessoa que realiza o pregão recebe o nome de pregoeiro.

Marçal Justen Filho (2008, p. 328) ensina que “o pregão é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais ou por via eletrônica”. Quanto a sua forma eletrônica, o jurista esclarece que

o pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem o serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com a utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet). (JUSTEN FILHO, 2005, p. 220).

De grande valia é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual pregão é "a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública".

A forma mais fácil de se visualizar o pregão é considerá-lo um "leilão invertido" a partir do qual não se busca alienar, mas adquirir bens e serviços comuns. Já quanto a definição de serviço comum, esclarecedora é a redação do art. 1º, § 1º da lei que o instituiu, qual seja, a Lei nº 10.520/02, que diz que são considerados bens comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

É importante ressaltar que com o advento da Lei n. 10.520/2002¹³⁸, os bens e serviços qualificados como ‘comuns’, independentemente do valor estimado para o futuro contrato, passaram a ser adquiridos, obrigatoriamente, mediante o procedimento licitatório denominado *pregão*¹³⁹, quer ele seja presencial, quer seja eletrônico. O parágrafo único do art. 1º desta lei tipifica como bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Portanto, como a maioria dos serviços com mão de obra residente adquiridos pela Administração Pública é adquirida por meio de *pregão*, passaremos a analisar, no próximo tópico, tal modalidade de maneira minuciosa, detalhando-se sua etapa de modo a permitir ao leitor conhecimento ao procedimento como um todo.

6.3.4 O *pregão* e a culpa *in eligendo*

De extrema importância entendermos o fato que o julgador, ao se deparar com o caso concreto de terceirização de serviços em que o Reclamante pede a condenação da Administração Pública, deverá analisar, além da culpa *in vigilando*, a culpa *in eligendo*, ou até mesmo a culpa *in omittendo*.

Sendo assim, deveras importante conhecer um pouco do procedimento de compras realizado pela Administração Pública de modo a se averiguar se o procedimento licitatório ocorreu de maneira lisa e escoreita. Caso assim não seja feito, simplesmente pelo fato de ter havido licitação, presumindo-se que ela ocorreu de maneira lisa e escoreita, pois, os atos dos agentes públicos possuem presunção relativa de veracidade, não se poderá invocar a culpa *in eligendo*.

Ao debruçarmos na doutrina administrativista, sobretudo no que se refere ao procedimento desencadeador dos atos de compra dentro da Administração Pública,

¹³⁸Os primeiros contornos do *pregão* foram trazidos ao mundo jurídico por meio da Medida Provisória nº 2.182-18, em 2001, inicialmente restrito ao âmbito federal. Contudo, a referida MP foi logo tachada de inconstitucional, pois, não sendo norma geral, violava a vedação à criação de novas modalidades de licitação (art. 22, parágrafo 8º da Lei nº 8.666/93). Tal problema foi sanado com a conversão da medida provisória na lei 10.520/02, a qual estendeu o *pregão* aos Estados, Distrito Federal e Municípios (MEIRELLES, 2007, p. 324).

¹³⁹No que se refere à modalidade de licitação *pregão*, criada pela Lei nº 10.520/02 e do Decreto 5.450/05, Joel de Menezes Niebuhr (2006,) afirma: “Como já afirmado, o *pregão* eletrônico subordina-se às disposições da Lei nº 10.520/02, ainda que ela não prescreva normas que se seja específicas. É a Lei nº 10520/02 que cria a modalidade *pregão*, tanto em sua faceta presencial, quanto em sua faceta eletrônica”.

percebemos a deficiência desta literatura, que a nosso ver, revela-se essencial para a obtenção de boas práticas para o administrador público comprar. Eis que necessária, ao menos, uma visão macro do que tangencia a cadeia chamada suprimentos.

Como anunciado, não faz parte do escopo deste estudo tratar, em detalhes, de todo o procedimento de compras, contudo informações relevantes para um melhor entendimento do procedimento licitatório como um todo devem ser, ao menos, pinceladas de modo a se permitir um melhor conhecimento do desencadeamento dos atos desde a identificação da necessidade de obtenção dos serviços, aqui eleito no lugar de bens, pois, propusemo-nos a analisar os impactos que a prestação de serviços a ser contratada por meio de terceiros causará à Administração Pública, até a homologação da adjudicação da empresa vencedora do certame licitatório.

Após analisarmos características gerais do procedimento de compras, afunilaremos o estudo para a modalidade de licitação pregão, a mais utilizada pela Administração Pública federal ao contratar bens e serviços comuns. A partir de então, estar-se-ia falando não mais em culpa *in eligendo*, vez que o certame licitatório, *per se*, estaria sendo analisado de maneira crítica, mas apenas em culpa *in vigilando* ou culpa *in omittendo* em decorrência da falha da fiscalização da execução do contrato, principalmente das verbas trabalhistas não pagas aos trabalhadores terceirizados.

6.3.5 Característica peculiares do pregão

Uma das peculiaridades do pregão é que a fase de julgamento antecede a da habilitação, de modo a conferir simplicidade e agilidade ao certame licitatório. Assim, apenas a documentação referente à habilitação do primeiro colocado será, *a priori*, examinada pela Administração.

Diante do explanativo legal, podemos entender que são aqueles bens ou serviços padronizados que não demandem necessidades especiais nem mão de obra especializada.

Uma das peculiaridades e grandes inovações do pregão, é que ele garante maior agilidade no procedimento de compra, pois, comparando-se à licitação tradicional, nele há inversão das fases da habilitação e da classificação das propostas sendo que, no pregão, esta precede àquela.

Como já estabelecido, abordaremos o pregão em sua forma eletrônica, no entanto,

adentremos a lei que o instituiu para tangenciarmos alguns pontos importantes para o desenvolvimento de sua compreensão.

E diante da existência de diversas modalidades de licitação, tal como optamos em fazer um corte metodológico e discorrer sobre serviços em detrimento de bens, optaremos pela modalidade de pregão em detrimento das demais modalidades de licitação, visto que, diferente das demais, esta modalidade abarca todos os preços de serviços a serem contratados, o que não ocorre nas demais modalidades, que são eleitas de acordo com o preço da cotação dos serviços.

O pregão, destinado à aquisição de bens e serviços comuns, possui como importante característica a celeridade nos processos licitatórios, minimizando custos para a Administração Pública e vem se consolidando como a principal forma de contratação do Governo Federal.

Registramos, neste sentido, que desde o ano 2004 o pregão é a modalidade mais utilizada pela Administração Pública¹⁴⁰ seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual, seja também em âmbito municipal¹⁴¹.

De modo a delimitarmos as bases desta pesquisa de modo mais eficiente, uma vez que o intuito deste capítulo é alertar o administrador e trazer boas práticas para sua gestão, bem como orientação acerca da existência da culpa na escolha da empresa vencedora da licitação, culpa esta que é denominada *in eligendo*, esclarecemos que utilizaremos a licitação de serviços na modalidade pregão, no modo eletrônico e no âmbito federal para abordarmos suas características peculiares.

Voltemos à fase interna, onde ocorre a definição de preços, para então, adentrarmos os trâmites de sua fase preparatória e, logo após, sua fase externa.

---

¹⁴⁰A Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, modalidade de licitação, denominada pregão. O Artigo 4º § 1º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, regulamenta e torna obrigatório a utilização do pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

¹⁴¹No sítio eletrônico do SERPRO, já em 2004 foi publicada uma notícia intitulada pregão já é a modalidade mais usada. Referida notícia explicava que “não somente pela economia, mas pela rapidez com que é possível realizar a licitação por meio do pregão, os órgãos públicos estão cada vez mais interessados na modalidade, que se tornou uma tendência nacional (PREGÃO..., 2004).

6.3.5.1 A Estimativa de Preços, a exequibilidade e a culpa *in eligendo*

Uma vez acionado o agente responsável pelo órgão de compras local, conforme já delineado, ele analisa as solicitações de compra, identifica com precisão a necessidade do solicitante, confere se há solicitações análogas de demais áreas demandantes¹⁴², se já comprou ou se precisará comprar mais daquele produto ou serviço até o final do ano,¹⁴³ de modo a se evitar a ocorrência de desdobramento (fato punido pela Corte de Contas), ou se os serviços poderão ser utilizados em outras instalações do órgão contratante e, caso a contratação seja limitada àquela contratação, inicia-se a pesquisa de preços no mercado. Aqui, o comprador já sabe qual modalidade de licitação irá utilizar para realizar a contratação almejada e como já definimos anteriormente, utilizaremos o pregão.

Quanto a pesquisa de preços¹⁴⁴ inicial em epígrafe, averiguamos, no estudo de campo, que ela é um dos gargalos¹⁴⁵ de toda Administração Pública, pois, após receber o estudo preliminar e o termo de referência com o preço levantado de maneira bem simples pelo solicitante do contrato de serviços, o comprador, geralmente o pregoeiro designado ou alguém da comissão de licitação especialmente formada para tal fim e divulgada no Diário Oficial pelo órgão público interessado em licitar que licita, será responsável por realizar metódico preenchimento de planilha de custo, junto a empresas no mercado. E nem sempre é fácil conseguir “favores” de quem nem se sabe se vai ganhar ou até mesmo participar da licitação¹⁴⁶.

---

¹⁴²A depender do tamanho do Ente público e da quantidade de prédios que o integram, é mais coerente que se faça apenas uma solicitação envolvendo uma quantidade maior de postos de serviço, pois, o preço unitário de um futuro contrato terá mais chances de ser menor. Eis aí alguns traços do princípio da economicidade e eficiência que norteiam o administrador público.

¹⁴³Caso o gestor de compras saiba que precisará comprar mais ou que já realizou uma ou mais compras do mesmo produto ou serviço, sem licitação, dentro de um ano, sendo que a soma destas compras ultrapassou ou ultrapassará os 10% do limite previsto na alínea "a", do inciso I do art. 23, conforme determina o inciso I do art. 24 da Lei nº 8.666/93, embora individualmente considerada pudesse se comprar diretamente, por impeditivo de ocorrência de desdobro (o que viria a fraudar a licitação), o bem ou serviço deverá ser licitado.

¹⁴⁴“É importante notar que a pesquisa de preços não constitui mera exigência formal estabelecida pela Lei. Trata-se, na realidade, da etapa essencial ao processo licitatório, pois estabelece balizas para que a Administração julgue se os valores ofertados são adequados. Sem valores de referência confiáveis, não há como avaliar a razoabilidade dos preços dos licitantes”. (Acórdão nº 1.405/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.).

¹⁴⁵Em Administração de Empresas, gargalo, ponto de estrangulamento, ou restrição é uma designação de um componente que limita o desempenho ou capacidade de todo um sistema, que se diz ter um estrangulamento (CHASE, 1995). Explicamos, em outras palavras, que gargalo é expressão derivada, metaforicamente, do gargalo de uma garrafa, na qual a velocidade de saída do líquido é limitada pela dimensão do gargalo.

¹⁴⁶Até mesmo porque a maioria das empresas que se prestam a atender estas solicitações da Administração Pública, sobretudo após 2004, com a LC 123, são as micro e pequenas empresas, as quais, dificilmente possuem atestado de capacidade técnica de serviço realizado em, pelo menos, 50% da área a ser licitada, para

E para que as planilhas sejam preenchidas, necessário que determinadas condições sejam identificadas pela comissão de licitação.

O preenchimento destas planilhas deverá ser feito de acordo com o anexo da IN 02 do MPOG, sendo certo que há uma planilha para cada cargo, pois, mesmo que semelhantes, dois cargos, aparentemente semelhantes, podem conter diferenças gritantes na somatória dos valores que os compõem. Como exemplo, citamos o serviço de vigilância, que poderá contar com segurança armada, que poderá ser diurna ou noturna e estas, por sua vez, serão diferentes da segurança desarmada, que também poderá ser diurna ou noturna. Só com estes exemplos, aparentemente para o mesmo cargo, teremos o preenchimento de quatro planilhas.

Para demonstrarmos com um pouco mais riqueza de detalhes todas as minúcias que deverão ser enxergadas pelo pregoeiro, atentemo-nos ao fato de haver cargos que trabalharão no regime de escala 12 x 36 (súmula 444), mas também para o fato que haverá pessoal que trabalhará na escala 5 x 2, além do pessoal que trabalhará na jornada normal de trabalho de 8 horas diárias, como a recepcionista que foi solicitada junto com o serviço de vigilância e não precisará ter o curso de vigilante realizado pela Polícia Federal.

Ademais, ainda tem o pessoal que trabalha com monitoramento, que contam com um adicional que varia em torno de 5 % a mais do que os demais cargos, diferindo-se estes, ainda, em diurno e noturno. Nem esqueçamos do líder, que ganha mais do que o restante do pessoal, os almocistas, os folguistas etc. Se pararmos para pensar, são minúcias infindáveis, mas que deverão ser levadas em conta pelo pregoeiro que está a elaborar planilha de custos.

De mais a mais, ressalta-se que é deveras importante que o pregoeiro ou a comissão de licitação monte a planilha de custos com a Convenção Coletiva de Trabalho da categoria ao lado desta planilha para conferir todas as cláusulas financeiras que deverão ser respeitados pela prestadora de serviços de molde a saber se o preço ofertado em lance será exequível para cumprir o contrato ou não.

Este procedimento vale para toda e qualquer prestação de serviços a ser contratada. Ademais, não de serem observados alguns detalhes como diferenças entre adicional de

---

serem adjudicadas em eventual ganho do pregão. É comum ouvirmos, nos órgãos públicos, que empresas assinam contratos que sabem não lhe trarão lucro, simplesmente para ganharem atestados de capacidade técnica para participarem de pregões maiores. Assim, para obterem um serviço, acabam por corroborar com a terceirização que, tendencialmente, prejudicará os trabalhadores, pois, a despeito de não se ter lucro em um certo contrato de prestação de serviços, a empresa, que nasceu para lucrar, certamente, reduzirá direitos trabalhistas destes trabalhadores futuros “clientes” da Justiça do Trabalho.

risco e adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, PPLR, sendo que alguns direitos integram salário do trabalhador “terceirizado”, outros não.

Outra minúcia a ser apontada na planilha de custos é o vale-transporte. Como a Administração Pública ainda não conhece o endereço dos “terceirizados” a serem contratados pela empresa vencedora da licitação, este valor deverá ser calculado pela média. E quanto ao seguro de vida que, via de regra, é previsto na CCT da categoria? Deveria a Administração Pública checar o preço no mercado para também colocar a média na planilha? Isto tudo deveria ser levado em conta para se encontrar o custo de homem/hora a ser utilizado na contratação dos serviços para preenchimento dos postos.

Ademais, ainda existe a diferença de pagamento para aqueles que realizam horário misto e por não ser algo pacífico na doutrina trabalhista, riscos sempre ocorrerão, a não ser que certos detalhes sejam desprezados pelo julgador quando se colocar a julgar o conflito diante do caso concreto. Frisa-se que não são contratadas pessoas, mas sim, uma quantidade de serviços a depender do número de postos.

Ainda, quanto ao serviço de vigilância, abrimos pequenos parênteses para registrarmos um alerta: Não se deve permitir que os vigilantes que trabalham em escala 12 x 36 realizem as chamadas folgas trabalhadas (ou FT), quando retornam ao local de serviço e recebem o dia de folga “por fora”. Isto é um ilícito contratual e deverá ser considerado pelo Magistrado quando julgar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços que permitiu e colaborou com tal ilícito. Fechamos os parênteses.

Como a riqueza de detalhes é grande, torna-se difícil para a Administração Pública obter o preenchimento destas planilhas no mercado privado, conforme mencionado.

Repisa-se, contudo, que todos os custos deverão ser levados em conta pelo pregoeiro ao formar a planilha de custos, tudo com o intuito de se apurar a exequibilidade da proposta vencedora do certame licitatório. E se a proposta vencedora não cobrir os custos da planilha, tal proposta não se mostra exequível e em assim sendo, a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelo ilícito em decorrência da constatação da culpa *in eligendo*.

E por haver certa dificuldade em se obter, ao menos, três cotações diferentes, pode-se levar um tempo considerável que, ao depender dos serviços, se essencial, pode vir a causar prejuízos para a Administração Pública. Por isso, é sempre necessário um administrador diligente que inicia os processos de licitação com meses de antecedência.

Eis a importância do planejamento.

6.3.5.2 Fases do pregão

O pregão compreende uma fase preparatória instituída pelo Art. 3º da Lei nº 10.520/02, a qual é diferente da que denominamos como fase interna, bem como uma fase externa, que está disciplinada no Art. 4º, em seus vinte e seis incisos, que compreende as fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação.

A primeira fase prevista na lei do pregão, em seu modo eletrônico, corresponde à publicação do aviso do edital – o qual deve ocorrer no mínimo com oito dias úteis de antecedência - no Portal ComprasNet e no Diário oficial da União ou em jornal de grande circulação, quando couber, estabelecendo os critérios para a participação no certame.

A segunda fase já se refere ao julgamento e classificação das propostas, que é feito pelo critério do menor preço. Nessa segunda fase, iniciam-se os lances dentro do portal ComprasNet.

A terceira fase é a fase da habilitação do vencedor, que ocorre após a classificação das propostas. Antes, no entanto, de adentrarmos a próxima fase, é oportuno registrar os trâmites do pregão – quando ocorrem os lances -, propriamente dito. Explica-se.

Esta segunda fase de lances possui detalhes que valem a pena ser conferidos.

O tempo para lances é o pregoeiro quem decide. Este tempo pode variar de 15 minutos até 10 horas, se ele quiser, a depender do interesse de quem está fazendo o pregão. Quem tem interesse na venda dos serviços à Administração Pública deverá esperar o tempo que for até que o pregão termine. Ocorre que, dentro da fase de lances, há alguns prazos a serem observados:

1º prazo – O pregoeiro solicita aos licitantes que dêem seus lances.

2º prazo – antes de entrar no prazo aleatório, ainda dentro do prazo que o pregoeiro decide dar ao pregão, o pregoeiro diz que dentro de, geralmente, 10 minutos, 20 minutos ou meia hora, vai começar o prazo aleatório. Este prazo é chamado prazo de iminência e todos os licitantes devem ficar atentos.

3º prazo – O prazo aleatório variará entre 1 e 60 minutos e, encerrado o pregão, quem deu o melhor lance, potencialmente, terá adjudicado o contrato de prestação de serviços.

É que após o encerramento do pregão, deverá ser checado se a primeira proposta pertence a alguma microempresa. Caso não, deverá ser verificado se, dentro de uma

margem de 5% (no caso do pregão) e 10% (no caso de concorrência pública) há proposta de alguma microempresa. Caso haja, esta deverá ser considerada a vencedora do pregão, caso apresente documentação correta para habilitação.

Nesta hora, o pregão é suspenso e o primeiro classificado tem que enviar, dentro de uma hora, os documentos para sua habilitação por fac-símile. Terá, ainda, mais três dias para envio dos documentos originais.

Após a análise da documentação, o pregoeiro reabre o pregão para dizer se aceitou ou não a classificação do primeiro colocado, habilitando-o ou não. Aqui, abre-se prazo para eventuais recursos.

Não havendo recursos, ou passada a etapa da análise de recursos, chegamos à quarta fase. Esta fase é a de adjudicação ao vencedor. Esta etapa merece especial atenção. Entendamos porque.

Conforme já afirmamos aqui e ali, a fase interna da licitação é uma das etapas mais importantes da contratação, visto que é nela que serão preenchidas as planilhas de formação de custos da licitação. Esta é a planilha que servirá de subsídio ao pregoeiro no momento da adjudicação da empresa vencedora do certame licitatório, pois, é ela que ele deverá checar para se convencer da *exequibilidade* da proposta apresentada pela empresa vencedora do pregão. Aqui está a chave principal para a escolha de uma empresa idônea.

Não se trata somente de solicitar certidões¹⁴⁷ ou atestados ou até mesmo comprovações de índices de liquidez. Isso não basta para garantir que a empresa cumprirá

---

¹⁴⁷Dentre as documentações de Habilitação que devem ser exigidas quanto à regularidade fiscal dos fornecedores, nos processos de aquisições/contratações, estão o CPF ou CGC, CND / CRF-FGTS / Certidão Conjunta de Débitos relativos a tributos federais e à dívida ativa da união, do estado e do município. Todos os documentos relativos à regularidade fiscal podem ser substituídos pelo SICAF. A documentação acima destacada pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, desde que previstas no termo de referência (art. 32, §1º, da Lei nº. 8.666/93). Caso algum documento conste como vencido no SICAF, deverá ser verificada a sua regularidade nos sítios específicos, ficando assegurado ao licitante o direito de apresentar a documentação atualizada no ato da licitação. Durante toda vigência dos contratos, nas prorrogações, nos acréscimos e nas adesões e/ou consumos de Sistema de Registro de Preços – SRP deve ser, obrigatoriamente, verificada a situação de regularidade fiscal dos fornecedores, bem como toda a documentação exigida na habilitação. Caso algum documento esteja vencido, o órgão local de suprimentos deverá exigir do fornecedor a sua regularização. A não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deve dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções. Caso haja irregularidade, a Administração pode conceder um prazo para que a contratada regularize suas condições de habilitação, quando não identificar má fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação. Se no ato da assinatura do contrato ou pagamentos de notas fiscais o prazo de validade dos documentos apresentados na fase de habilitação estiver vencido, essa documentação deverá ser, obrigatoriamente, revalidada. Os resultados das consultas realizadas no SIASG/SICAFWEB ou na internet, devem ser impressos e anexados ao processo de compra. Fica vedada a aquisição, a contratação, a prorrogação de contrato, os acréscimos e as adesões e/ou consumos de SRP com empresas em situação fiscal irregular. Na contratação de bens e serviços prestados por pessoas físicas na qualidade de autônomos, em razão da impossibilidade de apresentação da CND, deve ser exigido do profissional o Registro de Autônomo, a Guia de Recolhimento do INSS, o CPF e a Carteira de Identidade, em original ou em cópia autenticada.

fielmente seu contrato com a Administração Pública e respeitando os direitos trabalhistas dos trabalhadores que lá se ativarão.

Aqui poderá ser constatada a culpa da Administração Pública se deixou de cumprir seu papel de garantir a escolha de empresa idônea que cumpriria o pagamento da prestação de serviços respeitando-se todos os direitos constantes na planilha formadora de preços.

Frisa-se que esta planilha de custos consta do anexo III da Instrução Normativa nº 02 do Ministério do Planejamento, portanto, existe um padrão a ser seguido, um *checklist* a ser tido e não pode a Administração Pública, que se propõe a licitar, dizer que não conhece sua obrigação de garantir a escolha de uma empresa idônea. Não basta licitar para que o Ente Público consiga se esquivar da condenação por culpa *in eligendo*. Há de ser demonstrado que escolheu bem e para isso, necessário que a Administração Pública carregue os autos com documentos probantes da escorreita licitação da contratação de serviços.

É importante que o julgador analise o edital, a planilha de custos e as razões da adjudicação da empresa vencedora da licitação para dizer que o Poder Público escolheu mal. Conquanto o julgador não deva se ater à presunção *iuris et de jure* de que a Administração Pública escolheu bem simplesmente pelo fato de licitar¹⁴⁸, tampouco deve concluir que a Administração Pública escolheu mal simplesmente porque houve inadimplemento das verbas trabalhistas.

---

¹⁴⁸Conforme advogamos, não se deve conceber a ideia de que, simplesmente, por ter havido licitação, a empresa escolhida apresentou proposta compatível com os serviços a serem prestados. Nesta linha, decidiu o TRT da 13ª Região, “TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. CULPA. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331 DO TST. Verificada a omissão da tomadora de serviços, quanto às devidas cautelas acerca da efetiva idoneidade da prestadora de serviços, incorre em **culpa in eligendo**, a qual não se afasta, apenas, pela ocorrência de regular procedimento licitatório mas, ainda, em função da culpa *in vigilando*, em virtude da ausência da devida fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Entendimento consubstanciado na Súmula nº 331 do TST (redação atualizada pela Res. 174/2011). (TRT 13ª R.; RO 0083900-27.2013.5.13.0004; Primeira Turma; Relª Juíza Margarida Alves de Araújo Silva; Julg. 14/10/2014; DEJTPB 27/10/2014; Pág. 11). Curiosamente, o TST defendeu a observância de regular processo licitatório, no entanto, não faz menção se o mesmo foi analisado pelo Tribunal de origem. Vejamos que a primeira decisão defende que não é porque houve regular procedimento licitatório, que deixará de existir a culpa *in eligendo*. Já a segunda, do TST, sim. ”AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. DESCARACTERIZAÇÃO. A suprema corte no julgamento da ação direta de constitucionalidade nº 16/DF, apreciando a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, **afastou a possibilidade de responsabilidade subsidiária do ente público pela culpa in eligendo desde que observado o regular processo licitatório**. Todavia, tal decisão não impede a verificação, no caso concreto, da existência da culpa *in vigilando* decorrente da inobservância pelo ente público do disposto nos artigos 54, §1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66 e 67, caput e § 1º da Lei nº 8.666/93, que não foram objeto de ação de inconstitucionalidade. Assim, deve. Se dar provimento a agravo de instrumento que visa liberar recurso que se investia contra acórdão que reconheceu a responsabilidade subsidiária com fundamento na culpa objetiva do tomador de serviços. Agravo desprovido”. (TST; AIRR 0086000-25.2008.5.02.0007; Segunda Turma; Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva; DEJT 21/11/2014).

Antes, o julgador deve checar, além das condições exigidas na habilitação¹⁴⁹, como as certidões de débito, quer sejam fiscais, quer sejam trabalhistas, quer sejam também fundiárias, a planilha de custos (que deve ser conferida em conjunto com a Convenção Coletiva de Trabalho da categoria) em confronto com a proposta apresentada pela empresa adjudicada, qual seja, a prestadora de serviços, geralmente, a 1ª Reclamada do polo passivo do processo que está julgando.

Portanto, caso não seja averiguada a exequibilidade¹⁵⁰ da proposta da empresa vencedora do pregão, a qual preencherá, em sua proposta, uma planilha com os custos englobando-se os direitos dos trabalhadores residentes, a Administração Pública compactuará com a precarização dos direitos trabalhistas daqueles que lhe prestarão serviço. Desta forma, sem mencionar eventual culpa pela falha na fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços a ser firmado, justa seria a condenação do órgão público em arcar com tais verbas trabalhistas, diante de uma eventual lide, na Justiça do Trabalho.

A culpa *in eligendo*, portanto, baseia-se na má escolha entre as prestadoras de serviço na medida em que o Poder Público adjudica o objeto do contrato de prestação de serviços a uma empresa que não demonstrou seu preço ser exequível, ou seja, que com o valor que venceu a licitação e teve a ela o contrato adjudicado, conseguiria cumprir todo o contrato administrativo, mormente no que se refere aos direitos trabalhistas dos trabalhadores, os quais correspondem à maior parte de um contrato de prestação de serviços. Sem dúvida alguma.

Este é um fato que deve ser, impreterivelmente, averiguado pelo pregoeiro antes da adjudicação da empresa vencedora do pregão, sob pena de mal escolher, além de, obviamente, conferir se possui capacidade técnica e econômica, itens regulados pela lei e constantes do edital.

---

¹⁴⁹A empresa não pode possuir restrições. Deve, assim, efetuar consulta para verificação da situação de idoneidade da empresa a ser contratada no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas ou Suspensas – CEIS, acessível no sítio eletrônico <http://www.portaltransparencia.gov.br>, mantido pela CGU, e no SICAF, no sítio <http://www.comprasnet.gov.br>, mantido pelo MPOG. Caso haja registro de inidoneidade ou de suspensão do direito de licitar com a União ou com o órgão licitante, a empresa não poderá ser contratada. Em assim sendo, de modo a se resguardar, as telas de consulta devem ser impressas e anexadas ao processo, recebendo numeração.

¹⁵⁰O pregão, apesar de fundado em uma boa intenção de se agilizar o processo de contratação, visa primordialmente a escolha da melhor proposta baseando-se apenas no menor preço e, diante da possibilidade de empresas desonestas participarem da oferta pública – teriam sido desclassificadas na fase de habilitação de uma licitação na modalidade concorrência – estas empresas acabam, por muitas vezes, frustrando o pregão e levando os lances a patamares abaixo do custo, o que não se coaduna com o respeito aos direitos trabalhistas do trabalhador, portanto, certamente, causará ilícito, fato que deve ser reprovado pelo agente da Administração Pública.

Pensamos que tanto o primeiro quanto o segundo fato, na Justiça do Trabalho, bastariam para se condenar a Administração Pública a responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador prestador de serviços, pois, conforme advogamos, configurada estaria a culpa in *eligendo*.

Por fim, a quinta e última fase do pregão é a de homologação do procedimento pela autoridade competente, onde o vencedor será convocado para assinar o contrato, no prazo previsto no artigo 64, Parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/93.

Ocorre aqui a ratificação da adjudicação da empresa vencedora do certame licitatório.

6.4 Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP

Há uma característica muito peculiar no que se refere a licitações em que envolvam microempresas e empresas de pequeno porte. Elas são favorecidas pela lei.

Não se trata de uma lei ordinária, contudo. Trata-se da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 123/2006, que dispõe sobre a obrigatoriedade de previsão editalícia da possibilidade de participação das Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, para aquisições de bens e serviços onde o critério de adjudicação seja o menor preço. Aqui o pregão se encaixa perfeitamente.

Um benefício que, diferentemente das demais empresas, as ME e EPP possuem é o de enviarem documentação apenas no momento da assinatura do contrato, diferentemente das demais empresas, que quando vencem por menor preço, têm que enviar a documentação em 24 horas, podendo os originais chegarem 3 dias após.

Uma outra característica peculiar das ME e EPP é que em caso de uma diferença de até 5% (no pregão) e 10 % (na licitação – demais modalidades) entre elas e outra empresa maior, deve o contrato ser entregue à microempresa, simplesmente.

Ocorre que, apesar de o incentivo ser salutar para a livre iniciativa, não é exatamente igual para os trabalhadores que por elas são contratados. E, atualmente, com a internet e o fato de poder se participar de uma licitação a milhares de quilômetros de distância, qualquer tipo de empresa pode vir a sagrar-se vencedora em um certame licitatório. Tal fato pode vir a precarizar ainda mais os direitos trabalhistas dos

“terceirizados”.

Pelo exposto, algumas medidas, não para inviabilizar a competição, mas para garantir que o trabalhador “terceirizado” consiga amparo no local onde realiza seus serviços são necessárias, entre elas, deve haver no edital, a previsão de uma base na cidade ou em um raio de, no máximo, 100 km do local onde ocorrerá a prestação de serviços.

6.5 O que fazer diante da constatação de irregularidades?

Algo muito importante que o gestor tem que ter em mente quando se coloca a terceirizar serviços é que ele fará, antes de tudo, uma parceria com a contratada, a prestadora de serviços e deverá entender que contratemos ocorrem a todo tempo. Nunca poderá deixar de lembrar que, ao depender da linha adotada pela Administração Pública, ela pode vir a causar a falência da empresa prestadora de serviços, então, deve agir com cautela.

Deverá, contudo, ficar atento não somente à execução do contrato de prestação de serviços, mas sobretudo ao adimplemento das verbas trabalhistas devidas ao “terceirizado” e aos documentos que devem ser apresentados, mês a mês pelas contratadas para recebimento da fatura, a qual deverá vir acompanhada da nota fiscal (NF).

Já ao se constatar o descumprimento de direitos trabalhistas pela empresa contratada, conforme consta da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública tem a obrigação de aplicar sanções como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 87, I, II, III e IV), ou, ainda, rescindir unilateralmente o contrato (arts. 78 e 79), conforme veremos adiante. Esse entendimento confere maior eficácia aos preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, previstos no art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal de 1988, que estabelecem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantido pelo art. 3º, inciso I, da Carta Magna, de modo a garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores, previstos em seu art. 7º, como forma de valorizar o trabalho humano e assegurar a todos uma existência digna, está prevista no art. 170 da CF/88.

Quanto à falta de apresentação de documentos pela contratada, o Tribunal de

Contas da União permite a glosa¹⁵¹ de valores a serem pagos contra apresentação da nota fiscal caso constatado a falta de pagamento total ou o pagamento a menor aos trabalhadores prestadores de serviços, mas não o permite se houver irregularidades em relação aos documentos que deve exhibir, mensalmente, para comprovar sua regularidade fiscal, tributária, previdenciária e trabalhista, pois, se o serviço já foi prestado, a empresa deve receber. O que a Administração Pública pode fazer é tomar outras medidas e até rescindir o contrato administrativo, mas se os serviços foram prestados, a não ser que haja inexecução dos serviços ou inadimplemento trabalhista, as faturas devem ser pagas.

Caso a contratada não possua os documentos e, conseqüentemente, deixe de manter as condições que apresentava quando de sua adjudicação e homologação do certame licitatório, deverá ter o contrato rescindido com a Administração Pública.

Obviamente que mesmo em se tratando de contrato com a Administração Pública, nada deverá ser tratado a ferro e fogo. Neste sentido, deve a Administração conceder um prazo razoável para a contratada regularizar sua situação. Não fosse assim, talvez saísse mais caro para o Poder Público do que rescindir, unilateralmente, o contrato, pois, caso o serviço seja considerado essencial, a Administração poderá ter que vir a fazer contratação emergencial, o que é “palavrão” para o TCU.

Se mesmo passado o prazo para regularização de pendências, a contratada mantiver irregular sua situação, uma série de medidas poderão ser adotadas, podendo tal penalidade ser uma advertência, uma multa, suspensão para contratar por até dois anos ou até mesmo a própria rescisão contratual.

Registra-se que tais medidas punitivas, mesmo gradualmente aplicadas, não servem para serem aplicadas apenas quando for constatada irregularidade na documentação alusiva às certidões negativas de débito, mas principalmente os documentos relacionados ao adimplemento dos haveres trabalhistas.

Analisemos uma a uma para uma melhor elucidação do que foi exposto.

Iniciemos pela mais leve delas, qual seja, a advertência.

---

¹⁵¹Outro termo utilizado para retenção do pagamento, podendo ser parcial ou total.

6.6 Penalidades

Dentre as penalidades aplicadas ao particular pela Administração Pública, encontram-se a:

a) Advertência: Esta penalidade deve ser aplicada pelo gestor/fiscal do contrato por meio de Correspondência Externa - CE, sempre que a contratada não cumprir fielmente a execução do contrato.

b) Multa: esta penalidade deve ser aplicada por inexecução total ou parcial do contrato, conforme o percentual previsto no instrumento convocatório ou no contrato;

c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração: Esta penalidade deve ser aplicada por um prazo não superior a 2 (dois) anos, nos casos de inexecução total ou parcial do contrato;

d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública: Esta penalidade só pode ser aplicada pela autoridade máxima do Poder Público e deve perdurar enquanto os motivos geradores não forem sanados ou até sua reabilitação junto a autoridade que aplicou a penalidade;

e) Rescisão: As rescisões contratuais estão previstas nos arts. 78 e 79, da Lei nº 8.666/93, e devem sempre estar acompanhadas de justificativa, e se for o caso, de solicitação de punição, devendo obrigatoriamente serem encaminhadas à área jurídica da Empresa, que deve emitir parecer sobre a legalidade das rescisões pretendidas. Além disso, o contratado deve ser comunicado por escrito, devendo constar no comunicado que o prazo de recurso será contado a partir da data da publicação da rescisão do contrato no DOU.

Já se a rescisão for de comum acordo, ou seja, se houver interesse de ambas as partes na rescisão, seja porque a Administração Pública somente precisará dos serviços por mais um tempo, seja também porque a Administração precisa de mais um tempo de vigência do contrato atual, poderá haver a rescisão amigável. Tal prática é comum em razão da falta de planejamento da Administração Pública. Isto porque para outro edital “ir para a rua”¹⁵² para contratar outra prestadora de serviços, na prática, a depender da complexidade dos serviços e burocracia interna dos órgãos, pode levar cerca de alguns meses.

---

¹⁵²Expressão que significa ser publicado em tempo de chamar os interessados ao certame licitatório.

Quanto a esta última figura, a do pedido de rescisão amigável, ela é amparada pelo artigo 79, Inciso II da Lei nº 8.666/93 e deve estar acompanhado de justificativa, devendo ser submetido à área jurídica para avaliação e elaboração do Termo de Resilição, para posterior assinatura pelas partes.

Ocorre, contudo, que as penalidades não são eternas e as empresas que faltaram com seus compromissos devem ser reabilitadas após o ressarcimento dos prejuízos resultantes à Administração Pública pelo contratado e do prazo da suspensão.

6.6.1 Comentários gerais sobre as penalidades e reabilitação

A Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a União, quando precedidas por licitação na modalidade de pregão, serão por até 5 (cinco) anos, conforme o Artigo 7º da Lei 10.520/02 e Artigo 28 do Decreto 5.450/05.

Quanto ao pedido de suspensão, este deve ser solicitado pelo gestor ou fiscal do contrato ou ainda pelo órgão de suprimentos local. No processo físico ou digital que formalizou a compra devem constar todos os documentos comprobatórios do não cumprimento das obrigações contratuais e submetidos à área jurídica da Empresa, para emissão do respectivo parecer.

As aplicações de multas e o ato de suspensão temporária de participação em licitação, bem como o impedimento de contratar com o órgão que a cadastrou ou a União, devem ser precedidos de notificação e estipulação de prazo de até 5 (cinco) dias para a contratada apresentar suas justificativas.

O período de suspensão a ser aplicado ao fornecedor deve ser determinado pelo gestor do contrato, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, a ocorrência deve ser registrada no SICAF e publicada no DOU.

A aplicação da pena contudo, não é irrestrita e eterna. Nada obstante o órgão que for prejudicado por determinada empresa, cadastrá-la no SICAF, tal apontamento somente alcança aquele específico órgão ou entidade que a penalizou.

É que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou. Tal entendimento está expresso no acórdão nº 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário (BRASIL, 2012).

7 AS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em razão da tendência precarizante da terceirização de serviços, da falta de regulação da terceirização de serviços, bem como da insegurança jurídica que orbita este tema tão desafiador dentro do Direito do Trabalho, sobretudo pela axiologia das súmulas dentro da Justiça do Trabalho¹⁵³, procuramos analisar as bases ideológicas de possíveis propostas de alteração na redação do inciso V¹⁵⁴ da Súmula n. 331 do TST, a qual vem a regular o tema central deste trabalho.

Após analisarmos o cenário jurídico pós ADC 16 dentro da Administração Pública em cotejo com o entendimento do Tribunal de Contas da União por meio de auditoria operacional envolvendo diversos organismos governamentais, bem como analisarmos a tendência jurisprudencial após a alteração da redação da Súmula nº 331 ocorrida em maio de 2011, procuraremos tecer considerações acerca da falta de congruência de interpretações dentro da própria Justiça do Trabalho, bem como do reflexo e insegurança jurídica levada aos jurisdicionados que dela se valem. Antes disso, no entanto, devemos entender porque se faz necessário parametrizar tão importante súmula.

Principiemos pelo entendimento do termo súmula e de sua importância para o mundo jurídico, para então, entendermos o termo parametrização e propormos possíveis parâmetros para sua inteligência de maneira objetiva e plena.

7.1 As Súmulas

Segundo o Ministro do STF, Celso de Mello, “a súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência¹⁵⁵”. De fato, no curso de Direito é ensinado que tudo é relativo. Tudo tem dois lados. Tudo depende. Há sempre uma corrente majoritária e uma minoritária e com o passar do tempo, pela repetição do ajuizamento de determinadas ações análogas, o Tribunal se vê obrigado a decidir reiteradamente de um modo ou de outro.

---

¹⁵³Mormente após a edição da Lei nº 13,015/2014, lei que confere às súmulas do TST um caráter cogente, deixando de ser mera diretriz aos julgadores.

¹⁵⁴Considera-se a última redação da Súmula n. 331 do TST trazida pela Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

¹⁵⁵STF- 1ª T, AIAgR n. 137.619/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Julg. Em 04.08.93 in DJU de 18.03.94, p. 5153.

Francisco Antônio de Oliveira (2008, p. 20), ao analisar a função das súmulas, assim explica:

A Súmula tem natureza jurídica interpretativa e cristaliza a Jurisprudência dominante sobre determinado tema. É fruto de pressão que se desenvolve de baixo para cima, dos juízos inferiores para os superiores, através de um processo dialético. O vigor sumular não é vinculativo das jurisdições inferiores.

De fato, o jurista está certo. E para não haver divergências nos julgados, com o intuito de pacificar o pensamento jurídico no seu âmbito de sua competência, observando-se o Regimento interno de cada Tribunal, o presidente da comissão de Jurisprudências propõe aos Desembargadores – se estiver no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho – ou aos Ministros – se estiver no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – que votem acerca de determinados temas que se repetem constantemente. Após tais temas serem votados, por meio de Resoluções, os tribunais trabalhistas anunciam suas diretrizes, alterando, cancelando ou adicionando novos rumos ao pensar jurídico especializado por meio de suas súmulas.

