Doutrina

CONTRATOS - 09 | 23 | JUN | 2012

Título: **A RESPONSABILIDADE DOS GESTORES E FISCAIS DE CONTRATOS DE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES PÚBLICAS, EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.**

Autor: **Jerônimo Souto Leiria**

Por: Jerônimo Souto Leiria

Advogado, graduado em Direito pela Unisinos, em Recursos Humanos pela FGV/SP e especialista em Direito Civil, consultor, conferencista e escritor.

Palavras-chave: Administração pública; Contratos; Gestão; Fiscalização; Gestor de contrato; Fiscal de contrato; Terceirização; Agentes públicos.

Qual a melhor forma de afastar a corresponsabilidade trabalhista e previdenciária e, certas vezes, tributária? A administração de contratos de serviços é atividade interdisciplinar e complexa. É assim admitida pela própria Lei nº 8.666/1993, como se depreende da leitura do *caput* do art. 67: "[...] permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição."[1] (grifo nosso).

A própria lei prevê a necessidade de apoio para os detentores dessas responsabilidades. Na terminologia utilizada pela referida lei, os atores de tal missão são os gestores de contratos, não nominados de forma própria pelo referido comando normativo, mas por nomenclatura decorrente da ciência da administração, que os define como "aquele que, pela lei, tem a obrigação de acompanhar o contrato" e os fiscais de contratos, com função nominada pela lei - nomenclatura legal. Relembremos o que diz o *caput* do art. 67: "A execução do contrato deverá ser acompanhada (gestor) e fiscalizada (fiscal) por um representante da Administração especialmente designado [...]."[2] (grifos e comentários do autor).

Assim, os gestores e fiscais podem ser assistidos por terceiros (terceiros entenda-se externos). Como a lei não possui palavras sem sentido, palavras mortas, não poderemos adotar o termo *acompanhar* como sinônimo de *fiscalizar*. Acompanhar, pela interpretação da lei, significa aquele que toma decisões sobre gestão do negócio, como, por exemplo, avaliar alterações qualitativas, quantitativas, prorrogações contratuais, indicação de aplicação de penalidades, reajustes, repactuações do preço etc. Deste modo, o fiscal de contratos (nome legal) tem uma atuação mais focal, a de gerar informações para o gestor, como, por exemplo, a realização de medições dos serviços, verificação do correto cálculo e recolhimento das parcelas trabalhistas, previdenciárias e tributárias. Note-se que a fiscalização pode e deve ter caráter de especialização. Não deverá o engenheiro ser fiscal técnico de serviços de engenharia e o fiscal das obrigações trabalhistas no mesmo contrato, por faltar-lhe formação. Admitem-se diversos fiscais para um mesmo contrato, com competências diferentes, pois

o termo "um representante" não é numeral, mas artigo indefinido. Não proceder dessa forma é desrespeitar os princípios da eficiência e o da especialização.

Devemos lembrar, ainda, que a nossa Constituição Federal impõe aos agentes públicos a observação do princípio da eficiência. Isto é, buscar permanentemente a melhor utilização possível dos recursos públicos de maneira a garantir a maior rentabilidade social e evitar desperdícios ao erário. Assim, tais profissionais deverão administrar contratos habitualmente de forma legal, moral, profissional, impessoal, eficaz, imparcial e neutra na busca da obtenção da qualidade dos serviços contratados.

O princípio da especialização nos informa que não há superposição de competências na Administração Pública, e ele deve ser observado no exercício das funções e responsabilidades dos agentes administrativos, os gestores e fiscais de contratos. Logo, são plenamente convivíeis as funções de fiscais que atuam na mesma contratação, porém, em nichos diferentes e complementares.

Esses profissionais suportarão com suas carreiras, patrimônio pessoal e liberdade os ônus decorrentes da inadequada gestão contratual, conforme prevêem os artigos 82 e 84 da Lei de Licitações, respectivamente:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei (responsabilidade civil, culpa objetiva) ou visando a frustrar os objetivos da licitação (responsabilidade penal - dolo) sujeitam-se às sanções previstas nesta lei e nos regulamentos próprios (responsabilidade administrativa), sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

E quem são os servidores públicos, na concepção legislativa?