Especificamente na Justiça do Trabalho, Estevão Mallet lembra que “a jurisprudência sedimentada no Tribunal Superior do Trabalho sofreu, em curto espaço de tempo, especialmente a partir de outubro de 2003, quando editada a Resolução Administrativa n. 121, significativas transformações”.

O professor explica que além de os Enunciados passarem a se chamar Súmulas, naquele ano ocorreram várias alterações em suas redações (MALLET, 2006). Dentre as súmulas alteradas ou canceladas, não se encontrava a Súmula n. 331 do TST. Esta apenas sofreu nova alteração no ano 2011, seis meses após a lavra do acórdão proferido no julgamento da ADC 16.

7.1.1 Críticas ao inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A atual redação da Súmula nº 331 do TST, desague do antigo Enunciado n. 256, de 1986, o qual já regulava o tema, ganhou seu corpo após quatro versões, sendo que em nenhuma delas, objetivamente, ficaram claros quais os limites da terceirização de serviços, sobretudo no que diz respeito à Administração Pública.

Tal tarefa, a nosso entender, é fundamental para se atinja a segurança jurídica na lida com o fenômeno da terceirização de serviços não somente dentro da Administração Pública, *lato sensu*, em seus três poderes, vez que não há lei que regule sua prática, mas também, em última análise, dentro da Justiça do Trabalho, que anseia a efetivação do princípio da celeridade.

É que para que haja uma diminuição no grande número de recursos e, conseqüentemente, processos cuja causa de pedir são o inadimplemento trabalhista do terceirizado, é necessário e coerente que a Súmula nº 331 ganhe novos contornos e mais objetivos do que os atuais para que o processo seja impedido de subir ao TST já no tribunal, caso não preencha os requisitos de admissibilidade intrínsecos que demandam os recursos de revista, pois, sua interpretação subjetiva leva os jurisdicionados a buscarem amparo, por meio de suas razões, no acolhimento do entendimento pessoal de algum ministro de alguma das turmas do Tribunal Superior do Trabalho, abarrotando a Justiça que nasceu para ser especializada e célere.

E uma vez que estamos tecendo bases para chegarmos a propostas de parametrização¹⁵⁶ do inciso V da Súmula n. 331 do TST, o qual trata da regulação da terceirização de serviços dentro da Administração Pública, é oportuno que analisemos se, desde o surgimento do termo Administração Pública dentro da Súmula nº 331, houve algum momento em que a terceirização de serviços possível já possuiu parâmetros mais objetivos.

Iniciemos com a versão dada pela Res. 96/2000, publicada no Diário de Justiça em 18, 19 e 20 de setembro do ano 2000. Nesta redação, a Administração Pública aparece pela primeira vez no inciso IV, que trata da responsabilidade trabalhista.

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 nº 8.666, de 21.06.1993).

Registra-se que em sua versão de 1993, a Administração somente ganhou espaço no seu inciso II, o qual dizia que “a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta,

---

¹⁵⁶Parametrização no significado de oferecer parâmetros objetivos, no entanto, exemplificativos por não poderem ser taxativos, dada a grande diversidade e quantidade de casos que chegam ao Judiciário Trabalhista todos os dias.

Indireta ou Fundacional”, justamente em homenagem ao princípio constitucional do concurso público consagrado no art. 37, II, da Constituição da República de 1988.

Não é preciso muito esforço para entendermos que os termos da Súmula nº 331 do TST, tal como se encontrava, em 2000, batia frontalmente com o artigo de lei, *in fine*, nela transcrito, o que levou quase a totalidade da Administração Pública - quando levada às Cortes Trabalhistas por pedido de responsabilidade subsidiária trabalhista - a invocar a Súmula vinculante¹⁵⁷ nº 10, a qual traduz o comando do art. 97 da CF/88, que diz que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Percebemos que no ano 2003 a Súmula nº 331 não sofreu nenhuma alteração. Em realidade, mudou seu nome de Enunciado nº 331 para Súmula nº 331, mas sua redação ficou a mesma.

Já em 2011, ano de sua segunda modificação, terceira redação enquanto Súmula nº 331, ela ganhou dois incisos, quais sejam, o inciso V e o inciso VI, separando-se o entendimento de tratamento conferido à Administração Pública do tratamento conferido às empresas privadas. Enquanto as empresas privadas responderiam, subsidiariamente, pelas verbas trabalhistas devidas aos “terceirizados”, a Administração Pública somente responderia por tais débitos, mas de modo subsidiário, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

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.

Observemos que em sua nova redação, a Súmula nº 331 repetiu os termos do acórdão da ADC 16 ao estabelecer que “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Esclareceu, ainda, que poderia haver condenação em virtude de conduta

---

¹⁵⁷A Emenda Constitucional n. 45, com o art. 103-A, adicionado à Constituição, criou a figura da jurisprudência com caráter obrigatório, ou seja, vinculante a todos os órgãos da Administração Pública, sob a forma de súmulas com efeito, ressuscitando a velha figura dos assentos da Casa de Suplicação do Direito português, previstos nas Ordenações Manuelinas, conforme lembra Estevão Mallet (op. cit.), ou até mesmo aproximando o nosso Direito romano-germânico do Direito anglo-saxônico, o common law.

culposa no cumprimento das obrigações legais e da fiscalização das obrigações contratuais e legais, mas deixou de esclarecer, de maneira clara e objetiva, com contornos bem definidos, o que se entende por mero inadimplemento, falha na fiscalização e quais são as obrigações contratuais e legais que o julgador deve se ater ao valorar a conduta da Administração Pública.

Sua última redação revelou-se, ainda, uma mixórdia.

7.1.2 O papel das súmulas

Ora, se o papel da súmula é sedimentar o pensamento majoritário e cristalino dos tribunais, o que deveria, em tese, somente ser feito após longas discussões e disputas jurídicas, analisando-se julgados e a tendência dos mesmos, seu papel não foi cumprido, pois, as Reclamações trabalhistas passaram a questionar cada vez mais real o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema, recebendo um grande número de recursos de revista que questionavam a conduta da Administração Pública.

Se somente após longos embates acerca dos efeitos da declaração de procedência da ADC 16, pelo Supremo Tribunal Federal, realizados em casos concretos, poder-se-ia chegar a uma conclusão clara da corrente majoritária, o instituto da súmula foi malferido, pois a Súmula nº 331 sofreu alteração, não para exprimir a tendência do que já se tinha feito, mas para ditar como, então, o tema deveria ser encaminhado.

Desta forma, entendemos que houve uma banalização do conceito de súmula, ou até uma espécie de criação de súmula às avessas ou, ainda, para quem preferir, uma usurpação do poder normativo pelo TST, que o exerce, por exceção e via de regra, em dissídios coletivos e em caso raríssimos de dissídios individuais.

Se somente após o enfrentamento do tema pelos Juízos de piso, inclusive pelos desembargadores dos tribunais regionais do trabalho, que teriam papel fundamental na ratificação ou retificação das sentenças dos julgadores que estiveram em contato com os jurisdicionados, colhendo as provas necessárias para o julgamento dos feitos, seria possível a uniformização do entendimento em relação a outros julgados, criando-se súmulas, passou-se por cima do que se entende por súmula.

Jean Cruet ensina que “as leis fazem-se em cima” enquanto que “as boas

jurisprudências vêm de baixo”, o que levou Mário Guimarães (1958. p. 327) a afirmar que essas boas jurisprudências surgem do contato mais direto dos juízes com os litigantes. E é assim que se faz a boa jurisprudência. A que deve servir de exemplo para os jurisdicionados. A que deve servir de diretriz para os demais julgadores.

Mário Guimarães ainda pondera que “a jurisprudência é, nos tribunais, a sabedoria dos experientes. É o conselho precavido dos mais velhos”. Ele diz

[...] manter quanto possível a jurisprudência, será obra de boa política judiciária, porque inspira no povo confiança na Justiça. Não concebem os leigos que o certo na decisão de hoje se repete errado na sentença de amanhã. Mas não devemos erigi-la em tabu. Não devemos fechar os tribunais à penetração de ideias novas (GUIMARÃES, 1958. p. 327).

Assim, não se sabe ao certo porque o Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo que as jurisprudências viessem de baixo, resolveu dar nova redação à súmula em comento. Pondera-se que tal mudança se deu pelo receio de se haver mais insegurança do que segurança jurídica, vez que a súmula, tal como se encontrava, destoaria completamente do acórdão vinculante da ADC 16.

Frisa-se que um dos maiores desentendimentos acerca da possibilidade de condenação da Administração Pública foi o mero inadimplemento. Assim, indaga-se o que o mero inadimplemento representaria.

Registra-se que em pesquisa realizada na jurisprudência utilizada para embasar a redação do inciso V da Súmula nº 331, foi constatado que nenhuma decisão utilizada pelo TST havia sido prolatada após o julgamento da ADC 16, portanto, a jurisprudência base para a cristalização do entendimento no novo inciso V da Súmula nº 331 foi arranjado de maneira diferente do tradicional, tudo por necessidade de adaptação do texto sumular ao comando vinculante do acórdão da ADC 16. E já se imagina o que esperar de casamentos ditados ou arranjados.

É que esta nova redação da Súmula nº 331 veio cedo demais e, em assim sendo, revelou-se muito verde para gerar bons frutos¹⁵⁸. Em apenas seis meses, não há condições de se extrair uma tese jurídica madura - por força dos julgados existentes - para então, se filtrar e sedimentá-lo na redação de uma nova súmula.

¹⁵⁸ Confira-se o grande número de Reclamações constitucionais procedentes no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, citamos as Rcls n. 9.894, n. 12.558 e a n. 18.689, entre outras. De modo a exemplificar o exposto, trazemos uma pequena ementa de lavra do Min. Gilmar Mendes: “*Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação*” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011)”.

7.1.3 Necessidade de mudanças

A principal alteração da Súmula n. 331, em maio de 2011, foi o acréscimo dos itens V e VI à sua redação, para esclarecer que a responsabilidade da administração pública se limitaria a averiguação da falha na fiscalização do contrato de prestação de serviços no que se refere às obrigações legais e contratuais da contratada em relação ao empregado, bem como que tal responsabilidade se restringisse ao período em que houve a efetiva prestação de serviços. Mesmo que não constasse nos termos de sua redação, o TST continuou a condenar órgãos da Administração Pública direta e indireta sempre que se constatasse as chamadas culpas *in eligendo* (na escolha da prestadora de serviços, por meio do exame de sua idoneidade) e *in vigilando* (na fiscalização do cumprimento das obrigações).

Ocorre que, mesmo com todo o bom andamento da jurisprudência, a Súmula nº 331 ainda margem a muita subjetividade. Apesar de se poder condenar a Administração Pública com fundamento na culpa *in eligendo*, *in omittendo* e *in vigilando*, tais fundamentações não vêm ocorrendo de maneira coerente e uniforme pela Justiça do Trabalho.

Em nossa análise de jurisprudência realizada em repositórios oficiais, percebemos uma grande quantidade de julgados que, simplesmente pelo fato de ter havido o inadimplemento, consideraram a empresa contratada inidônea, declaram a existência de culpa *in eligendo* e, assim, condenaram a Administração Pública. Fundamentação falha a nosso ver.

Em outros julgados, simplesmente por ser possível a condenação da Administração Pública, tema já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, condena-se a Administração.

Ademais, em outras decisões, verificamos que pelo fato de ter havido inadimplemento, foi considerada falha na fiscalização e, assim, condenou-se a Administração.

Ora, se pensarmos que simplesmente pelo fato de haver o inadimplemento se fará possível a condenação da Administração Pública, não estaremos diante de uma condenação pelo mero inadimplemento?

E se assim não for, a mera condenação da prestadora de serviços servirá de fundamentação para se condenar a Administração Pública? Não seria esta uma mera retórica tautológica para se falar mais do mesmo e em nada se fundamentar para se

averiguação da culpa?

Ao nosso entender, a Administração deverá ser condenada se agiu mal e não fiscalizou, desrespeitando o art. 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93, mas quais as premissas que o julgador deverá se embasar para que possa condenar a Administração Pública? Quais os parâmetros ou premissas o julgador deverá se embasar para perquirir se houve efetiva fiscalização ou não e assim poder demonstrar na fundamentação de sua decisão?

Algo mais deve ser sopesado nesta equação. Resta, portanto, um consenso sobre quais fatores necessitam ser analisados para se questionar o alcance da fiscalização da Administração Pública, averiguar sua possível falha e, daí, dar contornos mais objetivos a sua culpa. Ressalta-se que este não é um simples caso de subsunção do fato à norma. Além de haver valores que devem ser sopesados, deve-se deixar claro às partes quais são suas obrigações. Se não existe lei que o faça, papel fundamental possui a súmula do Tribunal Superior do Trabalho, mormente diante do poder normativo, *lato sensu*, que possui o Judiciário brasileiro, demonstrando-se proprietário de uma jurisprudência cada dia mais vinculante.

7.1.4 Repercussão geral reconhecida ao tema terceirização

Em 05 de fevereiro de 2010, diante da controvérsia e da ainda falta de contornos aos limites da terceirização, foi reconhecido repercussão geral ao tema responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviços.

No que se refere à responsabilidade trabalhista da Administração Pública, foi impressa repercussão geral ao *leading case* Recurso Extraordinário 603.397 e esta ganhou o número 246 da tabela de temas de repercussões gerais do STF. Referido recurso, no entanto, foi substituído pelo recurso extraordinário n. 760.931¹⁵⁹, conforme se constata do

¹⁵⁹Consta no despacho de lavra do Ministro Joaquim Barbosa: “DESPACHO: A ministra Rosa Weber devolveu os autos a esta Presidência, nos seguintes termos: “Trata-se de recurso extraordinário remetido pelo Tribunal Superior do Trabalho como representativo do Tema 246, cuja repercussão geral foi reconhecida por esta Corte no RE 603.397, rel. Min. Ellen Gracie. Os autos me foram encaminhados pela Presidência deste Supremo Tribunal, em razão de ter sucedido a relatora do processo submetido ao Plenário Virtual. Verifico que o presente recurso extraordinário trata da mesma matéria examinada no RE 603.397 (responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização), o que possibilita a sua inclusão como paradigma vinculado ao Tema 246. O artigo 325-A do RISTF estabelece que ‘reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao Relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema’. Nesse contexto, retornem os autos à consideração do eminente Ministro Presidente do STF.” Considerando o teor do despacho acima transcrito e a necessidade de substituição do paradigma do Tema 246

despacho da Ministra Rosa Weber.

No que se refere aos limites da terceirização de serviços dentro da Administração Pública, pensamos se tratar de uma boa oportunidade para que o STF dê contornos mais objetivos ao inciso V da Súmula nº 331 do TST, o qual entendemos ser impreciso. De todo modo, o julgado deverá, ao menos, manter o que já foi decidido no julgamento da ADC 16, ratificando-se o entendimento que não se está a tratar de responsabilidade objetiva, mas de uma responsabilidade com culpa que deverá ser concebida caso haja o descumprimento de alguns preceitos do Direito do Trabalho.

No âmbito privado, ao mesmo tempo em que se discutem tais termos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n. 713.211, da CENIBRA, o qual deverá servir de parâmetros para que se entenda o que significa atividade-meio, qual sua diferença de atividade-fim e o que é possível ser terceirizado à luz da Constituição Federal.

Vale a pena conferir sua ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

É certo que a livre iniciativa, por muitas vezes já questionou a súmula nº 331 mas o Supremo Tribunal Federal nunca aceitou a discussão do tema até que, possivelmente por uma mudança de composição, por uma mudança de forças passou a admitir o processamento de recursos extraordinário, sendo impressa a repercussão geral ao Recurso Extraordinário. A repercussão geral recebeu o número 725 da tabela de temas de repercussões gerais e logo deverá ter seu julgamento.

Ponderamos que nada mudará caso seja negado provimento ao Recurso Extraordinário, contudo, caso seja dado provimento ao recurso e decidido que a terceirização de serviços possa ocorrer tanto em atividades-fim quanto em atividades-meio, a própria Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pela força da livre iniciativa e

---

da repercussão geral (responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço), distribua-se este recurso extraordinário para a ministra Rosa Weber, nos termos do art. 325-A do RISTF, com a devida compensação. Proceda-se à atualização dos dados constantes dos sistemas informatizados deste Tribunal (art. 329 do RISTF), substituindo o RE 603.397 pelo presente recurso. Publique-se. Brasília, 13 de março de 2014. Ministro JOAQUIM BARBOSA Presidente” (RE/760931..., 2014).

da propriedade privada, poderia vir a cair por terra, abalando-se os pilares do Direito do Trabalho, vez que com a terceirização irrestrita, diante de uma falta de regulamentação protetiva no que se refere a representação dos terceirizados, muitos dos direitos conquistados pelo Direito do Trabalho, mormente pela representação dos trabalhadores feita pelos sindicatos, federações e confederações, por meio de Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho, em prol da categoria, seriam ameaçados.

Daí vem uma outra pergunta: Caso isso ocorra, a Administração Pública deverá ser afetada? Acredita-se que não, pois, a Administração Pública não pode contratar serviços para a realização de sua atividade-fim, que deverá ser entregue pelos servidores e empregados públicos, via de regra, contratados por meio de concurso público, conforme preceitua o art. 37, II da Constituição Federal.

Aguardemos a decisão da Suprema Corte e seus desdobramentos.

8 NECESSIDADE DE PARAMETRIZAÇÃO DO INCISO V DA SÚMULA Nº 331 DO TST

Parametrizar, de acordo com o dicionário Houaiss, é verbo transitivo direto, que significa expressar, determinar, representar ou descrever em termos de parâmetro (s).

Quanto à palavra parâmetro, de acordo com o mesmo dicionário, é substantivo masculino que significa elemento de apreciação necessário para julgar determinados fatos cujas variações são acompanhadas de alterações correspondentes na série de fatos estudados e de que depende em particular a solução de um problema.

No que se refere à origem da palavra parâmetro, sua etimologia nos revela sua intenção. Ela é formada pelos termos par (a) + metro, que significa medir uma coisa por outra.

Assim, o intuito deste capítulo é, uma vez identificado o problema ocorrido em torno da redação deficiente do inciso V da Súmula n. 331 do TST, propor sua parametrização, de modo a oferecer parâmetros mais digeríveis, tanto aos jurisdicionados quanto aos Julgadores da própria Justiça do Trabalho.

Principiemos pela origem do problema.

8.1 Identificando o problema

Há quem entenda que a terceirização deve chegar ao fim¹⁶⁰, pois, conforme já delineamos, ela tende a precarizar os direitos trabalhistas, o que é impedido pela defesa constitucional do direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Há, também, aqueles que a patrocinam em busca do lucro, haja vista que vivemos em um mundo capitalista e a Constituição Federal traz como fundamentos da República Federativa do Brasil a propriedade privada e a livre iniciativa.

---

¹⁶⁰Dentre os que assim pensam, destacamos Jorge Luiz Souto Maior (2011), cuja opinião é taxativa.

O fato é: a terceirização existe e é uma realidade social. Se for erradicada - como muitos defendem -, o que não acreditamos, não o será em um piscar de olhos, até porque se o fizerem, importante questionarmos o que se colocará em seu lugar, pois, o processo produtivo de milhares de empresas no Brasil dependem dela.

E quanto a sua utilização pela Administração Pública, não se pretende discutir se é prática constitucional ou não, até porque defendemos que se ela foi discutida como pano de fundo da ADC 16 pelo STF. Apesar de haver opiniões contrárias emitidas a respeito no próprio julgamento, votos vencidos, admitimos que ela seja considerada prática constitucional, o que não significa dizer que não precisa de limites.

Estes, todavia, não são os problemas que nos propusemos a identificar.

O problema se inicia, em realidade, com a interpretação do que foi decidido no julgamento da ADC 16.

Naquele julgamento ficou consignado que, nada obstante o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 ser declarado constitucional, não seria este um óbice à Justiça do Trabalho para condenar a Administração Pública diante de eventual omissão na fiscalização do contrato de prestação de serviços. Ademais, o mero inadimplemento também não transferiria à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento das verbas trabalhistas.

Foi o que bastou para se iniciar o alvoroço jurisprudencial com decisões diametralmente opostas. O que seria, então, o mero inadimplemento?

Assim, passou a haver decisões, na Justiça do Trabalho, em sentido diametralmente opostos, demonstrando-se que entre os Tribunais Regionais do Trabalho, reina a desarmonia.

Conforme já registramos, para alguns julgadores, bastaria o inadimplemento das verbas trabalhistas para se configurar a culpa *in eligendo*¹⁶¹. Para outros, a responsabilidade

¹⁶¹Entre os Tribunais Regionais do Trabalho, reina a desarmonia. A favor da consideração da culpa *in eligendo* pelo simples inadimplemento, é a 5ª Turma do TRT da 5ª Região: “EMBASA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO. ATO DANOSO OMISSIVO QUE ATINGE AOS OBREIROS COM O INADIMPLEMENTO DOS DIREITOS RECONHECIDOS JUDICIALMENTE. ATO CULPOSO DE ESCOLHA DA EMPRESA CONTRATADA, DEBILITADA ECONOMICAMENTE, E, AUSENTE FISCALIZAÇÃO CAPAZ DE OBSTAR O DANO DO INADIMPLEMENTO OCORRIDO. CULPA PRESUMIDA. Na situação em julgamento, entendendo caracterizada a culpa *in eligendo* da empresa contratante Empresa Baiana de Águas e Saneamento. EMBASA e caracterizada a sua responsabilidade na escolha da empresa contratada Cohidro Engenharia Ltda., que presentemente se revela inadimplente de suas obrigações trabalhistas perante o reclamante. De forma idêntica, entendendo tipificada na situação a culpa *in vigilando*, pois houve falta de fiscalização e vigilância da Empresa Baiana de Águas e Saneamento. EMBASA no cumprimento pela empresa contratada de suas obrigações para com o obreiro reclamante neste processo. Dessa relação contratual empresarial base, nasce a relação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, isso em face da manifesta incapacidade econômica dessa empresa contratada, ex-empregadora direta do reclamante”. (TRT 5ª R.; RecOrd 0000879-02.2013.5.05.0191; Ac. 218424/2014; Quinta Turma; Rel. Des.

da Administração Pública ainda é considerada objetiva¹⁶². Para outros, ainda, o inadimplemento levaria a conclusão de falha na fiscalização, atribuindo-se, então a culpa *in vigilando*.

Comentando a decisão da ADC 16, Alexandre Agra Belmonte e Andréa Rodrigues de Oliveira Munhoz concluem de modo semelhante quanto a necessidade da análise caso a caso da culpa do Poder Público pelas falhas ou pela inexistência de fiscalização:

Ressalvou o Supremo Tribunal que tal decisão [da ACD nº 16/DF] não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade do ente, com base nos fatos de cada causa e que o fundamento utilizado pelo TST deve ser responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização da empresa contratada, quanto à idoneidade e cumprimento ou não dos encargos sociais nos contratos de licitação de prestação de serviços.

Restou, então, definido que o TST não poderá generalizar os casos, devendo analisá-los de forma individualizada, um a um, primando pela busca da verdade real, investigando com rigor se a inadimplência dos direitos trabalhistas dos prestadores de serviços contratados pelos fornecedores de mão de obra teve como causa principal a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações no contrato de licitação. Pelo órgão da Administração Pública contraente, devendo o conteúdo da norma ser revelado pela interação entre o texto normativo e as circunstâncias do caso concreto¹⁶³.

Assim, verifica-se que a decisão do Tribunal Superior que declarou a constitucionalidade do art. 71, parágrafo 1o, da Lei nº 8.666/93, não impede a condenação da responsabilidade da Administração Pública na terceirização, no caso concreto, desde que haja circunstâncias e provas suficientes da omissão do ente público em face da fiscalização da empresa contratada, visando resguardar a premissa maior dos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho estampado no artigo 1o, III e IV, da Constituição Federal, sendo plenamente compatível com a decisão do Supremo Tribunal

Esequias Pereira de Oliveira; DEJTBA 22/10/2014).

¹⁶²Pela responsabilidade objetiva e contrária ao entendimento do STF é o entendimento da 10ª Turma do TRT da 1ª Região: “RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. SÚMULA Nº 331 DO COLENO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. À Luz da regra insculpida no artigo 927, do Código Civil de 2002 (correspondente ao artigo 159 do Código Civil de 1916) a responsabilidade do tomador de serviços é objetiva, não depende da configuração de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ser a beneficiária do trabalho prestado pelo reclamante, é o que se denomina de “risco-proveito na terceirização”. Em tais hipóteses, a empresa tomadora de serviço responde como garante dos haveres contratuais trabalhistas, haja vista que coautora da lesão decorrente do descumprimento das obrigações do contrato de trabalho. (TRT 1ª R.; RO 0000590-33.2012.5.01.0024; Décima Turma; Rel. Des. Flávio Ernesto Rodrigues Silva; DORJ 22/10/2014)”.

¹⁶³BELMONTE, Alexandre Agra. MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da Declaração de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, parágrafo 1o da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 11, nº 128, pp. 18-24, ago. 2012.

Federal na ADC nº 16/DF.

De início o problema estaria na padronização do que se tratam tais figuras: o mero inadimplemento, a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.

8.2 O mero inadimplemento

Não se pode negar que a maioria das decisões do Tribunal Superior do Trabalho envolvendo a Administração Pública e o tema terceirização de serviços termina no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista ou alguns poucos, no Agravo Regimental do Agravo ao Supremo Tribunal Federal, pois, em geral, resta consignado que a administração agiu com culpa *in vigilando*, em consonância com a Súmula nº 331 do TST, não obstante a genérica falta de fundamentação da própria culpa declarada.

Nada obstante o caos oriundo da insegurança jurídica a respeito deste tema cinzento que orbita a Justiça do Trabalho, há de se deixar claro que a fundamentação da declaração da responsabilidade da Administração não pode ser simplesmente e unicamente consubstanciada na culpa *in eligendo*¹⁶⁴, *in omittendo* ou *in vigilando*, mas sim na análise das razões pelas quais o magistrado ou o Tribunal considerou que a conduta do agente público foi ilícita, revelando na decisão o que formou sua convicção. Neste sentido foi o entendimento do Ministro Ayres Britto, em julgamento da Reclamação Constitucional n. 9.809-MC-AgR/RJ), cujo entendimento foi seguido inúmeras vezes pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao julgar diversas reclamações ajuizadas perante o STF, a exemplo da Rcl 12.994/SP, com decisão publicada em junho de 2013 e pela Ministra Carmen Lúcia, a exemplo da Rcl. 13.190/MG, publicada em fevereiro de 2012, todas elas com a transcrição das mesmas razões das utilizadas pelo referido ex-presidente do Supremo Tribunal Federal.

Uma coisa é certa. Tanto o STF, na ADC 16, quanto o TST, no inciso V da Súmula nº 331, já se posicionaram no sentido que o mero inadimplemento não transfere a

---

¹⁶⁴Terceirização. Sociedade de economia mista. Responsabilidade subsidiária. A sociedade de economia mista deve responder, subsidiariamente, pelos créditos trabalhistas do empregado contratado pela empresa fornecedora de mão de obra para prestar-lhe serviços. A licitação, se existente, que teria precedido a celebração do contrato pelas empresas, pode excluir a culpa *in eligendo*, mas não a culpa *in vigilando*, vez que cumpre à beneficiária dos serviços fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho pela empresa interposta. A isenção de responsabilidade prevista no art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitui privilégio inadmissível, por afrontar o disposto no art. 5º e art. 173, § 1º, da Constituição Federal.” (TRT 3a R. - 4a Turma – RO 1.707/2000 – Rel. Juiz Luiz Otávio L. Renault – DJMG 23.09.2000 – p. 18) (RDT 10/00, p. 63).

responsabilidade do pagamento para a Administração Pública. Não nos deram maiores detalhes, no entanto.

Em realidade, é de fácil aceitação pensar que o STF quis dizer que se não houver a constatação concreta de culpa da Administração Pública tanto pela falha na fiscalização dos serviços (culpa *in vigilando*), quanto pela contratação de empresa inidônea¹⁶⁵ (culpa *in eligendo*), não se pode transferir a responsabilidade do pagamento para a Administração Pública.

Mas ainda há quem insista na condenação da Administração Pública simplesmente pelo fato de ter havido condenação da prestadora de serviços na reclamação trabalhista. Basta analisarmos alguns julgados aleatoriamente que decisões completamente diferentes serão encontradas. Ora, não seria a inadimplência da verba trabalhista apenas uma retórica tautológica para se pensar em mero inadimplemento? Em outras palavras: Seria a condenação pelo pagamento de haveres trabalhistas a causa da identificação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública ? Parece-nos que não.

Ressalta-se que é muito importante que tanto o Juiz singular - que é quem teve a oportunidade de contato “quente” com as partes e de colher as provas em audiência -, quanto o Tribunal Regional deixem expresso na decisão o motivo pelo qual foi constatada a falha na fiscalização ou falha na eleição da empresa quando houve a licitação.

Se o Tribunal Regional não deixar expresso nos autos que houve condenação por causa do inadimplemento de determinadas rubricas, ele estará indo de encontro com o que foi decidido tanto pelo STF quanto pelo TST e este último nada pode fazer a respeito em um eventual Recurso de Revista, caso existam provas nos autos, pois, por impedimento da Súmula nº 126 do TST¹⁶⁶, a Corte Superior Trabalhista não pode reexaminar as provas dos autos, apesar de poder retornar até a primeira decisão, a de lavra do Juiz singular.

Caso assim proceda e encontre a falha da Administração Pública, bem como a correta fundamentação da culpa diante do caso concreto, mesmo que não repetida pelo acórdão regional, o TST poderá resgatá-la lá na sentença para modificar a decisão de maneira que não encontre o óbice do mero inadimplemento e se choque com o comando da ADC 16, com efeito vinculante a todos os órgãos do Judiciário, pois, caso assim aconteça, a decisão do TST, que ratificou o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho poderá

---

¹⁶⁵Ao utilizarmos o termo empresa inidônea, referimo-nos a duas possibilidades: 1 Uma vez comprovada tal hipótese, poderíamos falar em culpa *in eligendo*.

¹⁶⁶TST. Súmula nº 126. RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.

ser cassada, conforme se averiguou na Reclamação nº 18.689¹⁶⁷.

Assim, interpretando o exposto, pode-se fazer a ilação de que o mero inadimplemento é representado pela identificação de que não há, nos autos, análise das razões pelas quais foi considerada falha na conduta da Administração Pública em cumprir com sua obrigação legal imposta na própria lei de Licitações (art. 58, III e 67), seja ela falha na escolha da prestadora de serviços (culpa *in eligendo*), seja ela na fiscalização dos haveres trabalhistas dos “terceirizados” (culpa *in vigilando*).

¹⁶⁷Reclamação Constitucional nº 18.689. RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 1. No julgamento da ADC 16, este Tribunal afirmou a tese de que a Administração não pode ser responsabilizada automaticamente por débitos trabalhistas de suas contratadas ou conveniadas. Só se admite sua condenação, em caráter subsidiário, quando o juiz ou tribunal conclui que a entidade estatal contribuiu para o resultado danoso ao agir ou omitir-se de forma culposa (*in eligendo* ou *in vigilando*). 2. A decisão reclamada atribuiu responsabilidade ao ente público sem declinar mínimos elementos de prova aptos a basear a existência de culpa. 3. Liminar deferida. 1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, proferido nos autos nº 1855-97.2011.5.02.0082. A decisão reclamada manteve as razões adotadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, as quais transcrevo: “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA Restou demonstrado que o obreiro, embora empregado da primeira ré, prestou serviços à 2ª recorrida, DATAPREV, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social. Assim sendo, tem-se a ocorrência de terceirização lícita de serviço público, eis que autorizada pelo art. 197 e 199, § 1º, da CF/88, sendo devido o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da União, na forma do inciso IV da Súmula 331 do C.TST. Não se cogita de contrariedade ao artigo 37, II da Constituição Federal, visto que a recorrida não requer o reconhecimento de vínculo de emprego direto com a União. Não cabe se falar ainda em negativa de vigência do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, e sim observar os estritos termos da lei de Licitação que em seus artigos 58, III e 67 § 1º obrigam o ente público quanto à fiscalização da execução dos termos do contrato, cabendo ainda registrar os termos do art. 29, que determina só poder participar do processo licitatório a empresa que comprova sua regularidade fiscal (Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) e trabalhador (redação dada pela Lei 12.440, de 7 de julho de 2011). Há que se observar, ainda, a atual redação do inciso IV da Súmula 331, do C. TST, a qual expressamente se refere aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Não se verifica, pois, qualquer contrariedade ao texto constitucional. Consigne-se ainda que o E. STF declarou recentemente a constitucionalidade o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, firmando posição no sentido de que a mera inadimplência do prestador de serviços não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos (ADC 16/DF, Relator Min. Cezar Peluso, 24.11.2010). Todavia, o Pretório Excelso reconheceu naquela mesma decisão, que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar sua responsabilização subsidiária. Considerando que a implementação do processo de terceirização, implica também em consequências jurídicas para a tomadora de serviços em razão da culpa *in vigilando*, a exclusão da responsabilidade se opera na hipótese em que o contratante demonstre ter, no curso da relação contratual, ter fiscalizado adequadamente o cumprimento das cláusulas e das garantias das obrigações trabalhistas pela fornecedora da mão de obra, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da CF e artigos 58, III, e 67, § 1º, sob pena de responsabilidade civil prevista no artigo 82, ambos da Lei das licitações. Diante da responsabilidade *in vigilando* da tomadora, reforma a sentença de origem para reconhecer a legitimidade subsidiária da 2ª reclamada (DATAPREV EMPRESA DE TECNOLOGIA E INFORMAÇÕES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL), para responder pelos direitos do reclamante, na condição de tomadora de seus serviços”. 2. Em síntese, sustenta a parte reclamante que teria sido afrontada a decisão proferida por esta Corte na ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, que declarou a validade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (“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”). 3. É o relatório. Decido o pedido liminar. 4. Na ADC 16, esta Corte declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Nesse mesmo julgamento, porém, o Min. Cezar Peluso (relator) esclareceu que o dispositivo veda a transferência automática dos encargos trabalhistas ao contratante, mas “isso não significa que eventual

Registra-se que não é necessário todo um malabarismo para poder condenar a Administração Pública em responder pelas verbas trabalhistas aos “terceirizados” como se pensa. A questão é bem mais simples. Basta a análise destes dois pontos, observados outros requisitos, os quais explicaremos em seguida.

Passemos, assim, a análise da culpa nas modalidades *in eligendo* e *in vigilando*.

8.3 A culpa *in eligendo*

O Tribunal Superior do Trabalho, no inciso V de sua Súmula nº 331, firmou entendimento que o mero inadimplemento não transferirá à Administração Pública a responsabilidade pelo débito trabalhista e tal transferência dependerá da constatação de uma conduta culposa, por parte da Administração Pública, especialmente na fiscalização dos haveres trabalhistas dos “terceirizados”.

Ocorre que a Súmula nº 331 utilizou o vocábulo “especialmente” em sua redação, ao se referir à culpa da Administração Pública, e não, “exclusivamente” à culpa *in vigilando*, podendo o Julgador, portanto, utilizar outra modalidade de culpa, como a culpa *in eligendo* na fundamentação de suas decisões de condenação da Administração Pública, caso esta seja constatada¹⁶⁸.

Quanto à necessidade de uma boa escolha, o Procurador do Banco Central, Lucas Alves Freire (2012) asseverou que:

Em relação ao momento anterior à contratação, deve-se observar se a

---

omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade.” 5. Em juízo liminar, parece ter sido afrontado o precedente. 6. O Tribunal Superior do Trabalho manteve acórdão proferido pelo TRT da 2ª Região, o qual reformou sentença de primeiro grau que afastara, com base na prova dos autos, a responsabilidade subsidiária do ente público. A Corte Regional afirmou, em tese, que fica excluída a responsabilidade da Administração quando se demonstre a adequada fiscalização do contrato. Não obstante, deixou de declinar quais os elementos concretos de convicção no sentido da responsabilidade do ente público, parecendo imputar à Administração uma fiscalização inefetiva apenas porque danos teriam sido produzidos. Em outras palavras, o simples inadimplemento parece ter sido suficiente para transferir à entidade pública o ônus que cabia à contratada. 7. Considero igualmente presente o *periculum in mora*, já que a reclamante está na iminência de sofrer os efeitos da condenação. 8. Diante do exposto, defiro a medida liminar pleiteada, suspendendo os efeitos do ato impugnado em relação à parte reclamante. 9. Oficie-se à autoridade reclamada, requisitando as informações necessárias, a serem prestadas no prazo legal. 10. Na sequência, vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Intime-se. Brasília, 29 de setembro de 2014. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator. (STF – Rcl: 18689 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/09/2014, Data de Publicação: DJe-192 DIVULG 01/10/2014 PUBLIC 02/10/2014).

¹⁶⁸ Ressalta-se que o entendimento citado se encontra em consonância com o pensamento dos Ministros (passim) citado no acórdão da ADC 16.

Administração Pública observou as regras e os princípios relacionados ao modo de escolha do fornecedor da mão de obra terceirizada, é dizer, cabe analisar se a licitação foi conduzida segundo os ditames da Constituição e das leis. A falta de diligência no certame licitatório pode levar o Poder Público a contratar empresa incapacitada, do ponto de vista técnico e econômico, para prestar o objeto do contrato. Dessa negligência podem decorrer prejuízos aos empregados terceirizado, que acabará deixando de receber as parcelas que lhe são devidas. Configurada, no caso concreto, a culpa *in eligendo* da Administração Pública por má condução do processo licitatório, poderá o Poder Judiciário, a teor do inciso V da Súmula nº 331 do TST, reconhecer a responsabilidade do Estado por encargos trabalhistas não pagos pela empresa de terceirização.

Percebe-se, contudo, pela análise de inúmeros julgados de Tribunais Regionais do Trabalho¹⁶⁹, que a Administração Pública vem sendo condenada porque a empresa prestadora de serviços teria deixado de honrar o pagamento das verbas trabalhistas aos reclamantes. Tudo bem até aí. O problema está no fato que a fundamentação da condenação é, frequentemente, uma genérica culpa *in eligendo*, deixando-se de declinar de maneira não equivocada as razões pelas quais o julgador assim o considerou. Sabe-se, contudo, que ao caso em testilha não se deve aplicar o entendimento de culpa *in eligendo* pura e simplesmente pelo simples inadimplemento.

Não é pelo fato de ter ocorrido o mero inadimplemento¹⁷⁰ das verbas trabalhistas

¹⁶⁹A título de exemplo, colacionamos decisão do TRT da 3ª Região, que condena a Administração simplesmente por ter havido débito trabalhista. Verifica-se que o acórdão até cita a impossibilidade de condenação pelo mero inadimplemento, no entanto, ao não indicar as razões pelas quais houve a falha na fiscalização ou na escolha da prestadora de serviços, condena a Administração Pública e se assim o faz, tem que ser com base em um mero inadimplemento: “EMPRESA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA *IN VIGILANDO*. Embora a leitura da decisão da ADC 16 seja no sentido de que não se admite a responsabilização dos órgãos públicos, ou empresas públicas, por mero inadimplemento do prestador de serviços, a culpa *in vigilando* da segunda reclamada é inequívoca, na medida em que não cuidou de verificar a quitação do ticket refeição devido aos empregados, tampouco logrou exigir da empregadora a contratação do plano de saúde, a que normativamente se obrigava”. (TRT 3ª R.; RO 0000618-48.2010.5.03.0110; Rel. Des. Júlio Bernardo do Carmo; DJEMG 27/10/2014; Pág. 94).

¹⁷⁰Corroborando nosso entendimento, o acórdão da Quarta Turma do TST: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO* DA TOMADORA DE SERVIÇOS. DECORRÊNCIA DO MERO INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. FORMA PRESUMIDA. CONTRARIEDADE E VIOLAÇÃO. 1. A responsabilização subsidiária do ente público declarada com fundamento no mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, sem o imprescindível apontamento do descumprimento do dever de fiscalização pela tomadora de serviços, afronta o disposto na parte final do inciso V, da Súmula nº 331, do TST, não se podendo, a partir dessa situação, ter-se como caracterizada a culpa *in vigilando* do ente público. 2. Recurso de revista cabível por violação ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, à luz da redação do inc. V da Súmula nº 331, do TST, nos termos do artigo 896, c e a, da CLT. 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. Recurso de revista. Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Descumprimento do dever de fiscalização. Não constatação. Culpa *in vigilando* não caracterizada. 1. O artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, conforme julgamento proferido pelo e. STF na ADC 16/DF, é constitucional e não impede a responsabilização subsidiária do ente público. Imprescindível, todavia, a demonstração concreta da negligência do tomador de serviços no cumprimento do seu dever de fiscalização, de modo a tornar explícita a culpa *in vigilando* do ente público. 2. No caso, a condenação subsidiária foi proferida com base apenas em culpa presumida, decorrente do mero inadimplemento de verbas trabalhistas, está em total desarmonia com a redação da parte final da

que a Administração Pública poderá ser condenada por culpa *in eligendo*. Até porque ela é vinculada a contratar com o vencedor da licitação que “via de regra” oferece o menor preço.

Pertinente lembrar que, após regular processo licitatório, se a Administração Pública escolher a empresa que melhor lhe aprouver, burlará todo o certame licitatório acompanhado de todos os princípios que o rodeiam. Assim, o ente público não tem o poder discricionário de escolha e não pode ser condenado por culpa *in eligendo* por adjudicar o contrato a empresa vencedora.

Pode, contudo, ser condenada por culpa *in eligendo*, por causa de motivo anterior a execução do contrato, qual seja, o que antecedeu sua execução, caso constatado pelo julgador que a proposta oferecida pela empresa vencedora da licitação era inexecutável, ou seja, não conseguiria cobrir os custos estimados do contrato, incluindo-se aí os haveres trabalhistas.

Ora, caso não haja outro motivo evidenciado na decisão, como a falha da fiscalização – o que levaria o julgador a declarar uma concreta culpa *in vigilando* - ou uma real verificação da culpa *in eligendo*¹⁷¹, a decisão judicial tenderá a ser anulada pelo Supremo Tribunal Federal, em Reclamação Constitucional, conforme já o foi ou ordenada sua reforma até mesmo pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho¹⁷², por desrespeito aos

---

Súmula nº 331, V, do TST, mostrando-se, pois, indevida. 3. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, para excluir a responsabilidade subsidiária.”(TST; RR 0001014-46.2012.5.05.0612; Quarta Turma; Rel. Min. Sueli Gil El Rafihi; DEJT 03/10/2014).

¹⁷¹Verificação possível pela análise de edital, planilha de custos, proposta comercial e contrato de prestação de serviços de modo a se checar a exequibilidade do contrato.

¹⁷²Ao determinar o retorno dos autos ao TRT, a Ministra da Sexta Turma, Kátia Magalhães, demonstrou acerto na decisão: “AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ESTADO DA BAHIA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO RECORRIDA NA QUAL A MATÉRIA FOI EXAMINADA EM TESE, SEM O REGISTRO DAS PREMISSAS FÁTICO-PROBATÓRIAS CONCERNENTES ÀS CULPAS *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO*. DEMONSTRADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE O RECURSO DE REVISTA PREENCHIA OS REQUISITOS DO ART. 896 DA CLT, ANTE A CONSTATAÇÃO DE POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO II. RECURSO DE REVISTA DO ESTADO DA BAHIA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO RECORRIDA NA QUAL A MATÉRIA FOI EXAMINADA EM TESE, SEM O REGISTRO DAS PREMISSAS FÁTICO-PROBATÓRIAS CONCERNENTES ÀS CULPAS *IN ELIGENDO* E *IN VIGILANDO*. 1. O pleno do STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, somente vedou a transferência consequente e automática, fundada no mero inadimplemento, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços para o ente público tomador de serviços, ressaltando que isso não impedirá que a justiça do trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. 2. Em consonância com a jurisprudência do STF, o pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST: 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

efeitos vinculantes da ADC 16 e, em última análise, aos efeitos do §1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Importante salientar que para se determinar a culpa *in eligendo* da Administração Pública, o que deve ser verificado pelo Julgador, até mais do que a documentação de habilitação da empresa vencedora da licitação, é se o preço vencedor da licitação é exequível, possuindo condições de cumprir o contrato.

Para tanto, deve o Julgador observar a planilha de custos em cotejo com a convenção coletiva da categoria que deveria ou foi utilizada pela Administração Pública para se estimar o preço do contrato estipulado em edital, o próprio edital e o contrato de prestação de serviços, bem como os aditivos contratuais do período em litígio. Frisa-se que pela aptidão da prova, tais documentos devem ser carreados aos autos pela Administração Pública, quem deve possuir todos estes documentos na pasta do processo de compra.

É que, baseando-se nos preços constantes da planilha de custos e proposta comercial, o julgador verificará a exequibilidade do preço vencedor da licitação para aferir a possibilidade de se arcar com todas as verbas principais e acessórias do contrato de trabalho entre a empresa prestadora de serviços e seu empregado.

Contudo, há casos que a Administração sequer junta o contrato de prestação de serviços¹⁷³, deixando de demonstrar que sequer houve regular licitação. Nestes casos,

---

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. 3. Na hipótese dos autos, o regional manteve a condenação subsidiária, com fundamento na Súmula nº 331, IV, do TST, ainda em sua antiga redação, sem registrar se houve ou não conduta culposa da reclamada, ente público, o que torna necessário, considerando os limites de cognição em instância extraordinária, o retorno dos autos ao TRT de origem a fim de que analise o caso concreto sob a ótica do decidido pelo STF na ADC 16 e da Súmula nº 331/TST, em sua nova redação (res. 174/2011, dejtdivulgado em 27, 30 e 31.05.2011), explicitando as premissas fáticas específicas que remetam à efetiva ausência de fiscalização da entidade pública na terceirização. Precedentes da 6ª turma. Nesse contexto, ressaltando entendimento pessoal, dou provimento parcial para determinar o retorno dos autos à corte de origem para que prossiga no exame da matéria à luz do conjunto fático probatório relativo à culpa *in eligendo* e/ou à culpa *in vigilando*, analisando o caso concreto sob a ótica do decidido pelo STF na ADC 16 e da Súmula nº 331/TST, em sua nova redação (res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011), explicitando as premissas fáticas específicas que remetam à efetiva ausência de fiscalização da entidade pública na terceirização. Recurso de revista provido parcialmente. III. Agravo de instrumento do sindivigilantes. Prejudicado o agravo de instrumento do sindicato, ante o provimento do recurso de revista do estado da Bahia para determinar o retorno dos autos ao TRT de origem. (TST; ARR 0065000-67.2008.5.05.0012; Sexta Turma; Relª Min. Kátia Magalhães Arruda; DEJT 17/10/2014)”

¹⁷³RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS QUE NÃO OBSERVA O PROCESSO DE LICITAÇÃO. CULPA *IN ELIGENDO* (SÚMULA Nº 331, IV E V, DO TST). 1. Na jurisprudência desta corte superior, adota-se o entendimento de que o ente público tem o ônus de provar o cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, e a corte regional decidiu sobre a culpa *in eligendo*, registrando que **não há prova nos autos de que tenha havido processo de licitação como medida prévia à contratação da 1ª reclamada** (fox do Brasil serviços de limpeza e conservação Ltda.) e

correta a condenação pela culpa *in eligendo*, caso o Magistrado opte por esta via.

Por oportuno, vale a pena mencionarmos a parte final da redação do inciso V da Súmula nº 331, para lembrar que “A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa **regularmente contratada**”.

Assim, havendo constatação de fraude na escolha da empresa que presta serviços à Administração Pública. Neste sentido, Maurício Godinho Delgado¹⁷⁴ ensina que caso

---

não foi juntada cópia do procedimento licitatório, tampouco do edital ou do contrato (súmula nº 126 do TST). 2. O pleno do STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, somente vedou a transferência consequente e automática, fundada no mero inadimplemento, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços para o ente público tomador de serviços. Ressalva que isso não impedirá que a justiça do trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. 3. Em consonância com a jurisprudência do STF, o pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST: 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. 4. A frase destacada acima foi inserida pelo pleno na atual redação da Súmula, justamente para contemplar a hipótese de culpa *in eligendo*; a Súmula se referiu especialmente, e não, exclusivamente à culpa *in vigilando*. Recurso de revista de que não se conhece. Honorários advocatícios por perdas e danos. 1. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na justiça do trabalho, deve obedecer ao disposto na Lei nº 5.584/70, ou seja, decorre do preenchimento de dois requisitos legais: a pobreza do empregado no sentido jurídico e a assistência judiciária do sindicato, requisitos os quais não foram preenchidos concomitantemente pelo reclamante. Incidência da Súmula nº 219 desta corte. 2. Esta corte superior não tem admitido a aplicação subsidiária, ao processo do trabalho, da legislação civil que trata de honorários (arts. 389 e 404 do ccb), pois não há lacuna na legislação trabalhista sobre a matéria, e deve ser observada a Lei nº 5.584/70. 3. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST; RR 0000526-12.2012.5.05.0024; Sexta Turma; Relª Min. Kátia Magalhães Arruda; DEJT 17/10/2014)(grifo nosso)

¹⁷⁴O Ministro ensina: “RECURSO DE REVISTA. 1. Terceirização trabalhista. Entidades estatais. Responsabilidade subsidiária. Entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF. Súmula nº 331, V, do TST. Prescindibilidade de comprovação de conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93 explicitada no acórdão regional na hipótese de comprovada ilicitude na terceirização (atividade-fim). Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da administração pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Contudo, não se verifica a necessidade de comprovação da culpa *in vigilando* quando comprovada nos autos a existência de ilicitude na referida terceirização, ou seja, nas hipóteses em que o ente público contrata empresa interposta para prestar serviços na sua área-fim, bem como nos casos de fraude nos procedimentos licitatórios. No caso concreto, o TRT a quo, em análise ao contexto fático probatório dos autos (Súmula nº 126/TST), consignou ter havido intermediação ilegal de mão de obra, por estar o reclamante subordinado diretamente à segunda reclamada. Esclareça-se que, em que pese a terceirização ilícita não ter o condão de produzir o efeito do reconhecimento de vínculo empregatício com entidade da administração pública, ante a vedação expressamente assentada na CF (art. 37, II e § 2º), dá ensejo à responsabilização subsidiária da tomadora de serviços pelas parcelas inadimplidas pela prestadora de serviços (Súmula nº 331, II e V/TST). Depreende-se do acórdão recorrido que a CONAB deu causa aos prejuízos sofridos pelo autor, ante a tentativa de ambas as reclamadas burlarem o cabedal de disposições legais inerentes à relação empregatícia, incidindo em subjetividade mais intensa, perversa e grave do que a

identificada e evidenciada nos autos a ilicitude na escolha da empresa intermediadora de mão de obra, caracterizada está a culpa *in eligendo*, já podendo se falar, *per se*, em condenação da Administração Pública, não sendo necessária a averiguação da culpa *in vigilando* ou descer a minúcias na verificação de todo o processo licitatório.

8.4 A culpa *in vigilando*

Diferente da culpa *in eligendo*, é a culpa *in vigilando*. Enquanto aquela se relaciona com a regularidade na contratação, esta se relaciona com eventual falha na fiscalização da execução do objeto contratado via licitação.

Conforme já registramos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16, afastou a responsabilidade objetiva da Administração Pública. Já o Tribunal Superior do Trabalho, conferindo sua interpretação sobre as notas taquigráficas que integraram o acórdão da ADC 16, editou o inciso V da Súmula nº 331 e declarou seu posicionamento em relação ao tema.

Naquele momento, direcionou o intérprete e o jurisdicionado ao entendimento que para se falar em responsabilidade trabalhista da Administração Pública, seria necessário ocorrerem evidências de sua **conduta culposa** no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Ora, mas o que o TST quis dizer com a redação do inciso supra ? Quais são estas obrigações contratuais e legais da prestadora como empregadora? Confundem-se tais documentos com os documentos exigidos na Lei nº 8.666/93 ou seriam estes distintos ?

Ora, se a referência fosse a toda e qualquer verba de direito do empregado, bastaria

---

própria culpa. Assim, dá-se provimento, em parte, ao recurso de revista, apenas para alterar a condenação da CONAB para subsidiária. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido, no aspecto. 2. Multa do art. 477, §8º, da CLT. Abrangência da condenação. Súmula nº 331, VI/TST. Nos termos da Súmula nº 331, vi/TST, a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. 3. Honorários advocatícios. Ausência de assistência sindical. Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Consoante orientação contida na Súmula nº 219/TST, interpretativa da Lei nº 5.584/70, para o deferimento de honorários advocatícios, nas lides oriundas de relação de emprego, é necessário que, além da sucumbência, haja o atendimento de dois requisitos, a saber: a assistência sindical e a comprovação da percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou que o empregado se encontre em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Com efeito, se o reclamante não está assistido por sindicato de sua categoria, é indevida a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto. (TST; RR 0000158-35.2013.5.04.0205; Rel. Min. Maurício Godinho Delgado; DEJT 24/10/2014)”.

a mera condenação da prestadora de serviços para a Administração Pública assumir, subsidiariamente, o pagamento do débito. Será que era essa a intenção do STF ao julgar a ADC 16?

Vamos mais longe e questionamos: será que o Supremo Tribunal Federal estava a se referir a omissão da Administração Pública caso constataste o inadimplemento ou ele quis dizer que a responsabilidade trabalhista seria atraída pela inadimplência de qualquer direito ao empregado?

Neste diapasão, é pertinente entendermos qual a postura que a Administração Pública poderia adotar, caso constataste a falta de pagamento dos direitos dos “terceirizados” cuja mão de obra se beneficia. Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012):

O fato é que diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331 do TST, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.

Além do exposto, conforme já apontado pelo Tribunal de Contas da União, no já citado acórdão 1.214/2013, uma das medidas mais eficazes para garantir o adimplemento do crédito trabalhista ao empregado é pagando-se diretamente ao mesmo. Como pertinente ao caso, ressaltamos que o Brasil ratificou a Convenção nº 94 da OIT, que preconiza a inserção de cláusulas trabalhistas nos contratos de terceirização com os órgãos públicos. Na citada Convenção 94, a OIT preconiza, outrossim, a adoção de medidas como o pagamento direto aos empregados nos termos a seguir: “Medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito”¹⁷⁵.

¹⁷⁵OIT. Convenção nº 94 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2014).

Mas o que fazer em caso de falta de documentação para cálculo dos haveres trabalhistas? A possibilidade retro está prevista naquele estudo, cujo fruto foi o acórdão em evidência. Vale lembrar que ele traz a previsão da consignação do pagamento por meio da Justiça do Trabalho de modo a garantir que a quitação total daqueles haveres seja satisfeita.

É oportuno lembrar que o citado acórdão é fruto de uma auditoria operacional realizada por um grupo intersetorial, sob a batuta do Tribunal de Contas da União, que aborda o alcance da fiscalização trabalhista, a oportuna inserção de cláusulas no edital e contrato de prestação de serviços, entre outras medidas.

Lembremos que, por força daquele acórdão, o TCU recomenda à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que seja alterada a Instrução Normativa nº 02/2008 para que se deixe de exigir a verificação de 19 documentos previstos naquela IN 02¹⁷⁶, somados de mais cinco certidões constantes da Lei

¹⁷⁶De extrema relevância, vale citar que o Ministro Pimenta, na maioria de seus julgados, cita a IN 02 do MPOG como diretriz para a Administração Pública se valer ao checar toda a documentação que comprovaria o adimplemento trabalhista da prestadora de serviços para com o “terceirizado”. Por oportuno, confirmamos uma por todas as demais: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. 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 16DF. 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 fáticos 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

nº 8.666/93, para se passar a exigir apenas as certidões constantes da Lei nº 8.666/93 mais cópias de documentos exigidos em lei, quais sejam, *salário*, *vale-transporte* [Lei nº 7.418/85], *vale-refeição* [Lei 6.321/78 (artigo 3º) e o Decreto 05/1991 (artigo 6º)], recolhimento de *FGTS* (Lei nº 8.036/90) e contribuição previdenciária (art. 31 da Lei nº 8.212).

Ressalta-se que, além da documentação mencionada supra, pela qual poder-se-ia entender comprovada a fiscalização do contrato de trabalho, outras medidas, como fiscalização do cumprimento das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego se revelam pertinentes à presente análise, contudo, será abordado em tópico posterior.

8.5 Os números da terceirização na Justiça do Trabalho

Para demonstrarmos o acerto da afirmação supra, informamos que ao se realizar uma pesquisa atemporal em repositório oficial de jurisprudências da Lex Magister, utilizamos o filtro TST e o termo “culpa *in vigilando*” sem aspas. Encontramos 26.954 julgados.

Em seguida, ao incluirmos as aspas ao termo de busca, encontramos 25.074 julgados. Logo após, ao incluirmos o termo “Administração Pública” entre aspas ao lado do termo “culpa *in vigilando*” e encontramos 26.406 julgados. Ato contínuo, reduzimos o período da pesquisa para dois anos e encontramos 11.801 julgados.

De modo a fazermos um paralelo com o exposto, utilizamos o termo “Súmula nº 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. (TST; AIRR 1000126-83.2013.5.02.0232; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 24/10/2014)” (grifo nosso).

331” com aspas e registramos que 58.893 julgados foram encontrados. Ao incluirmos o termo “Administração Pública” ao termo, o número de julgados caiu para pouco menos da metade: 23.700 julgados, ou seja, 40% e para finalizarmos, reduzimos o período desta última pesquisa para dois anos e encontramos o número de 14.113¹⁷⁷, o que representa 59,5% do número total de processos, que envolvem terceirização da Administração Pública, julgados pelo TST somente nos últimos dois anos.

Pela pesquisa realizada, fizemos algumas considerações, as quais seguem enumeradas:

1. Considerando-se o número de processos julgados no TST em que se discute a culpa “*in vigilando*”, 93% se refere à Administração Pública.
2. Considerando-se todos os processos julgados pela Justiça do Trabalho, no TST, referentes à culpa *in vigilando* da Administração Pública, 43,78% se encontra nos últimos dois anos.
3. Considerando-se o número de processos ligados a terceirização de serviços, que chegam ao TST, tem expressiva representação se considerarmos que esta Corte Trabalhista conta apenas com vinte e sete ministros e muitos outros temas compõem o restante das demais reclamações trabalhistas.
4. Considerando-se que o número de processos que já chegou ao TST, tratavam do tema terceirização de serviços (Súmula nº 331) e já foram julgados, 40% deles se refere à responsabilidade trabalhista da Administração Pública. Uma porcentagem expressiva para a Administração Pública.
5. Considerando-se que o número de processos que chegam ao TST representa, em média, menos de 10% (ABDALA (2008. p. 17) do número de processos ajuizados na Justiça do Trabalho, temos que nos últimos dois anos, foram ajuizados, ao menos, 141.130 processos em todos os Fóruns Trabalhistas.

Considerando-se todo o exposto, entendemos que uma parametrização ou objetivação da subjetividade do inciso V da Súmula nº 331 é adequada e essencial para a fluidez dos processos na Justiça do Trabalho.

---

¹⁷⁷Considerando-se a data 12 de dezembro de 2014, data final da coleta de dados nos repositórios oficiais.

8.6 A aptidão da prova

Uma das defesas mais constantes e certas das contestações da Administração Pública em lides trabalhistas movidas por terceirizados que lhe prestaram serviços é referente ao ônus da prova.

A uma porque, via de regra, o Reclamante, ao apenas requer a condenação da Administração Pública sem indicar a razão pela qual o faz, mas simplesmente, porque de seus serviços ela utilizou, estaria equivocado e o pedido até poderia ser indeferido. Registra-se que aqui estamos a falar do mero inadimplemento, o que veda a transferência de responsabilidade trabalhista, contudo, pela proteção da lei trabalhista, o processo é corretamente saneado e encaminhado pelo Magistrado. A duas porque o ônus da prova, via de regra, pelos arts. 333, I do CPC e 818 da CLT, compete a quem alega.

Em substituição às regras previstas no art. 333, I, do CPC e art. 818 da CLT, Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga (2007, v.2, p.62) ensinam que a distribuição dinâmica da prova é aquela “segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”.

O princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova de acordo com a aptidão daquele que possui para fazer a prova é o que entendem os autores e segundo os juristas:

- i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa [se autor ou réu]; iv) não é relevante a natureza do fato probando constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2007, v. 2, 62).

De acordo com Didier, o princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre de uma interpretação sistemática da legislação processual pátria e está calcada nos seguintes princípios:

- a) princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) princípio da lealdade, boa fé e veracidade [arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III do CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se

valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;

c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;

d) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

e) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção da tutela jurisdicional justa e efetiva. (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2007, v. 2, 63).

Ocorre que a Administração Pública, por mandamento da lei, deve fiscalizar o contrato de prestação de serviços (art. 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93), incluindo-se aí, a verba trabalhista devida aos prestadores de serviço.

Além disso, é a Administração Pública que detém todos os documentos referentes ao contrato de prestação de serviços, sejam eles as Certidões negativas de débito, sejam eles documentos como recibos de vencimento dos “terceirizados”, certidões e guias de recolhimento de FGTS e INSS, pois, caso não os receba, pode, inclusive, glosar o pagamento das faturas das prestadoras de serviço, portanto, pela aptidão da prova¹⁷⁸, a ela

---

¹⁷⁸Pela aptidão da prova, a 6ª Turma do TST já se manifestou: “RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS PROBATÓRIO. 1. O pleno do STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, somente vedou a transferência consequente e automática, fundada no mero inadimplemento, da responsabilidade da empresa prestadora de serviços para o ente público tomador de serviços, ressalvando que isso não impedirá que a justiça do trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. 2. Em consonância com a jurisprudência do STF, o pleno do TST deu nova redação à Súmula nº 331 do TST: 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. 3. No caso dos autos, o TRT consignou que o município tem responsabilidade subsidiária ante a sua culpa *in vigilando*, pois não provou que fiscalizou o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora do reclamante. 4. Ao contrário do que sustenta o recorrente, é sua a obrigação de fiscalizar o contrato firmado com a empresa contratada, nos termos da Lei nº 8.666/93, e é também seu o ônus de comprovar que cumpriu a Lei. **Ademais, o fornecedor da mão de obra e o tomador dos serviços possuem maior aptidão para a produção da prova, pois são eles que detêm a documentação relativa ao contrato** firmado entre si para a execução dos serviços, e aquela referente ao vínculo trabalhista com o empregado. Assim, pelo princípio da aptidão da prova, cabia ao ente público trazer aos autos a documentação referente à licitação e fiscalização acerca do regular pagamento das verbas trabalhistas aos empregados da fornecedora de mão de obra, ônus do qual, segundo consignado pelo TRT, não se desincumbiu. 5. Correta, portanto, a manutenção da responsabilização subsidiária do ente público, pois a decisão TRT está em sintonia com a nova redação da Súmula nº 331, IV e V, do TST. Recurso de revista de que não se conhece. Honorários advocatícios. Não assistência pelo sindicato. A condenação em honorários advocatícios, na justiça do trabalho, deve obedecer ao disposto na Lei nº 5.584/70, e está condicionada ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula nº 219 do TST, ratificada pela Súmula nº 329 do TST. No caso, conforme o TRT, o reclamante não está assistido pelo sindicato de classe. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST; RR 0258100 – 59.2009.5.04.0018; Sexta Turma; Relª Min. Kátia Magalhães Arruda; DEJT 17/10/2014)” (grifo nosso).

cabe o ônus de provar que fiscalizou o contrato.

8.7 Questões de saúde e segurança do trabalho

Os problemas que as empresas tomadoras de serviço podem sofrer são inúmeros e vão desde simples demandas trabalhistas requerendo a declaração de sua responsabilidade subsidiária, passam pelo pedido de vínculo empregatício com a tomadora, aplicação de multas e fiscalização dos órgãos trabalhistas, responsabilidade por acidentes no trabalho e culminam até em responsabilidade criminal por agenciamento de mão de obra e responsabilidade civil por danos a terceiros na execução de serviços sem o preparo técnico necessário. Nada obstante, a prática da terceirização apresenta uma constante evolução: ao menos nos números de empresas que a adota.

Ocorre que um dos fatores mais preocupantes na terceirização desenfreada e desregulada é a questão da segurança do trabalho. Segundo o MTE, os terceirizados são os que estão mais expostos a acidentes e as contratadas dificilmente possuem planos de prevenção bem elaborados (PYL, 2012). Ademais, o órgão registra que o setor que possui o maior número de acidentes é o da construção civil.

Por esta razão que a ANAMATRA e o TST, em novembro de 2007, firmaram entendimento da necessidade de se regular a responsabilidade civil do tomador dos serviços, esclarecendo tratar-se da responsabilidade solidária:

Enunciado 44. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Nem se pense que o entendimento supra vai de encontro com o entendimento da Súmula nº 331, IV e V do TST, vez que esta responsabilidade difere da responsabilidade abarcada pela Súmula nº 331. Neste sentido, vale conferir o paradigmático acórdão do Ministro Aloysio Corrêia da Veiga:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CULPA *IN VIGILANDO* CARACTERIZADA. SÚMULA 331, V DO TST.

Os entes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas ocorridas no contrato de terceirização de serviços, caso evidenciada conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, não decorrendo a responsabilidade do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, quando o V. Acórdão deixa claro que não houve fiscalização por parte da reclamada. Decisão que traz tal entendimento encontra-se em consonância com a Súmula nº 331, V, do TST e com os atuais precedentes do c. TST e do e. STF. Recurso de revista não conhecido. Responsabilidade solidária da tomadora de serviços pelos danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho. Ente integrante da administração pública. O eg. TRT decidiu que, nos termos do art. 942 do CC, com relação às parcelas da condenação de natureza civil, a responsabilidade da reclamada é solidária. Neste contexto, não há falar em contrariedade aos itens IV e V da Súmula nº 331 desta corte, na medida em que não tratam da responsabilidade do ente público em caso de indenização por danos materiais e morais decorrente de acidente do trabalho, mormente, quando comprovado que houve falhas relevantes e determinantes por parte das empresas para a ocorrência do acidente e que as reclamadas, nas qualidades de empregadora e tomadora dos serviços do trabalhador acidentado agiram, com culpa, ao se omitirem de cumprir o dever legal de cuidado contra acidentes do trabalho de qualquer natureza. Recurso de revista não conhecido. Horas extras. Registros de ponto invariáveis. Inversão do ônus da prova. Súmula nº 338, III. Nos termos da Súmula nº 338, item III, desta corte, os controles de ponto apresentados com registro invariável são inválidos como meio de prova, ensejando, pois, a inversão do ônus probatório, que passa, então, a ser do empregador. Na presente hipótese, foi registrado expressamente pelo tribunal regional que os controles de frequência juntados aos autos eram invariáveis, bem como que a reclamada não trouxe prova a elidir a presunção de veracidade da jornada alegada na inicial. Neste contexto, não há falar em violação dos arts. 333 do CPC e 818 da CLT. Recurso de revista não conhecido. Indenização por danos morais. Acidente do trabalho. Montador de rede elétrica. Descarga de eletricidade. Queimaduras pelo corpo e amputação da perna direita. Nos termos em que proferida a V. Decisão regional, não se vislumbram as alegadas violações aos arts. 186 e 927 do CC, uma vez que o quadro fático delineado deu-se no sentido de que, sendo o acidente sofrido pelo reclamante fato incontroverso, foram comprovados, pelo teor das provas documentais e testemunhal, o dano, o nexo de causalidade, e especialmente a culpa da reclamada, que não respeitou as normas de segurança a fim de evitar o acidente do trabalho, seja porque não observou as disposições da norma regulamentadora que tratam da segurança em instalações e serviços em eletricidade, porque não forneceu uniforme adequado para enfrentar as situações de risco advindas de sua atividade, ou ainda, pelo fato de que no local não havia dispositivo de segurança a impedir a descarga elétrica quase mortal que atingiu o reclamante. Recurso de revista não conhecido. Valor da indenização por danos morais decorrente de acidente do trabalho. Queimaduras pelo corpo e amputação da perna direita. R\$ 100.000,00. Razoabilidade. A indenização por danos morais, fixada em R\$ 100.000,00, levou em consideração as circunstâncias do caso concreto, quais sejam, o tipo de sequela (amputação da perna direita abaixo do joelho), a dimensão da

responsabilidade do empregador, o grau da perda da capacidade funcional (70%) e a condição atual do reclamante retratada nos autos. Neste contexto, a avaliação da eg. corte a quo, quando proferida dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser respeitada, sendo insuscetível de reexame por esta instância extraordinária. Recurso de revista não conhecido. Valor da indenização. Danos materiais. Despesas com atendimento médico e pensão mensal vitalícia. Nos termos em que proferida a V. Decisão regional, não se vislumbra violação ao art. 950 do CC, mas ao contrário, a sua correta observância, pois constatado por meio de recibos médicos o valor gasto a título de despesas com tratamento, bem como a redução da capacidade laborativa do reclamante a ensejar a condenação ao pagamento de pensão mensal vitalícia corresponde ao trabalho para o qual se inabilitou. Recurso de revista não conhecido. Indenização por danos materiais. Pensão vitalícia. Constituição de capital. A opção pela determinação de constituição de capital ou de inclusão do beneficiário na folha de pagamento da empregadora, na forma do artigo 475-q do CPC, caracteriza faculdade atribuída ao julgador, como medida de assegurar o adimplemento da condenação imposta em juízo. Recurso de revista não conhecido. Honorários advocatícios. Ausência de credencial sindical. Na justiça do trabalho, os honorários advocatícios são devidos tão somente nos termos da Lei nº 5.584/70, quando existentes, concomitantemente, a assistência do sindicato e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou a impossibilidade de se pleitear em juízo sem comprometimento do próprio sustento ou da família. Constatado que o reclamante não se encontra assistido por sindicato de sua categoria, dá-se provimento ao recurso de revista, para excluir da condenação os honorários advocatícios. Incidência das Súmulas nºs 219 e 329 do c. TST e da orientação jurisprudencial nº 305 da sbdi-1 desta corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 151-05.2011.5.04.0111; Sexta Turma; Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; DEJT 19/04/2013; Pág. 1501)

Em verdade, além do denunciado supra, cabe à Administração Pública inserir nos editais a previsão de ambiente de trabalho perigoso e/ou insalubre, sob pena de atrair para si a responsabilidade por falta de informação ou culpa *in omittendo*.

8.8 O STF já deu sua palavra final sobre a possibilidade de transferência da responsabilidade trabalhista à Administração Pública?

Até o julgamento da ADC 16/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 24 de novembro de 2010, muitos cogitavam a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Após seu julgamento, algumas conclusões se firmaram. Novas dúvidas foram levantadas.

Partindo do pressuposto que ao julgar ADC, o STF não se vincula a causa de pedir,

até porque vai julgar a constitucionalidade de lei em abstrato, sendo plena sua cognição na matéria, de maneira que esgota todos os pontos constitucionais que envolvem o problema, pode-se dizer que o STF já deu sua palavra final a respeito da problemática no que se refere a transferência da responsabilidade trabalhista à Administração Pública?

O questionamento é totalmente pertinente, pois, consoante ensina Vadi Lammêgo Bulos (2007. p. 229.) “[...] se o Supremo declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, inexistirá a possibilidade de nova análise contestatória sobre o assunto.”.

Ora, até pode ser que não haja novo questionamento sobre a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 em Ação Declaratória de Constitucionalidade, mas espere-se ouvir da Suprema Corte, outras palavras a respeito do tema, talvez até por meio de Recursos Extraordinários¹⁷⁹, vez que Repercussão Geral sobre a matéria já existe desde o ano 2010.

Alguns pontos referentes ao tema estão pacificados, principalmente com a declaração do STF sobre a ADC 16 e o aparente alinhamento do entendimento pelo TST por meio da alteração da Súmula nº 331, V, mas, diante da abertura extrema de entendimento fornecida pelo inciso V, outros pontos acabaram ficando nebulosos.

É certo que não há mais falar em responsabilidade objetiva da Administração Pública. O próprio STF já esclareceu a controvérsia, aliás.

É certo, também, que a responsabilidade da Administração Pública é subjetiva e, em assim sendo, pela 1ª vez, em maio de 2011, o TST trouxe a palavra culpa na redação do inciso V da súmula nº 331, direcionando o jurisdicionado e o intérprete da lei a averiguarem a culpa da Administração Pública na fiscalização das obrigações elementares da prestadora de serviços perante seu empregado e diante do caso concreto, mas ninguém ainda se preocupou em parametrizar esta fiscalização de modo a se garantir a segurança jurídica a quem participa desta relação jurídica trilateral de prestação de serviços, o que ora pretendemos fazer.

---

¹⁷⁹No Recurso Extraordinário 603.397, no qual foi reconhecida a repercussão geral e servirá de paradigma para as demais decisões sobre a matéria, a União alega que a transferência da responsabilidade dos encargos trabalhistas para a Administração Pública quando a empresa prestadora de serviços não os paga implicaria violação dos artigos 5º, inciso II, e 37, parágrafo 6º, da Constituição da República. Ao votar a favor da repercussão geral, a então relatora, ministra Ellen Gracie, entendeu que a definição da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações que trata do tema tem amplo alcance e possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Com a aposentadoria da ministra Ellen Gracie, a relatoria do caso passou à ministra Rosa Weber (SDI-1., 2014).

8.9 Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do TST

É certo que a Administração Pública pode responder pelo inadimplemento trabalhista das verbas devidas aos terceirizados que lhe prestam serviços, nada obstante a redação do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações Públicas que, à primeira vista, proíbe tal transferência.

É certo, também, que a terceirização de serviços, tendencialmente, precariza as relações de trabalho e se praticada pela Administração Pública, deve ser, no mínimo, garantida uma efetiva fiscalização dos direitos laborais e uma conduta pró-ativa no sentido de se garantir o adimplemento dos direitos trabalhistas dos terceirizados, caso contrário, poderá ser condenada a responder pelos débitos não evitados.

Assim sendo, de modo a afunilarmos o conteúdo analisado nesta dissertação e descermos as nossas conclusões, algumas premissas deverão ser consideradas para que, então, propostas de parametrização ou objetivação do inciso V da Súmula nº 331 do TST possam ser feitas.

Esclarecemos que almejamos, com tais propostas, um aumento da segurança jurídica a todos os envolvidos pelo tema. Desta forma, baseando-nos na jurisprudência consultada e considerando que:

1. O STF declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, sob a afirmação de que o mero inadimplemento não transfere à Administração Pública a dívida trabalhista e o TST, por força de sua Súmula n. 331, assim o repetiu, contudo, deixou de esclarecer o que significa o mero inadimplemento, bem como o que, objetivamente, deverá ser fiscalizado;
2. Salvo exceções, a Administração Pública não costuma juntar edital, nem planilha de custos, documentos que demonstrariam que ela conseguiria arcar com os custos do contrato e o julgador raramente verifica a existência ou questiona a ausência deste edital ou da planilha de custos citada, uma vez que a exequibilidade da proposta é que, salvo melhor juízo, determinará se houve ou não houve culpa *in eligendo*, reputamos, então, essencial a checagem dos citados documentos, assim como, a dedicação de um parâmetro à

Súmula nº 331 do TST;

3. O TCU, por força do Acórdão Plenário n. 1.214/2013, resultado de uma auditoria operacional que envolveu a AGU, MPOG, MPS, Ministério da Fazenda, Ministério Público Federal, TCE/SP, recomendou boas práticas em licitações ao MPOG, para que o mesmo alterasse a Instrução Normativa n. 02/2008, que trata de normas de fiscalização dos serviços de mão de obra residente a todos os órgãos da Administração Pública, de modo a se aterem a checagem documental apenas de salário (não revelando se seria salário em sentido amplo ou sentido estrito), vale-refeição, vale-transporte, FGTS e INSS. Assim, o MPOG alterou a IN n. 02 por meio da IN n. 06;

4. A Administração Pública, indene de dúvidas, possui a aptidão para a prova, pois, é seu dever fiscalizar a prestação de serviços (arts. 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93) e os direitos trabalhistas dos empregados, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16.

5. Uma vez constatado o inadimplemento trabalhista ao trabalhador terceirizado, a Administração Pública deverá se acautelar, aplicando sanções ao contratado ou até mesmo retendo o pagamento e, conhecidos os valores inadimplidos, pagar diretamente ao trabalhador, conforme determinado na Convenção nº 94 da OIT e acórdão nº 1.214/2013 do Plenário do TCU, inclusive como forma de comprovar que fiscalizou o contrato. Caso não conheça os valores a serem pagos, deve-se acionar o sindicato profissional, bem como o Ministério Público do Trabalho e ajuizar ação trabalhista para que a Justiça do Trabalho garanta o adimplemento dos corretos valores a serem pagos, tudo no intuito de mitigar o inadimplemento trabalhista ao trabalhador terceirizado;

6. O julgador deve deixar claro, nos acórdãos que proferir ao condenar a Administração Pública, as razões pela qual incidiu em culpa na fiscalização das obrigações contratuais e legais, ou seja, as razões pelas quais foi considerada a falha na fiscalização, caso contrário, deverá haver um crescente número de reclamações para anularem as decisões da Justiça Trabalhista;

7. A Administração Pública deve se acautelar em relação a documentos inerentes ao tema saúde e segurança do trabalho (como PPRA, PPP e recibos de entrega de EPIs),

especialmente em relação à insalubridade e periculosidade verificadas em seu meio ambiente de trabalho. Caso não sejam tais constatações parte dos editais de licitação e for averiguada situação contrária, poderá ser condenada por culpa *in vigilando*.

Desta forma, após as considerações supra, apresentamos nossas propostas de redação a novos incisos da Súmula nº 331 do TST, tomando por base seu inciso V:

1. Pelo princípio da aptidão para a prova, a Administração Pública tem seu ônus e deverá comprovar materialmente os fatos impeditivos das alegações do autor (obrigações trabalhistas da Lei nº 8.666/93);
2. A averiguação da culpa *in eligendo* dependerá de análise do edital e planilha de custos (em cotejo com a Convenção Coletiva de Trabalho da categoria) e contrato, de modo a se averiguar a exequibilidade da proposta vencedora, salvo concretos indícios de fraude, os quais deverão ser fundamentados na decisão e oficiados ao Ministério Público.
3. A falta de observância das normas de fiscalização impostas pelos órgãos de controle para matérias genuinamente trabalhistas e matérias documentais atrairá a culpa *in vigilando*.
4. A Administração Pública deve se acautelar em relação a documentos inerentes ao tema saúde e segurança do trabalho, principalmente pela inserção de informações no edital acerca de condições penosas, insalubres ou perigosas averiguadas por perícia oficial em seu meio ambiente de trabalho, sendo certo que em havendo acidente de trabalho, deverá a tomadora dos serviços ser declarada responsável solidária.

Desta forma, acreditamos que com novos parâmetros objetivos conferidos ao inciso V da Súmula nº 331 do TST, mormente pela falta de regulação legal que o tema terceirização de serviços enfrenta, uma segurança jurídica maior poderá ser transmitida aos jurisdicionados que por ela são envolvidos, bem como à Justiça do Trabalho, tudo no intuito de se evitar prejuízo aos trabalhadores, à Administração Pública e à própria Justiça do Trabalho que, diuturnamente, recebe grande número de reclamações trabalhistas que poderia ser mitigadas já em âmbito administrativo.

9 PERSPECTIVAS

Uma das principais questões a serem enfrentadas no tocante a responsabilidade trabalhista da Administração Pública revelou-se ser o que se entende por e qual o alcance da fiscalização citada no corpo do inciso V da Súmula nº 331 do TST.

Realmente esta é uma indagação que se revela importante, pois, caso a Administração Pública pretenda mitigar o inadimplemento trabalhista e em última análise, absolver-se de uma condenação judicial, deverá demonstrar que fiscalizou corretamente a execução do contrato de prestação de serviços, não somente exigindo documentos de regularidade da contratada enquanto pessoa jurídica ou da contratada para com seus empregados, mas antes, comprovar que diante de qualquer irregularidade, mostrou-se pró-ativa de forma que esta pró-atividade pudesse garantir o adimplemento dos direitos trabalhistas dos terceirizados.

O que acontece nos corredores da Administração Pública, no vestiário dos terceirizados, na relação laboral existente entre a empresa contratada e seus empregados é algo que, potencialmente, escapa às mãos da Administração Pública, pois, não consegue fiscalizar. Assim, é coerente pensar que se a Administração pudesse fiscalizar e comandar o poder diretivo da empresa prestadora de serviços, ela não precisaria terceirizar.

Em assim sendo, a fiscalização, tendencialmente, concretiza-se na averiguação contábil de documentos e, eventualmente, em algum canal de comunicação que a Administração Pública possui com seus empregados e com os terceirizados, como uma conversa, 10 minutos por mês, com cada um dos empregados terceirizados, conforme sugerido no capítulo 6, item 6.1, o qual traz apontamentos para a realização de certames licitatórios e proposta de linha de conduta para o gestor público.

Caso assim proceda, a Administração Pública deve indagar o terceirizado buscando subsídios para ter a ciência se todos os seus haveres estão sendo pagos em dia; se suas horas extras estão sendo compensadas ou pagas; se o terceirizado possui ou possuía alguma enfermidade causada pelo trabalho ou por condições precárias de trabalho; se tais informações se encontram nos ASO que se encontram em posse da prestadora de serviço e dificilmente são levados ao conhecimento das tomadoras; se possui alguma estabilidade provisória, se há alguma queixa que gostaria de fazer sobre algum empregado da tomadora,

sobre algum outro terceirizado ou até mesmo sobre sua real empregadora, devendo o fiscal conhecer minúcias das relações existentes entre os terceirizados, pois, potencialmente, será cobrado em juízo, vez que, via de regra, na Justiça do Trabalho, a tomadora responde subsidiariamente por todas as verbas devidas ao Reclamante.