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.
§ 1º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público. [3]

Usualmente quem nomeia os gestores e fiscais de contratos ignora o "fator tempo de dedicação empreendido na nova atividade do nomeado", pois as demais atividades desses profissionais permanecem inalteradas. Como podem os gestores e fiscais de contratos agir em respeito ao princípio da eficiência, fazer da melhor forma, sem infraestrutura e protegerem suas carreiras, patrimônio e liberdade? A salvaguarda está no mesmo artigo 67, porém, no § 2º do diploma legal em comento: "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."[4] (grifo nosso).

É importante ressaltar que existem espécies distintas de fiscalização, que devem seguir o parâmetro das diferentes exigências legais e qualificações existentes no mercado, como, por exemplo, as profissões regulamentadas. Um profissional com formação superior em História, a princípio, não deverá ser designado para fiscalizar a execução de um contrato de serviços de Engenharia, pois sua formação não o capacitou para compreender, com o elevado grau de conhecimento necessário, as nuances e tecnicidades que envolvem um projeto de construção civil, nem mesmo seu ingresso na carreira pública ocorreu por um concurso que testasse tais conhecimentos. Por mais que a Administração seja diligente e promova treinamentos para fiscais de contrato, capacitações desse

tipo não poderiam substituir uma formação acadêmica completa - pode-se usar o pré-citado exemplo da engenharia civil, graduação que jamais poderia ser concluída em um curto período de tempo - e nutrir plenamente uma pessoa de todos os conhecimentos afetos a uma profissão que lhe seja estranha e requeira formação específica e, além disso, habilitação em conselho de classe. É fato que pode transcender um mero *atropelo de competências* e atingir a esfera do exercício ilegal de uma profissão, conduta definida como crime perante a legislação nacional. O mesmo raciocínio serve para auditoria trabalhista, do FGTS, Medicina e Segurança do Trabalho, entre outros.

O gestor público que nomeia um fiscal para atuar junto a contrato que contenha objeto alheio à formação profissional deste age com imprudência e deve ser responsabilizado pelos danos ou prejuízos advindos desta nomeação, pois o agente que assume esse risco, eventualmente, não detém - e diga-se, não está obrigado a possuir - o conhecimento necessário para exercer plenamente essa fiscalização, fato que afasta de si o ônus por qualquer responsabilidade que lhe recaia em virtude da função de fiscal de contrato.

Ainda sobre a responsabilidade do gestor encarregado pela nomeação de fiscais, cabe ressaltar que fatos como dúvidas, o limite de responsabilidades e a ausência de infraestrutura devem ser registrados, questionados e àquele encaminhados, preventivamente, sob pena de, no silêncio, haver a absorção integral de responsabilidades.

Cabe a tais profissionais, permanentemente, relembrarem às suas organizações que praticar a terceirização, no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, significa contratar empresa especializada e idônea para - de forma indireta e com autonomia - realizar determinada atividade-meio (de apoio) a órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Logo, não poderá o agente público comandar os recursos humanos das empresas contratadas ou mesmo indicá-los, pois estarão agindo com improbidade administrativa.

EMENTA: Empresa prestadora de serviço - Serviço Público. Desempenham atividade lícita as "empresas prestadoras de serviços" que, mediante contrato de natureza civil com terceiros, executam serviços a ente público. Tais empresas dirigem, fiscalizam, controlam e remuneram o trabalho, e assumem os riscos da atividade econômica. A empresa cliente preocupa-se apenas com a efetivação da obra [no caso, o raciocínio serve também para serviços] e em nada se confundem com empresa interposta ou locadoras de mão de obra. Recurso conhecido e provido. (grifos e comentários entre colchetes feitos pelo autor.)[5]