Mas o que o que fazer quando o número de terceirizados é tão vultoso a ponto de se tornar impossível ou inviável tal controle?

Todas estas são questões atuais e embora necessitem de um amadurecimento, parece que terão grande ajuda virtual, vez que a tendência é que, tal como as informações fiscais, de vínculo empregatício e de renda, todas as informações sociais passem a integrar o mundo digital.

Neste cenário nasce o eSocial (ESOCIAL..., 2014b) com uma promessa de revolucionar os Recursos Humanos ou melhor, tudo o que até então se pensou em fiscalização dos direitos dos trabalhadores, exibido *online* na velocidade de um clique.

- **eSocial:** O eSocial não é uma rede social, como o nome pode sugerir. Trata-se, em realidade, de um módulo do SPED, figura criada pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007 e alterada pelo Decreto nº 7.929, de 8 de abril de 2013.

De acordo com o art. 2º do Decreto nº 6.022, o SPED é um instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos empresários e das pessoas jurídicas de maneira eletrônica, conforme dispõe seu §1º.

Já o eSocial, de acordo com seu portal na *internet*, é “um projeto do governo federal que vai unificar o envio de informações pelo empregador em relação aos seus empregados” (ESCOLA..., 2014a).

Criado pelo Decreto nº 8.373 de 11 de dezembro de 2014, o eSocial institui o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial e possui, de acordo com seu art. 3º, os seguintes princípios:

- I - viabilizar a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- II - racionalizar e simplificar o cumprimento de obrigações;
- III - eliminar a redundância nas informações prestadas pelas pessoas físicas e jurídicas;
- IV - aprimorar a qualidade de informações das relações de trabalho, previdenciárias e tributárias; e
- V - conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

O eSocial é considerado o maior, mais complexo e mais crítico dos projetos vinculados ao SPED¹⁸⁰.

Carlos Henrique Oliveira¹⁸¹ diz que o eSocial é o cumprimento de toda a legislação trabalhista, fiscais e previdenciária através de uma única obrigação, qual seja, fazer a folha de pagamento no ambiente do eSocial.

Odair Rocha Fantoni (2014), em seu livro eSocial fácil – implantação consciente, entende que o eSocial será um divisor de águas nas relações trabalhistas, principalmente nas questões ambientais relacionadas a saúde ocupacional.

O autor já destaca na primeira orelha de sua obra: “Com toda certeza, um dos principais focos do eSocial é melhorar as condições de trabalho, diminuindo sensivelmente os riscos de acidentes de trabalho e doenças profissionais”.

Fontani leciona que o eSocial é, sem dúvida, após a criação da CLT, o instrumento mais importante criado quando pensamos nas relações entre empregadores, trabalhadores e governo. Destaca, ainda que é muito comum verificar ações que envolvem indenizações por acidente de trabalho, a falta de treinamentos obrigatórios ou, ainda, descaso relacionado ao uso de EPIs. (FANTONI, 2014. p. 9).

Desta forma, entende-se que o eSocial fará com que os empregadores revisem seus processos internos, treinem seus funcionários para conhecerem melhor as normas e se adequem à necessidade de realização de treinamentos e documentação constante das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

- **Objetivos do e Social:** Entre seus objetivos, de acordo com o art. 2o, §3º do Decreto nº 8.373, estão a de substituir as informações constantes da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, a GPS, os informes de rendimentos que o empregador entrega pessoalmente, o livro de registro dos empregados, a RAIS, o CAGED, a DIRF, ou seja, o eSocial tem por objetivo a entrega de informações de cunho previdenciário, tributário e fiscal relativas à contratação e utilização de mão de obra onerosa, com ou sem vínculo empregatício e também de outras informações previdenciárias e fiscais previstas na Lei nº 8.212/91.

¹⁸⁰ Assim disse a Senhora Luciana Miranda – Gerente Senior da Oracle (Senior Manager, PeopleSoft HCM Brazil Product Management) no 2o painel do IV Congresso Internacional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Evento realizado em 16 e 17 de outubro de 2014. São Paulo, hotel Maksoud Plaza.

¹⁸¹ Carlos Henrique Oliveira, auditor-fiscal da Receita Federal, no 3o painel do IV Congresso Internacional da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Evento realizado em 16 e 17 de outubro de 2014. São Paulo, hotel Maksoud Plaza.

Simploriamente, podemos conceber o eSocial como uma folha de pagamento online. Assim, ele deverá simplificar a entrega das informações e aprimorar a qualidade destas informações prestadas ao Estado.

Desta forma, além de atender a Receita Federal, esse projeto inclui o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que são os membros do seu Comitê Gestor.

Este comitê recepciona as demandas de inúmeros setores, principalmente dos contadores, que concentram empresas de diversos setores, para proporem e realizarem uma discussão de maneira ampla.

Obviamente que para se implantar um sistema que se pretende cruzar todas as informações sociais, levar-se-á tempo, mormente se for levado em conta que muitos dados sociais ainda precisam ser tratados, haja vista que existem relatos de inúmeras pessoas que possuem diversos números PIS, por exemplo. Isto para citar apenas um inconveniente.

O que se espera é que com o andamento do projeto e cruzamento das informações, tais incongruências podem ser consertadas uma a uma, sob demanda.

Já em relação à criatividade das empresas em mascarar benefícios, o eSocial dará um jeitinho de diminuí-la. Pelo fato de cada empresa fazer sua folha de pagamento de maneira desuniformizada, existem situações em que para uma, um pagamento extra significa bônus, para outra, pagamento extra é prêmio e assim vai. Tal diferenciação se reflete até na contribuição previdenciária incidente sobre determinadas rubricas mas não sobre outras.

Nota-se, contudo, que as empresas deverão ter que se reorganizar para cumprir tempestivamente as obrigações, pois, apesar de a legislação não ter se alterado em relação às obrigações a serem entregues, o que mudará será o modo como tais informações serão entregues, além do fato de a fiscalização ser on-line, fato que possibilitará averiguação das informações e multar automaticamente as empresas inadimplentes.

- **Saúde e segurança do trabalho:** Ainda é previsto para este módulo a alimentação de informações de saúde e segurança do trabalho, como as informações constantes dos ASOs, enviando-as diretamente à plataforma online, onde deverá, permanentemente, ser encontrada.

Assim, as empresas terão que ser extremamente minuciosas e cuidadosas com o

envio das informações, pois, especula-se que a CAT terá cruzamento com a descrição das atividades desempenhadas pelos empregados, inclusive com relação aos riscos mecânicos e ergonômicos. Caso isto ocorra, imaginamos ser possível a otimização de informações e revisão do RAT e FAP das empresas de maneira mais ágil e eficiente.

Além disso, no que se refere aos atestados de saúde ocupacional e exames complementares, os mesmos serão informados por meio de arquivos que conterão os ASO (admissional), todos os exames complementares exigidos de acordo com os riscos ambientais que o empregado estará sujeito, de modo que os processos admissionais deverão ser revistos e adequados a nova realidade.

De mais a mais, qualquer evento ligado aos afastamentos temporários do empregado deverão ser informados nos campos correspondentes. Em assim sendo, o empregado passará a contar com uma proteção nunca antes percebida.

Já em relação a processos de desligamento, o eSocial será ligado ao homolognet. Com tal ligação, haverá a previsão de que ao ser demitido, o sistema emita um alerta ao empregador avisando que ele possui uma estabilidade provisória, por exemplo.

Com a implantação definitiva deste sistema, o benefício será percebido na diminuição da burocracia e nas diminuições de possibilidades de erros de cálculo, perda de prazos e declarações inconsistentes, comuns hoje em dia.

Por outro lado, como a fiscalização acontecerá *online*, se as empresas não cumprirem com as obrigações pontualmente, serão multadas de maneira automática, ou seja, será preciso conhecer o funcionamento do eSocial e se adequar a este sistema que envolve a Receita Federal, o Ministério do Trabalho, o Ministério da Previdência Social e a Caixa Econômica Federal, o quanto antes, pois, caso haja desobediência em se adequar ao eSocial, o empresário poderá sentir no bolso.

- **Super fiscal:** Imagina-se que o sistema eSocial, em um futuro próximo¹⁸² poderá servir como verdadeiro fiscal dos direitos trabalhistas, tanto para a Administração Pública¹⁸³, enquanto detentora das informações, quanto para os magistrados, devendo-se alterar, até mesmo, a maneira como a prova é avaliada no caso concreto, vez que se pode imaginar que o juiz terá acesso a todas as informações que a empresa, por não precisar fazer prova contra si mesma, via de regra, omite.

---

¹⁸²Prorrogado por inúmeras vezes, principalmente pela complexidade que o envolverá e pela falta de regulamentação da Emenda Constitucional nº 72/2013, prevista para inaugurar o eSocial, tem início de vigência para o ano 2016.

¹⁸³Há uma previsão de centralização das informações apenas nos órgãos hoje titulares destas informações, devendo-se solicitar informações acerca das mesmas quando necessário.

Pelo exposto, temos a convicção que o eSocial será bom para todos os envolvidos: para o governo, porque só lhe falta estas informações sociais, pois, todas as demais (de cunho financeiro, previdenciário e tributário) ele já possui; para o trabalhador, porque ele terá seus direitos vigiados eletronicamente, com o intuito de que sejam adimplidos na totalidade; para a empresa, que poderá conhecer o tempo de contribuição do empregado, eventuais estabilidades pré aposentadoria, acidentes em outros locais de trabalho, vai poder solicitar extrato de FGTS de maneira mais rápida, unificar todas as informações que hoje são entregues de forma repetida etc.

É razoável pensar que a Administração Pública, em um futuro próximo, poderá, inclusive, ter um módulo espelho das informações sociais dos empregados de suas prestadoras de serviços. Desta forma, caso tal módulo exista, uma vez constatadas as irregularidades, enquanto tomadora dos serviços, ela poderá ser informada por um simples *beep* ou alerta ou até mesmo um e-mail e caso não tome qualquer providência, fácil será a averiguação pelo magistrado para condená-la judicialmente. Bastará o julgador verificar, pelo próprio sistema que a Administração Pública já sabia do ilícito e nada fez. Assim, ficará bem mais fácil condená-la com base na nebulosa e ainda parcialmente incompreendida culpa *in vigilando* ou absolvê-la, em caso de constatação de conduta pró-ativa que visou garantir o adimplemento trabalhista.

Pondera-se, contudo, que a especulação supra dependerá de vontade política, pois, de acordo com o §2º do art. 8º do citado decreto, “Os integrantes do Comitê Gestor terão acesso compartilhado às informações que integram o ambiente nacional do eSocial e farão uso delas no limite de suas respectivas competências e atribuições, não podendo transferi-las a terceiros ou divulgá-las, salvo previsão legal”.

Deve-se registrar, ainda, que o §3º do decreto em testilha diz que “as informações de natureza tributária e do FGTS observarão as regras de sigilo fiscal e bancário, respectivamente”.

Enfim, mesmo que ainda no berço, por onde se olha, parece que o eSocial já ameaça fechar o cerco para aqueles que trabalham “fora da lei”.

Desta forma, com o advento e funcionamento do eSocial, ou como preferimos chamá-lo, o superfiscal eletrônico, a fiscalização dos haveres trabalhistas será a regra e não mais a exceção, desta forma, dúvidas quanto ao que se deve considerar como fiscalização (Súmula nº 331 do TST) passarão a ter menor importância, sendo certo que o superfiscal passará a fornecer tais informações e o que importará será a conduta pró-ativa da

Administração Pública na garantia do adimplemento dos haveres trabalhistas.

De fato, tal possibilidade vai ao encontro da necessidade de fiscalização eficiente dos haveres trabalhistas devidos aos “terceirizados” no âmbito da Administração Pública, tema desta dissertação.

- **Estudo comparado:** Registra-se que a Argentina (REPÚBLICA DA ARGENTINA, 2014) e a Itália (INPS..., 2014) já possuem experiências análogas, mas ainda é muito cedo para se colher resultados. Apesar de não se ter muitas notícias da experiência na Argentina, a parceria com a Itália anda de vento em popa.

O CIPS, Centro de Informação em Proteção Social, informa que foram realizadas reuniões bilaterais entre a delegação italiana e os órgãos brasileiros envolvidos no projeto eSocial (Receita Federal, Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, Ministério do Trabalho e Emprego e Caixa Economia Federal).

- Como encaminhamento futuro, a delegação brasileira sugeriu um aprofundamento na cooperação dos dois países em relação aos seguintes temas: Ampliar o intercâmbio dos sistemas desenvolvidos para o empregador doméstico e também para as empresas (Portal Italiano e eSocial);
- Estabelecer intercâmbio ou cooperação com objetivo de aprimoramento mútuo dos mecanismos de controle e fiscalização referentes à criação de vínculos empregatícios fraudulentos com objetivo de geração de pagamentos indevidos de benefícios;
- Realizar troca de experiências sobre a fiscalização de empresas visando ao combate de fraudes previdenciárias (CENTRO DE INFORMAÇÃO EM PROTEÇÃO SOCIAL (2014).

CONCLUSÃO

Examinou-se a responsabilidade trabalhista da Administração Pública sob o prisma que advém do ainda amorfo inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e da consequente falta de parâmetros objetivos que esta diretriz imprime à terceirização de serviços fruto de uma licitação que busca um contrato com base no menor preço, vez que não há regulação legal, sentido estrito.

As reflexões críticas aqui presentes partiram da premissa que, nada obstante a terceirização de serviços representar prática que tendencialmente precariza as relações de trabalho, pode representar práxis salutar se os direitos fundamentais dos trabalhadores forem respeitados, quer seja por uma representação sindical com poder de negociação perante a empresa tomadora, quer seja pela garantia do adimplemento dos mínimos direitos ajustados no início do contrato de trabalho.

Apesar de a questão da representação sindical ainda não se revelar favorável aos terceirizados, pois, não são representados pelo sindicato profissional da categoria da tomadora, o que se espera um ideal seja atingido, a questão da garantia do adimplemento dos direitos trabalhistas pela Administração Pública é favorável aos vulneráveis e débeis economicamente, revelando-se viável sua prática, caso lícita, ou seja, realizada em determinadas atividades que não as atividades nucleares da Administração Pública.

Confundida com várias outras técnicas de transferência de serviço a terceiros, a terceirização de serviços de atividades-meio realizada pela Administração Pública possui características próprias e não deve ser colocada no mesmo patamar que a terceirização realizada em âmbito privado, onde, sob a desculpa da busca por serviços especializados, o que mais se percebe é a constante busca pelo lucro resultante da opção pelo menor preço de modo indiscriminado e consequente aviltamento dos direitos trabalhistas, vez que, o único insumo que as empresas prestadoras de serviço possuem é a mão de obra e disputam o mercado com métodos duvidosamente sadios.

Por outro lado, é salutar pensar que se a Administração Pública deseja continuar a terceirizar serviços e busque garantir dignidade aos terceirizados, ela deve pensar, por meio daqueles que legislam, os senhores deputados e senadores, se o que realmente se procura ao contratar serviços é menor preço ou se é o melhor custo-benefício. Caso este último seja opção, em quais padrões poderia se conseguir seu ideal e de maneira objetiva, é pergunta

salutar que demandará muita reflexão.

Há de ser ressaltado que, nada obstante, conquanto não haja uma legislação específica que proteja o terceirizado, a Administração Pública possui condições especiais de garantir o adimplemento dos direitos trabalhistas dos terceirizados, diferentemente do que ocorre no setor privado.

Assim, a terceirização de serviços em atividades-meio realizada por entes públicos revela-se modelo restrito, excepcional, acessório, carecedor de uma tutela legislativa única e especial ou, ao menor, direcionamento jurisprudencial especial que concentre os substantivos legais e proteja o trabalhador terceirizado, diminuindo os sintomas de um contrato de trabalho tendencialmente precário.

E no que se refere a sua regulação dentro da Administração Pública, nada obstante possuir sinais de prática inconstitucional, a contratação de serviços para atividades-meio, chamadas, também, de atividades de mera execução ou acessórias, é prática prevista em nossa legislação. Primeiramente prevista no Decreto-Lei nº 200/67, teve suas hipóteses aumentadas pela Lei nº 5.645/70, foi jurisprudencialmente regulada pela Súmula nº 256 e atualmente encontra guarida no inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Acolhida pelos arts. 37, XXI e 173, §1º, III, de nossa Constituição Federal, a prática da terceirização de serviços foi o pano de fundo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, a qual questionou a presunção de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, que proíbe a transferência da responsabilidade pelo inadimplemento trabalhista à Administração Pública, em aparente contrariedade à citada diretriz da Justiça do Trabalho.

Ao contrário do que se esperava do julgamento da ADC 16 pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo da lei de licitações foi declarado constitucional e passou-se, por um tempo, a impressão que a Súmula nº 331 havia sido derrotada até que o Tribunal Superior do Trabalho deu nova redação à citada diretriz jurisprudencial e a enxertou com mais dois incisos, dando-lhe vida nova.

Ocorre que novos problemas daí surgiram, principalmente pelo fato de a nova diretriz não ter sido formada após consolidação de jurisprudência, o que se espera de um tribunal ao editar uma súmula, razão pela qual, com fundamento nos julgados posteriores à sua nova redação, buscou-se estabelecer diretrizes objetivas no intuito de obtenção de segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito.

E para cumprir tamanho objetivo, analisou-se uma recomendação paradigma do TCU, fruto de um estudo realizado por meio de uma auditoria operacional, a qual possibilitou instrumentalizar os órgãos governamentais com elementos técnicos no intuito de robustecer o controle que possuem em relação a garantia de cumprimento de um contrato de prestação de serviços fruto de licitação, bem como da quitação dos haveres trabalhistas dos trabalhadores empregados em tais contratos.

À guisa de conclusão, considerando a jurisprudência formada pelo TST e pelo STF, o estudo especializado e a jurisprudência do TCU, os problemas oriundos de uma falta de objetividade na diretriz emanada pela Corte Trabalhista, entendeu-se que a responsabilidade trabalhista da Administração Pública vai além de exigências de documentos.

Ela vai além do que, à primeira vista, pode-se entender por fiscalização contábil do cumprimento dos deveres contratuais e legais trazidos na redação da Súmula nº 331 do TST e ganha novos contornos ao se apoiar na pró-atividade da busca da efetividade dos direitos fundamentais e da garantia da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização: normatização - questionamentos. *Rev. TST*, Brasília, vol. 74, n. 4, out/dez 2008. p. 17.

ABREU, Alzira Alves de (Coord.) et al. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL escola. Pen drive. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/informatica/pen-drive.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão TCU 3243/2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2012-12-10;3493>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Documento datado: 28/11/2012.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Memorando circular n. 001/2014-CGU/AGU. Disponível em: <<http://ifc.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/Anexo-Portaria-04-Parecer-AGU-Resposta...ade-Subsidi%C3%A1ria-2-1.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito Estado e Sociedade*. v. 9. n. 29. p. 49-68. jul./dez. 2006.

AMORIM, Helder Santos. Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: Ltr, 2009. p. 48.

BERGAMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade*. Coordenador:. São Paulo: LTr, 2003. p. 279.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 3 jul. 2009

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. *Pregão eletrônico: manual do pregoeiro*. 2. ed. ver. Brasília: MP, 2005. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/MANUAL_DO_PREGAO_ELETRONICO-PREGOEIRO_JULHO_2006.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais Secretaria-Geral e do Tribunal Pleno Coordenadoria de Taquigrafia. Coordenadoria de Acórdão. *Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno*. Disponível em: <<http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/420035>>. Acesso em: 2 dez. 2014. Sessão: 03/07/2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, ed. janeiro-abril, 1996. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. *Todas as Constituições do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed., Coimbra : Coimbra, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.

Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. *A terceirização das relações laborais*. São Paulo: Ltr, 1996.

CHASE, Richard B.; AQUILANO, Nicholas J. *Gestão da produção e das operações: perspectiva do ciclo de vida*. Lisboa: Monitor, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

CORREA, Isabel Margarido. *Quem está obrigada ao cumprimento da IN n. 02/08*. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/tag/sisg/#.VH9fMhaNxD0>> Acesso em: 1 dez. 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Licitações e Contratos do Estado*. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. Saraiva, 1992.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de contas no brasil: natureza jurídica e alcance das suas funções, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública*. Dissertação apresentada à Universidade do Vale do Itajaí – Univali, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. Amorim, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: Ltr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Acórdão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado na íntegra - Cooperativa - Fraude - Terceirização Ilícita - Vínculo Empregatício*. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: Síntese - IOB, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Curso de Direito do trabalho*, 4.ed., São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho*. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de Direito do trabalho*, 4.ed., São Paulo: LTr, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito Administrativo*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007

_____. Terceirização municipal em face da lei de responsabilidade fiscal. In: FORTINI, Cristiana. (Org.). *Terceirização na administração*. 2. d. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Transformações da organização administrativa. Diretrizes, relevância e amplitude do anteprojeto. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER Jr., Fredie. BRAGA; Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: jusPodium, 2007. v. 2.

DINIZ, Bismarck Duarte. Flexibilização: uma abordagem crítica. In: *Revista do Ministério*

Público do Trabalho/ Procuradoria-Geral do Trabalho, Brasília, ano 12, n. 23, p. 106-120, mar. 2002.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, n. 60, p. 624- 638, 1963.

EMPREGOS formais em outubro Têm o pior resultado desde 1999. <http://www.cntc.org.br/?post_type=noticias&p=578>. Acesso em 30 nov. 2014.

ESOCIAL. *Portal do eSocial*. Disponível em: <<http://www.esocial.gov.br/>>. Acesso em: 19 dez. 2014b.

_____. *Conheça o eSocial*. Disponível em: <<http://www.esocial.gov.br/Conheca.aspx>>. Acesso em: 19 dez. 2014a.

FANTONI, O. R. *eSOCIAL fácil: implantação consciente*. São Paulo: Ltr, 2014.

FAYOL. *Administração Industrial e Geral*. Tradução Irene de Bojano e Mário de Souza. 10. ed. São Paulo : Atlas, 1994.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial – Notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 30, 2007. p. 43-61.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Paula. Afinal, o que é terceirização? Em busca de ferramentas de análise e de ação política. *Revista Pegada*, v. 8, n. 2, p. 57, dez. 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo : Malheiros, 2000.

FREIRE, Lucas Alves. Breve reflexão sobre a terceirização trabalhista na Administração Pública. *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*, Belo Horizonte, ano 15, n. 96, p. 185-200, nov./dez. 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 30, n. 352, p.16. abr. 2013.

GIGLIO, Wagner D. Terceirização. São Paulo: *Revista LTr.*, ano 75, nº 04, abril de 2011, p. 391-394.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Augusto Mello. Rui: Uma Visão do Controle do Dinheiro Público - uma análise contemporânea, In: BRASIL, Tribunal de Contas da União. Rui Barbosa : uma visão do controle do dinheiro público - Brasília : Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedillo Corrêa, 2000.

GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MANNAH , James . General Motors workers and their 18-day stricke. disponível em: <http://archives.savannahnow.com/sav_pdf_archive/text/fr140/A_2322035.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2014.

INPS facile. Disponível em: <<http://www.inps.it/portale/default.aspx>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. _____. 9. ed. Paulo: Dialética, 2002.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 2005b.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LAMARCA, Antônio. Curso Normativo do Trabalho. Revista dos Tribunais, 1993.

LEIRA; SOUTO; SARATT. *Terceirização: Uma Abordagem Estratégica*, São Paulo: Pioneira, 1996.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: RT, 1998.

MAJNONI D'INTIGNANO, Béatrice. *A fábrica de desempregados*. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 101, p. 281-298. jan./dez. 2006.

MARCELINO, Alice. Zara tem responsabilidade sobre terceirização irregular, diz especialista. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/54093/zara+tem+responsabilidade+sobre+terceirizacao+irregular+diz+especialista.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2014. Matéria publicada em: 02/12/2011 - 00h47.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/arquivos/artigo/69_Floriano-%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2009.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. v.1.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese (apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor

Titular). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013).

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto Regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun. 2002.

_____. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Direito Administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. _____. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. _____. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. _____. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 324.

_____. _____. *Licitação e contratos administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Perguntas e respostas sobre o homolognet – Versão 3.1*. Disponível em:
<http://portal.mte.gov.br/ass_homolog/perguntas_respostas/perguntas-e-respostas.htm#a0101>. Acesso em: 19 dez. 2014. Título desse link toda informação aqui

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. 2003.

MOREIRA NETO. *A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos*.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 4. ed., 2000.

_____. Terceirização: lícita e ilícita. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 9, p. 3, 2006.

_____. _____. Carta Forense, v. 60, p. 4-4, 2008.

_____. Responsabilidade subsidiária da administração pública na terceirização. Carta Forense, v. 13, p. B-6, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo. v. 83, p. 5-25, 1993.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa; NOGUEIRA, Paulo Roberto Cabral. *Direito tributário aplicado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Direito do Trabalho em sintonia com a nova Constituição*. São Paulo: RT, 1993.

_____. *Comentários às súmulas do TST*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Tiago Ranieri. Instrução Normativa n. 3 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) como Instrumento ao Combate ao “Calote” na Terceirização no Âmbito da Administração Pública. *Revista LTr*, São Paulo, ano 76, n.10, p. 1216, out. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Cláusulas de Trabalho em

Contratos com Órgãos Públicos. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/462>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

ORIGEM da licitação. Disponível em <http://www.licitacao.net/origem_da_licitacao.asp>. Acesso em: 29 nov. 2014.

PARALISAÇÃO: unidade no Tennessee sem problemas trabalhistas pode aderir ao movimento. <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi21079824.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2014

PASTORE, J. A polêmica sobre a terceirização. Revista do Instituto Brasileiro de Siderurgia. nov. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. *Boletim de direito municipal*, v. 23, n.3, p. 191-201, mar. 2007.

_____. Gestão dos contratos administrativos. BLC: *Boletim de licitações e contratos*, v. 21, n.1, p.1-12, jan. 2008.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertórios de conceitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000. v. 1.

PESQUISA do Sindeprestem atualiza dados da terceirização no Brasil. Disponível em: <<http://corhale.org.br/destaques/pesquisa-do-sindeprestem-atualiza-dados-da-terceirizacao-no-brasil/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

PL 4330 é desqualificado em debate na OAB 4330 é desqualificado em debate na OAB <<http://www.bancariosdf.com.br/site/acordos/pl-4330-e-desqualificado-em-debate-na-oab>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

POCHMANN, Marcio. *Trabalhador terceirizado em ascensão: Crescimento, Direitos e conquistas*. São Paulo: SINDEEPRES. 2014.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização – Aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Atlas. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*: tomo III, arts. 32-117. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

PORTARIAS. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/gestor-de-compras/legislacao/portarias>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

PRESIDENTE do Sindeepres é entrevistado no programa ABCD Direito. Disponível em: <<http://sindeepres.org.br/index.php/destaques/373-presidente-do-sindeepres-e-entrevistado-no-programa-abcd-direito-trabalhista.html>>. Acesso em: 26.11.2014.

PREGÃO já é a modalidade mais usada. Disponível em: <http://www4.serpro.gov.br/noticias-antigas/noticias-2004/20040629_08>. Acesso em: 1 dez. 2014. Documento datado: 2004.

PYL, Bianca. *Cosan viola acordos trabalhistas e aceita desembolsar R\$ 3,4 mi*. Disponível em <<http://reporterbrasil.org.br/2010/01/caso-cosan-aliciamento-dividas-e-cortador-de-17-anos/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. *Terceirizado está mais sujeito a acidente de trabalho, diz MTE*. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2012/04/terceirizado-esta-mais-sujeito-a-acidente-de-trabalho-diz-mte/>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares. *Manual de Terceirização*. São Paulo: STS, 1995.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

RE/760931 - Recurso extraordinário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=54&dataPublicacaoDj=19/03/2014&incidente=4434203&codCapitulo=6&numMa>te

RELATÓRIO final da CPI das carvoarias. Disponível em: <<http://dspace.almg.gov.br/xmlui/handle/11037/14441?show=full>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

REPÚBLICA DA ARGENTINA. Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social. Disponível em: <<http://www.trabajo.gob.ar>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. RT 513, jul. 1978, p. 43.

ROBORTELLA, L. C. A. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

ROBERTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização: tendências em doutrina e jurisprudência. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22549-22551-1-PB.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Desconcentração produtiva. Terceirização. In: *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994a.

_____. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 1994b.

_____. Terceirização. aspectos jurídicos responsabilidades, direito comparado. Revista Ltr, São Paulo, v. 58, n. 8, ago.1994b.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SAMPAIO DÓRIA, Antonio. *Direito Constitucional. Comentários à Constituição de 1946, arts. 1º a 77*: São Paulo: Max Limonad, 1960. 2v.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A responsabilidade subsidiária trabalhista e o dever de a Administração contratante adotar medidas efetivas que afastem o prejuízo dos trabalhadores no caso de inadimplemento da contratada. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, n. 229, p. 464-269, mar. 2013a.

_____. SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Terceirização. Revista Zênite: ILC: Informativo de Licitações e Contratos nº 229, mar/2013b.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SDI-1suspende julgamento de processo sobre responsabilidade subsidiária de ente público
Disponível em:
<http://www.tst.jus.br/web/guest/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/1196584>.
Acesso em: 08 dez. 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Responsabilidade patrimonial do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. Ed. LTr. São Paulo. 2004.

SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização no processo do trabalho - legitimidade - condenação solidária ou subsidiária e intervenção de terceiros: implicações. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 131, p. 9-19, 2000b.

_____. Carta aberta aos terceirizados e à comunidade jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém. v. 44. n. 86. p. 135-48. jan./jun. 2011.

_____. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista TST*, Brasília, v. 70, n. 1, jan./jul. 2004.

_____. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 17, p. 87-117, 2005.

_____, Jorge Luiz. Massacre de trabalhadores nunca mais: o exemplo do Paraná. Blog da Boitempo. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/category/colunas/jorge-luiz-souto-maior-colunas/>>. Acesso em: 16 maio 2015.

_____. _____. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf>> Acesso em: 4 nov. 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAYLOR, Frederick Winslow. *Princípios de Administração Científica*. Tradução Arlindo Vieira Ramos]. 8 ed., São Paulo : Atlas, 1990

TERCEIRIZAÇÃO e desenvolvimento, uma conta que não fecha: dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo : DIEESE/CUT:, 2011. Disponível em:
<http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf> Acesso em: 03 nov. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à Lei em Tempos de Crise. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 21, p. 61-70, jul./dez. 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 8, p. 155, abr. 1997. Cad.2.

VIANA, Márcio Túlio. Delgado, Gabriela Neves. Amorim, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011.

VIDAL NETO, Pedro. *Terceirização*. *Revista Synthesis*, São Paulo, 1993.

_____. Aspectos Jurídicos da Terceirização. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 80, p.23-30, dez. 1992.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. *Relação de emprego: estrutura legal e ressupostos*, 1975.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 7, n. 26, 1998.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

VOLKSWAGEN pagará R\$ 1 mi por terceirização ilícita. Disponível em:
<<http://mpt.jusbrasil.com.br/noticias/112387969/volkswagen-pagara-r-1-mi-por-terceirizacao-ilicita>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

WEBSITES VISITADOS

ARAÚJO, Guilherme; KAFRUNI, Simone. Governo federal gasta pelo menos R\$ 8 bilhões com mão de obra terceirizada. *Correio Brasiliense*, Brasília, 29 abr. 2014. <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2014/04/29/internas_economia,425178/governo-federal-gasta-pelo-menos-r-8-bilhoes-com-mao-de-obra-terceirizada.shtml>. Acesso em: 10 dez. 2014

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova projeto que permite terceirização da atividade-fim de empresa Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/486413-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PERMITETERCEIRIZACAO-DA-ATIVIDADE-FIM-DE-EMPRESA.html>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Convenção nº 094. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_094.html>. Acesso em: 18 mai. 2015.

CENTRO DE INFORMAÇÃO EM PROTEÇÃO SOCIAL. Brasil: Cooperação Brasil (E-Social) e Itália (INPS) no âmbito do Programa EUROSOCIAL II. Disponível em: <<http://www.extensao-protecsocial.com/arquivo/9-noticias/3899-.html>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Terceirização trabalhista. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/trabalhista-503349794>> Acesso em: 29 dez. 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Terceirização e moralidade pública. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7881/terceirizacao-e-moralidade-publica>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69> Acesso em: 1 dez. 2009.

_____. *A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. Artigo publicado na data 13/03/2008 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.* Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69>. Acesso em: 01 dez. 2012.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Resolução regulamenta o teletrabalho no âmbito do TST. Disponível em <<http://www.soniamaasco.com.br/index.php/sonia-mascaro/artigos/135-resolucao-regulamenta-o-teletrabalho-no-ambito-do-tst.html>>. Acesso em: 26 nov. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *História*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 3 nov. 2014

SANDEL, Michael. Principles of Morals and Legislation (1780). Disponível em: <<http://www.justiceharvard.org/resources/jeremy-bentham-principles-of-morals-and-legislation-1780/>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

SHAKESPEARE, William. *The tragedie of Hamlet*. [1603]. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/gu002265.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A terceirização e os impactos no mundo do trabalho*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dGcaQvQ8hKk>>. Acesso em: 10 dez. 2014. Palestra do autor apresentada no Seminário “Terceirização e os Impactos no Mundo do Trabalho” realizado no Sindicato dos Bancários em 27 de maio de 2011.

_____. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. Boletim Científico, Brasília, ano 4, n. 17, p. 87-117, out./dez. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional>>. Acesso em: 4 nov. 2014a. _____ Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

_____. Etanóis Neles. Conteúdo disponível em <http://www.migalhas.com.br/mobile/mig_materia.aspx?cod=100181>. Acesso em: 25 nov. 2014a.

_____. Terceirização elimina responsabilidade social do capital. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-set-08/jorge-luiz-souto-maior-terceirizacao-elimina-responsabilidade-social-capital>>. Acesso em 26 nov. 2014b.

_____. Massacre de trabalhadores nunca mais: o exemplo do Paraná. Blog da Boitempo. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/category/colunas/jorge-luiz-souto-maior->

colunas/>. Acesso em: 16 mai 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STF nº 610, de 22 a 26/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspenso julgamento de reclamação sobre responsabilização do Estado em caso de terceirização. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=265847>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portal TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/logistica/repositorio_qrn/wikic/001.003.009.htm>. Acesso em: 20 dez. 2014

ANEXO

ANEXO A
ACÓRDÃO Nº 1.214/2013-TCU-PLENÁRIO

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 006.156/2011-8

Natureza: Representação.

Órgão: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP).

Interessada: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).

Advogado constituído nos autos: não há.

Sumário: REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

2. Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.

3. Inicialmente, para cumprir essa determinação, realizou-se uma primeira reunião com representantes do TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP e da Advocacia-Geral da União – AGU, que corroboraram as percepções do Tribunal, reforçando a pertinência da realização do trabalho conjunto determinado pelo ex-Presidente desta Corte.

4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao

encerramento desses contratos. Destacam-se a seguir, os tópicos abordados pelo referido grupo:

- I. Breve histórico
- II. Gestão de Contratos
  - a) Documentação exigida na fiscalização contratual
  - b) Retenção de valores próxima ao final da vigência
  - c) Validade das apólices de seguro
  - d) Controle de encargos previdenciários
  - e) Controle do recolhimento do FGTS
  - f) Outros documentos
  - g) Conta vinculada
- III. Procedimentos Licitatórios
  - a) Qualificação econômico-financeira
  - b) Qualificação técnico-operacional
    - 1. Local do escritório para contatos
    - 2. Atestados de capacidade técnica
    - 3. Experiência mínima de 3 anos
    - 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
    - 5. Idoneidade dos atestados
  - c) Qualificação técnico-profissional
  - d) Garantia contratual
  - e) Casos de parcelamento do objeto
  - f) Técnicas de orçamentação
  - g) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
  - h) Percentuais de encargos sociais e LDI
  - i) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
  - j) Fixação de sanções
  - l) Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica
- IV. Conclusão
  - a) Experiência do TCU
  - b) Resumo das propostas
  - c) Proposta de encaminhamento

5. Transcrevo trecho do relatório que tratou dos pontos acima, firmado por representantes dos órgãos acima mencionados, em 8/12/2010 (peça 1).

“II – GESTÃO DE CONTRATOS

16. Neste item, serão analisadas as propostas do grupo relacionadas à etapa de gestão contratual. Serão vistos os critérios utilizados para a regular fiscalização e pagamento, bem como as estratégias adotadas pela Administração para evitar prejuízos causados por empresas contratadas.

II.a – Documentação exigida na fiscalização contratual

17. Inicialmente, o Grupo de Estudos realizou breve levantamento das medidas atualmente adotadas pela Administração para evitar prejuízos causados pelas empresas terceirizadas aos trabalhadores e ao Erário.

18. Constatou-se que diversas providências já estavam sendo tomadas. Entretanto, as soluções apresentavam, à primeira vista, potenciais desvantagens: poderiam carecer de amparo legal e eram inefficientes e extremamente onerosas para o setor público, o que poderia até mesmo inviabilizar a terceirização.

19. Sem exceção, as providências adotadas têm sido sempre no sentido de intensificar o controle exercido sobre as contratadas, o que necessariamente aumenta o número de empregados e encargos na fiscalização desses contratos.

20. Dentre essas soluções, destaca-se a exigência de inúmeros documentos com a finalidade de verificar detalhadamente o cumprimento pelas empresas contratadas de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Para viabilizar a adoção desse procedimento, foram criadas unidades específicas, com custos excessivamente elevados, para conferência dessa documentação. A fiscalização, ao invés de se preocupar com o cumprimento do objeto do contrato, passou a utilizar seu tempo para examinar documentos. Além disso, os servidores destacados para o exercício dessa função precisam de treinamento específico, já que não detêm a qualificação necessária.

21. A documentação atualmente exigida supera, em muito, a orientação constante na Lei de Licitações. O art. 29, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, fixa orientação no sentido de que os contratados comprovem a regularidade para com as fazendas federal, estadual e municipal e para com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, comumente demonstrada mediante a apresentação de certidões negativas emitidas pelos órgãos fiscalizadores.

22. Nada obstante, a Administração passou a exigir uma quantidade cada vez maior de documentos das contratadas com a finalidade de se resguardar de possíveis prejuízos com o não pagamento de verbas trabalhistas e/ou da responsabilidade subsidiária por débitos previdenciários não pagos.

23. Além das cinco certidões exigidas pela Lei nº 8.666/93, a Administração passou a solicitar das contratadas cerca de 19 documentos, abaixo relacionados, apresentados em cópias autenticadas ou acompanhadas dos originais, conforme previsto na IN/MP 02/2008:

- a) Protocolo de Envio de Arquivos, emitido pela Conectividade Social (GFIP);
- b) Guia de Recolhimento do FGTS (GRF) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;
- c) Relação dos Trabalhadores Constantes do Arquivo Sefip (RE);
- d) Relação de Tomadores/Obras (RET);
- e) Comprovante de Declaração à Previdência;
- f) Guia da Previdência Social (GPS) com a autenticação mecânica ou acompanhada do comprovante de recolhimento bancário ou o comprovante emitido quando recolhimento for efetuado pela Internet;
- g) carteiras de trabalho;
- h) folhas de pagamento;
- i) comprovação de depósito do salário em banco;

- j) contra cheques;
- k) rescisões de contratos;
- l) comprovação de pagamento de vales-transportes e auxílio alimentação;
- m) CAGED;
- n) RAIS;
- o) Recibo de férias;
- p) Atestados médicos admissionais e demissionais;
- q) certidão negativa de débitos salariais;
- r) certidão negativa de que não emprega crianças (menores de quatorze anos) em suas atividades;
- s) comprovação de obrigações previstas em convenção coletiva;

24. Trata-se, como visto, de documentos de cunho previdenciário, trabalhista e sindical. Muitos deles são complexos e exigem conhecimentos específicos para sua avaliação. Além disso, para uma análise mais precisa, o fiscal necessitaria dispor de recursos técnicos como, por exemplo, acesso a sistemas da Receita Federal do Brasil e da Caixa Econômica Federal, o que nem sempre é possível, pois essas informações são protegidas por sigilos fiscal e bancário.

25. Para que se tenha uma noção da dimensão das exigências formuladas pela Administração Pública, a empresa contratada pelo TCU para prestar serviços terceirizados de recepção (equivalente a 140 prestadores de serviço), entrega para análise, mensalmente, volume que ultrapassa 250 folhas, sendo necessárias centenas de cálculos para a conferência de valores.

26. No exemplo citado no parágrafo anterior, apesar de a contratada ter apresentado documentos perfeitamente regulares durante toda a execução, não honrou com os encargos sociais e verbas rescisórias dos empregados, tornando inócuo todo o trabalho de exame documental.

27. Nota-se que está ocorrendo uma transferência de responsabilidade pelas atividades de fiscalização. As que deveriam ser exercidas por órgãos específicos, tais como Receita Federal do Brasil, INSS, etc., estão ficando a cargo do fiscalizador de contratos (realizadas por servidores de forma específica em cada contrato). Tal procedimento não parece adequado, pois tende a sobrecarregar o fiscal com diversas análises complexas sem, entretanto, gerar maiores garantias aos trabalhadores terceirizados.

28. No caso da documentação previdenciária, é importante ressaltar que a Receita Federal do Brasil – RFB possui em seus quadros pessoal especializado, selecionado em concurso público específico, com a atribuição exclusiva para fiscalizar essa contribuição, além de uma estrutura operacional voltada especialmente para essa finalidade.

29. Do mesmo modo, com relação ao FGTS e demais vantagens trabalhistas, o Ministério do Trabalho possui em seus quadros, pessoal altamente especializado, selecionado mediante concurso público rigoroso que exige conhecimentos específicos, para fiscalizar os direitos do trabalhador e uma estrutura operacional adequada às suas necessidades de fiscalização. Ademais, a Caixa Econômica Federal presta relevante apoio no que se refere à gestão do FGTS.

30. Igualmente, os sindicatos da categoria possuem uma estrutura adequada para examinar e fiscalizar os direitos de seus filiados.

31. Dessa forma, o Grupo de Estudos entende como desproporcional que se exija de servidores públicos contratados, no mais das vezes, para desempenharem funções específicas, como engenheiros, contadores, administradores, agentes administrativos, além de fiscalizarem o objeto de seus contratos, conforme preceitua o art. 67 da Lei 8.666/93, que examinem toda essa documentação, volumosa e extremamente complexa, sem os instrumentos adequados, com sérios riscos de responsabilização pessoal.

32. Propomos, portanto, que os pagamentos das contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista na Lei nº 8.666/93, e a garantia de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias seja obtida a partir de outros procedimentos, os quais serão explicados posteriormente neste relatório.

33. No entanto, caso se entenda que a documentação relacionada na IN/SLTI/MP nº 02/2008 deve continuar sendo solicitada e examinada de forma exaustiva, o Grupo de Estudos sugere que seja realizado estudo para viabilizar a “quarteirização” de serviços, mediante a contratação de empresa especializada na área contábil e administrativa, com a finalidade de prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67, da Lei nº 8.666/93, dado o volume e a complexidade dos documentos e a incapacidade dos fiscais em realizar esse exame.

34. Como alternativa, o grupo discutiu a possibilidade de o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP solicitar à Caixa Econômica Federal que realize estudos com o objetivo de verificar a viabilidade de os pagamentos de terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira, selecionada pela administração, a qual teria como obrigação verificar a pertinência de toda a documentação ora examinada por servidores e como contrapartida teria assegurado o depósito dos salários dos empregados.

35. Confirmada a viabilidade jurídica para a administração estabelecer tal mecanismo de controle e definido qual diploma legal seria adequado, o estudo realizado pela Caixa Econômica Federal poderia prever a viabilidade de leilão da folha, com base no levantamento efetivo do volume de terceirizados existentes, estabelecendo a obrigatoriedade da abertura de contas-salário em conformidade ao que estabelece a Resolução do Conselho Monetário Nacional CMN (BACEN) nº 3.402, de 06/09/2006, que dispõe sobre a inexistência de tarifas bancárias para tais contas.

36. O Ministério do Planejamento poderá analisar também a viabilidade da contratação direta da Caixa Econômica Federal, por ser responsável pelo Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – Sefip, que encaminha as informações da Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP, vez que poderia confirmar ainda o efetivo recolhimento, minimizando assim o controle individual a ser realizado pelos órgãos contratantes.

37. Em síntese, o Grupo compreende que os fiscais de contratos não possuem os conhecimentos necessários para examinar a documentação atualmente exigida pela SLTI/MP. Além disso, os procedimentos adotados não possuem a eficiência desejada para coibir práticas irregulares por parte das contratadas no cumprimento de suas obrigações.

II.b – Retenção de valores próximo ao final da vigência

38. O momento mais importante na fiscalização dos contratos é a rescisão, já que é aí que a contratada sofre desembolso mais vultoso devido às verbas rescisórias. Neste momento, é comum que os empregados terceirizados ingressem com ações trabalhistas pleiteando benefícios que poderão ser arcados pela própria Administração, já que esta responde subsidiariamente.

39. Para que se tenha uma dimensão do problema, diversos contratos firmados pelo TCU nos últimos anos apresentaram problemas e foram rescindidos, obrigando a Administração a contratar emergencialmente esses serviços, repetindo desnecessariamente licitações que poderiam ser realizadas a cada cinco anos.

40. Nesses casos, a Administração do TCU, com o objetivo de evitar prejuízos aos empregados e à União, reteve cautelarmente os valores das últimas faturas e pagou diretamente aos empregados terceirizados os salários e demais verbas trabalhistas. Tais procedimentos beneficiaram mais de 300 empregados e tinham fundamento no próprio contrato, o qual continha autorização de glosa desses valores.

41. Observe-se, por oportuno, que não há ilegalidade na retenção cautelar dos valores dessas faturas, visto que a finalidade da glosa é evitar possíveis prejuízos causados pelas contratadas à Administração, conforme previsto expressamente em contrato.

42. Como se observa, a retenção dos valores da fatura, nestes casos, tem o objetivo de assegurar o pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Nos casos concretos, o TCU formalizou acordos com o Ministério Público do Trabalho e o Sindicato da categoria para pagar diretamente essas verbas.

43. Esses procedimentos, apesar de reduzirem os riscos de condenação da União pela Justiça do Trabalho, são complexos e contribuem para que os custos do contrato se tornem ainda mais altos, visto se somarem a outros já incorridos pela Administração. A vantagem reside no fato de que estes são adotados uma só vez, ao final de cada contrato, e, por isso, são inferiores àqueles decorrentes de controles mensais de documentação.

44. Por sugestão da AGU, esses procedimentos precisam ser aperfeiçoados para que o acordo e a retenção dos valores das últimas faturas sejam realizados junto à Justiça do Trabalho, com a participação do Ministério Público do Trabalho e do sindicato da categoria, e não apenas com esses dois últimos. Com isso, evita-se que o empregado terceirizado ingresse, posteriormente, com ação judicial em razão de questões já solucionadas no âmbito do próprio Judiciário Trabalhista.

45. Em razão do exposto, o Grupo de Estudos concluiu que Administração deve consignar nos contratos para realização de serviços continuados autorização expressa para que a Administração retenha, cautelarmente, ao final do contrato, os valores das faturas para o pagamento de contribuições sociais, FGTS e demais verbas trabalhistas, extrajudicialmente e/ou por meio do Judiciário Trabalhista.

46. Por derradeiro, é importante solicitar, de forma amostral, anualmente ou ao final do contrato, cópia das rescisões de contratos de trabalho e verificar se foram homologadas sem ressalvas pelo sindicato da categoria ou pela Delegacia do Trabalho respectiva. Caso conste alguma ressalva, devem ser adotadas providências com o objetivo de verificar a pertinência do questionamento feito pelo empregado e, se for o caso, cobrar da empresa que cumpra a exigência fixada.

47. Decidiu ainda o Grupo de Estudos que os representantes da AGU ficariam responsáveis por apresentar norma fixando orientação a respeito dos procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de viabilizar junto ao Judiciário acordo para o pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas contratadas.

II.c – Validade das apólices de seguro

48. No item anterior, tratamos das dificuldades em se garantir, ao final do contrato, o correto pagamento das verbas rescisórias devidas aos prestadores de serviço.

Além do procedimento citado, de retenção dos valores das últimas faturas, temos o clássico mecanismo já previsto em lei: o uso da garantia contratual.

49. Entretanto, o Grupo de Estudos verificou que as apólices de seguro apresentadas pelas contratadas como garantia, nos termos do art. 56, § 1º, da Lei 8.666/93, excluía expressamente os prejuízos causados ao erário em razão do não pagamento de verbas trabalhistas, FGTS e contribuição para a previdência social.

50. Considerando que a União responde subsidiária e solidariamente por esses encargos, o Grupo de Estudos entendeu pertinente a inclusão expressa de responsabilidade do garantidor pelas verbas trabalhistas, FGTS e contribuições previdenciárias não honradas pela contratada, cujos termos devem ser consignados no contrato, como no exemplo abaixo especificado:

1. A CONTRATADA deverá apresentar à Administração da CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor anual atualizado do contrato, podendo essa optar por caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

2. A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

- a) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;
- b) prejuízos causados à administração ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
- c) as multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
- d) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não honradas pela contratada.

3. Não serão aceitas garantias em cujos termos não constem expressamente os eventos indicados nas alíneas **a** a **d** do item 2 imediatamente anterior.

4. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas da União.

5. A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 2% (dois por cento).

6. O atraso superior a 30 (trinta) dias autoriza a Administração a promover a retenção dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% do valor anual do contrato a título de garantia, a serem depositados junto à Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor da contratada.

7. O garantidor deverá declarar expressamente que tem plena ciência dos termos do edital e das cláusulas contratuais.

8. O garantidor não é parte interessada para figurar em processo administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada.

9. Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que o contratado cumpriu todas as cláusulas do contrato;

b) no prazo de 90 (noventa) após o término da vigência, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros.

10. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA GARANTIA

10.1 O Tribunal de Contas da União não executará a garantia na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:

- a) caso fortuito ou força maior;
- b) alteração, sem prévia anuência da seguradora ou do fiador, das obrigações contratuais;
- c) descumprimento das obrigações pelo contratado decorrentes de atos ou fatos praticados pela Administração;
- d) atos ilícitos dolosos praticados por servidores da Administração.

10.2 cabe à própria administração apurar a isenção da responsabilidade prevista nas alíneas **c** e **d** do item 10.1, não sendo a entidade garantidora parte no processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União.

10.3 não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.

51. Assim como no item anterior, a AGU deverá fixar orientação a respeito dos procedimentos específicos a serem adotados com o objetivo de executar essas garantias quando a contratada não cumprir com essas obrigações.

52. Propomos, portanto, que as cláusulas acima sejam incorporadas, como rotina, nos contratos administrativos em geral.

II.d – Controle de encargos previdenciários

53. O Grupo de Estudos observou ainda que, nos termos do art. 47, inciso I, c/c o art. 48, da Lei 8.212/91, a responsabilidade solidária da União pelas contribuições previdenciárias não pagas por contratados ocorre tão somente quando se deixa de solicitar a Certidão Negativa de Débito CND. A Administração é obrigada, ainda, a reter 11% sobre o valor da nota fiscal relativa a serviços, conforme preceitua o art. 31 da mesma Lei.

54. Verificou-se, também, que a solicitação da documentação para comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias, tais como GPS, GFIP, Relação de Empregados, Folha de Pagamento, não inibe a sonegação dessas contribuições, pois a empresa devedora pode retificar as informações prestadas anteriormente, mediante sistema de compensações. Assim, uma empresa pode apresentar essa documentação à fiscalização e, em seguida, alterar as informações perante a Receita. Mais do que isso, pode até mesmo não recolher parte dos valores e informar à Administração que realizou a compensação de valores retidos.

55. O Grupo de Estudos constatou a possibilidade de o próprio empregado acompanhar o recolhimento de suas contribuições previdenciárias retidas pelo empregador, via internet, necessitando apenas que se cadastre nos sistemas da Previdência e obtenha uma senha específica.

56. Como o empregado é o principal interessado no recolhimento de suas contribuições previdenciárias, o Grupo considera que o meio mais eficiente para controlar o recolhimento dessas contribuições conta, necessariamente, com a participação desses trabalhadores.

57. Para promover a participação dos trabalhadores, propõe-se que a empresa contratada seja obrigada a adotar providência com o objetivo de cadastrá-los junto à previdência. A empresa teria prazo razoável, fixado em contrato, para adotar tais

providências, sendo ela obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos.

58. Os empregados deverão ser orientados sobre os meios e as vantagens de extrair regularmente seu próprio extrato, bem como de que forma devem alertar à fiscalização quanto a dúvidas ou eventuais falhas nos depósitos.

59. Há que se considerar, ademais, que, detectada a falha no recolhimento dessas contribuições, devem os fiscais do contrato adotar as providências necessárias com o objetivo de, imediatamente, comunicá-la à Receita Federal do Brasil, a quem compete a arrecadação e fiscalização.

60. Sendo assim, o Grupo de Estudos compreende que, relativamente às contribuições previdenciárias, a Administração deve adotar os seguintes procedimentos:

a) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, com o objetivo de verificar se suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002.

d) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/91;

e) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita Federal do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

II.e – Controle do recolhimento do FGTS

61. Assim como no caso dos recolhimentos previdenciários, o Grupo de Estudos se debruçou sobre a conferência do recolhimento do FGTS. Um dos instrumentos utilizados pela Administração para esta conferência é a Relação de Empregados – RE. O

Grupo considerou que esta relação pode ser instrumento adequado de fiscalização, visto que a Caixa Econômica Federal adota procedimento muito rigoroso para realizar qualquer alteração dos depósitos já efetuados. Porém, nada impede que essa documentação seja apresentada de forma fraudulenta pela empresa contratada. Além disso, a conferência dessa documentação é complexa e torna o processo oneroso, sendo certo que os fiscais de contratos, em sua grande maioria, não possuem condições de examinar esses documentos.

62. Do mesmo modo que a contribuição social, o Grupo de Estudos constatou que o trabalhador pode verificar se os depósitos do FGTS foram ou não realizados. Para isso, deve dirigir-se a uma agência da Caixa Econômica Federal e solicitar o extrato nas recepções ou alternativamente pode requerer àquela instituição a emissão do “cartão cidadão” e, por meio desse, retirá-lo nos terminais de autoatendimento.

63. Bem como no caso da contribuição previdenciária, o trabalhador é o meio mais eficiente para controlar os depósitos realizados em sua conta do FGTS. Além disso, constatou-se que as empresas também conseguem obter o extrato da conta do FGTS de seus empregados.

64. Assim, a Administração deve adotar os seguintes procedimentos com o objetivo de coibir a prática de irregularidades pelas contratadas, no que se refere ao recolhimento do FGTS:

a) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002.

d) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

e) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham seus extratos avaliados ao final de um ano – sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

II.f – Outros documentos

65. De acordo com a IN/SLTI/MP nº 02/2008, existem outros documentos que devem ser requisitados mensalmente, os quais possibilitariam a conferência do pagamento de salários, vales-transporte e auxílio-alimentação.

66. Após discutir o tema, o Grupo de Estudos constatou que a fiscalização é imediatamente avisada pelos empregados quanto ao não cumprimento destas obrigações contratuais. Nessa linha de raciocínio, entende-se que essa documentação somente deve ser exigida pela administração quando tomar ciência de que esteja ocorrendo alguma irregularidade no pagamento dessas verbas.

67. É pertinente, também, que seja fixado em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não pagamento do salário, vale-transporte e auxílio alimentação aos empregados no dia fixado, o que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada, e à declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

II.g – Conta vinculada

68. Além do rol de documentos fixados na IN/SLTI/MP nº 02/2008, um novo procedimento, com o objetivo de resguardar o Erário, está sendo introduzido na contratação de empresas terceirizadas pela Administração Pública: a retenção dos valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, das faturas das contratadas, conforme orientação da Instrução Normativa mencionada.

69. A respeito desse procedimento, cumpre destacar que o TCU já se manifestou sobre a questão, conforme Acórdãos nos 1937/2009-2ª Câmara e 4.720/2009-2ª Câmara. Na primeira oportunidade, orientou o Banco do Brasil a respeito da pertinência de se reter parte das faturas como garantia de pagamento de verbas trabalhistas. Na segunda, em grau de pedido de reexame interposto pela instituição bancária, o TCU compreendeu que a retenção desses valores é ilegal, pois constitui garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/93.

70. Além do aspecto legal do problema, há que se considerar que o processo de operacionalização dessas contas representa acréscimos ainda maiores aos custos de controle dos contratos terceirizados, pois são milhares de contas com infundáveis operações a serem realizadas. Os riscos são altos, especialmente para os servidores responsáveis por essas tarefas – é comum que os fiscais dos contratos não possuam os conhecimentos do sistema bancários necessários para o desempenho dessa atribuição.

71. Por outro lado, o representante do Ministério da Fazenda no Grupo de Estudos acentuou que a operacionalização desse procedimento é simples. Segundo informa, os valores retidos são liberados sempre que a empresa demonstra que realizou algum pagamento com base nas parcelas que originaram a retenção, sem entrar em detalhes a respeito da fidedignidade dos cálculos realizados.

72. Há que se considerar que, além do controle sobre cada uma dessas contas, a adoção desse procedimento representa interferência direta da Administração na gestão da empresa contratada. Sendo assim, nos parece que contribui ainda mais para que a Justiça do Trabalho mantenha o entendimento de que a União é responsável subsidiária pelas contribuições previdenciárias, FGTS e demais verbas trabalhistas.

73. Por todo o exposto, o Grupo de Estudos conclui que a gestão dos contratos deve ser realizada da forma menos onerosa possível para o erário; compatível com os conhecimentos dos fiscais desses contratos; com critérios estatísticos e focados em atos

que tenham impactos significativos sobre o contrato e não sobre erros esporádicos no pagamento de alguma vantagem. Nesse sentido, a utilização da conta bancária vinculada prevista na IN/SLTI/MP 02/2008 não é indicada.

III – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

74. Como se tem observado, o Judiciário Trabalhista tem condenado a União de forma rotineira, amparado no Enunciado TST 331, como responsável subsidiária pelo pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas empresas contratadas para a prestação de serviços, com cessão de mão de obra, sob o argumento de culpa **in eligendo e in vigilando**. Em síntese, afirma o Judiciário trabalhista que a União contrata mal seus prestadores de serviços, não obstante os instrumentos que a Lei 8.666/93 lhe oferece para evitar esse tipo de problema.

75. Por pertinente, traz-se à colação excerto do voto daquela justiça especializada, proferido no âmbito de Recurso Ordinário interposto pela União contra ação que a condenou subsidiariamente:

“Os arts. 27 a 56 da Lei nº 8666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa “in eligendo” e “in vigilando” da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse **culpa ‘in eligendo’ e ‘in vigilando’** na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado nº 331 explicitado que ‘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 (artigo 71 da Lei nº 8666/93)’”.

(grifamos)

76. Mesmo ante todas as cautelas atualmente adotadas com a solicitação de vasta documentação, diversos contratos de terceirização apresentam, de forma sistemática, irregularidades graves na sua execução, tais como a falta de pagamento ou pagamento atrasado de salários, verbas rescisórias, férias, FGTS, décimo terceiro salário, contribuições previdenciárias.

77. É esperado que a mudança no processo de fiscalização, com a racionalização do exame da documentação ora proposta, contribua de forma efetiva para a melhoria da gestão desses contratos de tal modo que as faltas cometidas pelas empresas terceirizadas sejam efetivamente detectadas e corrigidas a tempo, de maneira que reste comprovado junto à Justiça Especializada que a União tem assegurado os direitos fundamentais do trabalhador.

78. Contudo, apenas mudanças concretas nos procedimentos licitatórios serão capazes de reduzir os atuais problemas da administração pública federal na contratação de empresas em condições de prestar os serviços requeridos e cumprir as obrigações previstas em legislação específica e no contrato.

79. Nessa linha de raciocínio, é essencial que a Administração reexamine seus editais, inserindo critérios rigorosos de habilitação, em especial no que se refere às qualificações técnico-operacional, profissional, e econômico-financeira das licitantes.

80. Cumpre observar que o art. 3º da Lei 8.666/93 fixa orientação no sentido de que “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

81. Considera-se a proposta mais vantajosa para a administração aquela que contempla produto ou serviço de boa qualidade, associada a preço compatível com o praticado pelo mercado, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/93.

82. Para que se obtenha a proposta mais vantajosa é necessária a especificação do produto ou serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame.

83. Com esse propósito, o Grupo de Estudos investiu no debate dos pontos abaixo relacionados:

- d. Qualificação econômico-financeira
- e. Qualificação técnico-operacional
  - 1. Local do escritório para contatos
  - 2. Atestados de capacidade técnica
  - 3. Experiência mínima de 3 anos
  - 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
  - 5. Idoneidade dos atestados
- f. Qualificação técnico-profissional
- g. Garantia contratual
- h. Casos de parcelamento do objeto
- i. Técnicas de orçamentação
- j. Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
- k. Percentuais de encargos sociais e LDI
- l. Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
- m. Fixação de sanções
- n. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica
- o. Regime fiscal

III.a –Qualificação econômico-financeira

84. De acordo com o art. 27, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para a habilitação nas licitações deverá ser exigida das licitantes a qualificação econômico-financeira, que

será composta por um conjunto de dados e informações condizentes com a natureza e as características/especificidades do objeto, capazes de aferir a capacidade financeira da licitante com referência aos compromissos que terá de assumir caso lhe seja adjudicado o contrato.

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.

87. Por certo, este aparente detalhe, tem sido o motivo de tantos problemas com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.

88. O problema está no fato de que o cálculo de índices contábeis pelo método dos quocientes, tal como disponibilizado no SICAF, por si só, não tem demonstrado adequadamente a capacidade econômico-financeira das licitantes, eis que não a evidenciam em termos de valor. Assim, tem-se permitido que empresas em situação financeira inadequada sejam contratadas.

89. Com o propósito de salvaguardar a administração de futuras complicações, entendeu-se que há de se complementar as avaliações econômico-financeiras dos licitantes por meio de critérios ou índices que expressem valores como percentuais de outro valor, dentro do limite legalmente autorizado. Por exemplo, patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado para a nova contratação $((\text{ativo total} - \text{passivo})/10 > \text{valor estimado da contratação})$, ou pelo método da subtração, como no caso do cálculo do capital de giro ou capital circulante líquido $(\text{ativo circulante} - \text{passivo circulante})$.

90. A título de exemplificação, em tese, na avaliação da liquidez corrente, uma empresa com R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) no ativo circulante e R\$ 1,00 (um real) no passivo circulante terá o mesmo índice de liquidez de outra empresa com R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais) no ativo circulante e R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) no passivo circulante, qual seja, liquidez corrente igual a 1,5.

91. Observa-se que, embora tenham o mesmo índice, são empresas com capacidades econômico-financeiras totalmente distintas. Todavia, se não fosse conhecido o ativo e o passivo circulante em termos de valor monetário, seriam elas, equivocadamente, consideradas como equivalentes do ponto de vista econômico-financeiro. Daí a utilidade do capital circulante líquido – CCL.

92. Em contratos de fornecimento de bens permanentes e de consumo a diferença entre os capitais circulantes líquidos – CCL's das duas empresas hipotéticas citadas acima não seria tão relevante, pois o licitante tem espaço para negociar preços e prazos de pagamento com seu fornecedor e não carece, por exemplo, de liquidez ou patrimônio, eis que figura como espécie de intermediário e sua situação financeira não é determinante para o contratante, mas sim a efetiva entrega do bem. Além disso, não há encargos previdenciários e/ou trabalhistas vinculados diretamente ao objeto.

93. Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços.

94. Cabe consignar que, no âmbito da administração pública, salvo pequenas exceções, não há a figura do pagamento antecipado e nem seria razoável, pois a administração funcionaria como financiadora a custo zero de empresas de terceirização e não como contratante propriamente dita. Além disso, se assim o fosse, as empresas trabalhariam com risco zero, situação incompatível com as atividades da iniciativa privada, que pressupõem sempre a existência do risco do negócio.

95. O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 2 (dois) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato.

96. Além da avaliação da capacidade econômico-financeira da licitante por meio do patrimônio líquido e do capital circulante líquido, há que se verificar ainda se a mesma tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação. Essa condição pode ser aferida por meio da avaliação da relação de compromissos assumidos, contendo os valores mensais e anuais (contratos em vigor celebrados com a administração pública em geral e iniciativa privada) que importem na diminuição da capacidade operativa ou na absorção de disponibilidade financeira em face dos pagamentos regulares e/ou mensais a serem efetuados.

97. Considerando que a relação será apresentada pela contratada, é importante que a administração assegure-se que as informações prestadas estejam corretas. Desse modo, também deverá ser exigido o demonstrativo de resultado do exercício – DRE (receita e despesa) pela licitante vencedora.

98. Como, em tese, grande parte das receitas das empresas de terceirização é proveniente de contratos, é possível inferir a veracidade das informações apresentadas na relação de compromisso quando comparada com a receita bruta discriminada na DRE. Assim, a contratada deverá apresentar as devidas justificativas quando houver diferença maior que 10% entre a receita bruta discriminada na DRE e o total dos compromissos assumidos.

99. Por fim, comprovada a correlação entre o valor total dos contratos elencados na relação de compromissos e o montante da receita bruta discriminada na DRE, o valor do patrimônio líquido da contratada não poderá ser inferior a 1/12 do valor total constante da relação de compromissos.

100. Nos termos do artigo 31, parágrafos 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, no que diz respeito aos índices, somente é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade, bem como índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

....

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, **vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.**

...

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, **vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.**” grifos nossos.

101. No mesmo sentido, a fixação do limite mínimo de 10% (dez por cento) do patrimônio líquido em relação ao valor da contratação está literalmente autorizada no art. 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93, sem quaisquer exigências de justificativas ou outras restrições; bem assim a relação de compromissos, a qual deve ser calculada em função do patrimônio líquido atualizado, conforme dispõe o art. 31, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

...

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior **não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.**

...

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, **a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.**”

102. Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico-financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:

As **licitantes** deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

Capital Circulante Líquido – CCL:

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

Relação de Compromissos e Demonstração do Resultado do Exercício – DRE:

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do **licitante**, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.

Certidão Negativa de Falência:

1.4. Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do **licitante**;"

III.b – Qualificação técnico-operacional

103. Ante a percepção da fragilidade das exigências fixadas nas cláusulas do edital relativas à qualificação técnico-operacional das empresas de terceirização, visto que a Administração Pública vem se balizando em orientações voltadas à contratação de obras, que se refere a objeto absolutamente distinto dos serviços de natureza continuada, foram envidados esforços no sentido de formular critérios mais adequados a demonstrar a capacidade operacional dessas empresas, compatível com o que está sendo licitado.

III.b.1 – Local do escritório para contatos

104. A primeira proposta tem por fundamento legal o art. 30, inciso II, e § 6º, da Lei 8.666/93, e refere-se à comprovação de que a empresa possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato.

105. Essa exigência se faz necessária tendo em vista que, com o advento do pregão eletrônico, empresas de diversos estados vencem a licitação, assinam contrato, e não têm montada, de forma espontânea, estrutura administrativa próxima ao local de gestão do contrato e de seus empregados. Com isso, a Administração e os empregados têm dificuldade em manter contatos com os administradores da empresa. Muitas vezes sequer conseguem localizar a sede da empresa contratada.

III.b.2 – Atestados de capacidade técnica

106. Outro ponto de vital importância refere-se à comprovação de que a empresa possui aptidão em realizar o objeto licitado, haja vista as particularidades atuais inerentes à prestação de serviços de natureza continuada.

107. De acordo com o art. 30, inciso II, e § 1º, da Lei nº 8.666/93, a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação, deve ser verificada por meio de atestados técnicos, registrados nas entidades profissionais competentes, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

108. Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades.

109. No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente.

110. A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. Tal aptidão pode se referir a vários aspectos.

111. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra.

112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

113. Conquanto seja muito provável que as próprias demandas da Administração tenham moldado esse comportamento das empresas, debater o tema ou a aderência do modelo à concepção ideal da terceirização de serviços não se mostra proveitoso.

114. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais. É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.

115. Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos.

116. Por tudo isso, o conteúdo dos atestados de capacidade técnica exigidos nas licitações não tem atendido aos pressupostos da Lei 8.666/93 – aptidão para executar os serviços contratados e cumprir com os demais encargos exigidos pela legislação e pelo contrato.

117. Com o propósito de atender aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se que deve ser requerido, para demonstrar a capacidade técnica para gerir pessoal, um mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando as dimensões dos serviços. Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a administração pública, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.

118. Note-se que fazer exigências com base na dimensão do objeto, que, aliás, podem permanecer em 50%, por si só não traria o proveito esperado à Administração, pois não se prestaria a demonstrar a necessária capacidade da empresa em gerenciar pessoal. Este raciocínio só é utilizado em contratos pequenos. Em contratos de grande vulto, é perfeitamente possível e razoável se exigir 50% da quantidade de postos e 50% do objeto.

119. A título de exemplo, cabe mencionar o caso concreto da contratação realizada pelo TCU para a prestação de serviços de jardinagem. De acordo com o edital, a licitante vencedora deveria apresentar atestado comprovando a execução de serviço compatível com o pretendido, no percentual de 50% da área de jardins do TCU, que totaliza 61.098 m². O mesmo Edital exigiu que a contratada deveria disponibilizar 13 (treze) empregados para prestar os serviços. Na linha de entendimento ora defendida, foi exigido da licitante que apresentasse atestado comprovando que executou serviços com pelos menos 20 postos de trabalho. Veja-se que não obstante se exigir que a empresa detivesse conhecimentos específicos na execução de serviços de jardinagem, se exigiu também que possuísse uma qualificação mínima na gestão de pessoas.

120. Ademais, é pertinente alertar que, ainda que entendido que o mínimo de 20 postos é o número adequado para comprovar que a empresa tem capacidade em gerenciar pessoas, portanto apta a prestar serviços de natureza continuada, não se trata de determinação, mas tão somente de uma recomendação a ser seguida, haja vista que, a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação, essa exigência poderá até mesmo impossibilitar a contratação do serviço pretendido.

III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos

121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, **em prazo**, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de **experiência mínima de três anos** na execução de objeto semelhante ao da contratação.

III.b.4 – Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto

125. O grupo de estudo entendeu que a exigência dos atestados acima percorridos, por si só, não asseguraria que a empresa tivesse condições de executar o contrato, pois em nosso entendimento, não têm o condão de comprovar, necessariamente, que a empresa está funcionando regularmente. Nesse contexto, pensou-se numa exigência apta a demonstrar que a licitante possui estrutura física e pessoal compatíveis com o objeto do contrato, nos termos do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

126. Importa esclarecer que a finalidade precípua dessa exigência não consiste em determinar que a licitante antecipadamente possua em seus quadros o pessoal necessário à realização dos serviços objeto da licitação, mas apenas que possui estrutura administrativa suficiente para gerenciar o novo contrato.

127. Portanto, com o objetivo de atender ao princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se fundamental que esses parâmetros sejam previamente definidos. Nesse sentido, propusemo-nos a elaborá-los.

128. A proposta da maioria consistiu em exigir da licitante vencedora que possua em seus quadros, no momento da licitação, pelo menos 20 (vinte) empregados, entre administrativos e prestadores de serviços, para contratos com até 40 (quarenta) postos. Acima desse limite, a exigência passaria para 50% do total de empregados previstos no contrato.

129. O pressuposto dessa exigência seria a impossibilidade de uma empresa de serviços terceirizados funcionar de forma plena, com menos de 20 empregados em seu quadro, tendo em vista os custos fixos advindos desses contratos, que exigem uma estrutura mínima: seleção de pessoal, setor de pagamentos, almoxarifado, compras, contabilidade, dentre outros.

130. No entanto, o grupo de estudos compreendeu que a magnitude dessa exigência restringe a competitividade e optou, portanto, por excluí-la da proposta. Contudo, aconselha-se sempre a fixar, para cada contrato, que a empresa demonstre os meios pelos quais pretende administrá-lo: imóvel, mobiliário e quadro de pessoal administrativo.

III.b.5 – Idoneidade dos atestados

131. Por fim, é razoável que a Administração adote cautelas quando do exame de toda a documentação apresentada. Para ilustrar, podem-se citar dois exemplos rotineiros, o primeiro deles diz respeito à apresentação de atestados técnicos muito antigos provenientes de pessoas jurídicas de direito privado, inclusive já extintas, ou não localizadas nos endereços de origem; e o outro à apresentação de atestados expedidos antes de decorrido 1(um) ano da contratação do serviço, algumas vezes, transcorrido prazo inferior a 1 mês, o que de forma alguma permite certificar que a empresa presta serviço de qualidade.

132. Dessa forma, é prudente consignar no instrumento convocatório algumas restrições à apresentação de atestados, tais como: obrigatoriedade de o licitante disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da licitude dos documentos apresentados; exigência de terem sido expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser

executado em prazo inferior, somente aceito mediante a apresentação do contrato. É relevante, ademais, que, caso o responsável pela emissão do atestado não mais exista, o contratado apresente outros documentos, como, por exemplo, o contrato que deu suporte ao atestado, capazes de dar suporte à nova contratação.

133. Sendo assim, o Grupo de Estudos compreende que, relativamente à qualificação técnico-operacional, é prudente que a Administração realize as seguintes exigências às licitantes:

- a) que comprove que possui ou se compromete a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato;
- b) que demonstre que possui aptidão em gerir pessoal, mediante a comprovação de que administra um mínimo de 20 (vinte) postos de trabalho, pouco importando as dimensões dos serviços, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, a exigência será de 50% do total de postos de trabalho necessários à contratação requerida;
- c) que apresente atestados de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de **experiência mínima de três anos** na execução de objeto semelhante ao da contratação;
- d) que disponibilize todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados;
- e) que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior, apenas aceito mediante a apresentação do contrato;

III.c – Qualificação técnico-profissional

134. Quanto à qualificação técnico-profissional, pretende-se a uniformização da interpretação do art. 30, § 1º, inciso I, parte final, da Lei nº 8.666/1993, que prevê vedação de exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos nos atestados utilizados para a comprovação da capacidade técnico-profissional das empresas licitantes.

135. Eis a redação do dispositivo objeto da controvérsia interpretativa:

“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

I – **capacitação técnico-profissional**: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**” [\(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994\).](#)

136. Destaque-se que, para a contratação de serviços de natureza continuada, a necessidade de exigências técnico-profissionais estará relacionada à complexidade técnica

envolvida em sua execução. A título de exemplo, podemos citar serviços nos quais historicamente são realizadas exigências dessa natureza: manutenção predial, ar condicionado, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática.

137. A pretensão de uniformizar o entendimento acerca do dispositivo citado reside na intenção de obstar que interpretações divergentes prejudiquem o andamento eficiente das licitações realizadas na Administração Pública.

138. Nesse ponto, importa frisar que o cerne da controvérsia jaz no alcance da expressão “quantidades mínimas” constante da parte final do inciso I, acima transcrito; se estaria aludindo à quantidade mínima de atestados, ou melhor, de obras e serviços executados (posição defendida pelo grupo de estudos) ou se, por outro viés, se referiria a quantitativos mínimos de características intrínsecas do objeto da contratação.

139. As posições apresentadas, diametralmente opostas, acarretam dificuldade na elaboração dos termos de referência, justamente no tocante às exigências de qualificação técnica do profissional, indispensáveis para garantir o mínimo de segurança e qualidade na execução do objeto do contrato.

140. Destarte, cumpre pontuar que essa divergência ocorre por ser possível, e até mesmo imprescindível à garantia de prestação eficiente dos serviços contratados, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do profissional. Tais características, compatíveis com o objeto a ser executado, serão comprovadas mediante exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar como, por exemplo, ter fiscalizado obra de determinada dimensão ou ter executado determinado porte de serviço. Por sua vez, há entendimento contrário a este, que considera serem vedadas tais previsões.

141. Para pontuar mais claramente a controvérsia, mostra-se relevante consignar o entendimento da Consultoria Jurídica do TCU, proferido em parecer referente ao TC 010.414/2010-0 (contratação de empresa para prestação do serviço de reformas no prédio do Edifício-Sede da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União no Estado do Mato Grosso – Secex/MT), nestes termos:

“Parecer Conjuro: Item 6.1. Habilitação. (...)

6.1.2. Requisitos para comprovação de qualificação técnica. Observa-se que a minuta de edital define que a comprovação de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional se dará pela apresentação de atestados que comprovem determinadas quantidades mínimas de fornecimento e instalação de pisos tipo porcelanato e brises.

Cumpramos ressaltar que, apesar do veto presidencial ao dispositivo que tratava expressamente das exigências de qualificação técnico-operacional na Lei nº 8.666/93¹, esta Corte de Contas tem entendido plenamente cabível que a Administração exija daquele que pretende ser contratado a comprovação de realização de serviços compatíveis em características prazos e quantidades com o objeto do certame, a fim de demonstrar sua aptidão em executar a futura avença de maneira esmerada.

Durante certo período, houve a discussão acerca do alcance da restrição contida no inciso I do §1º do art. 30 que, ao discorrer sobre exigências de comprovação técnico-profissional, estabelece ser vedadas as quantidades mínimas ou prazos máximos. Posteriormente, diversos julgados deste Tribunal, como os que seguem, assentaram a matéria:

1

“À luz do disposto no inciso I (parte final) do § 1º do mencionado art. 30, só se admite que a comprovação da experiência anterior não seja associada à exigência de quantitativos mínimos quando se tratar de capacitação técnico-profissional.(...)”

12. A conclusão, portanto, é que podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços. Não posso concordar, portanto, com a determinação proposta pela Secex/BA, no item II-a (fls. 294/295), uma vez que a restrição para a exigência de quantidades mínimas somente diz respeito aos atestados de capacidade técnico-profissional.” (Acórdão 2304/2009 – Plenário).

“31. Em suma, percebe-se claramente a convergência dos entendimentos da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de se considerar perfeitamente legítima a inserção de exigência, nos editais de licitações públicas, como requisito prévio à habilitação, de comprovação da capacidade técnica dos interessados em contratar com a Administração, sendo amplamente majoritária a concepção, segundo Marçal Justen Filho, de que a comprovação dessa qualificação técnica deve abranger tanto o aspecto operacional como o profissional, consoante inteligência do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993 (inº: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética. 2002. p. 319).” (Acórdão 32/2003 – TCU – Primeira Câmara, Voto do Relator, grifos nossos).

28. Assim, conclui-se que esta Corte vem considerando legítima a inserção de exigência de qualificação técnica operacional, incluindo quantitativos mínimos e prazos máximos, como requisito prévio para habilitação nos editais, desde que, conforme também ressaltado pelo Relator do acórdão supra, seja demonstrada sua imprescindibilidade e pertinência (item 9.2 do Acórdão 32/2003 – TCU – Primeira Câmara). (Acórdão 717/2010 – Plenário).

Assim, como visto acima, desde que demonstrada sua pertinência e adequação e não ofenda os princípios licitatórios como a competitividade, isonomia e legalidade, está autorizada a inserção de exigências editalícias relacionadas à avaliação da capacidade técnica-operacional do licitante, incluindo o estabelecimento de quantitativos mínimos e prazos máximos.

No entanto, o Estatuto das Licitações, corroborado pela jurisprudência desta Casa, veda expressamente, em seu inc. I do §1º do art. 30, “exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos” no que toca a comprovação de aptidão técnico-profissional. Com este raciocínio foram prolatadas as seguintes orientações:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...), em: 10.1.2.1. suprimir (...) as exigências de quantidades mínimas referentes à capacitação técnico-profissional, vez que vedadas pelo art. 30, §1º, I da Lei 8.666/1993; (Acórdão 2081/2007 – Plenário)

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, (...), em: 9.3. determinar à [omissis] que: 9.3.4. abstenha-se de inserir, nos editais de licitação que vier a elaborar, exigências de quantidades mínimas para a comprovação da capacitação técnico-profissional, nos termos do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993; (Acórdão 2674/2009 – Plenário)

“16. Primeiramente, verifica-se que a exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional é vedada pela Lei de Licitações, conforme art. 30, § 1º, inciso I, sendo esta cláusula editalícia, portanto, ilegal. Essa

irregularidade seria suficiente para declarar a nulidade do processo licitatório, contudo, considerando o estágio avançado de execução das obras, e para evitar dano maior ao empreendimento, cabe determinar à SEINFRA/CE que se abstenha de exigir quantidades mínimas como requisito de habilitação técnico-profissional nas próximas licitações que envolvam recursos federais.” (Acórdão 2933/2009 – Plenário).

Dessa maneira, **a condição 31.3 da minuta de instrumento convocatório, que expressamente se refere à qualificação técnico-profissional, não encontra consonância com o entendimento sedimentado por este Tribunal de Contas e vedação disposta no inc. I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 no que se refere à exigência de comprovação de quantidade mínima fornecida e instalada de porcelanato e brise”.** (Grifo acrescido).

142. Verifica-se, que a Consultoria Jurídica insurgiu-se justamente contra a exigência inserida no termo de referência de “quantidade mínima fornecida e instalada de porcelanato e brise”, características consideradas essenciais que devem constar de atestado referente à experiência anterior, exatamente para garantir a execução do objeto da licitação. Não há, como se observa, objeção acerca de eventual quantidade mínima de atestados referentes a esses requisitos.

143. Em conclusão, nesse caso, defendemos interpretação, contrária à da Consultoria Jurídica, no sentido de que a expressão “quantidades mínimas” refere-se ao número de atestados eventualmente apresentados pelos licitantes (número de obras executadas), e não às características, dimensões ou aos quantitativos de serviços ou da obra objeto da licitação.

144. Vale frisar que, em nosso entendimento, o dispositivo não se refere à vedação à previsão de exigência de quantidades mínimas no que concerne ao objeto da licitação em sua dimensão intrínseca, mas sim ao número mínimo de atestados para comprovar os requisitos eventualmente exigidos.