Cabe lembrar que, de forma geral, o enquadramento sindical decorre da atividade preponderante da empresa contratada.[6] Logo, não depende da função exercida pelos empregados. Pode haver uma empresa que exerça duas atividades, por exemplo, mas a atividade preponderante é que atrairá o enquadramento sindical. Ou seja, além do contrato social, deve-se ver a receita da empresa contratada e nela identificar a sua atividade principal. Caso contrário, poderá responder pela incorreta aplicação da convenção coletiva. Profissionais de uma empresa de limpeza não serão tutelados pela convenção da limpeza se a referida organização possuir uma outra atividade que seja a preponderante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. [...] O Regional entendeu ser a TELEMAR subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas, tendo em vista o disposto no item IV da Súmula 331 do TST. Considerou o autor beneficiário das Convenções Coletivas acostadas aos autos, por constatar

que o objeto principal do seu contrato de trabalho relacionava-se com os serviços de telecomunicações, relacionando-se a finalidade social da CONAR, para quem trabalhava o recorrido, com a da TELEMAR. Esclareceu, ainda, que é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento sindical do empregado. [...]

1. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS [...] 2. Da aplicação da norma coletiva: Assim, atentando-se ao fato de que é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento sindical de seus empregados, impõe-se a conclusão de que a sentença deverá ser confirmada, […] o autor faz jus aos títulos deferidos com respaldo na Convenção Coletiva acostada […] Nego provimento ao agravo de instrumento.[7] (grifos do autor)

Existem também as chamadas "categorias profissionais diferenciadas", que são exceção e reguladas pelo artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.[8] No caso, a função que atrai a aplicação da convenção coletiva, como, por exemplo, ascensoristas, motoristas etc. Vejamos o que acontece quando isso não é observado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA [...] Incidência do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. [...] NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.
O fato da vantagem normativa encontrar-se inserida em convenção coletiva concernente a categoria econômica integrada pela agravante não afasta a sua responsabilidade, porque subsidiária. Não incidência da Súmula 374/TST. Agravo de instrumento não-provido. […] 2. NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 374/TST. [...] Cumpre ainda observar que a recorrente foi responsabilizada subsidiariamente pelos haveres trabalhistas do recorrido, na hipótese de descumprimento da obrigação pela devedora principal (real empregadora). Desse modo, o fato de a vantagem normativa encontrar-se inserida em convenção coletiva diversa da categoria econômica da apelante não afasta a sua responsabilidade, que é, repita-se, secundária. (fls. 109-10) Na revista (fls. 113-28), a segunda reclamada insurge-se contra à condenação ao pagamento do vale refeição e piso salarial fixado em convenção coletiva. Alega que estes itens da condenação se amparam em normas coletivas inaplicáveis à 2ª reclamada, já que NÃO foram firmados pelo sindicato dos ferroviários. (fl. 127). [...] Não prospera a insurgência.[9] (grifos do autor)

Com a terceirização, as atividades de apoio passam a ser conduzidas e geridas pelas próprias empresas contratadas e fiscalizadas com eficiência e impessoalidade pela Administração. Logo, a terceirização jamais representará a possibilidade de comando por parte da Administração sobre os empregados das empresas contratadas. Isto caracterizaria a própria inexistência da especialização. Uma das mais fáceis formas de exemplificar o comando do pessoal das empresas contratadas é o desvio de função, como, por exemplo, quando se delega ao pessoal da empresa de limpeza tarefas como servir cafezinho, atender ao telefone, tirar cópias reprográficas, executar atividades de portaria e recepção etc.

O pré-requisito exigido pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, tribunal que possui poder normativo, é que a empresa contratada seja, obrigatoriamente, especializada. Vejamos, *in verbis*:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.[10] (grifos

do autor).