145. Esclarece-se. Se o objeto da licitação trata de uma obra de 20.000 m² e a exigência é de que conste do atestado a realização anterior de obra com tal dimensão, bastaria 1 (um) atestado para comprovar a capacidade técnica da licitante para bem executar o contrato. Seria desarrazoado exigir um mínimo de 2 (dois) ou 3 (três) atestados da licitante para o mesmo requisito, pois uma empresa que já realizou pelo menos uma obra de tal porte revela, nos termos do dispositivo legal referido, a mesma capacidade de uma empresa que já realizou três obras de mesmo porte.

146. Ressalte-se que não se apresenta essencial e nem se discute qual empresa possui mais qualificação ou experiência (se a que apresenta um atestado ou se a que apresenta três), mas qual empresa apresenta garantia mínima de que possuirá, ao ser contratada, capacidade para executar a obra ou serviço, por preço vantajoso para a Administração. Todavia, se o somatório desses requisitos puder se compatibilizar com eventual experiência superior da licitante, tanto melhor, mas é inafastável que tal hipótese – somatório de atestados – não conste como exigência obrigatória, porque não prevista em lei.

147. Com efeito, insta consignar que não se olvida que o dispositivo em comento buscou corrigir uma distorção histórica – que permitia que exigências abusivas de qualificação técnica inviabilizassem a participação de empresas competentes nas licitações,

ao vedar exigências que, por excessivas, desproporcionais ou inadequadas, transbordavam o patamar de garantia de segurança mínima na execução do objeto da licitação.

148. Nada obstante, assume relevo comentar que, por outro lado, as limitações à discricionariedade da Administração não devem representar, na mesma medida, aumento dos riscos e criação de oportunidades para que empresas ou profissionais despreparados assumam responsabilidades com as quais não podem arcar.

149. Nesse sentido, a previsão de exigências de qualificação técnico-profissional não deve esbarrar em óbices intransponíveis decorrentes de interpretação de dispositivo de lei de forma prejudicial ao interesse público. Tanto por isso, as exigências de qualificação técnica, tanto operacional quanto profissional, pressupõem as características certas e delimitadas do objeto a ser contratado, pois não bastará à Administração que um profissional comprove ter construído um prédio qualquer, se este não for compatível com as dimensões e peculiaridades da obra a ser contratada. Ora, um profissional que constrói uma obra em concreto de menor magnitude não comprova, apenas por isso, ter capacidade técnica de construir um complexo arquitetônico como o do TCU, por exemplo.

150. Nessa ordem de raciocínio, é imperioso constatar que as exigências de dimensões e características próprias do objeto a ser contratado, no caso de comprovação de capacidade técnico-profissional, não podem ser implícitas, previstas genericamente apenas para homenagear a interpretação de que seria vedado exigir quantidades mínimas nas características de obras e serviços anteriormente executados.

151. Diante dessas considerações, e em observância ao princípio do julgamento objetivo da licitação, verifica-se que as exigências devem ser expressas, delimitadas, objetivas, proporcionais ao objeto da licitação, e, nessa medida, as empresas licitantes devem comprovar habilidade anterior em executar serviço ou obra em dimensões compatíveis com a almejada na licitação, pois o domínio de técnicas ou a competência para gerenciar, administrar ou executar obras e serviços mostra-se não apenas desejável, mas imprescindível à satisfatória execução do contrato.

152. A corroborar a ideia ora defendida, seguem precedentes do Colendo STJ:

“RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO PÚBLICA – SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO – EDITAL – ART. 30, II, DA LEI nº 8.666/93 – EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA – ART. 57, II, DA LEI nº 8.666/93 – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA – PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO – DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES – ILEGALIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. (...)”. Recurso especial provido em parte. (REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 297)

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE. EXIGÊNCIA LEGAL. REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE. PRECEDENTES. RECURSO PREJUDICADO.

I – A habilitação do particular, antes denominada capacidade jurídica, é a aptidão efetiva do interessado, seja ele pessoa física ou jurídica, para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos, ligando-se visceralmente à pessoa partícipe do certame da licitação, e não às qualidades de seus funcionários.

II – O art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, ao regular a habilitação dos interessados, dispõe que a qualificação técnica se limita à apresentação de registro ou inscrição na entidade profissional competente. Contempla-se, assim, a comprovação da aptidão da pessoa do licitante em cumprir com todas as obrigações atinentes à execução do objeto da licitação.

III – A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado possuir e comprovar, nos termos da lei (art. 30, inc. I, da Lei nº 8.666/1993), a sua habilitação jurídica plena. Precedentes do STJ.

IV – Dado ao lapso de tempo transcorrido desde o ajuizamento do mandamus, vê-se que os serviços, objeto da licitação questionada, já foram realizados, tornando o recurso prejudicado pela perda do seu objeto”. (RMS 10.736/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 29/04/2002 p. 209).

153. Destarte, é indeclinável que a empresa que comprove já ter executado objeto semelhante ao da licitação possui a seu favor uma presunção de capacidade para executar tal objeto novamente. No que concerne à qualificação técnico-profissional, é essencial que o acervo técnico do profissional possua essa mesma característica, a saber, experiência anterior em objeto semelhante, em dimensões e complexidade, àquele que se pretende contratar.

154. Sob essa óptica, observa-se que os atestados referentes à qualificação técnico-profissional não apenas podem como devem conter expressa menção à experiência anterior no objeto da contratação. Não se trata de conveniência da Administração, mas de requisito de suma importância para a seleção da proposta mais vantajosa, e, para atingir tal desiderato, impõe-se à Administração a previsão explícita dos quantitativos mínimos ou de prazos máximos, obedecendo às balizas que tratam das parcelas de maior relevância e valor significativo.

155. Com notável propriedade, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações ..., cit., p. 416/417) assevera que “a administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeito de exigência da experiência anterior. É evidente que não teria cabimento subordinar a participação à comprovação da execução de atividade secundária ou irrelevante que o objeto licitado apresente”. E mais: “Por isso tudo, é indispensável que a Administração identifique, no objeto licitado, os aspectos mais complexos e as características que o tornam diferenciado. Não há modo de estabelecer uma solução normativa abstrata delimitadora daquilo que deverá ser considerado pela Administração, precisamente porque o mundo real comporta variações

muito intensas. **Em alguns casos, trata-se da dimensão física da obra. Em outros, envolve o prazo máximo para execução. Há casos em que a questão se relaciona com a complexidade tecnológica do objeto. (...) O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo motivado**”. (Ênfase acrescida).

156. Diante disto, é preciso analisar a vedação da parte final do inciso I, do parágrafo 1º, do art. 30, da Lei de Licitações com razoabilidade, pois, quando o fator primordial da licitação reside na existência de experiência em determinado quantitativo mínimo ou em determinados prazos máximos, acatar a literalidade da norma levaria a uma contradição, qual seja, prevalecendo a interpretação de que não se pode exigir tais requisitos, a licitação estaria impossibilitada e a norma, inócua, sem qualquer aplicação prática.

157. Ademais, os princípios de hermenêutica indicam que não há norma sem sentido, desprovida de finalidade prática ou efeito jurídico, ainda que negativo. Se a interpretação dada a um dispositivo legal retira por completo sua aplicabilidade, tal interpretação nos parece equivocada. A interpretação sistemática do ordenamento não pode acolher aquela que transforma a norma – que pretende proteger o interesse público –, em instrumento de ampliação de riscos à Administração ao impedi-la de exigir requisitos essenciais ao fiel cumprimento dos contratos a serem firmados.

158. Assim, se a comprovação da qualificação técnico-profissional mediante prova de experiência anterior implicar na existência de dados quantitativos, peculiaridades técnicas ou dimensões específicas do objeto da licitação, a única interpretação coerente com o sistema normativo será a que prestigia o interesse público, qual seja, de que a expressão “quantitativos mínimos” refere-se à quantidade de atestados e não veda a inserção de exigências referentes ao objeto do contrato, desde que semelhantes/similares e razoáveis.

159. Nesse passo, seria possível, na esteira da hipótese trazida de início, exigir atestado de fiscalização de obra anterior com dimensão de 20.000m² ou semelhante a esse patamar, mas não seria proporcional exigir 3 (três) atestados com o mesmo quantitativo, pois um atestado bastaria para garantir a competência da empresa para executar a obra.

160. Não é outra a doutrina do Procurador-Geral do Ministério Público Especial junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, em sua obra *Licitações e Contratos Administrativos*, páginas 238/239. Veja-se:

“O art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, veda a exigência de quantidades mínimas. De fato, **atestado** que comprove a responsabilidade por obra de características compatíveis já evidencia a capacidade técnica.

O texto do inciso II do art. 30 menciona a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. **O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objeto semelhante. Em tese, a empresa que apresentar somente um atestado esta tão apta quanto aquela que apresentar dois atestados.** (...)

A palavra ‘atestados’, citada no § 1º, encontra-se no plural porque o licitante tem a liberdade de apresentar quantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão. (...)

O que se verifica no texto do § 1º do art. 30 é referência a atestados que, em qualquer quantidade, sejam capazes de comprovar a aptidão do particular”.

161. Demais disso, precedentes do TCU revelam ser essa a melhor interpretação ao dispositivo analisado.

“34. A verificação da qualificação técnica, conforme artigo 30 da Lei nº 8.666, de 1993, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração Pública, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia.

35. Quanto à aptidão para o desempenho da atividade e à qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, deve ser entendido que as exigências contidas no inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 podem ser divididas em duas partes: **uma relativa ao licitante pessoa jurídica (qualificação técnica operacional) e outra ao corpo técnico de profissionais do licitante (qualificação técnica profissional).**

36. Lucas Rocha Furtado ensina que **a primeira, que cuida da comprovação de “aptidão do interessado para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação”, refere-se ao próprio licitante. A outra, relacionada à “qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”, dirige-se especificamente aos seus empregados.**

37. Entendemos, nesse tocante, que o item 8.1.3 a, do edital da Tomada de Preços nº 2/2008 versou sobre qualificação técnica profissional, uma vez que prescreveu expressamente que as empresas licitantes deveriam apresentar no mínimo de 03 (três) C.A.T. Certidão de Acervo técnico, fornecido pelo Crea/RO, que comprove haver o responsável técnico da empresa desempenhado atividade pertinente e compatível em características, com o objeto desta Licitação (...) (grifo nosso). Não há que falar em qualificação técnica operacional, como tentaram convencer os responsáveis, de modo a se livrar da proibição da exigência de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica profissional.

38. Prosseguindo, a limitação contida no inciso I, § 1º, do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos (qualificação técnica profissional). Logo, **é expressamente proibida a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões** para fins de comprovação de qualificação técnica profissional, da forma como prescreveu o item 8.1.3 a, do edital da Tomada de Preços nº 2/2008.

39. **O inciso II do artigo 30 prevê a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação como uma dos requisitos de qualificação técnica. O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objetos semelhantes. Em tese, a empresa que apresentar um atestado está tão apta quanto aquela que apresentar três. (...)**”. Acórdão 1593/2010 – Segunda Câmara. (Ênfases acrescidas).

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM NOME DO PROFISSIONAL. QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. ESTABELECIMENTO DE QUANTIDADE MÍNIMA DE ATESTADOS. POSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO, MEDIANTE MODALIDADE DE PREGÃO, DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA NA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A exigência de atestados de capacidade técnica emitidos em nome dos profissionais consubstancia-se em elemento de convicção para a comprovação da capacitação das licitantes, especificamente da parte técnico-profissional.

2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação. (...)

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem.” (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea c, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas)

empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que **a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas**, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc, fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte”. Acórdão 492/2006 – Plenário. (Ênfases acrescidas).

“O art. 30 da Lei 8.666, de 1993, e seu inciso II dizem, entre outras coisas, que a exigência para a qualificação técnica deve ser compatível em quantidades. Portanto, **é possível se exigir quantidades, desde que compatíveis. Por compatível, se entende ser assemelhada, não precisa ser idêntica. A semelhança depende da natureza técnica da contratação, pois, para certas coisas, quem faz uma, faz duas**. Para outras coisas, a capacidade para fazer uma não garante capacidade para fazer duas. Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso”. Decisão 1618/2002 Plenário. (Ênfases acrescidas).

162. Esse também é o entendimento da jurisprudência do Egrégio STJ. Senão vejamos.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREQUESTIONAMENTO. LICITAÇÃO. CAPACITAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR ASSENTADA EM CRITÉRIO QUANTITATIVO. POSSIBILIDADE. (...)”

2. A melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiveram assentadas em critérios razoáveis.

3. Recurso especial parcialmente conhecido (violação do art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93) e, nessa parte, não-provido”. (REsp 466.286/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2003, DJ 20/10/2003 p. 256).

163. Pelo exposto, o grupo de trabalho defende que a interpretação mais apropriada acerca do art. 30, § 1º, inciso I, parte final, da Lei nº 8.666/1993, é ser possível, e até mesmo imprescindível à garantia da contratação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada – compatíveis com o objeto a ser executado –, através de exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar, tais como ter fiscalizado ou acompanhado obra de determinada ou semelhante dimensão, ter executado determinado porte de serviço.

III.d – Garantia contratual

164. Dado o momento mais importante na fiscalização dos contratos ser a rescisão, já que a contratada sofre desembolso vultoso devido às verbas rescisórias, o grupo cogitou a possibilidade de aumentar a garantia contratual, que atualmente é de 5%, conforme previsto no §2º, do art. 56, da Lei nº 8.666/93, para o limite de 10%, com o objetivo de assegurar que, ao término de vigência, caso a empresa não honre os encargos assumidos, seu valor, somado ao da última fatura, assegure, se não o total, pelo menos grande parte das verbas rescisórias dos trabalhadores.

165. Caso adotássemos esse procedimento, seriam evitadas as retenções de parte das faturas das empresas todos os meses, proposta na IN/SLTI/MP nº 02/2008, medida que, no entendimento do TCU, é ilegal.

166. Contudo, o art. 56, § 3º, da Lei nº 8.666/93, só autoriza a elevação do seguro ao percentual de 10% no caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente. Há que se reconhecer que os serviços de terceirização, de forma geral, não preenchem esses requisitos.

167. Por isso, a alternativa de se aumentar o seguro para a contratação de serviços terceirizados exigiria encaminhamento de projeto de lei ao Congresso Nacional. Diante das qualificações e das propostas de gestão sugeridas neste trabalho, acredita-se que seria desnecessária, neste momento, a adoção dessa providência.

III.e – Casos de parcelamento do objeto

168. O art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, fixa orientação no sentido de que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

169. Pelo esclarecido anteriormente, as empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não têm especialidade no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro, por exemplo, firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza, ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

170. Trata-se, assim, de prática regular do mercado prestar esses serviços de forma concomitante. Desse modo, a divisão do objeto, como previsto na norma transcrita, não implicará em ampliação da competitividade e, em consequência, em ganhos econômicos, pois as mesmas empresas participarão da licitação.

171. Além do mais, quanto maior o objeto desse tipo de contrato, menores serão os custos fixos por posto de trabalho. Em princípio, portanto, é esperada uma redução dos preços ofertados, caso o objeto não seja dividido.

172. Nessa linha de raciocínio, a simples divisão desses serviços implicará apenas em aumento de despesas para a administração, seja para contratá-los, seja para geri-los.

173. Portanto, sob o ponto de vista técnico e econômico, serviços não especializados, como movimentação de móveis, almoxarifado, arquivo, protocolo, garçom, mensageiro, motorista, recepcionista, limpeza, arquivo, não devem ser divididos.

174. Porém, há que se lembrar, que os serviços técnicos, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática, devem ser divididos por área, visto que o mercado atua de forma segmentada por especialização e, desse modo, é esperada competitividade mais acirrada, com reflexos diretos nos preços ofertados e na qualidade dos serviços prestados.

175. Dessa forma, a proposta do Grupo de Estudo para a realização do parcelamento do objeto em serviços de natureza continuada, dependerá da complexidade técnica envolvida. Assim, opta-se pelo não parcelamento quando se referir a objeto sem nenhuma complexidade técnica, a exemplo de limpeza, condução de veículos, recepção, e pelo parcelamento quando se tratar de serviços técnicos em que as empresas atuam de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática. Trata-se, contudo, de procedimentos que devem ser avaliados em cada caso concreto.

III.f – Técnicas de orçamentação

176. Conforme preceitua o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, as licitações para contratação de serviços somente são realizadas após o detalhamento do orçamento em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

177. Comumente os órgãos/entidades públicos adotam dois critérios básicos para a elaboração desses orçamentos:

- a) realizam pesquisa junto a outros órgãos públicos ou solicitam propostas a empresas do ramo;
- b) elaboram planilha detalhada com todos os insumos básicos que compõem o preço do bem, serviço ou obra.

178. No momento da prorrogação contratual, exclusivamente em relação aos serviços de natureza continuada, percebe-se que a planilha orçamentária é formada por itens que não carecem, ou envolvem, um alto custo-benefício, de forma que não justifica a realização de nova pesquisa de mercado.

179. Para compreendermos de forma clara o que está sendo afirmado, subdividiremos os serviços de natureza continuada em dois grupos: com ou sem fornecimento de materiais, sendo a única diferença entre eles no que se refere à composição da planilha orçamentária, a inclusão dos materiais necessários à realização dos serviços.

180. Portanto, iniciaremos a análise da planilha orçamentária pelos itens comuns a qualquer serviço de natureza continuada: **remuneração, encargos sociais, insumos e LDI.**

181. Quanto à remuneração, usualmente é baseada no piso salarial da Convenção Coletiva da Categoria. Destarte, enquanto esse for o critério utilizado, é manifesta a inutilidade da realização da pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade da Administração em manter o contrato firmado.

182. Os encargos sociais têm seus itens definidos em instrumentos legais, tais como leis, decretos, normativos, como a sumula 305/TST, e no Regulamento da Previdência Social. A discricionariedade desse grupo está tão somente em estimativas

inerentes a cada empresa participante do processo licitatório, a exemplo de faltas, auxílio doença, acidentes de trabalho, entre outros. Portanto, definir esses parâmetros mediante comparação entre valores adotados em licitações por outros Órgãos/Entidades públicos, mostra-se absolutamente inapropriado, ante a impossibilidade de se conhecer particularidades de cada empresa, que indubitavelmente são reveladas apenas no momento da licitação.

183. Os insumos são compostos, majoritariamente, por itens que possuem respaldo na Convenção Coletiva da Categoria. Os demais, passíveis de realização de pesquisa de mercado, são: uniforme, Equipamento de Proteção Individual- EPI e manutenção de equipamentos.

184. Quanto a esses itens, tratam-se de insumos, cuja soma, corresponde a no máximo 5% do orçamento total a ser licitado, como vem sendo demonstrado em licitações recentes. Tendo por parâmetro a curva ABC, indiscutivelmente esses itens não estão entre os mais representativos da planilha orçamentária. Ao mesmo tempo, importa lembrar que fazemos parte de uma economia estável, em que a variação esperada é baixa e pode ser perfeitamente retratada mediante a utilização de índices nacionais, tal como o INPC. Portanto, não há razão para efetuar pesquisa de mercado todas as vezes que é necessária a realização de prorrogação contratual, com todo o custo administrativo que representa.

185. A título de exemplificação, recentemente foi realizado um procedimento licitatório para contratação de serviço de manutenção predial do Tribunal de Contas da União. Nesse contrato, durante o procedimento licitatório realizou-se pesquisa de mercado para quase 200 diferentes insumos, sendo alguns deles referentes a uniformes e EPIs e a maioria para estimativa de manutenção de equipamentos. É notório que o custo/prazo que será despendido para a realização de pesquisa de mercado para a prorrogação do contrato, além de impeditivo, não é aconselhável em vista da baixa representatividade desses itens no orçamento global.

186. Ademais, a pesquisa de mercado normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação. Portanto, a utilização de um índice adequado, além de retratar a realidade do mercado, evita prejuízo desnecessário à Administração, assim como para a empresa contratada.

187. Quanto ao LDI, há consenso entre os Órgãos/Entidades quanto aos itens que o compõem e o valor do percentual atual, que gira em torno de 26%; ademais esse percentual é ajustado durante o procedimento licitatório, e com certeza não levará a Administração a concluir pela desvantagem do orçamento para a prorrogação do contrato fundamentando-se nesse item que, após licitado, só é possível sofrer alteração por repactuação, desde que comprovado o desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

188. Realizada a análise dos itens comuns a quaisquer serviços de natureza continuada, passemos à apreciação do único item concernente apenas àqueles serviços com fornecimento de materiais, como limpeza e conservação e manutenção predial.

189. O item materiais é composto por todos aqueles necessários à realização do serviço. Ainda tomando por modelo a licitação realizada para contratação dos serviços de manutenção predial, realizou-se pesquisa de mercado para quase 800 diferentes materiais. Para esse caso, torna-se notória a dificuldade de comprovar a vantajosidade do contrato no caso de sua prorrogação.

190. Em primeiro lugar porque durante a execução do contrato há grande dificuldade em realizar comparações entre serviços com fornecimento de materiais, haja vista as particularidades inerentes a cada contrato em execução na Administração Pública.

191. Segundo, e nessa mesma linha de raciocínio, a única forma de observar se o contrato continuaria vantajoso para a Administração seria realizando nova pesquisa de mercado, em que dois problemas são facilmente vislumbrados: o tempo necessário para realizar tal comprovação; e o mais importante, o custo administrativo despendido nessa pesquisa.

192. É flagrante que o uso de índice específico e adequado, além de trazer significativo benefício à Administração, será a forma mais apropriada para comprovar que o contrato continua vantajoso no momento da prorrogação.

193. Por fim, importante destacar que, para os casos de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica para a Administração, ainda poderá ser comprovada mediante comparação com limites estabelecidos, por estado, em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

194. Realizadas essas considerações, conclui-se que, em se tratando de prorrogação contratual para serviços de natureza continuada, a realização de pesquisa junto ao mercado e outros órgãos/entidades da Administração Pública, além de fictícia, já que não retrata verdadeiramente o mercado, é onerosa e burocrática, portanto absolutamente desnecessária.

195. Dessa forma o Grupo de estudos entende desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a **prorrogação de contratos de serviços de natureza continuada**, sendo a vantajosidade econômica de sua manutenção para a Administração garantida se:

a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;

b) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;

c) houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.

d) nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens **a** até **c**, somente estará garantida se os valores de contratação ao longo

do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.

III. g – Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviços de forma contínua

196. Conforme determina o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ser prorrogados por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosos para a administração, limitada a sessenta meses.

197. Portanto, como regra, a fixação do prazo de vigência dos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua deve levar em consideração a obtenção de melhor preço e de condições mais vantajosas para a administração e não a vigência dos respectivos créditos orçamentários.

198. Seguindo orientação do TCU, tem sido praxe a administração pública firmar a vigência desses contratos por 12 (doze) meses e prorrogá-los sucessivamente, por iguais períodos, até o máximo de 60 (sessenta) meses.

199. Porém, o Grupo de estudos compreende que essa regra deve ser entendida de maneira que reste claro que o prazo de vigência fixado atende à sua finalidade, que é a obtenção do melhor preço e das condições mais vantajosas para a administração.

200. É pertinente concluir que, quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para ofertar seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.

201. Ademais, o prazo de vigência de 60 (sessenta) meses só traz benefícios à administração, visto que os procedimentos atualmente adotados para a prorrogação serão significativamente reduzidos.

202. É fato que é necessário avaliar periodicamente se o contrato ainda permanece vantajoso e se ainda há interesse da administração em sua manutenção, como tem sido exigência nas prorrogações sucessivas.

203. Não obstante a vigência do contrato ser firmada por 60 (sessenta) meses, não existe impedimento para que seja fixado que sua manutenção será avaliada a cada doze meses, tanto sob o ponto de vista econômico quanto à qualidade dos serviços prestados. Com a adoção desse procedimento, ficam mantidas as mesmas condições atualmente adotadas para prorrogar esses contratos.

204. Desse modo, inexistindo a obrigação de realizar pesquisa de mercado para a prorrogação contratual, a única condição restante seria a verificação da necessidade e da qualidade dos serviços prestados.

205. Diante do exposto, verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com prazos

superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado.

III.h – Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

206. Um grave problema enfrentado pela Administração é a dificuldade de recusar propostas dos licitantes, mesmo ante a convicção de que os preços apresentados são visivelmente inexecutáveis. Esse fenômeno tem crescido a proporções alarmantes com o advento do pregão eletrônico, em que empresas de diversos estados têm participado de licitações, sem prévio conhecimento das obrigações que serão assumidas durante a execução do Contrato.

207. As empresas têm aviltado suas propostas ao apresentarem preços incompatíveis com os custos mínimos desses serviços. A exemplo do TCU, verifica-se que tem sido comum apresentarem LDI inferior a 8,5% e encargos sociais na ordem de 65%, quando o percentual mínimo esperado pela administração não é inferior a 23% e 72%, respectivamente, haja vista o manifesto conhecimento dos custos para a prestação de serviços.

208. Esse comportamento das empresas, somado à falta de qualificação, tem trazido sérios problemas para os trabalhadores e para a administração. É comum, por exemplo, não tolerarem qualquer tipo de falta de seus empregados, mesmo que seja por razões de saúde. Deixam de pagar salários, férias, décimo terceiro, previdência social, FGTS, e o contrato termina sendo rescindido.

209. Percebe-se, ademais, que esse percentual de LDI excessivamente baixo é ofertado por empresas optantes pelo Simples, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006. Ocorre que apenas os segmentos de limpeza e vigilância podem fazer opção por esse sistema de tributação, mesmo assim limitado a um determinado volume de receita.

210. No caso de limpeza e vigilância, deve-se estar atento ao volume de receita que será auferido com o contrato, pois, dependendo do valor, não mais poderá ser enquadrada no Simples. Já no caso dos demais serviços, com cessão de mão de obra, não é possível a empresa ser optante por esse regime tributário, qualquer que seja o volume de receita.

211. De acordo com a Receita Federal do Brasil, a empresa optante pelo Simples terá até o último dia útil do mês subsequente àquele em que tenha deixado de preencher as condições exigidas pela Lei Complementar nº 123/2006 para alterar o seu regime fiscal.

212. Diante disso, compreendemos como relevante que seja incluído no edital que será admitida a participação de empresa optante pelo Simples, contudo:

a) Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos arts. 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

b) **O licitante optante pelo Simples Nacional**, que, porventura venha a ser contratado, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar

cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

c) Caso o **licitante optante pelo Simples Nacional** não efetue a comunicação no prazo assinalado acima, o próprio órgão contratante, em obediência ao princípio da probidade administrativa, efetuará a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, para que esta efetue a exclusão de ofício, conforme disposto no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

d) A vedação de realizar cessão ou locação de mão de obra não se aplica às atividades de que trata o art. 18, § 5º-C, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações, conforme dispõe o art. 18, § 5º-H, da mesma Lei Complementar.

213. Em nossa concepção, a avaliação da inexecutabilidade da proposta deverá considerar se, em razão do valor ou da natureza do serviço:

a) o contrato admite a apresentação de proposta com base no regime tributário da empresa optante pelo Simples, regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006;

b) o contrato admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal do lucro presumido;

c) o contrato só admite que a empresa seja optante pelo regime fiscal pelo lucro real.

214. Com base nessas informações, o edital deverá consignar expressamente as condições mínimas para que a proposta seja considerada exequível, devendo, contudo, ser fixado prazo para que a licitante contradite a decisão da administração.

215. Pretendemos com isso excluir as empresas que não têm justificativas razoáveis para reduzir o custo orçado pela Administração para o serviço, mas o fazem, na tentativa de burlar exigências legais, que na maioria das vezes, referem-se a direitos dos trabalhadores.

216. Independentemente do regime fiscal da contratada, compreende-se que nenhuma proposta deverá ser aceita, caso não contemple o percentual mínimo das despesas obrigatórias previstas, tais como:

a) contribuições à previdência social, Riscos ambientais, contribuições de terceiros;

b) FGTS;

c) Férias;

d) 13º salário;

e) multa sobre o FGTS.

217. No tocante ao LDI, cumpre mencionar que as despesas com tributos federais incorridas pelas empresas optantes pelo lucro presumido correspondem ao percentual de 11,33%, sendo 4,8% de IR, 2,88% de CSLL, 3% de COFINS e 0,65% de PIS.

218. É certo que o Tribunal de Contas da União já fixou orientação no sentido de que o IR e a CSLL não devem constar das planilhas de obra. Contudo, sendo despesas obrigatórias, incidentes inclusive sobre o total da receita, retidas antecipadamente pelo tomador do serviço, não há como se deixar de considerar esses tributos como despesas efetivas incorridas pelos contratados prestadores de serviços continuados e que impactam significativamente o valor do contrato.

219. A exemplo das empresas optantes pelo lucro presumido, a administração deve avaliar a exequibilidade da proposta, no que se refere ao LDI, à luz dos regimes fiscais advindos da contratação. Antecipe-se, contudo, que não devem ser aceitas, sem as

devidas justificativas, propostas que não contemplem o pagamento de todos os tributos. Do mesmo modo, lucro, como se sabe, pode ser maximizado com uma boa gestão de mão de obra, mas não se deve abrir mão de um mínimo aceitável, pois não é crível que prestadores de serviços estejam dispostos a trabalharem de graça para o Erário. Não fixar lucro mínimo é um incentivo para que as empresas avancem sobre outras verbas, como direitos trabalhistas, tributos e contribuições compulsórias, como tem sido praxe.

220. Também as despesas administrativas, devem ser objeto de análise pela administração, pois não é razoável que a empresa não possua esse gasto. No entanto, é aceitável que existam justificativas para reduzi-lo ou eliminá-lo, por exemplo, que a empresa administre muitos contratos, ou que se trate de uma empresa familiar, mas para isso a empresa necessita apresentá-las.

221. Concluimos, portanto, que os editais deveriam consignar expressamente as condições mínimas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, proibindo propostas com lucro e despesas administrativas iguais a zero, entre outros, em razão de esse percentual englobar os impostos e contribuições não repercutíveis (IR, CSLL). Registre-se que o grupo não determinou quais seriam as condições mínimas ideais, de modo que deverá ser realizado estudo para determiná-las e, assim, possibilitar a implementação dessa proposta.

III.i- Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços.

222. A exigência de possuir domicílio bancário em local estipulado no edital está amparada no parágrafo único do art. 464 da CLT, conforme abaixo transcrito, e tem caráter social, pois permite que os funcionários possam resolver eventuais problemas bancários com maior facilidade. É mais fácil resolver um problema numa agência bancária na mesma localidade da prestação dos serviços do que numa agência localizada em outro estado da federação, situação bastante corriqueira no setor de terceirização.

“Art. 464 – O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, **em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho.**” (ênfase acrescida)

223. Embora existam as facilidades tecnológicas que permitem o acesso às contas bancárias por meio de internet e/ou de aparelhos celulares, a grande maioria dos empregados terceirizados não tem acesso a essas ferramentas, como os da área de limpeza e conservação, os quais, além de receberem baixa remuneração, normalmente são provenientes dos segmentos sociais menos favorecidos economicamente.

224. Dessa forma, o grupo de estudos propõe consignar nos editais a exigência de que o domicílio bancário dos empregados seja na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços.

III.j – Fixação de sanções

225. A legislação administrativa brasileira é omissa na tipificação das condutas lesivas ao interesse público nas licitações e contratos, cabendo ao gestor público a definição no edital e no contrato das sanções específicas para cada infração. Entretanto,

essa definição, pelo gestor, das sanções aplicáveis, normalmente carece de uma sistematização, detalhamento e proporcionalidade, o que acaba por reduzir a eficácia dessas medidas, diminuindo o seu efeito intimidatório, e favorecendo as contestações judiciais.

226. Sendo assim, a elaboração de ato normativo infralegal que regulamente a aplicação de sanções nas licitações e contratos e que estabeleça um histórico de pontuação negativa aos fornecedores, de modo a permitir a identificação dos infratores contumazes e possibilitar a consideração do histórico de sanções do fornecedor como mais um critério para a majoração ou atenuação das sanções previstas no edital e no contrato, mostra-se como alternativa para minorar o problema.

227. A regulamentação, nesse caso, objetiva padronizar e garantir maior celeridade, transparência, racionalidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas, de modo que possibilite à Administração considerar o histórico do fornecedor no momento da aplicação das sanções previstas no edital e no contrato.

228. Sendo assim, o Grupo de Estudos compreende que a Legislação administrativa não impede que o gestor considere as falhas e irregularidades pregressas do fornecedor no momento da aplicação de uma nova sanção, entretanto, a fim de evitar possíveis excessos na dosimetria das penas, entende-se mais adequado, neste momento, o aprofundamento dos estudos para uma posterior decisão quanto à viabilidade legal ou não de ato normativo regulando o tema.

III.k – Possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica

229. No tocante a essa questão é notório que não existe autorização expressa na legislação para que seja desconconsiderada a pessoa jurídica quando declarado o impedimento ou a inidoneidade de uma empresa para licitar e contratar com a Administração Pública.

230. Todavia, essa questão precisa ser mais bem debatida em defesa do interesse público, pois percebe-se que a norma que objetiva retirar o mau fornecedor da vida pública por período de tempo determinado está, constantemente, sendo objeto de burla por pessoas físicas inescrupulosas que usam e abusam da criação de pessoas jurídicas para fraudar seus empregados, fornecedores, o erário e o fisco.

231. É notório que, de acordo com a lei, a pessoa jurídica tem capacidade, possui vontade própria, é titular de direitos e obrigações, responde civilmente pelos compromissos assumidos. Porém, não se pode desconconsiderar que os atos que caracterizam as declarações de vontade são praticados pelas pessoas de seus sócios, seus legítimos representantes.

232. Sendo o erário apenas um consumidor com prerrogativas especiais, visto que administra recursos pertencentes à sociedade, não se vislumbra razão para que, sendo constantemente vítima da prática de atos fraudulentos, se veja obrigado a continuar contratando com pessoas físicas inescrupulosas que se escondem atrás de pessoas jurídicas com o objetivo claro de obter vantagens ilícitas.

233. Não podem, desse modo, os atos praticados pela pessoa jurídica perante o poder público se tornar um dogma que não possa ser efetivamente combatido em nome do interesse público. Corrobora esse entendimento, por exemplo, o despacho do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo exarado nos autos 022.01.2007.000511-6/0000000-000, número de ordem 113/2007, cujo trecho de interesse foi publicado no caderno 4 do Diário da Justiça Eletrônico de São Paulo, Ano III, Edição 771, página 142, de 9 de Agosto de 2010, abaixo transcrito.

“A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais a mesma foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. ‘O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e. g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada. Entre essas são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado””.

234. Note-se que a aplicação do princípio da desconsideração da pessoa jurídica somente é possível quando restar claro que o ato praticado tem como objetivo perpetrar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações. Sendo assim, esse princípio somente pode ser evocado quando estiver expressamente consignado na declaração de impedimento ou de inidoneidade que esta foi aplicada em razão de fraude ou burla a lei.

235. Desse modo, propõe-se o afastamento da licitação de empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida para licitar e contratar com a administração pública, em razão de fraude ou burla a lei, que compreendemos encontrar amparo legal no princípio da desconsideração da personalidade jurídica.

IV – CONCLUSÃO

IV.a – Experiência do TCU

236. As atividades do Grupo de Trabalho começaram em março/2010 e à medida que as ideias e propostas de melhoria foram se consolidando, fato que começou a ocorrer em 14/04/2010, a Administração do TCU passou a incluí-las nos seus editais. O 1º deles foi o Pregão 46/2010 destinado à contratação de serviços de manutenção do Sistema de Comunicação/Programação Visual do Conjunto Arquitetônico do Tribunal, culminando, por fim, na inclusão de todas as propostas no pregão nº 73/2010, destinado à contratação de serviços de arquivologia, de nível superior e técnico.

237. Ao todo, até 12/11/2010, em maior ou menor grau de implementação, 11 (onze) editais de pregões contaram com as novas exigências.

238. Desses 11 (onze), 4 (quatro) deles, os pregões de nº 51/2010, 58/2010, 64/2010 e 73/2010 merecem destaque pelo fato de terem contado com praticamente todas as novas regras. Sendo que, nenhum desses 4 (quatro), vale registrar, foi objeto de representação ao TCU ou de mandado de segurança.

Pregões realizados

Processo	Nº Pregão	Objeto	Nº Licitantes	Adjudic.	Valor Estimado(R \$)	Valor Homologado (R\$)	% D
001.476/2010-6	46/2010	Serviços de manutenção do Sistema de Comunicação e Programação Visual do TCU/Sede.	05	2ª	95.755,20	49.900,00	- 4
006.979/2010-6	48/2010	Serviços continuados	16	4ª	2.395.612,96	2.098.000	- 1

		de operação e manutenção predial – TCU/Sede (preventiva e corretiva).					
008.606/2010-2	51/2010	Serviços continuados de limpeza, conservação e higienização – TCU/Sede.	44	8ª	5.141.567,78	4.350.000,00	- 1
009.804/2010-2	55/2010	Serviços continuados de limpeza, conservação, higienização, copeiragem e serviços gerais – Secex/AM.	22	8ª	120.158,05	116.278,00	- 3
010.328/2010-6	56/2010	Serviços de condução de veículos oficiais, copeiragem e recepção – TCU/Sede.	56	22ª	2.532.800,14	2.137.480,31	- 1
003.302/2010-5	58/2010	Serviços continuados de manutenção e limpeza de jardins e espelho d'água – Sede/TCU.	12	7ª	471.597,99	436.200,00	- 8
013.468/2010-3	64/2010	Serviços de limpeza, conservação e higienização – Secex/AC.	7	5ª	28.946,57	28.700,00	- 1
005.707/2010-2	65/2010	Serviços de recepção, copeiragem, manutenção predial e jardinagem – Secex/RN.	26	4ª	171.092,16	171.084,00	0,
014.078/2010-4	67/2010	Serviços continuados de copeiragem – Secex/AP	10	7ª	18.520,56	19.500,00	+ 1
012.826/2010-3	71/2010	Serviços de vigilância armada – Secex/AL	4	2ª	208.455,84	203.000,00	- 3
022.681/2010-8	73/2010	Serviços continuados de arquivologia, nível superior e de técnico – TCU/Sede.	21	3ª	928.072,46	883.100,00	- 5

239. Todavia, cabe consignar que em face do ineditismo das alterações, praticamente em todos os pregões ocorreram pedidos de esclarecimento, impugnações, recursos, duas representações ao TCU referentes aos Pregões 48/2010 e 56/2010 (pendente de julgamento cautelar e no mérito) e um mandado de segurança relativamente ao Pregão 71/2010 (pendente de julgamento no mérito).

240. Quanto à Representação a respeito do Pregão 48/2010, em que a licitante questionou o grau de exigências de qualificação técnico-profissional, técnico-operacional e a experiência de 3 (três) anos na prestação de serviços similares aos do objeto do edital, o TCU já se pronunciou por meio do Acórdão nº 2939/2010 – TCU – Plenário e, em síntese, assim constou do Voto:

“Em primeiro lugar, o requisito de quantitativos mínimos como critério de comprovação de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional coaduna-se com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993, que admite exigência de “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”.

6. Ademais, no caso concreto, os valores fixados são inferiores a 50% dos quantitativos a serem executados, percentual máximo que a jurisprudência desta Corte tem considerado razoável e admitido (acórdãos 1.202/2010, 2.462/2007 e 492/2006, todos do Plenário).

7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.”

241. Observa-se do excerto acima, que Tribunal entendeu ser compatível com o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei. Entendimento esse que reforça uma das principais propostas do Grupo e que diz respeito à exigência de experiência de 3 (três) anos na execução de serviços similares aos do objeto do edital.

242. Outro assunto que é fruto das discussões do Grupo, envolvendo a análise quanto à legitimidade da participação de Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP optantes pelo Simples Nacional em processos licitatórios destinados à contratação de serviços de cessão ou locação de mão de obra, também foi recentemente analisado pelo TCU por meio do Acórdão nº 2.798/2010- Plenário (Sessão 20/10/2010).

243. Na oportunidade o Tribunal concluiu que as vedações descritas no art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 não constituem óbice à participação em licitação pública de empresa optante pelo Simples Nacional, desde que comprovada a não utilização dos benefícios do regime tributário diferenciado na proposta de preços e a solicitação de exclusão do referido regime, e determinou ao órgão:

“ ...

9.3.1. faça incluir nos editais disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123;

9.3.2. faça incluir nos editais disposição no sentido de obrigar a contratada apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006;”

244. Após as experiências obtidas nesses 11 (onze) pregões, apesar de os 1º contratos terem se iniciado há menos de 1 (um) mês, tem-se uma clara percepção de que se conseguiu fazer boas contratações.

245. Com isso, espera-se que no curto, médio e longo prazos, a grande quantidade de contratos de terceirização rescindidos por inexecução (lista abaixo), conforme se observou nos últimos anos, seja definitivamente suprimida:

Item	Contrato	Empresa	Objeto
1	34/2009	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Limpeza, higienização e conservação
2	28/2009	Seletiva Tecnologia de Serviços Ltda.-ME	Serviços auxiliares ao Berçário
3	10/2008	Higiterc Higienização e Terceirização Ltda.	Condução de veículos, Copeiragem e Protocolo
4	18/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de protocolo
5	27/2007	Madri Saneamento Ambiental Ltda.	Condução de veículos
6	28/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Serviços de recepção, mensageria e ascensorista
7	32/2007	Recris Empreendimentos e Serviços Ltda.	Copeiragem
8	33/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de fotocópia
9	34/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de expedição
10	35/2007	Kuatro Serviços Ltda.	Serviços de almoxarifado
11	55/2007	Proservice Terceirização de Serviços Ltda.	Serviços de protocolo, fotocópia e almoxarife
12	39/2006	Seleção Serviços Especializados Ltda.	Serviços de Brigada de Incêndio
13	49/2005	ZL Ambiental Ltda.	Limpeza
14	13/2004	Executiva Serviços Profissionais Ltda.	Operação de Áudio, Operação de Vídeo, Serviços de Arquivo
15	54/2003	Evolux Power	Serviços de jardinagem
16	08/2008	Colossal do Brasil Serviços Ltda.	Serviços de almoxarifado

246. No mesmo sentido, também não se tem dúvidas de que, se as novas regras forem estendidas, por meio de ato normativo, a toda Administração Pública Federal, os ganhos em termos de redução de rescisões contratuais, de demandas trabalhistas e menor esforço e gasto na gestão contratual serão muito significativos.

IV.b – Resumo das propostas

247. Por todo o exposto o Grupo de Estudos propõe que:

I – os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

II – caso se entenda que a exigência da documentação relacionada na IN/SLTI/MP nº 02/2008 deve continuar sendo solicitada e examinada de forma exaustiva quando da realização dos pagamentos, propõe-se:

a) seja contratada empresa especializada na área contábil e administração, com a finalidade prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67, da Lei nº 8.666/93; ou

b) seja solicitado à Caixa Econômica Federal que realize estudos com vistas a verificar a viabilidade econômica e financeira de os pagamentos de empregados terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira e como contrapartida esta deve verificar a pertinência de toda a documentação prevista na IN/SLTI/MP nº 02/2008;

III – conste dos contratos autorização expressa da contratada para que a administração retenha, cautelarmente, os valores das faturas devidas quando deixarem de ser pagos, salários, demais verbas rescisórias, previdência social e FGTS;

IV – conste dos contratos, de forma expressa, que a Administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

V – os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

VI – os representantes da AGU enviem esforços junto aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar, em normativo, orientação quanto aos procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos/entidades com vistas à formulação de acordo judicial ou extrajudicial para a realização dos pagamentos mencionados nos incisos V e VI retro;

VII – conste dos contratos cláusula de garantia nos termos abaixo transcritos:

“1. A CONTRATADA deverá apresentar à Administração da CONTRATANTE, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado da data da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor anual atualizado do contrato, podendo essa optar por caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

2. A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

a) prejuízo advindo do não cumprimento do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;

- b) prejuízos causados à administração ou a terceiro, decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
- c) as multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
- d) obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias de qualquer natureza, não honradas pela contratada.

3. Não serão aceitas garantias em cujos termos não constem expressamente os eventos indicados nas alíneas **a** a **d** do item 2 imediatamente anterior.

4. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do Tribunal de Contas da União.

5. A inobservância do prazo fixado para apresentação da garantia acarretará a aplicação de multa de 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso, até o máximo de 2% (dois por cento).

6. O atraso superior a 30 (trinta) dias autoriza a Administração a promover a retenção dos pagamentos devidos à contratada, até o limite de 5% do valor anual do contrato a título de garantia, a serem depositados junto à Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor da contratada.

7. O garantidor deverá declarar expressamente que tem plena ciência dos termos do edital e das cláusulas contratuais.

8. O garantidor não é parte interessada para figurar em processo administrativo instaurado pelo Tribunal de Contas da União com o objetivo de apurar prejuízos e/ou aplicar sanções à contratada.

9. Será considerada extinta a garantia:

- a) com a devolução da apólice, carta fiança ou autorização para o levantamento de importâncias depositadas em dinheiro a título de garantia, acompanhada de declaração da Administração, mediante termo circunstanciado, de que o contratado cumpriu todas as cláusulas do contrato;
- b) no prazo de 90 (noventa) após o término da vigência, caso a Administração não comunique a ocorrência de sinistros.

10. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DA GARANTIA

10.1 O Tribunal de Contas da União não executará a garantia na ocorrência de uma ou mais das seguintes hipóteses:

- a) caso fortuito ou força maior;
- b) alteração, sem prévia anuência da seguradora ou do fiador, das obrigações contratuais;
- c) descumprimento das obrigações pelo contratado decorrentes de atos ou fatos praticados pela Administração;
- d) atos ilícitos dolosos praticados por servidores da Administração.

10.2 cabe à própria administração apurar a isenção da responsabilidade prevista nas alíneas **c** e **d** do item 10.1, não sendo a entidade garantidora parte no processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União.

10.3 não serão aceitas garantias que incluam outras isenções de responsabilidade que não as previstas neste item.”

VIII – os representantes da AGU envidem esforços junto aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar orientação (normativo) dispondo sobre os procedimentos específicos a serem adotados com o objetivo de executar as garantias quando a contratada não cumprir com suas obrigações;

IX – a fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observe os critérios abaixo transcritos:

“a) fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e o impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

d) reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

e) exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

f) orientar aos fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. 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 para um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

g) comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.”

X – a fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, observe os critérios abaixo transcritos:

“a) fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

b) fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização dos contratos;

c) fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e o impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei .10.520/2002.

d) fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

e) solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

f) orientar os fiscais dos contratos que solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. 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;

g) comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.”

XI – somente seja exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

XII – seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, vale-transporte e auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária elevada e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

XIII – a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, seja realizada com base em critérios estatísticos, levando-se 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;

XIV – sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados (item 102):

As **licitantes** deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

Capital Circulante Líquido – CCL:

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

Relação de Compromissos e Demonstração do Resultado do Exercício – DRE:

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do **licitante**, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.

Certidão Negativa de Falência:

1.4. Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do **licitante**;"

XV – seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela Administração (item 105);

XVI – sempre que viável a concorrência, seja exigido, como qualificação técnico-operacional para a contratação de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50% (item 120);

XVII – seja fixada em edital como qualificação técnico-operacional a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos. (item 124);

XVIII – seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante, local em que foram prestados os serviços (item 131);

XIX – seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior (item 132);

XX – a Administração evite o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, e parcele, exclusivamente, os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática, sempre que possível (item 168/175);

XXI – a prorrogação de serviços continuados, sempre que possível, observará os seguintes critérios (186/195):

- a) a remuneração será definida com base em convenção coletiva da categoria ou, quando esta não existir, em pesquisa realizada perante o mercado;
- b) os encargos provenientes de mão de obra, observarão legislação específica, convenção coletiva e, no caso dos serviços de vigilância, limpeza e conservação, aos limites fixados pela SLTI; e
- c) os insumos atinentes a vale-transporte, auxílio alimentação e outras vantagens, deverão observar a legislação específica;

XXII – a repactuação dos contratos será realizada observando os seguintes critérios (itens 186/195):

- a) aumento de salários concedido com base em convenção coletiva;
- b) legislação específica ou índices setoriais para a correção dos insumos;
- c) índices setoriais para a correção de materiais;

XXIII – a vantajosidade para fins de prorrogação de contratos de serviços continuados será avaliada com fundamento em orçamento elaborado nos termos do item XXII (186/195);

XXIV – seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços (itens 222/224);

XXV – seja aprofundado, pela SLTI, os estudos a respeito da consideração das falhas e irregularidades pregressas do fornecedor quando da aplicação de nova sanção para, então, decidir-se quanto à viabilidade legal de ato normativo regulando o tema (itens 225/228);

XXVI – seja elaborada proposta de Projeto de Lei que autorize a aplicação do princípio da desconconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei;

XXVII – sejam realizados estudos de modo a determinar os percentuais mínimos de lucro, LDI, despesas administrativas e outros, para que as propostas sejam consideradas exequíveis.

IV.c – Proposta de encaminhamento

248. Considerando as competências e atribuições do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, mais especificamente da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, à qual compete planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, o Grupo entende, a fim de que toda a Administração Pública possa usufruir das propostas contidas neste relatório, que elas sejam incorporadas, no que couber, à Instrução Normativa nº 02/2008 – SLTI/MP. Encaminhamos, no anexo I a este relatório, a IN/SLTI/MP nº 02/2008 com as propostas a serem inseridas em seu texto. No anexo II, para facilitar o entendimento, segue modelo de IN já compilada com as propostas.

249. Encaminhar cópia do presente Relatório às autoridades abaixo elencadas, para conhecimento e providências pertinentes.

- Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União;
- Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- Advogado-Geral da União;
- Ministro de Estado da Fazenda;

- Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União;
- Ministro de Estado da Previdência Social;
- Procurador-Geral da República;
- Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;
- Presidente da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil.

250. Encaminhar cópia do presente Relatório aos dirigentes abaixo elencados, para conhecimento e providências pertinentes.

- Secretário-executivo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- Secretário de Logística e Tecnologia da Informação – MP;
- Secretário-Geral de Controle Externo – TCU;
- Secretário-Geral de Administração – TCU;
- Coordenador da Rede de Controle.”

6. Após produzido o relatório, a Adplan apresentou formalmente a representação ao TCU em 17/3/2011, contendo a seguinte classificação das propostas formuladas pelo grupo (peça 2):

“ ...

12.1 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal e **nem carecem de maiores estudos da SLTI ou normativos da AGU:**

GESTÃO DE CONTRATOS:

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual; (parágrafos 17 a 37 e 247- I e II)
- b) Controle de encargos previdenciários; (parágrafos 53 a 60 e 247- III a V e IX)
- c) Controle do recolhimento do FGTS; (parágrafos 61 a 64 e 247- III a V e X)
- d) Outros documentos. (parágrafos 65 a 67 e 247- XI a XIII)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Qualificação econômico-financeira; (parágrafos 84 a 102 e 247- XIV)
- b) Qualificação técnico-operacional;
  - Local do escritório para contatos; (parágrafos 104 e 105 e 247- XV)
  - Atestados de capacidade técnica (Obs.: a depender das peculiaridades do local onde será realizada a licitação); (parágrafos 106 a 120 e 247- XVI)
  - Experiência mínima de 3 anos; (parágrafos 121 a 124 e 247- XVII)
  - Idoneidade dos atestados; (parágrafos 131 a 133 e 247- XVIII e XIX)
- c) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços. (parágrafos 222 a 224 e 247- XXIV)

12.2 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, **mas carecem da definição jurisprudencial do TCU:**

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Qualificação técnico-profissional; (parágrafos 134 a 163)
- b) Casos de parcelamento do objeto; (parágrafos 168 a 175 e 247- XX)
- c) Técnicas de orçamentação; (parágrafos 176 a 195 e 247- XXI a XXIII)
- d) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua. (parágrafos 196 a 205,)

12.3 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, **mas carecem de normativos da AGU:**

GESTÃO DE CONTRATOS:

- a) Retenção de valores próximo ao final da vigência; (parágrafos 38 a 47 e 247-VI)
- b) Validade das apólices de seguro. (parágrafos 48 a 52 e 247-VII e VIII)

12.4 Propostas de melhorias que podem ser implantadas imediatamente, pois não contrariam nenhuma determinação legal, **mas carecem de maiores estudos da SLTI:**

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Percentuais de encargos sociais e LDI; (parágrafos 206 a 221 e 247- XXVII)
- b) Fixação de sanções. (parágrafos 225 a 228 e 247- XXV)

12.5 Proposta que **necessita de alteração legislativa** para que possa ser implementada:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. (parágrafos 229 a 235 e 247-XXVI)

13. É importante frisar ainda que três tópicos (Conta vincula, Garantia contratual e Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto) foram trabalhados pelo grupo e registrados no corpo do relatório final a título de colaboração para maiores estudos.

Propostas **comentadas, mas não recomendadas** pelo grupo de estudo:

GESTÃO DE CONTRATOS: Conta vinculada. (parágrafos 68 a 73)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO:

- a) Garantia contratual; (parágrafos 164 a 167)
- b) Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto; (parágrafos 125 a 130).”

7. A Adplan, então, formulou a seguinte proposta de encaminhamento:

“3.1 encaminhar o presente processo à Secretaria das Sessões para sorteio do relator pelo Presidente, nos termos do art. 154, inciso IV do Regimento Interno do TCU;

3.2 que o relator sorteado conheça a presente Representação da Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimento, com fundamento no art. 237, VI, do

Regimento Interno do Tribunal, c/c o art. 86, II da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992

3.3 que o Tribunal de Contas da União, considerando a conveniência e oportunidade dos assuntos tratados no relatório do grupo de estudo, analise as propostas de melhoria de contratação, gestão e término (rescisão ou fim de vigência) dos contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, a fim de conferir a amplitude necessária e suficiente aos temas, de modo que o toda Administração tenha um parâmetro de procedimentos no sentido da eficiência, a exemplo dos ganhos já alcançados pela Administração do TCU;

3.4 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, a qual compete planejar, coordenar, supervisionar e orientar normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional, incorporar as propostas de melhoria, que o Plenário do Tribunal de Contas da União julgue necessárias, à Instrução Normativa nº 02/2008 – SLTI/MP;

3.5 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI desenvolva estudos sobre os percentuais de encargos sociais e LDI e fixação de sanções, conforme sugestão do grupo de estudos;

3.6 que o Tribunal de Contas da União formalize recomendação para Advocacia-Geral da União – AGU desenvolva normativos sobre retenção de valores próximo ao final da vigência do contrato e validade das apólices de seguro, conforme sugestão do grupo de estudos;

3.7 que encaminhe cópia do Acórdão e do relatório do grupo de estudos às autoridades elencadas, para conhecimento e providências pertinentes: Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União; Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; Advogado-Geral da União; Ministro de Estado da Fazenda; Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União; Ministro de Estado da Previdência Social; Procurador-Geral da República; e Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

3.8 que encaminhe cópia do Acórdão e do relatório do grupo de estudo ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para avaliar a conveniência e oportunidade de alteração legislativa no sentido de que seja autorizada a aplicação do princípio da desconconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei.”

8. Tendo sido sorteado para relatar estes autos, enviei o processo à então 3ª Secex em 7/4/2011, para que se pronunciasse acerca do encaminhamento proposto pela Adplan (peça 6).

9. Em 27/8/2012, aquela unidade se manifestou, nos seguintes termos (peça 10):

“ ...

III – ANÁLISE

6. Nos termos do comando constitucional insculpido no art. 37, XXI – CF/88, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

7. Também como norma constitucional, inclusive em condição de cláusula pétrea, aflora o princípio de que ninguém, o que inclui, naturalmente, as pessoas jurídicas, é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II).

8. Já o artigo 84, IV da CF/88 estabelece que compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

9. Consoante o art. 1º, caput e parágrafo único da Lei 8.666/93, aquele normativo estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo, portanto, uma lei nacional, conforme conceituação de Hans Kelsen.

10. As condições relativas à habilitação dos interessados em participar de certames licitatórios da Administração Pública encontram-se declinadas, em rol taxativo, em vista da exclusividade assentada no caput do art. 27 da mencionada Lei nº 8.666/93, na Seção II, do Capítulo II, daquele normativo, explicitadas em minudência nos artigos 27 a 33 seguintes, da mesma lei.

11. Dentre as normas relativas à habilitação, acima mencionadas, notória se faz a vedação expressa no § 5º, do art. 30, da lei, litteris: ‘§5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.’

12. Assentado o arcabouço legal que interessa à presente análise, passamos ao exame das proposições à luz de tal assento, conforme a seguir.

13. No que tange ao tópico relacionado à gestão de contratos, por se tratar de providências atinentes à fase de execução, subsequente, portanto, ao processo licitatório, não divisamos óbices ao implemento das sugestões ali postas, quer por não contrariar preceitos da Lei nº 8.666/ 93, quer por atender aos princípios da racionalidade administrativa e da eficiência, dentre outros, na medida em que consubstanciam formas eficazes de controle do cumprimento dos contratos, bem como propiciem meios de resguardo da administração ante a possibilidade de demandas subsidiárias em face do inadimplemento de obrigações trabalhistas e/ou tributárias por parte da empresa contratada.

14. Já no que respeita aos procedimentos sugeridos quanto ao processo licitatório em si, vislumbramos em alguns itens propostos falta de amparo legal

explícito ou em princípios gerais de direito administrativo para sua adoção, na medida em que impõem limitações ao direito de livre participação em processo licitatório a alguns administrados, sem o necessário supedâneo legal, o que malfeire o princípio da legalidade estrita que junte o administrador.

15. Desse modo, entendemos que as proposições a seguir declinadas somente podem ser alteradas, ou por via legislativa, quando não expressamente prevista na lei, ou por via regulamentar decorrente da edição de decreto fulcrado no art. 84, IV da CF, a saber:

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) **superiores a 1 (um)**, bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, **no mínimo, 16,66%** (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação: não obstante as razoáveis justificativas de ordem prática assentadas pelo grupo de trabalho, cremos que os números arbitrados, por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração, visto que, segundo o art. 31, I Lei nº 8.666/93 a exigência em pugna limitar-se-á ‘balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta’. Assim, a exigência legal é a de que se comprove a **boa situação financeira** da empresa, o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, **estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador**, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei;

b) Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante: tal limitação, a nosso juízo, é absolutamente ilegal, primeiro por não constar expressamente do texto da Lei nº 8.666/93, segundo, por contrariar expressamente o animus legem do art. 47 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, segundo o qual o Estado Brasileiro, pela vontade conjugada de seus órgãos constitucionalmente imbuídos do poder de legiferar, expôs textualmente que ‘ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica’. Assim, se a recuperação judicial visa justamente a propiciar condições a que a empresa claudicante possa se reerguer, prosseguindo em sua atividade produtiva, com todo o apoio do Estado para superar o momento difícil por que possa estar passando, como pode um órgão fracionário desse mesmo Estado, sem amparo legal, repita-se, impedir que essa empresa possa ter a chance de contratar com esse mesmo Estado e dele, mediante a retribuição prestativa de serviços, obviamente, possa

auferir os recursos necessários a sua recuperação? Tal juízo se aplica também ao caso da recuperação extrajudicial. Assim, temos por **ilegal a exigência em comento**;

c) Exigência, como qualificação técnico-operacional para a contratação, sempre que viável a concorrência, de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50%: **o quantitativo e o percentual indicados não têm previsão legal de exigibilidade**, razão pela qual não podem ser içados à condição de limitadores técnico-operacional. Ademais do que, a Lei nº 8.666/93 **não prevê exigência de qualificação técnico-operacional**, mas sim **capacitação técnico-profissional** (art. 30, § 1º, I), a qual se limita a, litteris: 'I-capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas** ou prazos máximos;'- grifamos; e,

d) fixação em edital como qualificação técnico-operacional da obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos: tal exigência fere o princípio da legalidade estrita, sendo, portanto, **ilegal**, vez que é restrição de direito não prevista em lei, portanto, defesa ao administrador sua imposição. Assim, a despeito das justificativas do grupo relativamente a estudos acerca de tempo de vida de empresas de pequeno porte e de que a o art. 30, II da Lei 8.666/93 autorizaria tal fixação, entendemos que tais argumentos não são suficientes ao suporte da restrição, a uma porque ao fincar na lei a faculdade de exigência de comprovação por parte do candidato à licitação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, o legislador, de outro passo, não estabeleceu em contrapartida, no mesmo instrumento normativo, um marco temporal de experiência abaixo do qual os potenciais licitantes estariam impedidos de participar de licitações, como se pretende na sugestão ora em análise, a qual, desse modo, passa a configurar ilegalidade, vez que, claramente, o que se pretende é uma regulamentação do dispositivo legal, regulamentação essa que, no ordenamento jurídico brasileiro, como por demais cediço, apenas um decreto regulamentador poderia levar a cabo. A duas porque, tecnicamente, não se arrazoa a justificativa de que a experiência mínima de três anos se pauta em estrita lógica ante a **possibilidade** de os contratos da espécie se estenderem por até sessenta meses, isto porque, nos dizeres da lei, a compatibilidade deve ser observada em relação ao prazo de execução do objeto licitado, daí decorrendo o inevitável questionamento acerca de qual seria esse prazo. Por se tratar de serviço continuado, o grupo entendeu que o prazo de execução do objeto do contrato seria o máximo admitido em lei por meio da possibilidade de prorrogação da avença original. Ocorre que, em termos estritamente técnicos, o prazo de duração dos contratos administrativos é, em regra, adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 57, caput da Lei nº 8.666/93), **podendo**, entretanto, nos casos de serviços continuados, serem prorrogados **por iguais e sucessivos períodos** por até sessenta meses (art. 57, II da Lei nº 8.666/93).

Assim, no rigor técnico, a obrigação primeira dos licitantes, se vencedores da licitação, é a de contratar por um ano, por assim dizer, podendo não lhe interessar a prorrogação, por uma série de razões, muito embora tal interesse raramente seja negativo. De igual modo, por se tratar de faculdade, a própria administração também não se obriga a prorrogações automáticas, dado que em determinados momentos pode ser que o mercado se mostre em viés de baixa e possa ser mais vantajoso nova licitação para nova contratação, independentemente de ainda não haver se esgotado período máximo de renovação contratual legalmente permitida. Assim, a prorrogação do contrato administrativo não é direito subjetivo, quer do contratado, quer da administração, decorrendo daí que, em rigor, o prazo de execução do objeto, o qual as partes se obrigam a respeitar é de um ano, não se mostrando, desse modo, razoável a exigência de experiência de 3 (três) anos como se pretende. Por último, também no universo da casuística, não se justifica a exigência dos 3 (três) anos de experiência como fator de garantia de que o contratado executará a contento as obrigações contratuais assumidas. Isto porque, não são raros os casos de empresas tradicionais que ‘se quebram’, deixando, em consequência de cumprir seus contratos, bem assim. Alter facie, pode-se dizer que a sugestão diz respeito à experiência das empresas e não dos empresários, não atentando para o aspecto de que aquelas são entes jurídicos, sem existência efetiva no mundo físico, personificando-se, em termos fenomênicos, apenas nas pessoas que as administra e que nelas trabalham. Assim, tomemos, por exemplo, o caso de um empresário que tenha executado durante muitos anos objeto semelhante ao que é licitado, porém, assim o fazendo por meio de empresa diversa daquela que agora encabeça com o fim de participar do certame licitatório. Pela proposição em comento, essa novel empresa, a despeito de todo o capital financeiro e intelectual de que possa dispor, comprovadamente capacitado a executar a avença que se segue ao processo licitatório, estaria impedida de ‘concorrer’, porque, juridicamente, não poderia demonstrar a experiência exigida, o que nos parece, s.m.j., absurdo!

IV- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

16. Desse modo, em face do disposto no art. 237, VI do Regimento Interno do TCU, propomos que se conheça da presente Representação para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente, acatando-se as propostas formuladas no relatório do grupo de trabalho (DE-1), nos termos da instrução consubstanciada no DE-2, destes autos, **exceto**, no que tange aos tópicos a seguir, por falta de expressa previsão legal:

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) **superiores a 1 (um)**, bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, **no mínimo, 16,66%** (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

b) Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;

c) exigência, como qualificação técnico-operacional para a contratação, sempre que viável a concorrência, de até 40 (quarenta) postos de trabalho, atestado

comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, além desse quantitativo, seja exigido um mínimo de 50%; e,

d) fixação em edital como qualificação técnico-operacional da obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos.”

É o Relatório.

VOTO

O presente processo teve origem em iniciativa do Ministro Emérito desta Corte, Ubiratan Aguiar, à época do exercício da Presidência, tendo por objetivo fornecer contribuições para o aperfeiçoamento da contratação, gestão e encerramento de contratos de prestação de serviços de natureza contínua no âmbito da Administração Pública Federal.

2. Observou-se que a administração vem enfrentando diversas dificuldades na execução desse tipo de contrato, que estão levando a interrupções na prestação dos serviços, com prejuízos para a administração e para os trabalhadores, além de gerar potenciais danos financeiros para o erário, em decorrência da responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não pagas pelas empresas contratadas, conforme Enunciado de Súmula 331/TST.

3. Esta representação foi formulada com base em trabalho conduzido por um grupo de estudos composto por representantes de diversos órgãos da Administração Pública. Além do próprio TCU, participaram dos trabalhos servidores da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda, da Previdência Social e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

4. Entendo que a iniciativa foi bastante oportuna e o trabalho produzido tem condições de propiciar melhorias importantes nos procedimentos referentes à licitação, à gestão e à execução dos contratos de serviços de natureza contínua. Inegavelmente, foi muito importante para a qualidade do produto entregue pelo grupo de estudos o fato de ele ter sido integrado por representantes de diversos órgãos governamentais, com expertises e conhecimentos específicos, que certamente se complementaram em prol de um objetivo comum.

5. No âmbito do TCU, importante destacar a participação, ao lado de um representante da Segecex, de diversos servidores da Segedam. Isso, certamente, permitiu agregar a visão daqueles que militam no dia a dia das licitações e dos contratos, que conhecem as dificuldades e os problemas pertinentes aos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua.

6. O grupo tratou de diversos aspectos, abaixo mencionados, referentes a dois grandes temas: Gestão de Contratos e Procedimentos Licitatórios.

I – Gestão de Contratos

- a) Documentação exigida na fiscalização contratual
- b) Retenção de valores em data próxima ao da final da vigência
- c) Validade das apólices de seguro

- d) Controle de encargos previdenciários
- e) Controle do recolhimento do FGTS
- f) Outros documentos
- g) Conta vinculada

II – Procedimentos Licitatórios

- a) Qualificação econômico-financeira
- b) Qualificação técnico-operacional
  - Local do escritório para contatos
  - Atestados de capacidade técnica
  - Experiência mínima de 3 anos
  - Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
  - Idoneidade dos atestados
- c) Qualificação técnico-profissional
- d) Garantia contratual
- e) Casos de parcelamento do objeto
- f) Técnicas de orçamentação
- g) Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviço de forma contínua
- h) Percentuais de encargos sociais e LDI
- i) Domicílio bancário dos empregados na cidade ou na região metropolitana, instituída ou não, na qual serão prestados os serviços
- j) Fixação de sanções
- l) Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica

7. Algumas das propostas formuladas pelo grupo não envolvem controvérsias jurídicas ou maiores complexidades de ordem prática. Em relação a elas, dada a consistência da contextualização e da análise dos temas feitas pelo grupo, conforme relatório precedente, entendo pertinente que as propostas formuladas façam parte de recomendações a serem exaradas pelo Tribunal nesta oportunidade, com exceção daquelas expressamente consignadas neste voto. São elas:

- **documentação exigida na fiscalização contratual**
- **controle de encargos previdenciários;**
- **controle do recolhimento do FGTS**
- **outros documentos**
- **conta vinculada**

8. Todos esses itens estão inseridos em um mesmo contexto – o de que a administração tem exigido das contratadas, por força da IN/MP 2/2008, uma extensa relação de documentos, que demandam considerável esforço dos setores dos órgãos que exercem a fiscalização contratual. Além de exigir uma grande estrutura de fiscalização, o exame desses documentos acaba afastando a fiscalização de sua atividade precípua, que é a de verificar a adequada execução do contrato. Tem-se constatado, ademais, que a exigência de toda essa gama de documentos não tem evitado a ocorrência de problemas em relação

ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, dados os subterfúgios que têm sido utilizados por algumas empresas para mascarar eventuais inadimplementos dessas obrigações.

9. Propõe o grupo que os pagamentos às contratadas sejam realizados exclusivamente com base na documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, não mais se exigindo os diversos outros documentos hoje previstos na IN/MP 2/2008.

10. Alternativamente, caso se entenda que toda a documentação prevista na referida instrução normativa deve continuar sendo solicitada, a proposta do grupo é que se promova estudos para “viabilizar a ‘quarteirização’ de serviços, mediante a contratação de empresa especializada na área contábil e administrativa, com a finalidade de prestar assistência à fiscalização, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, dado o volume e a complexidade dos documentos e a incapacidade dos fiscais em realizar esse exame”.

11. Ainda como alternativa, propõe-se que o MP solicite à Caixa Econômica Federal “que realize estudos com o objetivo de verificar a viabilidade de os pagamentos de terceirizados serem promovidos em uma única instituição financeira, selecionada pela administração, a qual teria como obrigação verificar a pertinência de toda a documentação ora examinada por servidores e como contrapartida teria assegurado o depósito dos salários dos empregados”.

12. Importante destacar que o Tribunal editou a Portaria 297/2012, dispondo sobre a fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados de natureza continuada no âmbito da secretaria desta Corte, incorporando as sugestões feitas pelo grupo de estudos. Contatos realizados com a Segedam indicam que a aplicação desta portaria vem se dando a contento até o momento. Dessa forma, entendo que, como recomendação a ser feita ao Ministério do Planejamento, é suficiente aquela consignada no item 9 acima. Quanto às alternativas, elas podem ser melhor discutidas posteriormente, até porque talvez nem se façam mais necessárias, caso a implementação da citada recomendação surta o efeito esperado, de diminuir o esforço de fiscalização documental por parte da administração, sem perda da qualidade nessa fiscalização.

13. A implementação de mecanismos de controle envolve uma avaliação de custo x benefício, uma vez que qualquer medida de controle implica em custos adicionais para a administração, que devem ser compensados pelos benefícios gerados por essa medida. E o relato apresentado pelo grupo evidencia que os eventuais benefícios da exigência de todos os documentos previstos na IN/MP 2/2008 não vêm compensando os seus custos.

14. Aliadas a essa medida “simplificadora”, o grupo propõe outras relacionadas ao controle do recolhimento de encargos previdenciários e de FGTS, que consistem fundamentalmente em criar mecanismos para que os próprios empregados das empresas contratadas verifiquem se elas estão promovendo os recolhimentos devidos. A administração continuaria fazendo o controle, não de todos os empregados, mas amostralmente. Teria também a obrigação de exigir as certidões necessárias, de fazer prever nos contratos como falta grave o não recolhimento do FGTS e da contribuição social e de comunicar aos Ministérios da Previdência Social e do Trabalho no caso de irregularidade nos recolhimentos.

15. Em relação ao controle de outros documentos, também previstos na IN/MP 2/2008, para que a administração possa verificar o pagamento de salários, vales-transporte e auxílio-alimentação, constata-se, na prática, que a fiscalização é rapidamente avisada

pelos empregados quando esse tipo de problema acontece. Assim, revela-se pertinente a conclusão do grupo de que a administração só deve exigir os respectivos documentos quanto tomar ciência de alguma possível irregularidade no pagamento desses direitos aos empregados.

- **retenção de valores próximo ao final da vigência**
- **validade das apólices de seguro**

16. Os dois aspectos estão relacionados ao encerramento do contrato, tendo sido discutidas pelo grupo formas de garantir, ao final do ajuste, o pagamento de verbas rescisórias aos prestadores de serviço. Duas formas de se viabilizar esse pagamento são pela retenção de valores nas faturas a serem pagas e pela utilização das apólices de seguro. Em relação à primeira alternativa, o STJ tem várias decisões alegando não ser possível a adoção dessa medida (RMS 24.953, REsp 730080, AGRG no AI 1.030.498), posição agasalhada pelo Tribunal no Acórdão 2.197/2009-Plenário. Deve ser excluída, portanto, tal proposta. No que tange à utilização das apólices de seguro, observou-se que em geral as apólices utilizadas excluem expressamente os prejuízos causados ao erário decorrentes do não pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias. Daí a necessidade de fazer constar dos contratos que a garantia deverá cobrir esse tipo de inadimplemento por parte do empregador.

17. O grupo também propôs que os contratos devem prever que a garantia cubra: prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas; prejuízos decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; multas moratórias e punitivas aplicadas pela administração e obrigações fiscais não honradas pela contratada.

18. Cabe ressaltar que, após concluído o trabalho do grupo de estudos, a Secretaria-Geral de Administração do TCU encaminhou o Ofício 86/2011 à Superintendência de Seguros Privados (Susep), com pedidos de esclarecimentos a respeito de riscos passíveis de serem cobertos por meio de seguro-garantia na modalidade garantia de obrigações contratuais do executor, do fornecedor e do prestador de serviços. Em sua resposta (Ofício 008/2012/SUSEP-SEGER, de 5/1/2012), a Susep esclareceu que a cobertura desse tipo de seguro não se aplicaria ao caso de multas moratórias, nem ao eventual inadimplemento de obrigações fiscais. Quanto aos ‘prejuízos decorrentes do não adimplemento das demais obrigações previstas no contrato’, a Susep informou que se tratava de expressão genérica e que a cobertura ou não dependeria do tipo de obrigação.

19. Diante disso, entendendo necessário ajustar a proposta de encaminhamento do grupo, de forma a retirar as hipóteses não passíveis de cobertura, segundo a Susep. Esclareça-se que a Segedam vem incluindo nos contratos do Tribunal previsões compatíveis com as orientações prestadas pela Susep.

- **parcelamento do objeto**

20. O art. 23, §1º, da Lei 8.666/93 estabelece que “As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor

aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.”.

21. Trata-se de dispositivo que não traz uma regra absoluta pelo parcelamento ou não do objeto. Há que se avaliar, para cada tipo de contratação, se o parcelamento é benéfico ou não para a administração, sob os pontos de vista técnico e econômico.

22. No caso dos serviços terceirizados, a partir da experiência relatada pelos agentes públicos que participaram do grupo de estudos, como regra, não se revela benéfico o parcelamento para a execução de serviços com menor nível de especialização, como aqueles prestados por garçom, mensageiro, motorista, recepcionista etc. Isso porque as empresas que atuam no mercado prestam todos esses tipos de serviço, sendo especializadas não em algum deles especificamente, mas na administração de mão de obra. Assim, um eventual parcelamento não ampliaria a competitividade das licitações e potencialmente aumentaria o custo da contratação, uma vez que se empresas diversas ganharem a prestação de diferentes serviços dessa natureza, o custo fixo por posto de trabalho será maior. Além disso, aumentaria a dificuldade de gerenciamento dos contratos por parte da administração, que teria de se relacionar com um maior número de empresas.

23. Situação diferente apontada pelo grupo ocorre no caso da prestação de serviços técnicos, com maior grau de especialização, como de manutenção predial, serviços de engenharia em geral, informática etc., cujas empresas prestadoras atuam de forma segmentada no mercado. Nesses casos, como regra, o parcelamento trará uma maior competitividade aos certames, com a tendência de obtenção de melhores preços e a possibilidade de contratações de empresas mais especializadas que, potencialmente, prestarão serviços de melhor qualidade.

24. Julgo adequada, portanto, a proposta de grupo de se estabelecer, como regra geral, que o parcelamento deve ser adotado na prestação de serviços de maior especialização técnica e não deve ser escolhido para a contratação de serviços de menor especialização, com a ressalva de que essa orientação constitui uma diretriz geral, mas sujeita a uma avaliação a ser feita caso a caso.

– **domicílio bancário dos empregados**

25. O grupo de estudos propõe que seja fixada no edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados seja na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços, de forma que os empregados tenham mais facilidades para resolver qualquer problema relacionado ao recebimento de seus salários.

26. Tal proposta encontra guarida no art. 464 da CLT, não havendo óbices para que ela seja adotada.

– **local de escritório para contatos**

27. O grupo ressalta a importância de que a empresa contratada possua estrutura compatível no local onde são prestados os serviços, de forma que a administração e os próprios empregados possam discutir questões relacionadas à prestação dos serviços com a empresa contratada, sem maiores dificuldades. Registra o grupo de estudos que, com o pregão eletrônico, é cada vez mais comum empresas sediadas em determinados estados vencerem licitações para a prestação de serviços em outras unidades da federação. Se a

contratada não tiver uma estrutura adequada no local de prestação dos serviços, a prática tem mostrado que isso causa dificuldades para a boa execução do serviço.

28. Não havendo impedimentos de caráter legal para tal exigência, que tem por objetivo diminuir potenciais problemas quanto à regular execução contratual, considero adequada a proposta do grupo de que a administração requeira, no edital, que a empresa contratada possua ou se comprometa “a montar matriz, filial ou escritório em local previamente definido no edital, com pessoal qualificado e em quantidade suficiente para gerir o contrato”. Evidentemente, deve ser evitada a formulação de exigências desarrazoadas em termos de estrutura administrativa local, de forma a onerar desproporcionalmente as empresas, inibindo desnecessariamente a competitividade do certame, somente se exigindo que a contratada possua uma estrutura mínima que garanta a boa execução contratual.

– técnicas de orçamentação

29. O grupo de estudos argumenta que os itens que compõem o custo dos serviços de natureza continuada – remuneração, encargos sociais, insumos e LDI – variam, em grande medida, segundo parâmetros bem definidos, de forma que a realização de nova pesquisa de mercado, no caso de eventual prorrogação contratual, medida custosa e burocrática, segundo o grupo, não se revelaria necessária. A prática tem revelado poucos benefícios advindos dessa pesquisa, que não tem retratado verdadeiramente o mercado, uma vez que ela tem normalmente levado a preços superiores aos obtidos na licitação.

30. Para demonstrar a dificuldade e o custo administrativo envolvido nesse tipo de pesquisa, o grupo apresenta o exemplo de uma licitação do Tribunal de Contas da União para contratação de serviços de manutenção predial, que envolveu a pesquisa de mercado de cerca de 200 insumos e 800 materiais. Assevera o grupo de estudos que a relação custo x benefício desse tipo de pesquisa de mercado revela-se bastante desfavorável ao erário. Também a comparação dos valores de insumos e materiais com contratos firmados por outros órgãos da administração pública não se mostra simples, dadas as peculiaridades inerentes a cada contrato. Quanto a esses itens, defende o grupo que podem ser utilizados índices específicos para avaliar a adequação dos preços propostos pelas empresas por ocasião da prorrogação.

31. Diante disso, o grupo propõe que se entenda desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de natureza continuada, desde que as seguintes condições estejam presentes, assegurando a vantajosidade da prorrogação:

“

a) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei;

b) houver previsão contratual de que as repactuações de preços envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), quando houver, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, correlacionados a cada insumo ou grupo de insumos a serem utilizados, ou, na falta de índices setoriais

oficiais específicos, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os insumos ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE;

c) houver previsão contratual de que as repactuações envolvendo materiais, serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos, correlacionados aos materiais a serem utilizados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos os materiais ou, ainda, na falta de qualquer índice setorial, servirá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE.

d) nos casos dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, a vantajosidade econômica da contratação para a Administração, observado o disposto nos itens **a** até **c**, somente estará garantida se os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

d.1) quando os valores resultantes da aplicação do disposto no item d forem superiores aos preços fixados pela SLTI/MP para os serviços de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato.”

32. Entendo que o relatório produzido pelo grupo de estudos, a partir da vivência prática dos agentes que o compuseram, logrou demonstrar a baixa eficiência e efetividade das pesquisas de mercado para subsidiarem as prorrogações de contrato de natureza continuada. Evidenciou-se o alto custo administrativo para a realização desse tipo de pesquisa, aliado aos benefícios limitados dela resultantes. Endosso, portanto, a proposta do grupo, ressaltando que não se está a propor que a prorrogação seja feita “às cegas”, uma vez que estão sendo estabelecidas diversas condicionantes para dispensar a realização da pesquisa, condicionantes mencionadas no item acima, com o objetivo de garantir que os itens que compõem os custos dos serviços estão sendo reajustados segundo parâmetros coerentes e bem definidos.

33. Ressalto que a redação sugerida pelo grupo na proposta de encaminhamento (item 247, XXI e XXII) é um tanto diversa daquela constante do corpo do relatório, transcrita no item 28 acima. Entendo mais adequada a redação acima, com alguns ajustes, na forma contida no acórdão que submeto a este colegiado (subitem 9.1.19).

Percentuais mínimos aceitáveis para encargos sociais e LDI

34. O grupo aponta que um dos grandes problemas enfrentados pela administração é a de ter parâmetros mais seguros para avaliar a exequibilidade das propostas apresentadas, tendo em vista que algumas empresas têm participado de certames licitatórios oferecendo preços incompatíveis com os custos mínimos desses serviços. Em especial com relação ao item LDI (Lucro e Despesas Indiretas), percentuais muito baixos têm sido apresentados por empresas optantes pelo Simples. Em relação a tais empresas, o grupo alerta que apenas os segmentos de limpeza e conservação podem optar por esse

sistema de tributação (mesmo assim dependendo de um volume de receita) e que há norma da Receita Federal estabelecendo o prazo máximo para a empresa, que deixar de preencher as condições exigidas pela LC 123/2006, alterar seu regime fiscal.