É necessário fazer um breve histórico do entendimento da Corte Superior Trabalhista. A antiga Súmula nº 256[11] não previa a figura da prestação de serviços, mas definia que, exceto nos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância, era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta - entenda-se intermediária. Neste caso, estabelecia que o vínculo empregatício seria reconhecido diretamente com o tomador de serviços. No ano de 1993, a Corte ampliou seu entendimento e modificou a redação do normativo, renomeando-o através da a Súmula para nº 331[12] e elucidando que:

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", **retirando a exceção anterior aplicada aos serviços de vigilância**, que será abordada no inciso III. Aqui há contratação de pessoas para fazerem algo sob o comando do contratante, ao invés de serviços, soluções especializadas;

II - "a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração [...]." Aqui também há a contratação de pessoas para fazerem algo sob o comando do contratante, ao invés de serviços, soluções especializadas. Não gera vínculo, mas gera potencial indenização econômica nos moldes da existência do vínculo (inc. II). Cabe observar que, se fosse reconhecido, o vínculo afastaria a existência do concurso público, pois as pessoas contratadas irregularmente ascenderiam à carreira pública de forma transversa. O dano, efeito econômico do item I e II, é similar;

III - a contratação de serviços especializados, como vigilância, conservação e limpeza, entre outros, não configura **vínculo com o tomador** "desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta." Aqui não se contrata mais pessoas para fazerem atividades comandadas pelo contratante, mas sim a solução, contrata-se serviços e essa é a grande diferença (inc. III);

IV - no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do empregador, **ao tomador é aplicada a responsabilidade complementar, subsidiária**, desde que seja chamado ao processo e nele prove a idoneidade do fornecedor (partícipe da relação processual) e, em caso negativo, figure do título executivo judicial, isto é, na sentença condenatória (inc. IV).

No ano 2000 o inc. IV sofreu alteração[13], definindo mais claramente que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se estende, também, aos "órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista."

Recentemente a redação da Súmula foi alterada novamente[14]: o inc. IV voltou a ter a mesma redação da alteração inserida em 1993 e foram acrescentados dois novos incisos:

a) o inc. V retoma a questão da responsabilidade solidária dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, como no acréscimo feito anteriormente ao inc. IV, explicitando a evidência de conduta culposa em caso de falta aos preceitos da Lei nº 8.666/1993, "especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora". Indo além, assevera que esta responsabilidade não se aplica meramente pela inadimplência das obrigações legais da empresa contratada;

b) o inc. VI elucida com mais profundidade a abrangência da responsabilidade assumida pelo tomador de serviços, estendendo seu alcance a "todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

O que mudou na prática foi a natureza da responsabilidade, que antes era apenas objetiva. Na condenação trabalhista, contratante e contratado eram responsabilizados. Agora a responsabilidade é subjetiva: se na sentença o contratante não for vigilante, também será condenado.

Na prática, nos processos ora em andamento, por falta de exame da matéria - a culpa na vigilância de parte do contratante - haverá aplicação da nova súmula em desfavor dos empregados das empresas contratadas pela Administração Pública. Contudo, nos processos ainda na fase de instrução, e em processos novos, o advogado do empregado do contratado deverá provocar essa prova para beneficiar seu cliente, protegido pela lei. Na prática, na peça inicial da ação trabalhista o empregado terceirizado simplesmente diz que a Administração não realizava a correta gestão e fiscalização dos contratos, o que inverte o ônus da prova. A Administração deverá fazer a prova da correta gestão e fiscalização de seus contratos. Seria equivocado compreender que o empregado do contratado pela Administração Pública deveria arcar com o ônus de fiscalizar seu empregador e os contratantes do mesmo, lembremos que o empregado é o hipossuficiente, por isso, o protegido.

Colacionamos uma decisão recente que aborda estes novos incisos da súmula, em processos onde não houve o questionamento da inadequada fiscalização, por isso desfavoráveis aos empregados das empresas contratadas pela Administração Pública:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO (PGU). RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Hipótese em que não consta da decisão regional o registro da existência ou não de culpa in vigilando e/ou in eligendo. Decisão regional que parece violar o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. **Agravo de instrumento a que se dá provimento**, para, nos termos do art. 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003, convertê-lo em recurso de revista, determinando a reautuação do processo e o regular processamento do recurso de revista, no efeito devolutivo.

II - RECURSO DE REVISTA. UNIÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Hipótese em que não consta da decisão regional o registro da existência ou não de culpa in vigilando e/ou in eligendo. Preconiza-se no item V da Súmula nº 331 desta Corte: -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 8.666/93, 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 regulamente contratada-. Ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 configurada. **Recurso de revista a que se dá provimento.**[15] (grifos do original)

Cabe observar que nos processos acima comentados é discutida, tão somente, a corresponsabilidade, ausente quando houver pessoalidade e subordinação. Havendo desvio de função provocado pela Administração, além de pessoalidade e mando direto sobre o empregado da contratada, ela arcará com a indenização como se aquele empregado fosse seu. Essa discussão se transfere para o patamar do inciso II da Súmula.

É muito comum encontrarmos editais pedindo a contratação de "posto de serviços" com marceneiros, recepcionistas, telefonistas, soldadores, motoristas etc. Neste caso, haverá a mera contratação de mão de obra e pessoas, não de serviços especializados. Haverá, ainda, a limitação na disputa, pois as empresas que não fornecerem "todas essas habilidades" estarão condenadas a não oferecer serviços para a Administração.

A contratação de postos de serviços multifuncionais caracteriza o previsto no inciso I da Súmula nº 331 do TST: "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 6019, de 3.1.74)."[16] (grifos do autor)

Não contratar trabalhadores, mas empresas especializadas, ainda é o desafio.

Desta forma, a especialização passou a ser pré-requisito de habilitação jurídica a ser observado no processo licitatório. Se não for analisada a especialização da prestadora de serviços, estar-se-á desatendendo aos artigos 27 e 31 da Lei nº 8.666/1993, combinados com a Súmula referida. Contratar empresas que não tenham habilitação jurídica, isto é, previsão no contrato social, significa materializar a previsão do artigo 50 do Código Civil vigente, ou seja, praticar o abuso de personalidade jurídica. Vejamos, *in verbis*:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.[17] (grifos do autor)

Por isso, defendo que o momento correto da nomeação do gestor de contratos é na ocasião de autorizar o processo licitatório, assim, o profissional acompanhará o processo de contratação, prestando consultoria interna para a CPL e ao pregoeiro. Já a nomeação dos fiscais, por competência, será imediatamente após a assinatura do contrato.

Lembremo-nos do inciso III do referida Súmula: "Não forma vínculo de emprego […], desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta."[18] (grifos do autor)

A subordinação do pessoal da contratada por parte da Administração Pública configura os quatro elementos caracterizadores do contrato de trabalho exigidos pelo art. 3º da CLT[19], ou seja: (1) pessoalidade - o comando recai sobre determinada pessoa, (2) subordinação - o próprio comando, (3) habitualidade e (4) remuneração, todo inerentes aos contratos administrativos, sempre remunerados e com prazo determinado.

O contrato de trabalho, no mundo dos fatos, existirá, mas não será reconhecido, em face da proibição do art. 37, II, da Constituição Federal.[20] Porém, não fica afastado o direito do "não empregado" perceber indenização pelo tempo trabalhado, inclusive o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Vejamos como são calculadas as consequências econômicas da ocorrência de contrato de trabalho nulo com a Administração Pública:

EMENTA: CONTRATO NULO. EFEITOS. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, emprestando continuadamente melhor inteligência à sua Súmula 363, assenta modernamente entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, firmado após a Constituição Federal de 1988 com órgão público, sem a prévia aprovação em concurso público, não retira do empregado o direito ao recolhimento das contribuições para o FGTS devidas pelo período trabalhado, ainda que o contrato de trabalho das partes tenha se estabelecido em período anterior à vigência da MP n.º. 164-41, que introduziu o artigo 19-A à Lei n.º.036/1990. Recurso parcialmente provido. […]

1.2 MÉRITO [...] ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista apenas quanto à nulidade do contrato de trabalho, por contrariedade à Súmula n. 363 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, a fim de limitar a condenação apenas às diferenças de FGTS relativo a todo o período trabalhado, na esteira da citada Súmula n. 363 do TST. Determina-se, ainda, sejam oficiados o Ministério Público e o Tribunal de Contas estaduais, encaminhando-se cópia desta decisão, após o trânsito em julgado, para os efeitos do § 2.º e inciso II do art. 37 da Constituição Federal.[21]

É natural que os administradores fiquem atentos ao entendimento do tema pelos tribunais de contas estaduais e pelo Tribunal de Contas da União - TCU, porém, cabe registrar que essa espécie de contratação é regulada por um tribunal judicial que tem poder normativo, o TST, através da Súmula nº 331, já citada anteriormente, além da legislação esparsa, como o Decreto-lei nº 2.271/1997 e seus reflexos pela Lei nº 8.812/1991, entre outras.

Conforme visto acima, o TST, pela Súmula 331, IV, em especial com a reconfirmação realizada pela alteração de 18/09/2000, afirma a existência da corresponsabilidade trabalhista da Administração Pública na prática da terceirização, em verdadeiro confronto ao texto do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. Logo, fica inequívoca a corresponsabilidade trabalhista da administração, quando contratante:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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.[22] (grifos do autor).

Vejamos a construção do raciocínio do TST para desprezar o art. 71 da Lei nº 8.666/1993:

I - TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. VIABILIDADE. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93 POR AFRONTA AO INCISO II DO § 1º DO ART. 173 DA CF/88. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações) destoa dos princípios constitucionais de proteção ao trabalho (art. 1º, incisos III e IV, da CF/88), que preconizam os fundamentos do Estado Democrático de Direito, como "a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", respectivamente; além da garantia dos chamados" direitos sociais" insculpida no art. 7º da Carta Política, como garantias fundamentais do cidadão. Some-se que a interpretação literal deste dispositivo legal (art.71 da Lei nº 8.666/93) choca-se frontalmente com os preceitos constitucionais que impedem a concessão de privilégio às entidades estatais que terceirizem serviços e as paraestatais que desenvolvam atividade econômica, impondo, quanto a estas, igualdade de tratamento com as empresas privadas (art. 173, § 1º, II, da CF). O mecanismo da licitação visa propiciar à entidade estatal ou paraestatal a escolha do melhor contratante, jamais mecanismos para acobertar irresponsabilidades. A culpa in eligendo e in vigilando da Administração Pública atrai a responsabilidade subsidiária, por atuação do princípio inserto no art. 455 da Consolidação, aplicado por força do inciso II, § 1º, do art. 173 da CF/88. Recurso de revista não conhecido.
II - RECURSO DE REVISTA. ISONOMIA SALARIAL. EMPREGADO DE EMPRESA DE SERVIÇO TEMPORÁRIO E EMPREGADO DO TOMADOR. REQUISITO - ALÍNEA A DO ART. 12 DA LEI Nº 6.019/74. A isonomia salarial entre os empregados da empresa de trabalho temporário em relação aos empregados do tomador de serviços tem o caráter especial preconizado pela lei de trabalho temporário que só exige um requisito: mesma categoria, conforme a alínea a do art. 12 da Lei nº

6019/74. Teleologicamente, o legislador quis impedir tratamento discriminatório entre os empregados da empresa de serviços temporário e aqueles do tomador que forem da mesma categoria. Estas circunstâncias não se confundem com os requisitos do art. 461 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-597138/1999.8, em que é Recorrente CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e Recorrida TEREZINHA REGINA REGINALDO. [23]

Além da responsabilidade trabalhista se acresce a responsabilidade previdenciária, em caráter de solidariedade à Lei nº 8.812/1991. Lembremo-nos de que tais obrigações podem ser exigidas em dissídio individual pelos empregados da empresa contratada e não em Ação Civil Pública. Essa última espécie de ação tem exclusivo caráter mandamental e não cabe para a hipótese de corresponsabilidade.

Se contratarmos serviços e não formos permanentemente vigilantes, haverá a inobservância do princípio da eficiência. Além da atração de débitos, desperdícios que poderiam, perfeitamente, ser evitados.

Ainda é bom lembrar que a Administração Pública pode retardar os pagamentos das parcelas contratuais, uma vez que só o atraso superior a 90 dias é motivador de rescisão do contrato. Assim, no processo licitatório deve ser investigado, também, se a licitante tem patrimônio positivo e capital de giro que permita a adimplência trabalhista, previdenciária e tributária decorrentes do atraso no pagamento das parcelas contratuais. Esse item deve ser observado no processo licitatório e usualmente é esquecido na contratação de serviços.

Logo, se não houver servidores diretos capazes e em número suficiente para a atividade de fiscalização trabalhista e previdenciária, a atividade poderá ser perfeitamente contratada de terceiros, conforme prevê o art. 67 da Lei nº 8.666/1993, acima citado.

Deste modo, para a correta prática da terceirização, devem ser extintas, no quadro de pessoal da organização contratante, as funções que perderão a razão de ser em decorrência da contratação de serviços. Ainda no plano de trabalho, para dar início à contratação de serviços, é obrigatório fundamentar a economia a ser obtida. Nesse cálculo, o ônus da fiscalização não deve ser esquecido. Mesmo assim, a terceirização será economicamente viável, não seria por tão pouca diferença que se praticaria essa modalidade de contratação. Procure aprofundar os conhecimentos sobre as vantagens e desvantagens do instituto.

As condenações decorrentes das corresponsabilidades trabalhistas e previdenciárias da Administração em reclamatórias trabalhistas são corriqueiras, basta uma simples visita ao *site* www.tst.jus.br.

E por fim, quero lembrar o artigo 113 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.[24] (grifos do autor).

Se houver alguma dúvida dos órgãos de fiscalização quanto às atividades do gestor e/ou o fiscal de contratos, esses deverão comprovar que atuaram conforme os ditames do princípio constitucional da eficiência.

Esse estudo serve, também, para as contratações realizadas em contratos brasileiros celebrados com verbas advindas do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD.

Percebe-se claramente que ainda não ocorreu a necessária socialização do conceito e da prática da terceirização pela Administração Pública. Cada vez mais é necessária uma correta contratação caracterizada como um real serviço especializado e não um fornecimento de pessoas, bem como uma correta gestão e fiscalização de contratos. A solução passa a ser a habilitação de profissionais para tal, como por exemplo, a exigida formação de pregoeiros. Somente a partir daí a Administração passaria a colher bons frutos com a prática da terceirização.

---

[1] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[2] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[3] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[4] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[5] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR nº 117176/1994. Acórdão nº 1215 - 2. Turma. Relator: Ministro José Luciano de Castilho Pereira. Brasília, 27 de março de 1996. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, 17 maio 1996, p. 16.584.

[6] Nesse sentido: BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011. Ver artigo 570 e seguinte.

[7] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo AIRR nº 1056/2004-019-06-40 - 6. Turma. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 22 de agosto de 2007. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, 6 set. 2007.

[8] BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[9] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo AIRR nº 779/2002-161-05-40.9 - 6. Turma. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 22 de agosto de 2007. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, 21 set. 2007.

[10] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: **<http://www.tst.jus.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[11] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 4/1986. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 set. 1986.

[12] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Resolução nº 23/1993, **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1993 e republicado em 04 jan. 1994.

[13] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 96/2000. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 2000, mantida pela Resolução nº 121/2003, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 2003.

[14] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 174/2011, **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 maio 2011.

[15] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR-1777-70.2010.5.10.0000 - 4. Turma. Relator: Ministro Milton de Moura França. Brasília, 22 de junho de 2011. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jun. 2011. Disponível em: **<http://www.tst.jus.br>**. Acesso em: 26 jul. 2011.

[16] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: **<http://www.tst.jus.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[17] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[18] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: **<http://www.tst.jus.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[19] BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[20] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[21] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR nº 188/2004-051-11-00 - 4. Turma. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, 29 de agosto de 2007. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, 21 set. 2007. Observação do autor: no caso, o salário já havia sido pago.

[22] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: **<http://www.tst.jus.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.

[23] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR nº 597138/1999.8 - 4. Turma. Relator: Juiz Convocado José Antônio Pancott. Brasília, 18 de dezembro de 2003. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho [da] República Federativa do Brasil**, 27 fev. 2004.

[24] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: **<http://www.planalto.gov.br>**. Acesso em: 17 jul. 2011.