35. Assim, propõe o grupo que os editais de licitação para a contratação desse tipo de serviço permitam a participação de empresa optante pelo Simples, desde que estabelecidas as seguintes salvaguardas no edital:

“a) Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos arts. 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB nº 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, porventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

b) O **licitante optante pelo Simples Nacional**, que, porventura venha a ser contratado, após a assinatura do contrato, no prazo de 90 (noventa) dias, deverá apresentar cópia dos ofícios, com comprovantes de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção por tal regime tributário) às respectivas Secretarias de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e/ou Municipal, no prazo previsto no inciso II do § 1º do artigo 30 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

c) Caso o **licitante optante pelo Simples Nacional** não efetue a comunicação no prazo assinalado acima, o próprio órgão contratante, em obediência ao princípio da probidade administrativa, efetuará a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, para que esta efetue a exclusão de ofício, conforme disposto no inciso I do artigo 29 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações.

d) A vedação de realizar cessão ou locação de mão de obra não se aplica às atividades de que trata o art. 18, § 5º-C, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações, conforme dispõe o art. 18, § 5º-H, da mesma Lei Complementar.”

36. Com relação à avaliação da exequibilidade das propostas, apesar de fazer considerações sobre alguns dos parâmetros que devem ser levados em conta, o grupo não chegou a aprofundar os estudos suficientemente para chegar às condições mínimas que devem ser estabelecidas para que as propostas sejam consideradas exequíveis, de forma que a proposta final em relação a esse ponto foi a de que se deveriam aprofundar os estudos a respeito.

37. Dada a pertinência das considerações feitas pelo grupo, concordo com as propostas apresentadas.

Fixação de Sanções

38. Entende o grupo que seria importante a edição de ato normativo infralegal, regulamentando a aplicação de sanções nas licitações e nos contratos e estabelecendo um histórico de pontuação negativa aos fornecedores, que deve ser um elemento a ser considerado para a majoração ou atenuação das sanções a serem aplicadas durante a execução dos contratos.

39. O grupo, entretanto, não aprofundou a análise a respeito da matéria, propondo apenas “o aprofundamento dos estudos para uma posterior decisão quanto à viabilidade legal ou não de ato normativo regulando o tema”, medida que não vejo óbices para que seja formulada, a título de recomendação.

40. Algumas outras propostas do grupo dizem respeito a aspectos em que há certa dúvida em relação à interpretação legislativa ou em que a jurisprudência do Tribunal acerca do assunto parece não ser tão clara. Em relação a alguns desses pontos, inclusive, a então 3ª Secex considerou não haver amparo legal para sua formulação. Passo agora a tratar dessas questões.

Possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica na aplicação da sanção de inidoneidade para licitar

41. Em breves considerações, o grupo defende que, apesar de não haver previsão legal explícita para que seja desconsiderada a pessoa jurídica na hipótese de declaração de inidoneidade de uma empresa para licitar e contratar com a Administração Pública, a utilização desse princípio seria viável juridicamente, quando caracterizada a prática de ato por parte dos sócios com o objetivo de perpetrar fraudes, burlar a lei, para escapar de suas obrigações. Assim, no corpo do relatório, o grupo propõe:

“o afastamento da licitação de empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida para licitar e contratar com a administração pública, em razão de fraude ou burla a lei, que compreendemos encontrar amparo legal no princípio da desconsideração da personalidade jurídica.”

42. Na proposta de encaminhamento, ao final do relatório, entretanto, o grupo sugere que:

“seja elaborada proposta de Projeto de Lei que autorize a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica nos processos licitatórios de contratação de serviços terceirizados, afastando da licitação empresas cujos sócios tenham integrado anteriormente quadro societário de pessoa jurídica declarada inidônea ou impedida de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de fraude ou burla à lei”

43. Essa questão já foi objeto de atenção por parte do TCU em algumas oportunidades, tendo sido negada a possibilidade de aplicação da sanção de inidoneidade para licitar com a administração aos sócios da pessoa jurídica (Acórdãos 991/2006-

Plenário, 1.209/2009-Plenário). Ainda que o Tribunal possa eventualmente no futuro se debruçar de novo a respeito dessa questão, entendo que a complexidade do tema, com todas as suas implicações, indica a necessidade se fazer uma avaliação bem mais aprofundada, não realizada no âmbito deste processo. Quanto à proposta de elaboração de projeto de lei prevendo expressamente tal possibilidade, mencione-se que já existe projeto com tal conteúdo (PL 4003/2012 – Câmara dos Deputados), sendo desnecessária a formulação da proposta sugerida pelo grupo.

Qualificação econômico-financeira

44. O grupo de estudos registrou que as exigências de qualificação econômico-financeira previstas na maioria dos editais não estão sendo capazes de evitar a contratação de empresas sem a devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação dos serviços.

45. O grupo entende que deve ser sempre exigido que a empresa tenha patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado da contratação, independentemente dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral. O grupo ressalta que empresas de prestação de serviço são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo para honrar seus compromissos, sendo necessário que elas tenham recursos suficientes para honrar no mínimo dois meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Assim, propõe que se exija dos licitantes que eles tenham capital circulante líquido de no mínimo 16,66% (equivalente a 2/12) do valor estimado para a contratação (período de um ano).

46. Alerta também o grupo que é importante verificar se a licitante tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação, o que pode ser feito por meio da análise da relação de compromissos assumidos. A correção das informações contidas nessa relação poderá ser objeto de avaliação a partir do cotejamento dos valores apresentados com os da receita bruta discriminada no Demonstrativo de Resultado do Exercício, uma vez que grande parte da receita de empresas de terceirização é derivada de contratos. Assim, o grupo propõe que o valor do patrimônio líquido da contratada não poderá ser inferior a 1/12 do montante total constante da relação de compromissos.

47. A então 3ª Secex, ao analisar esse ponto, entendeu que não haveria autorização legal para a exigência de capital circulante líquido mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação. Assevera que tais números “por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração”. Aduz aquela unidade técnica que o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93 diz que as demonstrações contábeis têm por objetivo comprovar a ‘boa situação financeira’ da empresa, “o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, **estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador**, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei” (grifos do original).

48. Entendo não assistir razão à unidade técnica nesse aspecto. A prevalecer o entendimento defendido pela então 3ª Secex, só poderiam ser adotados critérios e índices expressamente estabelecidos na própria Lei 8.666/93 ou em decreto regulamentador. Nessa

hipótese, as únicas exigências numéricas possíveis, na ausência de decreto regulamentador sobre a matéria, seriam o capital social ou patrimônio líquido de até 10% do valor estimado da contratação (expressamente previsto no art. 31, §3º da Lei 8.666/93) e a garantia, limitada a 1% do valor estimado (art. 31, inciso III). Nem mesmo o estabelecimento de valores mínimos de índices poderia ser feito, uma vez que não há previsão normativa expressa a respeito desses valores.

49. A leitura do art. 31 da Lei de Licitações indica que o legislador não estabeleceu de forma precisa quais critérios, índices e valores a serem requeridos. E nem deveria fazê-lo, julgo eu, diante da diversidade de tipos e complexidades de objetos, que podem requerer exigências distintas. A lei estabeleceu sim, determinados limites para as exigências a serem feitas pela administração, como valor máximo de patrimônio líquido, vedação da imposição de faturamento anterior ou índices de rentabilidade ou lucratividade, proibição da exigência de índices e valores não usualmente adotados. A lei também requer, de forma explícita, que a comprovação da boa situação financeira seja feita de forma objetiva por meio de índices devidamente justificados no processo administrativo da licitação.

50. Assim, se os critérios previstos pela administração estiverem dentro desses parâmetros, entendo que é perfeitamente legal exigí-los. E os critérios sugeridos pelo grupo de estudos situam-se nos limites estabelecidos em lei, tendo-se apresentado justificativas técnicas pertinentes que motivam sua adoção.

51. Cabe ainda destacar que a própria 3ª Secex, na análise de outro processo, TC 016.363/2011-6, havia se manifestado a favor da inserção de tais exigências referentes à qualificação econômico-financeira em edital de licitação realizado pelo TCU, com base no trabalho realizado pelo grupo de estudos, conforme se verifica em trecho do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, Relator daquele processo (Acórdão 2.247/2011-Plenário):

“No presente caso, os requisitos de qualificação econômico-financeira foram definidos nos itens 33.1, 33.2, 33.3 e 33.4 do edital do pregão eletrônico 26/2011 e reproduzem as propostas de melhoria ofertadas pelo Grupo de Estudos. Para melhor esclarecimento do assunto, copio os itens mencionados (peça 9, p. 8-9):

‘33.1. Balanço patrimonial do exercício anterior ao da licitação, comprovando, cumulativamente, que possui os seguintes índices:

a) Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral superiores a 1 (um); (...)

b) Capital Circulante Líquido – CCL ou Capital de Giro (ativo circulante – passivo circulante) no valor mínimo de 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social.

33.2. comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio do balanço patrimonial e das demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados, na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizado por índices oficiais, quando

encerrados há mais de 3 (três) meses da dada da sessão pública de abertura deste Pregão;

33.3. declaração, conforme modelo constante do Anexo IX, que contenha relação de compromissos assumidos, demonstrando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data prevista para apresentação da proposta, não é superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido, podendo este ser atualizado na forma da subcondição 33.2;

33.3.1. Com o objetivo de demonstrar a veracidade das informações prestadas na subcondição anterior, o licitante classificado, provisoriamente, em primeiro lugar, deverá apresentar a Demonstração de Resultado do Exercício (DRE) referente ao último exercício social.

33.3.2. Caso seja detectada divergência no valor total dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, informada na declaração de que trata a subcondição 33.3, de 10% (para mais ou para menos) em relação à receita bruta discriminada na Demonstração de Resultado do Exercício (DRE), o licitante deverá apresentar os devidos esclarecimentos juntamente com a documentação referente à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – Art. 31 da Lei nº 8.666/93.

33.4. certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante;’

Os itens 33.1 e 33.3 retrocitados são idênticos aos itens 31.1 e 31.3 do edital do pregão eletrônico 58/2010 deste TCU, para contratação de serviço continuado de manutenção e limpeza de jardins e espelho d’água, os quais foram objeto de representação no âmbito do TC 031.163/2010-6.

Pela importância da matéria e considerando o percuente exame efetuado pela 3ª Secex, entendo pertinente transcrever excerto da instrução (TC 031.163/2010-6, peça 11) que serviu de base para o Acórdão 2.523/2011-2C, submetido ao Colegiado mediante relação:

‘4.16 A exigência da relação de compromissos assumidos (item 31.3 do edital) também encontra amparo no art. 31, § 4º da Lei 8.666/93, e tem por finalidade avaliar a real capacidade da empresa de cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos em outros contratos. Ressalte-se que a Lei estabelece que a diminuição da capacidade operativa ou da disponibilidade financeira decorrentes de outros compromissos assumidos deve ser avaliada em relação ao patrimônio líquido da empresa.

4.17 Sobre a questão, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, 2008, pag. 449) apresenta os esclarecimentos a seguir:

A exigência de relação dos compromissos apenas adquire utilidade quando tenha sido previsto patrimônio líquido mínimo. Objetiva verificar se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes. (...)

A relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço. Ora, a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos. Logo, deve ser assegurado ao licitante demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital.

4.18 No caso concreto, diante do disposto na Lei e das justificativas apresentadas, não identificamos irregularidade no edital ao exigir que o valor do patrimônio líquido da licitante não seja inferior a 1/12 do valor total anual constante da relação de compromissos. Segundo os responsáveis, tal exigência tem por finalidade garantir que, numa eventual falência, a empresa tenha condições econômicas de honrar o passivo trabalhista com seus empregados, o que resguardaria a Administração Pública de possíveis prejuízos decorrentes de demandas trabalhistas.'

Vale registrar que, além da análise supra, a 3ª Secex também se desdobrou com bastante propriedade acerca da necessidade de comprovar índice de CCL no valor mínimo de 16,66% do valor estimado para a contratação (idem ao item 33.1.b do edital do pregão eletrônico 26/2011), concluindo pela validade da exigência. Todavia, como tal condição não foi questionada pela representante, encontra-se fora do escopo deste processo.

No que interessa à apuração do requisito contra o qual se insurge a representante, verifico que a apresentação da relação dos compromissos assumidos, calculada em função do patrimônio líquido atualizado (item 33.3), está literalmente autorizada pelo art. 31, § 4º, da Lei 8.666/93. A exigência para apresentar meros esclarecimentos (item 33.3.2) não implica, de forma alguma, em restrição à competitividade. Ademais, tal explicação se justifica na medida em que permite inferir a veracidade das informações prestadas pelos licitantes em caso de divergência, de 10% para mais ou para menos, no valor total dos contratos firmados em relação à receita bruta discriminada na Demonstração de Resultado do Exercício.

Portanto, anuo ao entendimento do Grupo de Estudos e da Unidade Técnica, uma vez que tais requisitos de qualificação econômico-financeira

têm o propósito de salvaguardar a Administração de futuras complicações com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.”

52. Mencione-se, ainda, o Acórdão 47/2013-Plenário, em que o Tribunal, ao examinar representação contra edital que continha exigências simultâneas de capital circulante líquido de no mínimo 16,66% e de patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação, entendeu que não havia irregularidades em tais exigências, tendo considerado a representação improcedente.

53. Recentemente, a Justiça Federal indeferiu o pedido de medida liminar para que fosse desconsiderada a exigência contida no edital do Pregão Eletrônico 21/2013-TCU, para contratação de serviços de vigilância e segurança privada, de que as licitantes demonstrassem possuir patrimônio líquido de pelo menos 1/12 do montante de seus contratos. O magistrado que indeferiu o pedido fundamentou sua decisão afirmando:

“Entendo ser plenamente razoável a Administração exigir que as empresas licitantes, a título de demonstração de sua capacidade econômico-financeira comprovem possuir um patrimônio líquido capaz de suportar débitos gerados por contratos por ela firmados.

Na verdade, tal exigência decorre do aumento constante da inadimplência e do descumprimento de contratos públicos, o que decorre da incapacidade das empresas de executarem o objeto contratual com os preços avençados nos procedimentos licitatórios, como ocorreu recentemente nesta Seção Judiciária.

...

... a exigência em debate não viola o princípio da isonomia nem tampouco restringe a competitividade entre os licitantes, traduzindo-se apenas como zelo do gestor ao patrimônio público”

54. Ainda em relação à qualificação econômico-financeira, o grupo de estudos propôs também que a administração exija que os licitantes apresentem “certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante”. A então 3ª Secex entende que essa exigência não é cabível, pois extrapola o que prevê a Lei 8.666/93, cujo art. 31, inciso II, tem a seguinte redação: “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”.

55. A esse respeito, o Tribunal já analisou situação semelhante no âmbito do TC 025.770/2009-7. Naquela oportunidade questionou-se exigência de certidão negativa de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial. O Tribunal entendeu legítima essa exigência, pois conforme apontado pelo Ministro André Luis de Carvalho, relator daquele processo, tal certidão “substitui a certidão negativa da antiga concordata em situações surgidas após a edição da lei” (item 24 do voto). Ressalte-se, ainda, que em outras situações o Tribunal se deparou com requisito semelhante e não fez qualquer restrição a respeito (Acórdãos 1.979/2006, 601/2011, 2.247/2011, 2.956/2011, todos do Plenário). Portanto, não vejo óbices para que tal exigência seja feita.

– **qualificação técnico-profissional**

56. O dispositivo da Lei 8.666/93 que trata especificamente da capacitação técnico-profissional é o art. 30, §1º, inciso I, que assim dispõe:

“I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”

57. O cerne da discussão travada pelo grupo de estudos está relacionado à interpretação que se deve dar à parte final do dispositivo – “vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”. Duas interpretações seriam possíveis: a primeira de que não se poderia requerer quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente aos serviços objeto dos atestados e a segunda, de que não se admitiria exigir quantidades mínimas de atestados.

58. O grupo afirma que a primeira interpretação não é a que mais se coaduna com o interesse da administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica do licitante em prestar adequadamente os serviços contratados. Especialmente em serviços de maior complexidade técnica, como manutenção predial, serviços de engenharia em geral, informática, seria imprescindível exigir atestados de capacidade técnico-profissional com exigências de quantitativos mínimos e/ou prazos máximos, sob pena de a administração entregar a responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não têm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte semelhante aos que estão sendo contratados.

59. Por isso, o grupo entende que a interpretação mais apropriada acerca do art. 30, §1º, inciso I, **in fine**, é a de que é possível “e até mesmo imprescindível à garantia da contratação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada – compatíveis com o objeto a ser executado – através de exigências de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar, tais como ter fiscalizado ou acompanhado obra de determinada ou semelhante dimensão, ter executado determinado porte de serviço”.

60. A interpretação literal do dispositivo em tela nos levaria a concluir que não seria permitido fazer exigências de quantidades mínimas ou prazos mínimos em relação aos serviços que estão sendo contratados, no que se refere à capacidade técnico-profissional. No entanto, sabe-se que apesar de a interpretação literal ser aquela que mais facilmente se extrai da lei, ela nem sempre é a que se revela mais adequada ao atendimento do interesse público.

61. Antes de entrar no mérito da questão da capacidade técnico-profissional em si, é preciso falar um pouco da qualificação técnica em geral. Trata-se de uma das questões mais intrincadas e que causa mais controvérsias na interpretação da Lei 8.666/93. É inegável que a administração deve procurar contratar empresas e profissionais que detenham condições técnicas para realizar os serviços a contento. Consequentemente, é preciso fazer

exigências para que os licitantes demonstrem possuir tal capacidade. Por outro lado, é sempre uma preocupação, principalmente dos órgãos de controle, evitar que a busca desse objetivo proporcione a aposição de exigências desarrazoadas nos editais, restringindo excessivamente a competitividade dos certames, dando margens a favorecimentos, etc. Deve-se, portanto, buscar a ampliação da competitividade, minimizando, no entanto, a exposição da administração ao risco de contratar uma empresa que não tem as condições técnicas necessárias para prestar os serviços adequadamente.

62. A busca desse equilíbrio nem sempre é simples nos casos concretos. Isso se complica ainda mais ante as dificuldades de interpretação do art. 30 da Lei 8.666/93, que trata da matéria. A esse respeito, oportuno transcrever trecho da obra de Marçal Justen Filho – “Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (Editora Dialética, 12. ed., fls. 404/405):

“Antes de tudo, deve ressaltar-se a dificuldade em interpretar o art. 30. Por um lado, trata-se de tema dos mais problemáticos, especialmente por ser impossível à lei minudar limites precisos para as exigências que a Administração adotará. Por outro lado, houve vetos presidenciais que desnaturam a sistemática adotada pelo legislador. O art. 30 teve sua racionalidade comprometida em virtude desses vetos. Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada pela regra. Trata-se de uma daquelas hipóteses em que a evolução social (inclusive e especialmente em face da jurisprudência) determinará o conteúdo da disciplina para o tema...”.

63. Já antes da Lei 8.666/93, o ordenamento jurídico brasileiro contemplava os dois tipos de qualificação, a chamada técnico-operacional, que diz respeito à qualificação da empresa a ser contratada, e a qualificação técnico-profissional, que se refere à capacitação dos profissionais daquela empresa. Compreende-se que a capacidade técnica representa uma conjugação das duas modalidades de qualificação.

64. Quando se trata de qualificação técnico-operacional, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas em admitir que se exija dos licitantes que tenham executado quantidades mínimas do serviço, de forma a assegurar que elas terão condições de prestar os serviços que estão sendo contratados. Isso porque se entende não ser suficiente para uma empresa demonstrar a capacidade para administrar 100 postos de trabalho, por exemplo, que ela tenha prestado um serviço com apenas 10 postos de trabalho, dada a clara diferença de dimensão entre as duas situações, que envolvem um **know-how** distinto. Entende-se que avaliação do porte dos serviços que já foram prestados por uma determinada empresa é importante para que a administração se certifique das condições técnicas da empresa para a execução dos serviços que estão sendo contratados.

65. A pergunta que se deve fazer é a seguinte: a dimensão dos serviços também é um aspecto relevante quando se refere à demonstração da capacidade técnica dos profissionais envolvidos na execução dos serviços? Julgo que sim, especialmente quando se trata da prestação de serviços que envolvem maior grau de complexidade. Imagine-se, por exemplo, a contratação de serviços de manutenção predial em um determinado órgão, que possui instalações com determinadas dimensões e características. Seria suficiente solicitar que o profissional responsável demonstrasse ter executado serviços da mesma natureza, independentemente do porte e das características do prédio de que tratava o

contrato pretérito? Ou seria importante, ou mesmo imprescindível, que se exija do profissional demonstrar ter executado serviços de porte e características minimamente semelhantes? Parece-me que a segunda opção é a mais adequada, sob pena de fragilizar a exigência de capacidade-profissional.

66. Dessa forma, parece-me mais consentânea com o interesse público a interpretação conferida pelo grupo de estudos ao dispositivo em questão, de que a vedação a quantidades mínimas se refere ao número de atestados e não ao seu conteúdo. Ou seja, não seria possível exigir mais de um atestado de capacidade técnico-profissional, pois a demonstração da execução daqueles serviços uma única vez seria suficiente.

67. A interpretação aqui defendida tem amparo na doutrina, conforme se verifica dos excertos abaixo reproduzidos (grifos meus):

“Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, §5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas. É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da equivalência ao objeto licitado. Ou seja, admite-se exigência na experiência anterior na execução de obras ou serviços similares. Isso envolve uma certa dificuldade, pois a similitude tanto envolve questões “qualitativas” como “quantitativas”. Pode-se avaliar a experiência anterior quer tendo em vista a natureza (qualitativa) da atividade como também em função das quantidades mínimas ou dos prazos máximos na execução de prestações similares. **Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica profissional.** Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o §1º, inc. I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. **Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem**”. (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Editora Dialética, Marçal Justen Filho—12ª edição, fls. 430/431).

“O art. 30, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, veda a exigência de quantidades mínimas. De fato, atestado que comprove a responsabilidade por obra de características compatíveis já evidencia a capacidade técnica.

O texto do inciso II do art. 30 menciona a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. O que está em exame é a aptidão do licitante para executar objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objetos semelhantes. Em tese, a empresa que apresentar somente um atestado está tão apta quanto aquele que apresentar dois atestados” (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Forum, Lucas Rocha Furtado – 2. ed., fl. 240).

68. Quanto à jurisprudência deste Tribunal, ela não é uniforme. Há diversas deliberações no sentido de não permitir a fixação de quantidades mínimas no que se refere à capacidade técnico-profissional. Citem-se os Acórdãos 1.706/2007, 2.081/2007, 2.036/2008, 2.304/2009, todos do Plenário. Em todos esses processos, no entanto, verifica-se que a questão não foi amplamente discutida, tendo o Tribunal simplesmente adotado a interpretação literal do dispositivo.

69. De forma diversa, no âmbito do TC 019.452/2005-4, a questão foi debatida com maior profundidade pelo Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em seu voto, aprovado por unanimidade pelo Pleno naquela oportunidade. Transcrevo trecho do voto proferido por Sua Excelência:

“6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem.” (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea c, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto

de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc., fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte.”

70. O Tribunal fez constar o seguinte conteúdo da ementa daquele acórdão:

“2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.”.

71. No mesmo sentido foi proferido o Acórdão 3.390/2011-2ª Câmara, em que o Tribunal acolheu as justificativas apresentadas pelos responsáveis no tocante à exigência de quantidades mínimas em atestados de capacidade técnico-profissional. Também no Acórdão 2.939/2010-Plenário, de minha relatoria, o Tribunal considerou improcedente representação movida por empresa que questionava, dentre outro aspectos, a exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacidade técnico-profissional.

72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

“a melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, §1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quanto, vinculadas ou objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis”.

73. Diante de tudo o que foi exposto, considero que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional. Evidentemente, em cada caso concreto, diante da natureza do objeto a ser contratado, a administração avaliará se o estabelecimento dessas quantidades mínimas ou prazos máximos é necessário e, em caso positivo, em que termos essas exigências serão estabelecidas, sempre no intuito de preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar os serviços a contento.

– **qualificação técnico-operacional**

74. O grupo de estudos também tratou de diversos aspectos ligados à qualificação técnico-operacional das empresas, ante a constatação de que a administração vem se balizando por orientações destinadas à contratação de obras, que se têm mostrado

inapropriadas para selecionar empresas para prestação de serviços terceirizados. Além da questão do local do escritório, tratada nos itens 24 e 25 deste voto, foram abordados diversos aspectos relacionados à forma como se deve exigir a comprovação de experiência anterior, com o propósito de minimizar o risco de a administração contratar empresa inapta a bem executar o objeto do contrato.

75. O grupo menciona que é usualmente requerido pela administração apenas que a empresa comprove ter prestado serviço equivalente a no mínimo 50% do que está sendo contratado, o que pode não ser suficiente quando se trata de prestação de serviços terceirizados. Em regra, nesse tipo de serviço, as empresas não são especializadas no serviço em si, mas na administração de mão de obra. Tem-se constatado que os maiores problemas enfrentados na execução desse tipo de serviço estão relacionados à incapacidade gerencial das empresas, não à incapacidade técnica para a prestação dos serviços, em geral de baixa complexidade. Sugere o grupo que se exija das licitantes capacidade técnica para gerir pessoal, mediante a comprovação de que já adMinistrou no mínimo 20 (vinte) postos de trabalho, até o limite de quarenta postos. Após esse limite, em contratos de maior vulto, seriam requeridos 50% dos postos de trabalho necessários.

76. Outro aspecto considerado relevante pelo grupo é requerer que as empresas evidenciem experiência mínima de 3 anos na prestação dos serviços, de forma a evitar a contratação de empresas inexperientes, novas de mercado. Essa exigência objetiva minimizar os riscos de a administração contratar empresas que acabem não conseguindo cumprir o contrato durante todo o seu período, o que vem acontecendo com frequência.

77. O grupo também ressalta que deve ser objeto de preocupação da administração certificar-se a respeito da fidedignidade das informações constantes nos atestados. Dois tipos de situação ocorreriam com relativa frequência: a primeira, a apresentação de atestados antigos, fornecidos por empresas privadas que muitas vezes nem mais existem ou que não são localizadas nos endereços de origem e a segunda, o fornecimento de atestados em datas muito próximas às das contratações, em que não se teve tempo para efetivamente se certificar a respeito da qualidade do serviço prestado.

78. Para tentar contornar esse tipo de problema, o grupo propõe que a administração exija das empresas a disponibilização de todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados apresentados e que somente apresente atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se firmado para ser executado em prazo inferior.

79. A então 3ª Secex se manifesta contrariamente à possibilidade das exigências dos 20 postos e do mínimo de 3 anos de experiência, entendendo não haver amparo legal para elas. Até mesmo em relação ao percentual de 50% dos serviços a ser contratados a unidade entende não ser legal o estabelecimento dessa exigência.

80. Mais uma vez, com as devidas vênias, discordo da unidade técnica. Tal como fez na análise das questões relacionadas à qualificação econômico-financeira, a unidade adotou uma visão bastante restritiva, basicamente argumentando que tais exigências (20 postos e experiência mínima de 3 anos) não estão previstas em lei e, portanto, sua exigência nos editais seria indevida. Particularmente em relação à experiência mínima, ressalta que seria necessária a expedição de decreto regulamentador para possibilitar a inserção de tal requisito nos editais.

81. Na mesma linha que defendi anteriormente, também nesse caso entendo de forma diferente. A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em

razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos. O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, **in fine** da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal.

82. Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque **a priori**, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir o cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. Entendo que os argumentos utilizados pelo grupo demonstram a adequabilidade dessas exigências, que já foram consideradas legais pelo Tribunal em algumas ocasiões, conforme registrado abaixo. Mencione-se que nos processos abaixo mencionados, a própria 3ª Secex manifestou-se pela legalidade dessas exigências:

– **TC 019.549/2010-5** – uma das exigências de qualificação técnica contida no edital foi a de o licitante comprovar experiência mínima de três anos na área dos serviços a serem contratados.

. **ementa do Acórdão 2.939/2010-Plenário:**

“É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei”

. **trecho do relatório:**

“4.5 Ademais do acima exposto concluímos, alinhados aos argumentos da Administração, que as exigências postas no edital coadunam-se com os termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, vez que a experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo, mostram-se razoáveis e compatíveis com os serviços que serão executados e na área em que serão executados, conforme demonstrado no arrazoado técnico de fls. 69/82.”

. **trecho do voto:**

“7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescente-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.”

– **TC 028.029/2010-0** – exigiu-se no edital que o licitante comprovasse o gerenciamento de 20 postos de trabalho, em licitação que tinha por objetivo a contratação de 8 postos, e demonstrasse experiência mínima de 3 anos.

. **ementa do Acórdão 8.364/2012-2ª Câmara:**

“Em processos licitatórios que se destinem a contratar quantitativo de terceirizados inferiores a 40 (quarenta) postos de trabalho, é válida a exigência de habilitação técnico-operacional de a licitante comprovar que gerencia, na data de publicação do edital, o mínimo de 20 (vinte) empregados terceirizados no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária, especificada no seu contrato social registrado na junta comercial competente, bem como no Cadastro de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil”

. **trecho do voto:**

“4.Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos.

...

“7. Consoante estimativas criteriosas feitas pela Segedam e cujos cálculos estão detalhados no relatório que antecede este voto, são precisos pelo menos 20 postos de trabalho para que seja gerada renda suficiente para manter em funcionamento uma empresa que atue na área de prestação de serviços de natureza continuada.

8. Sobre as dificuldades relativas a contratos celebrados com empresas que não conseguem manter seus custos mínimos relatou a Segedam a seguinte situação:

27. Há diversas experiências no TCU, especialmente nas Secretarias de Controle Externo nos Estados, demonstrando que empresas que gerenciam pequenos quantitativos de postos de trabalho não se sustentam ao longo do tempo, logo vão à falência e, não raro, são abandonadas pelos responsáveis/proprietários, que fogem de suas responsabilidades contratuais, deixando os empregados entregues à própria sorte.

28. Nesses casos, a Administração é obrigada a intervir no contrato e buscar soluções tendentes a minimizar os prejuízos a que os empregados ficam sujeitos, efetuando, por exemplo, o pagamento direto dos salários, dos benefícios e das obrigações patronais relativamente às questões trabalhistas e previdenciárias.

29. Quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico-operacional, profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração do TCU deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida.”

83. Por fim, ressalto as informações apresentadas pela Segedam no âmbito do processo acima referido – TC 028.029/2010-0, registrando que após o trabalho do grupo de estudos o TCU passou a fazer as exigências de qualificação apresentadas no presente trabalho, tendo obtido o seguinte resultado:

“31. Desde então, em maior ou menor grau, as novas medidas foram implementadas em 17 (dezessete) editais de pregões eletrônicos do TCU, sem que tivesse havido restrição à competitividade dos certames, conforme tabela de fls. 6-8, anexo 1.

32. Observa-se que nesses 17 procedimentos não houve nenhuma licitação deserta. Ao contrário, a grande maioria das licitações teve número significativo de concorrentes. Destarte, à exceção de uma das licitações, cujo preço global ficou exatamente igual ao estimado pela Administração, as demais tiveram preços cotados abaixo dos estimados.

33. Registre-se, ainda, que o mercado tem aceitado com bastante tranquilidade as exigências fixadas, pois apesar do grande número de concorrentes e de desclassificações por não preencherem os requisitos, um número reduzido de empresas questionaram as qualificações exigidas. Desse modo, entende-se como razoáveis as qualificações atualmente adotadas, inclusive a que trata do quantitativo de postos.”

84. Diante do exposto, considero não haver óbices para que sejam adotadas as propostas sugeridas pelo grupo de estudos no tocante à qualificação técnico-operacional.

Prazo de vigência dos contratos de prestação de serviços de forma contínua

85. O grupo afirma que a praxe na administração pública, por orientação do TCU, tem sido firmar esses contratos por 12 meses, possibilitando sua prorrogação por até 60 meses, conforme autorizado pelo art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93. Defende o grupo,

entretanto, que se deva permitir que esses contratos sejam firmados desde o início por 60 meses, entendendo que “quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para ofertar seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.”

86. O grupo assevera, também, que ainda que o contrato seja assinado com prazo de 60 meses, a administração pode avaliar se ele deve ser mantido, a cada 12 meses, sob os pontos de vista econômico e de qualidade dos serviços. Propõe, então, que “verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com prazos superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado”.

87. O art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93 não impede que contratos referentes a serviços de natureza continuada tenham seu prazo de vigência dimensionado em prazos superiores a 12 meses. A leitura de alguns julgados do Tribunal que trataram dessa questão indica que a principal preocupação desta Corte é evitar que a celebração de contratos por prazos muito longos (60 meses seria o caso extremo) possa colocar a administração em situação de fragilidade caso se verifiquem problemas durante a execução do contrato, notadamente em termos de qualidade na prestação dos serviços. A prorrogação a cada 12 meses seria um momento em que a administração avaliaria a vantajosidade em se manter aquele contrato (Decisão 148/96-Plenário, Acórdãos 1.467/2004-1ª Câmara, 490/2012-Plenário 525/2012-Plenário).

88. Por outro lado, é bastante razoável o argumento trazido pelo grupo de que a contratação já por prazo mais alongado poderia permitir a obtenção de preços mais vantajosos, uma vez que as empresas teriam uma maior estabilidade na relação contratual. Essa segurança, entretanto, seria relativa, uma vez que o próprio grupo defende a possibilidade de a administração verificar periodicamente a necessidade, a qualidade e o preço dos serviços.

89. O que se verifica é a necessidade de equilíbrio entre dois aspectos: de um lado possibilitar à administração obter melhores preços ao firmar contratos com prazos de vigência superiores (e ainda reduzir custos administrativos para fazer eventuais prorrogações de 12 em 12 meses) e de outro possibilitar à administração avaliar periodicamente a qualidade e as condições econômicas daquela contratação e eventualmente não mais continuar a prestação dos serviços naquelas condições.

90. Com relação ao segundo aspecto, por mais que o grupo afirme que a vigência inicial de 60 meses não impede uma avaliação periódica do contrato por parte da administração, não se pode negar que é muito mais simples para a administração não prorrogar um contrato (até porque a prorrogação não se constitui direito do contratado) do que rescindir um contrato durante seu prazo de execução, medida que pode ser custosa e inclusive gerar ações judiciais.

91. Considerando que a legislação não determina expressamente que esse tipo de contrato deve ter prazo inicial de vigência de 12 meses, levando em conta os aspectos mencionados nos parágrafos anteriores, entendo que não se deva fixar uma orientação geral de que a administração deve ou não fazer contratos para prestação de serviços

continuados com prazo de 12, 24 ou 60 meses. É uma avaliação que deve ser feita a cada caso concreto, tendo em conta as características específicas daquela contratação. Cabe à administração justificar no procedimento administrativo o porquê da escolha de um ou outro prazo, levando-se em conta os aspectos aqui discutidos e outros porventura pertinentes para aquele tipo de serviço.

92. No processo que culminou com a prolação do Acórdão 490/2012-Plenário, por exemplo, o Tribunal entendeu legítima a fixação de um prazo inicial de 24 meses, para a contratação de serviços especializados de prevenção e de combate a incêndio e pânico, tendo em vista o argumento apresentado pela entidade contratante de que, para aquele tipo de serviço, não era conveniente uma alta rotatividade de empresas na prestação dos serviços.

93. Ao final do relatório, o grupo informa que, à medida que as ideias do grupo de estudos foram se cristalizando, o TCU passou a adotar em suas licitações algumas das propostas formuladas pelo grupo. Até a época de elaboração do relatório final, já tinham sido realizados onze pregões contendo algumas dessas propostas, com bons resultados – as licitações foram competitivas, com baixo volume de reclamações por parte dos interessados.

94. No âmbito do TC 028.029/2010-0, o relatório do Ministro Raimundo Carreiro, relator daquele processo, trouxe informações mais novas prestadas pela Secretaria-Geral de Administração do Tribunal a respeito da incorporação dessas propostas em licitações do próprio TCU. Conforme apontado no item 83 deste voto, naquela oportunidade, 17 pregões já tinham sido realizados, sem nenhuma licitação deserta ou com baixa competitividade, tendo o preço global em todas elas sido igual ou inferior ao estimado pela administração em todos os casos. Asseverou a Segedam “que o mercado tem aceitado com bastante tranquilidade as exigências fixadas, pois apesar do grande número de concorrentes e de desclassificações por não preencherem os requisitos, um número reduzido de empresas questionaram as qualificações exigidas”.

95. Contato recente feito por meu Gabinete com a Segedam indicou que o panorama continua o mesmo. A realização das licitações incorporando as propostas do grupo de fato tem propiciado melhores contratações para o TCU, que não tem mais enfrentado problemas vividos no passado, em que empresas sem qualificação técnica ou econômica eram contratadas e não conseguiam executar os serviços a contento.

96. Reputo que esses elementos de caráter prático fornecem elementos adicionais de convicção de que as propostas sugeridas pelo grupo, com os pequenos ajustes por mim realizados, podem efetivamente gerar benefícios para a administração pública em geral.

97. A proposta da extinta Adplan, a partir das sugestões do grupo de estudos, é que o Tribunal recomende à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI que incorpore as propostas de melhoria formuladas, bem como que realize os estudos referentes às questões tratadas nos itens 34 a 37 deste voto (percentuais de encargos sociais e LDI e fixação de sanções). Propõe a unidade técnica também que sejam feitas recomendações à AGU no que se refere às medidas que carecem de normatização por parte daquele órgão, para a operacionalização de procedimentos referentes à retenção de valores próximo ao final da vigência e à validade das apólices de seguro (item 16 deste voto).

98. Concordo que esse é o encaminhamento mais adequado para o processo, considerando a competência da SLTI em planejar, coordenar, supervisionar e orientar

normativamente as atividades do Sistema de Serviços Gerais (SISG) no âmbito da administração federal direta, autárquica e fundacional.

99. Conforme apontado no item 12 deste voto, o Tribunal já normatizou, para aplicação em seus contratos, as questões relacionadas à fiscalização contratual (Portaria 297/2012). Entendo oportuno que se recomende à Segedam, também, que avalie a conveniência e a oportunidade de propor a normatização de outros aspectos abordados neste processo, de tal forma que os procedimentos aqui tratados façam parte da rotina administrativa desta Casa, no que tange às contratações de serviços de natureza contínua.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2013.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.156/2011-8.
2. Grupo II – Classe – VII – Representação
3. Interessada: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).
4. Órgão: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP)
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não

for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

9.1.5 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:

9.1.5.1 fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

9.1.5.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.5.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.5.4 reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

9.1.5.5 exigir certidão negativa de débitos para com a previdência – CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao SicaF;

9.1.5.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. 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 para um mesmo empregado, garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle;

9.1.5.7 comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

9.1.6 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, observe os aspectos abaixo:

9.1.6.1 fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

9.1.6.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.6.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.6.4 fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

9.1.6.5 solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

9.1.6.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. 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;

9.1.6.7 comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

9.1.7 somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

9.1.8 seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002;

9.1.9 a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se 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;

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

9.1.11 seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 (sessenta) dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela administração;

9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

9.1.15 seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior;

9.1.16 deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática;

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;

9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato;

9.1.18 seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços;

9.2 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que realize estudos a respeito dos seguintes assuntos:

9.2.1 viabilidade jurídica da edição de normativo que possibilite a consideração de falhas e irregularidades pregressas do fornecedor por ocasião da aplicação de nova sanção;

9.2.2 determinação de percentuais mínimos de lucro, LDI, despesas administrativas e outros, para que as propostas sejam consideradas exequíveis no âmbito de processos licitatórios para a contratação de serviços de natureza contínua;

9.3. esclarecer à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que os parâmetros numéricos apontados nos subitens 9.1.11, 9.1.13 e 9.1.14 são indicativos, cabendo àquela unidade definir os valores que constarão da norma;

9.4 recomendar à Advocacia-Geral da União que elabore normativos disciplinando os seguintes aspectos:

9.4.1 procedimentos a serem adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de viabilizar junto ao Judiciário acordo para o pagamento de verbas trabalhistas não honradas pelas contratadas;

9.4.2 procedimentos específicos a serem adotados pelos órgãos/entidades com o objetivo de executar as garantias contratuais quando a contratada não cumprir com as obrigações trabalhistas e previdenciárias;

9.5. determinar à Segedam que avalie a conveniência e a oportunidade de propor à Presidência deste Tribunal a normatização de outros aspectos discutidos neste processo, além daqueles abordados pela Portaria-TCU 297/2012, de tal forma que os procedimentos aqui tratados façam parte da rotina administrativa desta Casa, no que tange às contratações de serviços de natureza contínua.

9.6. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, aos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Previdência Social, à Controladoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral da República e ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

9.7. encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal Militar e ao Conselho Nacional de Justiça;

9.8 encaminhar cópia do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Advocacia-Geral da União, determinando que o conteúdo deste julgado seja levado ao conhecimento de suas unidades consultivas.

10. Ata nº 17/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/5/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1214-17/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
VALMIR CAMPELO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício