LEONARDO RIBEIRO GUIMARÃES MONTEIRO

A PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E SOLIDÁRIA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO:

O Estudo de caso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Monografia apresentado à Pós-Graduação das Faculdades Integradas da UPIS, como requisito para a conclusão do MBA em Administração Pública, sob a orientação do Mestre Alemar Batista Cardoso Mourão Junior.

BRASÍLIA
2008

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Dedico este trabalho

à minha esposa, Jannya, que sempre me concedeu total apoio em todas as horas.

às minhas filhas, Beatriz e Carolina, que a cada dia mais me orgulham e emocionam.

aos meus pais, Murilo e Marise, que através de seu exemplo de vida ministraram as primeiras e mais preciosas lições.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos aqueles que de alguma forma me deram forças para que a conclusão deste trabalho fosse possível:

Ao meu professor Orientador Alemar Mourão pelo comprometimento e compartilhamento de seu conhecimento;

Aos colegas do Superior Tribunal de Justiça em especial aos gestores que contribuíram de varias maneiras, seja respondendo ao questionário, seja na informalidade das conversas e discussões;

Aos colegas professores e funcionários do curso de MBA em Administração Pública da UPIS cujo convívio me alegrou e enriqueceu.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

“Quem quer fazer alguma coisa, encontra um meio. Quem não quer fazer nada, encontra uma desculpa.” Provérbio Árabe.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal responder como vem sendo tratada a responsabilidade subsidiária e solidária nos contratos de terceirização que envolvem mão-de-obra no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Com base na literatura e jurisprudência sobre este tema buscou-se as principais cláusulas nos contratos que podem evitar ou diminuir a responsabilidade do tribunal no caso de inadimplemento da empresa contratada. Observou-se nas entrevistas com os gestores do STJ que eles estão focados no acompanhamento e fiscalização sistemática dos contratos e contam com a colaboração e suporte de outras Seções da Secretaria de Administração e Finanças. Com esta visão organizacional e com a divisão do trabalho por área de conhecimento tem sido possível melhorar continuamente a qualidade dos contratos e serviços prestados pelas empresas. Esta pesquisa mostra ainda que o Tribunal encontrou uma alternativa viável nos casos da inadimplência da empresa contratada e que não tem mais condições de continuar o contrato, de forma a se evitar a solução apenas na esfera da Justiça do Trabalho. O resultado deste estudo aponta ainda a necessidade de se aumentar a garantia dada pela empresa contratada em função do tempo, de forma a se evitar a inadimplência de empresa no final do contrato em virtude do pagamento das recissões trabalhistas de seus funcionários.

PALAVRA-CHAVE: responsabilidade subsidiária; contratos de terceirização; gestão de contratos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 7
1.1 Objetivo Geral 8
1.2 Objetivos Específicos 8
2 EMBASAMENTO TEÓRICO 9
2.1 A Terceirização na Administração Pública 9
2.1.1 A Natureza da Terceirização 10
2.1.2 Terceirização Lícita 11
2.2 Contratos Administrativos 13
2.2.1 Conceitos Gerais dos Contratos Administrativos 14
2.2.2 Contratos Administrativos de Terceirização 16
2.2.3 Gestão e Fiscalização dos Contratos de Terceirização 18
2.3 Responsabilidade nos Contratos Administrativos 19
2.3.1 Conceitos da Responsabilidade Solidária e Subsidiária 21
2.3.2 Responsabilidade Principal, Solidária e Subsidiária nos Contratos de Terceirização 22
3 O ESTUDO DE CASO: A PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NO STJ 26
3.1 Estrutura Administrativa do STJ 27
3.2 Análise dos Contratos de Terceirização 29
3.2.1 As Principais Cláusulas Contratuais que Evitam a Responsabilidade do STJ 29
3.2.2 Deficiências na Elaboração dos Contratos 32
3.3 A Gestão dos Contratos no STJ 33
3.3.1 O Papel do Gestor no STJ 35
3.3.2 Procedimentos de Liberação das Faturas pelos Gestores 36
3.3.3 Deficiências nos Procedimentos de Controle dos Contratos 39
3.4 O Papel da COFI no Pagamento das Faturas 40
3.4.1 Procedimentos Cumpridos na Liquidação da Despesa 41
3.5 Procedimentos Adotados nos Casos do Inadimplemento da Empresa Contratada 42
3.5.1 A Empresa Idônea Inadimplente 42
3.5.2 A Empresa Inidônea Inadimplente 45
4 CONCLUSÃO 47
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 49
6 APÊNDICE 50

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como escopo analisar formas do gestor público de evitar a responsabilidade subsidiária e solidária da Administração Pública, nos contratos de terceirização de serviços que envolvam mão-de-obra.

A terceirização de serviços é um modelo de gestão em que a Administração Pública contrata os serviços de empresas e não pode ser confundido com a contratação de mão-de-obra.

Uma terceirização de serviços realizada com empresas idôneas permite inúmeras vantagens para o contratante, pois se ganha agilidade, economia, flexibilidade, mantendo o foco em sua atividade fim. Além disso, a atividade terceirizada será realizada por quem sabe fazê-la melhor, pois tem visão tecnológica e de negócio naquilo que é contratado.

Desta forma pretendo fazer um estudo descritivo com análise documental dos contratos e procedimentos adotados no âmbito do STJ, incluindo entrevistas com as pessoas responsáveis pelo acompanhamento dos contratos e pelas áreas responsáveis pela gestão e pagamento dos contratos, visando evidenciar os procedimentos e as alternativas para diminuir a responsabilidade da Administração Pública nos contratos que envolvem mão-de-obra.

O gestor público necessita de amplos conhecimentos na área de gestão de contratos, em especial os que lidam com contratos que envolvem cessão de mão-de-obra, de forma à agir preventivamente, trazendo benefícios e economicidade à Administração Pública.

Portanto, é no acompanhamento diário da execução dos contratos, que o gestor pode evitar que o ônus de um eventual inadimplemento da empresa prestadora de serviço, seja repassado ao órgão contratante.

Naturalmente não se busca neste trabalho abranger todas as situações possíveis que possam ocorrer durante a execução de um serviço, pois a dinâmica das relações

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

contratuais diferem-se de acordo com o tipo de serviço, qualificação da mão-de-obra envolvida no serviço e local de execução.

Desta forma este trabalho teve como pretensão contribuir para um melhor conhecimento e aprofundamento do tema, com ênfase na gestão do contrato de forma a auxiliar o gestor na sua fiscalização.

Assim podemos questionar se é possível ao gestor público evitar a responsabilidade solidária e subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização que envolvam mão-de-obra?

1.1 Objetivo Geral

Analisar a responsabilidade subsidiária e solidária nos contratos de terceirização de serviços no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

1.2 Objetivos Específicos

Analisar a legislação, doutrina e jurisprudência existente, referente aos contratos de terceirização de serviços

Avaliar falhas comuns nos contratos de terceirização;

Sugerir normas e procedimentos que ajudem ao gestor evitar a responsabilidade subsidiária e solidária nos contratos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

2.1 A Terceirização na Administração Pública

A terceirização na Administração Pública surgiu com a reforma administrativa prevista no Decreto-Lei nº 200, de 25 de julho de 1967 onde se definiu que a Administração Pública poderia utilizar, sempre que possível, a execução indireta de algumas atividades, mediante contrato. Esta prerrogativa encontra amparo no art. 10 §1º, alíneas "a", "b","c" e § 7º do referido decreto, conforme transcrito:

> "Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
>
> §1º A descentralização será posta em prática em três planos principais.
>
> a) dentro dos quadros da Administração Federal distinguindo-se claramente o nível de direção de execução;
>
> b) da Administração Federal para as unidades Federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
>
> c) da Administração Federal para a órbita privada mediante contratos ou concessões.
>
> § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução".

A terceirização ocorreu de forma mais rápida a partir do governo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Neste período foi executada a Reforma do Aparelhamento do Estado que teve como política a extinção dos cargos de nível médio e intermediário das áreas meio. Também não mais foi autorizado concurso público para estes cargos e adotou-se a política de contratação desses serviços.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p.19) um dos componentes ou processos básicos da reforma do Estado dos anos 90 é:

> "(a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização[1]";

Além disso, Luis Carlos Bresser Pereira (1997, p.22) nos ensina que:

> "reformar o Estado significa, antes de mais nada, definir o seu papel, deixando para o setor privado e para o setor público não-estatal as atividades que não lhe são específicas".

O próprio TCU, quando da apreciação das contas do Governo da República, em sua Ata nº 19 de 11 de junho de 2002, TCU Plenário, relatada pelo Exmº Ministro Walton Alencar Rodrigues constata a extensão do fenômeno da terceirização na Administração Pública, onde destacamos:

> "A administração Pública vem adotando a terceirização de mão-de-obra, especialmente nos últimos anos, como forma de reduzir os quadros do Estado na realização de suas atividades", e ainda "A princípio, a terceirização dos serviços de uma empresa é lícita, quando se trata de atividades secundárias, compreendendo os serviços que não constituam sua atividade fim".

2.1.1 A Natureza da Terceirização

O fenômeno da terceirização faz parte de um amplo conjunto de modificações das relações de trabalho em busca da flexibilização e a desregulamentação do contrato de emprego.

Do ponto de vista jurídico, a terceirização representa a contratação de serviços por meio de uma empresa, intermediária entre o tomador de serviço e a mão-de-obra mediante um contrato. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente com o contratante desta atividade. O contrato é regulado pelo direito civil, comercial, administrativo ou trabalhista e tem como finalidade realizar serviços auxiliares da atividade-fim. Deste modo, somente a empresa prestadora responde pela

[1] Este último processo implicando na transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado Presta.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

execução dos serviços, e não pode a empresa tomadora ingerir na mão-de-obra da empresa contratada.

Do ponto de vista econômico, a terceirização representa uma estratégia da empresa tomadora dos serviços para focar em sua atividade-fim, tornando as empresas mais ágeis e competitivas e com isso possibilitam atender de forma mais rápida e eficaz as mudanças impostas pelo mercado.

Com o advento do fenômeno da terceirização, o Governo Federal procurou desonerar o Estado de encargos sociais decorrentes das relações laborais de caráter efetivo. Isto ocorreu por meio da redução dos ingressos de pessoal no serviço público federal, mediante concurso público, sobretudo no que tange aos níveis intermediários e auxiliar.

Segundo Luiz Carlos Bresser, após a reforma administrativa, a área de atuação do Governo deveria ser restrita as atividades exclusivas de Estado[2].

Ainda de acordo com Luiz Carlos Bresser (1997, p.30):

> "o processo de terceirização de serviços, ora em curso em todos os Estados Modernos, é apenas mais um capítulo do processo de contratação de terceiros que ganhou força em meados do século vinte, quando as obras públicas foram terceirizadas".

Portanto, o instrumento da terceirização na Administração Pública Federal, utilizado de forma criteriosa para determinadas atividades, contribui para a maior eficiência da administração. No entanto, seu emprego demanda firme observância das normas existentes, em especial, o respeito aos mandamentos da Constituição. Deve-se evitar que a terceirização se torne um mero mecanismo de burla ao princípio constitucional do concurso público.

2.1.2 Terceirização Lícita

[2] Segundo Bresser, "as atividades exclusivas de Estado são atividades monopolistas, em que o Poder de Estado é exercido: poder de definir as leis do país, poder de impor a justiça, poder de manter a ordem, de defender o país, de representá-lo no exterior, de policiar, de arrecadar impostos, de regulamentar as atividades econômicas, fiscalizar o cumprimento das leis".

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A Administração Pública deve primeiramente definir qual é a atividade fim do órgão ou entidade, pois somente é lícita a contratação de serviços da área meio ou para cargos extintos ou em extinção do seu quadro de pessoal. Neste ponto o Art. 1º do Decreto nº 2.271/97 é claro quando diz:

> "Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.
>
> §1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência objeto de execução indireta.
>
> §2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias 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 pessoal".

Assim, o objeto da contratação não pode ser a atividade-fim, ou seja, aquela relacionada a principal atividade desenvolvida pelo órgão ou entidade.

A prática ilegal de contratação de funcionários para atividades inerentes aos funcionários públicos é combatida pelo TCU onde no Acórdão nº 256/2005 - Plenário;

> "22. A utilização de terceirização em atividades próprias de servidores públicos constitui modalidade de burla à exigência constitucional de prévio concurso público para admissão de pessoal e tem sido reiteradamente rechaçada por este Tribunal.
>
> 23. Não se pode, porém, criar um estigma contra o processo de terceirização que, devidamente, manejado, pode ser eficiente meio de modernização da estrutura estatal, juntamente com a privatização, a parceria público-privada, a flexibilização, a desregulamentação, a permissão e a concessão. Todas medidas que visam um modelo de Estado menos executor e mais fiscalizador. Assim, cada caso deve ser examinado particularmente, evitando-se a presunção equivocada de que qualquer atividade que destoe daquelas consagradamente aceitas como passíveis de terceirização (segurança, limpeza, copeiragem, etc.) esteja impossibilitada de ser executada de forma indireta.".

Outro erro conceitual é a contratação de mão-de-obra para execução de tarefas definidas. Nestes casos a contração é irregular, pois o objeto do contrato deve ser

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

sempre o serviço. O contrato firmado não pode configurar contrato de trabalho no qual ocorra relação de emprego e os trabalhadores não devem receber ordem ou orientação de qualquer pessoal integrante do órgão. Todo o modo como o serviço possa ser prestado deve estar especificado no contrato.

2.2 Contratos Administrativos

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 593) contrato é:

> “.....a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença”.

Leo da Silva Alves (2005, p.69) também define o contrato como:

> “...um acordo de vontades, pelo qual se adquire, resguarda, transfere, modifica ou extingue direitos e obrigações. Essa é a regra de todos os contratos”.

Porém, nem todo ato administrativo bem como as relações jurídicas firmadas entre a Administração Pública e terceiros resultam em um contrato. No entanto, muitos atos administrativos resultam de acordos de vontades entre a Administração Pública e terceiros, e podem se denominados de contratos.

O contrato administrativo em sentido amplo deve abranger todos os contratos firmados pela administração pública sob o regime do direito público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 257-259):

> “... existem entre os doutrinadores pelo menos três correntes que divergem a respeito dos contratos administrativos. São elas:
>
> 1) a que nega a existência de contrato administrativo;
>
> 2) a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> 3) a que aceita a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum".

Na primeira corrente, os doutrinadores argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio de igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções, caracterizadores dos contratos. Esta posição foi adotada, entre outros, por Osvaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, v.1: p.681-687). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado a lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum.Também Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 597) adota este pensamento pois "...entendemos que esta rotulação "contrato administrativo" tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz ....".

A segunda corrente entende que todo o contrato, celebrado pela Administração Publica, é contrato administrativo, pois sempre existe a interferência do direito jurídico administrativo, ou seja, aplica-se sempre o direito público e não o direito privado em todos os contratos.

A terceira corrente, adotada pela maioria dos doutrinadores, admite a existência de contratos administrativos com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado.

2.2.1 Conceitos Gerais dos Contratos Administrativos

O contrato administrativo é o que estabelece e disciplina os direitos e deveres entre a Administração Pública e terceiros.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 599-600) pode-se conceituar o contrato administrativo da seguinte forma:

> "é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado".

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O conceito de contrato administrativo também é dado pela própria Lei 8.666/93 que em seu artigo 2º, parágrafo único, estabelece que:

> "para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares,em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Deste modo, os contratos administrativos são regidos pelo direito administrativo e tem como principal característica a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O texto jurídico básico utilizado para disciplinar a celebração e a execução dos contratos da Administração Pública é a Lei 8.666/93 e suas alterações, e nos termos do Art. 54 dispõe que os contratos administrativos:

> "regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

Conforme já exposto, os contratos administrativos têm como particularidade a busca do interesse coletivo. Em nome da supremacia do interesse público a Administração Pública tem prerrogativas que lhe colocam em um patamar diferenciado, de superioridade, em face do particular que com ela contrata. Esta supremacia se manifesta mediante cláusulas contratuais que são denominadas "cláusulas exorbitantes". O art. 58 da Lei 8.666/93, que trata dessas cláusulas dispõe:

> "Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituídos por esta Lei confere à Administração Pública, em relação a eles, a prerrogativa de:
>
> I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contrato;
>
> II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
>
> <u>III - fiscalizar-lhes a execução</u>; (grifos nossos)
>
> IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contrato, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo".

2.2.2 Contratos Administrativos de Terceirização

Os contratos administrativos de terceirização, cujo objeto é a contratação de serviços de forma indireta e contínua, possuem várias peculiaridades que devem ser cumpridas de modo a não incorrer na ilegalidade da contratação.

Dentre elas devemos citar o artigo 4 do Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal:

> "Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:
>
> I – indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;
>
> II – caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;
>
> III – previsão de reembolso pela contratante;
>
> IV – subordinação dos empregados da contratada à administração do contratante".

Outra característica dos contratos de serviços contínuados[3] é a prorrogação da vigência do contrato por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60(sessenta) meses, a fim de que se possa obter preços e condições mais vantajosas para a Administração (art. 57 da Lei 8.666/93).

Somente os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza contínua podem ser repactuados, conforme estabelecido no art. 5º do Decreto nº 2.271/97.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> "Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada".

No item 7.2 da IN nº 18/97 do MARE e o item 8.1 da Decisão 457/1995 – Plenário TCU, define a contagem de prazo para a primeira repactuação:

> "conta-se o prazo mínimo de um ano a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nesta última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada à inclusão, por ocasião da repactuação de antecipações e de benefícios não previstos originariamente".

Devemos ainda considerar que a repactuação não se confunde com o reequilibrio econômico-financeiro do contrato[4], que pode ser requerido sem período pré-definido, mas só se justifica nas seguintes ocorrências:

a) fato imprevisível, ou previsível, porém de conseqüência incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do que foi contratado;

b) caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica (probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro) extraordinária e extracontratual.

A Administração deve prever nestes contratos a aplicação de multa por inexecução total ou parcial do objeto. A aplicação da multa não impede a Administração de rescindir o contrato, e de aplicar simultaneamente ao contratado as penas de advertência, suspensão temporária ou declaração de inidoneidade.

---

[3] Serviços continuados são aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.(Ata nº 56/201 TCU).

[4] O equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na manutenção das condições de pagamento inicialmente estabelecidas no contrato, a fim de que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a retribuição da Administração, para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2.2.3 Gestão e Fiscalização dos Contratos de Terceirização

Em decorrência da supremacia do interesse público, a Administração Pública deve assumir posição ativa na fiscalização e gerenciamento dos contratos.

Segundo Antonieta Pereira Vieira (2006, p.110) "é a falta de controle e do acompanhamento dos contratos que propicia a má utilização do dinheiro público".

O TCU, em sua Ata nº 19, de 11 de junho de 2002, sessão extraordinária que analisou as contas do Governo de 2001, também, constata que:

> "Outra importante comprovação efetuada por este tribunal diz respeito à ausência de controle efetivo sobre a execução de serviços terceirizados, especialmente com relação àqueles cuja execução é medida por horas trabalhadas(...).
>
> Defrontou-se, além disso, com alocações de pessoal terceirizado para execução de atividades não previstas nos instrumentos contratuais".

Lucas Rocha Furtado (2001, p.234) fala no poder-dever da Administração de promover a devida fiscalização da execução do contrato e menciona que:

> "Em decorrência da supremacia do interesse público, não pode a Administração assumir posição passiva, aguardando que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido".

Durante a fase de execução dos serviços, a Administração deverá verificar se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases descritas no contrato. Desta forma agindo preventivamente, a Administração será beneficiada com a qualidade dos serviços prestados e com a economicidade do contrato.

Além do já citado artigo 58, III, da Lei nº 8.666/93 a prerrogativa da Administração de fiscalizar seus contratados está disciplinado pelo art. 67, que dispõe:

> "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".

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> "§ 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 adoção das medidas convenientes".

Na Administração Pública o gerenciamento de contrato começou a ser melhorado a partir da padronização da gestão, com a implantação de sistemas de gerenciamento. Segundo Gustavo Hermes (1998, p. 88-97) existem três tipos de sistemas de gerenciamento que merecem destaque:

1. Colegiado Multidisciplinar, onde um grupo de trabalho é formado com pessoas de diferentes setores da organização com conhecimentos complementares e que irão gerir todos os contratos;

2. Delegação Individual Supervisionada, na qual um supervisor da área de contratos do órgão administra o sistema de delegações na qual prioriza o funcionário com domínio da área técnica para atuar em cada contrato;

3. Gestores Permanentes por Área, na qual um único gestor tem a atribuição permanente de gerir todas as contratações existentes em sua área.

Na Administração Pública existem vários entendimentos sobre fiscalização e gerenciamento de contratos. Dependendo do porte do órgão existe a separação dessas funções. No entanto a separação de funções não é a realidade da maioria dos órgãos da Administração Pública. Muitas vezes um único servidor fica responsável por todo o acompanhamento de vários contratos, não tendo condições e a qualificação necessária para desempenhar com eficácia seu papel de gestor/fiscal de contratos, sendo um mero atestador de notas fiscais.

2.3 Responsabilidade nos Contratos Administrativos

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A responsabilidade é um elemento essencial do vínculo obrigacional, podendo ser de convenção (contratual) ou do delito (civil). Duas teorias fundamentam a responsabilidade civil: a teoria da responsabilidade subjetiva ou doutrina da culpa que se estrutura em três elementos: dano, culpa e nexo de causalidade e a teoria da responsabilidade objetiva que ampara-se na teoria do risco ou na do dano objetivo.

Caio Mário da Silva Pereira (1998, p.11) salienta que a responsabilidade civil é o "princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano". Temos então um binômio que é a reparação e o sujeito passivo. Deste modo a culpa pode ou não fundamentar a obrigação de reparar, abrangendo tanto a responsabilidade subjetiva quanto a objetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva impõe a reparação do dano independentemente de qualquer perquirição acerca da culpa. Na legislação vigente essa teoria foi acolhida no § 6º do art 37. da CF/88, que impõe a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros, bem como nos artigos 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor, em que ditam a responsabilidade do fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante, na reparação de danos ao consumidor.

A teoria da responsabilidade subjetiva pressupõe a existência de culpa *lato sensu*, que abrange o dolo (intenção) e a culpa *strito sensu* (negligência, imprudência ou imperícia).

Segundo Washington de Barros Monteiro (1987, p.392-394) a culpa pode ser classificada, de acordo com a extensão e natureza em:

a) Lata (grave), leve e levíssima. A lata é a modalidade próxima ao dolo, enquanto a leve e a levíssima são faltas evitáveis com atenção ordinária.

b) Contratual, extracontratual ou aquiliana. A culpa contratual é a infrigência a determinado dever que emana do contrato ao passo que a extracontratual ou aquiliana decorre da violação a principio geral de direito.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

c*) In eligendo* e *In vigilando*. A culpa *in eligendo* configura-se pela má eleição do preposto e a culpa *in vigilando* é resultante da ausência de fiscalização a que se está obrigado.

d) *In omittendo* e *In custodiendo* A culpa in *omittendo* decorre da abstenção em relação a um fato e a culpa *in custodiendo* ocorre da falta de zelo com alguém ou algo que está sob sua guarda.

Pela legislação trabalhista a prestação devida ao trabalhador fundamenta-se primordialmente na responsabilidade contratual do empregador. No entanto, diante das novas formas de relações de trabalho, busca-se tornar efetivos os direitos dos trabalhadores com fulcro na responsabilidade civil, seja subjetiva ou objetiva.

2.3.1 Conceitos da Responsabilidade Solidária e Subsidiária

Segundo o conceito legal do parágrafo único do art. 896 do CCB:

> "há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda".

A obrigação solidária destaca-se porque cada titular, isoladamente, possui o direito ou responde pela totalidade da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão, ou seja, na solidariedade às responsabilidades situam-se no mesmo plano, igualando-se horizontalmente não havendo beneficio de ordem.

A responsabilidade subsidiária é a que vem reforçar ou suplementar a responsabilidade principal. A co-responsabilidade dos interessados diferencia-se porque na subsidiariedade há uma estratificação vertical, que implica no chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário. É o chamado benefício de ordem. Por esta razão, o responsável subsidiário tem o direito de regresso contra o devedor principal para reaver integralmente o que solveu, porquanto do débito era somente do devedor principal. Desta forma exige-se a inadimplência ou insolvência do devedor principal para efetivar-se a responsabilidade subsidiária.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

2.3.2 Responsabilidade Principal, Solidária e Subsidiária nos Contratos de Terceirização

A obrigação trabalhista pode ser definida como a relação de direito que obriga ao empregador a dar ou a fazer alguma coisa economicamente apreciável em proveito do empregado em virtude de lei.

O fato gerador da obrigação trabalhista é o contrato de trabalho, razão pela qual o empregador é o responsável principal pela obrigação trabalhista.

O conceito de empregado segundo prescreve o art. 3º da CLT, **in verbis:**

> "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário".

Assim a relação de emprego caracteriza-se pela presença simultânea de quatro elementos: a pessoalidade, a continuidade, a subordinação e a onerosidade.

Desta forma constatado que uma pessoa física presta em favor de outra um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação, o vínculo empregatício se configura, pouco importando o nome que as partes atribuam a essa relação jurídica, seja empreitada, mandato, estágio, sociedade, cooperativa de trabalho ou qualquer outro.

O modelo básico da relação de emprego, bilateral (empregador e empregado) veio a ser modificado com a terceirização. É o modelo trilateral onde existe a interposição de um terceiro, o tomador do serviço.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p.342):

> "Cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando.
>
> 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 ás decisões normativas da Justiça do Trabalho".

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Esta nova realidade passou a exigir novas formas de relação de trabalho, acarretando inúmeras conseqüências jurídicas na relação entre as empresas e seus funcionários. Então o TST buscou dar maior disciplina ao problema, emitindo em 1986 através da Resolução 4/86, o Enunciado nº 256, estabelecendo que:

> ”salvo os casos de vigilância, previstos nas Leis 6.019/74 e 7.102/83 é ilegal a contratação de empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço”.

A orientação desse Enunciado deixou claro que a empresa tomadora dos serviços teria que responder solidariamente pelos encargos previdenciários, pela remuneração e indenização do empregado durante o tempo em que o mesmo havia permanecido prestando serviços para a tomadora do serviço. Além disso, o Enunciado tornava lícito apenas o trabalho temporário e o de vigilância invalidando todas as demais formas de contratação.

Este Enunciado causou grande polêmica jurídica, pois estaria contrariando parte considerável do Código Civil referente ao contrato de prestação de serviços e a empreitada.

Em decorrência dessa polêmica o TST expediu o Enunciado nº 331, com a seguinte redação:

> “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 6.109, de 3.1.74).
>
> II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art.37,II, da Constituição da República).
>
> III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, 20.6.83), 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 (artigo. 71 da Lei nº 8.666/93).(Alterado pela RES.96/2000, DJ 18.09.200)”.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O item I reafirmou o Enunciado nº 256 de que a intermediação forma vínculo diretamente com o tomador do serviço.

O item II expõe a regra da impossibilidade de formação do vínculo empregatício com a Administração Pública direta ou indireta.

O item III dispõe de fato sobre a terceirização propalando a inexistência de vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços de vigilância limpeza e conservação, assim como quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador dos serviços, desde que constatada a inexistência de subordinação direta e a pessoalidade na prestação do serviço. Assim fica claro que todos os serviços da atividade-meio da tomadora podem ser terceirizados.

O item IV visou garantir os direitos dos empregados em empresas prestadoras de serviço, quando esta deixar de cumprir suas obrigações. Neste caso. o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

A Lei nº 8.666/93 em seu art. 71 § 2º previa que a Administração Pública seria também responsabilizada pelos encargos previdenciários resultantes da execução de contratos de terceirização que envolvam mão-de-obra.

> "§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91".

O Supremo Tribunal Federal é claro em seu posicionamento em relação à responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas. Na AG Nº 390.517/ES o Ministro Relator Nelson Jobim sustenta que:

> "Em observância ao principio constitucional da responsabilidade objetiva e da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, as entidades públicas devem ser cautelosas no procedimento licitatório, para que os contratos com as empresas prestadoras de serviços se façam com firmas idôneas, devendo ser igualmente vigilantes no período de vigência dos contratos firmados.
>
> Se após, contratada, revelar-se a empresa prestadora de serviços inadimplente, não poderá o ente público se furtar às obrigações trabalhistas,

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> respondendo subsidiariamente pelos créditos devidos aos empregados que lhe prestam serviços.
>
> Com esta providência, impõem-se às empresas contratadas que sejam mais diligentes no cumprimento das obrigações previdenciárias e trabalhistas com seus empregados.
>
> Por estas razões, não vislumbro ofensa aos arts. 71, da Lei nº 8.666/93, 5º, II da CF/88, tampouco contrariedade ao item IV do Enunciado 331/ TST".

A Lei nº 9.711/98 deu uma nova redação para o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 onde:

> "Art. 31 A empresa contratante de serviços executados mediante a cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 do mês subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33".

Assim a responsabilidade principal do recolhimento dos encargos previdenciários passou a ser do tomador do serviço quando da retenção e do pagamento do percentual de 11% sobre o valor da fatura.

Cabe ainda destacar que de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 191 do TST o contrato de empreitada, para construção ou reforma de obras públicas, não gera vínculo empregatício com a Administração Pública. A matéria está claramente sedimentada de acordo com o seguinte texto:

> "diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada 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."

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3 O ESTUDO DE CASO: A PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NO STJ

Para esta fase do trabalho foi realizada uma pesquisa nos contratos que envolvem mão-de-obra terceirizada no Superior Tribunal de Justiça em Brasília, no intuito de elaborar um estudo de caso referente ao tema. Segundo Belas (1998, p.1), um estudo de caso pode ser caracterizado como:

> "(....) uma convergência de informações, de vivências e trocas de experiência que partindo da percepção de cada participante desta atividade, nos levaria à compreensão mais clara da natureza e da dinâmica de um fenômeno que seria o foco de nossa observação"

Adotando-se este critério, o estudo de caso teve como finalidade compreender a dinâmica das relações existentes entre o órgão STJ e as empresas prestadoras de serviços que envolvem mão-de-obra.

De acordo com o objetivo geral deste trabalho, o modelo de pesquisa utilizada foi do tipo explicativa e tem natureza qualitativa, ou seja, não buscou-se coletar dados e resultados quantificáveis e não foram utilizados métodos estatísticos na fase de coleta de dados.

Um dos meios de investigação utilizado foi a pesquisa bibliográfica, constituída basicamente por livros e artigos científicos e a legislação atualmente em vigor que permitiu uma ampla visão sobre o assunto.

Outra fonte de dados coletados foi a documental, realizada em documentos oficiais do STJ, constituída basicamente dos manuais do STJ, processos de contratação e contratos das empresas que prestam serviços ao STJ.

Outro método de levantamento de dados primários foram às entrevistas realizadas com os gestores de contratos do STJ e com servidores da área de contratos e de pagamentos, pertencentes à Secretaria de Administração e Finanças. Nesta etapa foram entrevistados 04 gestores de contratos da área de engenharia, 01 gestor de contrato da área de serviços gerais e 01 gestor da área de transporte. Foram ainda entrevistados 02 servidores da área de contratos e 01 servidor da área de pagamentos.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3.1 Estrutura Administrativa do STJ

No Superior Tribunal de Justiça, a Secretaria de Administração e Finanças (SAF), subordinada ao Diretor-Geral, tem por finalidade desenvolver as atividades de administração de material e patrimônio, licitações, contratações, aquisições, orçamento e finanças, transporte, bem como os serviços de engenharia, arquitetura e de manutenção e conservação predial. Desta forma ela é a Secretaria responsável pela maioria dos contratos que possuem mão-de-obra contratada, além de ser responsável pela contratação e o pagamento de todos os contratos do tribunal.

No início do ano de 2008 a Secretaria de Administração e Finanças tem a seguinte estrutura:

1 Gabinete da Secretaria de Administração e Finanças - SAF
1.1 Seção de Apoio Logístico - SELOG
1.2 Seção de Apoio Técnico - SATEC
1.3 Comissão Permanente de Licitação – CPL
2 Coordenadoria de Compras e Contratos – COCC
2.1.Seção de Especificação e de Elaboração de Editais - SEEDI
2.2.Seção de Aquisição - SECAQ
2.3 Seção de Elaboração de Contratos - SCONT
2.4 Seção de Gestão de Contratos – SGCON
3 Coordenadoria de Suprimentos e Patrimônio – CSUP
3.1 Seção de Controle de Consumo de Material - SEPCO
3.2 Seção de Almoxarifado - SEALMO
3.3 Seção de Controle do Patrimônio – SPATI
4 Coordenadoria de Orçamento e Finanças – COFI
4.1 Seção de Programação Orçamentária - SPROR
4.2 Seção de Programação Financeira - SPROF
4.3 Seção de Acompanhamento de Despesas com Pessoal e Benefícios - SEPEB
4.4 Seção de Execução Orçamentária e Financeira - SEOFI
4.5 Seção de Acompanhamento Orçamentário e Financeiro - SACOF
4.6 Seção de Análise de Faturamento e Liquidação de Despesas - SAFAT
4.7 Seção de Contabilidade Analítica – SECAN
5 Coordenadoria de Engenharia e Arquitetura – CEAR
5.1 Seção de Orçamentos Técnicos - SEORT
5.1Seção de Arquitetura - SEARQ
5.2 Seção de Obras Civis - SEOBC
5.3 Seção de Instalações Mecânicas - SIMEC
5.4 Seção de Eletro-Eletrônica - SELET
5.5 Seção de Manutenção Telefônica – SEMAT
6 Coordenadoria de Serviços Gerais – COSG
6.1Seção de Administração de Edifícios - SADED
6.2 Seção de Copa - SECOP
6.3 Seção de Protocolo Administrativo - SEPAD
6.4 Seção de Reprografia e Encadernação – SEREN
7. Coordenadoria de Transporte – CTRP

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

7.1. Seção de Transporte - SETRA
7.2. Seção de Atendimento de Veículos Leves - SATEV
7.3. Seção de Manutenção de Veículos - SEMAN

Em virtude do porte e da complexidade do Superior Tribunal de Justiça e por ser uma organização que tem como característica a concentração da organização em um só espaço físico, localizado em Brasília, a Administração do Tribunal descentralizou os serviços com a divisão do trabalho por Coordenadorias e Seções com o objetivo de agilizar os procedimentos e melhorar a qualidade do trabalho, com funções e atividades específicas para cada setor.

A contratação das empresas para prestação de serviços ao tribunal tem início quando as Coordenadorias e as Seções elaboram os projetos básicos necessários em sua área de atuação. No tribunal, são os chefes de Seção e os Coordenadores que possuem o conhecimento técnico necessário ao planejamento e o acompanhamento dos serviços.

O edital de licitação é elaborado pela Seção de Especificação e Elaboração de Editais SEEDI e a minuta do contrato é executada pela Seção de Elaboração de Contratos SCONT, ambas pertencentes a Coordenadoria de Compras e Contratos COCC.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça uma parte da gestão dos contratos é realizada pela Coordenadoria de Compras e Contratos através da Seção de Gestão de Contratos. A Seção possui funcionários devidamente capacitados para acompanhar as normas legais, o estudo das alterações dos contratos tais como a repactuação, o reequilíbrio econômico-financeiro, reajustes, etc. Desta forma o gestor do contrato envia o pleito da empresa nos autos do processo de contratação para ser analisado pela Coordenadoria de Compras e Contratos. Nesta fase, a Seção de Gestão de Contratos irá emitir um parecer conclusivo onde concordará ou não com o pleito da empresa contratada e efetuará os cálculos necessários ao ajuste. Após os autos deverão ser encaminhados à Assessoria Jurídica do Diretor Geral que emitirá parecer jurídico sobre o assunto tratado, demonstrando a legalidade do ato administrativo.

Conforme o resultado, o aditivo ao contrato será assinado pelo ordenador de despesa que, dependendo do caso, será o Secretário de Administração e Finanças ou o Diretor Geral do Tribunal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

O pagamento mensal das faturas é encaminhado pelos gestores para a Seção de Análise de Faturamento e Liquidação de Despesas SAFAT da Coordenadoria de Orçamento e Finanças COFI, que analisa a regularidade dos processos encaminhados para pagamento em relação às disposições contratuais, e encaminhado a documentação necessária à realização do pagamento com a emissão de documento de liquidação referente a despesas ordinárias.

Após a análise da despesa o Secretário de Administração e Finanças, ou o ordenador de despesa, autoriza o pagamento que é realizado pela Seção de Execução Orçamentária e Financeira.

3.2 Análise dos Contratos de Terceirização

Neste item são apresentados os resultados das análises dos contratos de terceirização que foram selecionados no STJ.

Nesta etapa foram pesquisados nove (09) contratos de prestação de serviços de duração continuada, que envolvem mão-de-obra contratada e onde seus funcionários prestam os serviços nas dependências do Tribunal.

Analisando os contratos do STJ podemos perceber a existência de uma uniformidade das cláusulas contratuais que versam sobre a contratação de mão-de-obra, apesar das diferenças técnicas dos serviços a serem prestados.

3.2.1 As Principais Cláusulas Contratuais que Evitam a Responsabilidade do STJ

A elaboração correta do contrato de prestação de serviço com as empresas é fator fundamental para a prevenção de riscos trabalhistas e para evitar a responsabilidade subsidiária do tribunal.

Analisando os contratos que o STJ mantêm com as empresas terceirizadas constatamos que são as seguintes cláusulas que devem constar em todos os contratos e que

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

ajudam a prevenir a responsabilidade subsidiária e solidária do Tribunal no caso da empresa contratada se tornar inadimplente:

1. Horário de trabalho pré-estabelecido no qual os funcionários da empresa deverão prestar serviço nas dependências do tribunal;

2. Definição exata dos locais em que serão prestados os serviços;

3. Descrição de cada categoria profissional a ser contratada, com especificação clara dos serviços que deverão prestar;

4. Previsão de alteração de horário de trabalho em caso de necessidade por parte do Tribunal com as alterações necessárias dos encargos trabalhistas correspondentes a esta necessidade (adicionais, hora-extra);

5. Fornecimento por parte da contratada de uniforme e identificação de seu funcionário;

6. Fornecimento de todos os equipamentos de segurança individuais e coletivos, necessários à execução dos serviços e de acordo com a legislação vigente;

7. Fornecimento e instalação de relógio de ponto nas dependências do Tribunal, para controle de horas trabalhadas de seus funcionários;

8. Indicação do preposto pela empresa contratada que terá a responsabilidade de controlar a assiduidade e pontualidade dos horários dos postos de trabalho, sob a fiscalização do gestor do STJ;

9. Cláusula em que o STJ se reserva o direito de recusar os profissionais a serem alocados e que não preencherem as

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

condições de capacidade e idoneidade, bem como poderá solicitar a substituição imediata de qualquer profissional, independentemente de declinação de motivos;

10. Garantia contratual no valor de 5% (cinco por cento) do valor atribuído ao contrato e que será atualizada nas mesmas condições do ajuste;

11. No primeiro mês de prestação dos serviços a empresa deverá apresentar a relação nominal por função, endereço, número de cédula de identidade e da carteira profissional dos empregados alocados no contrato, mantendo-a atualizada sempre que ocorrer qualquer alteração;

12. Fornecer a cada empregado, antecipadamente e de uma única vez, vales-transporte e auxilio alimentação, de acordo com a legislação pertinente;

13. Instruir os profissionais alocados nos postos de trabalho para que durante o tempo de permanência nas dependências do STJ, observem os regulamentos de segurança e disciplina determinados pelo órgão;

14. Cláusula com aplicação de multa no caso de atraso injustificado na execução do ajuste, sujeita a multa moratória calculada sobre a parcela inadimplida;

15. Cláusula que prevê a rescisão do contrato nas hipóteses estabelecidas pelos artigos 77 a 79 da Lei nº 8.666/93.

O Tribunal tem como regra a colocação de cláusula sobre a relação empregatícia e dos encargos sociais, apesar de não reconhecida pela Justiça do Trabalho, conforme o item IV Do Enunciado nº 331 do TST, com a seguinte redação:

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

> "As partes desde já ajustam que não existirá para o contratante (STJ) solidariedade quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias para com os empregados da contratada, cabendo a esta assumir, de forma exclusiva, todo os ônus advindos da relação empregatícia."

São ainda acrescentadas aos contratos as seguintes cláusulas abaixo que regem a liberação das faturas das empresas prestadoras de serviços e que dão suporte jurídico ao gestor de contrato do STJ. São estas cláusulas que obrigam a contratada a fornecer toda a documentação necessária à verificação da legalidade dos procedimentos trabalhistas adotados pela empresa prestadora de serviços.

Todos os gestores de contrato do STJ entrevistados ressaltaram a importância destas cláusulas para o bom desempenho deles no acompanhamento dos contratos. São a seguir:

1. Apresentar previamente ao pagamento mensal pela prestação dos serviços a comprovação do pagamento dos funcionários relativo ao mês faturado, que poderá ser feita mediante apresentação da folha de pagamento ou dos contra-cheques;

2. Comprovação do recolhimento das contribuições sociais ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na forma da legislação vigente;

3. Cópias dos cartões de ponto ou folha de freqüência dos profissionais alocados nos postos de trabalho;

4. Comprovante de fornecimento do auxílio alimentação e vale-transporte aos empregados, onde deverá constar o nome do empregado, quantidade, valor e assinatura do empregado atestando o recebimento;

3.2.2 Deficiências na Elaboração dos Contratos

Segundo os servidores, a principal deficiência encontrada é função da não previsão de pagamento de horas extras aos empregados das empresas contratadas. Nas entrevistas os gestores confirmaram que a regra geral determinada pela Administração do Tribunal é não

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

realizar pagamento de horas extras às empresas prestadoras de serviços. Desta forma não existe previsão legal, orçamentária e financeira para pagamento de horas extras em todos os contratos.

Em caso de necessidade de trabalho fora do expediente estabelecido em contrato, o gestor em conjunto com o preposto da empresa deverá providenciar a compensação das horas trabalhadas através de um banco de horas.

Do ponto de vista dos gestores, a não previsão de horas extras acarreta dificuldades em relação à execução do serviço. No sistema de compensação de horas o tribunal fica descoberto, no horário normal do expediente, em relação ao quantitativo de funcionários necessários ao desenvolvimento dos serviços. Isto acarreta a piora na qualidade do serviço prestado durante o horário normal de expediente, e em alguns casos o atraso na entrega do serviço.

3.3 A Gestão dos Contratos no STJ

A execução do contrato será acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, designado por meio de Portaria exarada pela unidade de administração e finanças.

A IN nº 04/2005 do STJ em seu art. 1º define:

> "Art. 1º A responsabilidade de garantir a fiel execução do contrato firmado pelo Superior Tribunal de Justiça será do servidor designado pela Administração, denominado Gestor de Contrato, o qual deverá observar as disposições estabelecidas no Manual de Gestor.
>
> § 1º A designação referida no caput deste artigo será preferencialmente, de servidor da própria unidade, e que possua conhecimento técnico sobre o objeto a ser contratado, bem como habilidade para planejar, organizar, coordenar, negociar, acompanhar, supervisionar, avaliar e fiscalizar a execução do contrato sob sua responsabilidade".

Segundo o manual do gestor de contratos do STJ, a designação do gestor recairá sobre o titular da unidade que tenha o conhecimento técnico do objeto do contrato, sendo necessária a sua indicação no projeto básico.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Em face da relevância do encargo é importante que o servidor designado para gestor do contrato tenha certas qualificações que foram descritas no Manual do Gestor do STJ:

1. Gozar de boa reputação ética-profissional;

2. Possuir conhecimentos específicos do objeto a ser fiscalizado;

3. Não estar, preferencialmente, respondendo a processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar;

4. Não possuir em seus registros funcionais punições em decorrência da prática de atos lesivos ao patrimônio público, em qualquer esfera do governo;

5. Não haver sido responsabilizado por irregularidades junto ao Tribunal de Contas da União ou junto a Tribunais de Contas de Estado, do Distrito Federal ou de Município;

6. Não haver sido condenado em processo criminal por crimes contra a Administração Pública, capitulados no Título XIU, Capítulo I, do Código Penal Brasileiro, na Lei 7.492/1986 e na Lei 8.429/1992.

Cabe então ao gestor de contrato do STJ, especialmente designado através de Portaria, o acompanhamento e a fiscalização pontual da regularidade de cada contrato na sua fase de execução. Assim ele deve agir de forma pró-ativa e preventiva, observando o fiel comprimento das regras previstas no instrumento contratual.

Com estas características de gestão, o STJ adota o sistema de gerenciamento de contratos com a utilização dos gestores permanentes por área de conhecimento.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3.3.1 O Papel do Gestor no STJ

O bom resultado da execução de um contrato de serviço está diretamente relacionado com o acompanhamento diário de sua execução. Desta forma o papel do gestor tem fundamental importância na eficiência do contrato, devendo observar o cumprimento de todas as regras e cláusulas contratuais por parte da contratada.

O manual do gestor de contrato do STJ relaciona inúmeras atribuições ao gestor. Podemos citar as seguintes atividades/procedimentos que consideramos diretamente relacionados aos contratos que envolvem mão-de-obra:

1. Elaborar o projeto básico;

2. Acompanhar o processo licitatório em todas as suas fases, até a assinatura do contrato;

3. Abrir pasta para cada contrato, visando arquivar eventuais termos aditivos e toda a correspondência com a contratada;

4. Verificar se a entrega de materiais, execução de obras ou a execução do contrato de serviços será cumprida integral ou parceladamente;

5. Anotar em formulário próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados;

6. Manter controle atualizado dos pagamentos efetuados, em ordem cronológica, observando que o valor do contrato não seja ultrapassado;

7. Receber e atestar as notas fiscais e encaminhá-las à unidade competente para pagamento;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

8. Comunicar à unidade competente, formalmente, irregularidades cometidas passíveis de penalidade, após os contatos prévios com contratada;

9. Autorizar, formalmente, quando do término da vigência do contrato a liberação da garantia contratual em favor da contratada;

10. Verificar se o prazo de entrega, especificações e quantidades encontram-se de acordo com o estabelecido no instrumento contratual;

11. Comunicar à unidade competente eventuais atrasos nos prazos de entrega e/ou execução do objeto, bem como o pedido de prorrogação, se for o caso;

12. Encaminhar à unidade de contratos pedido de alteração em projeto, serviço ou de acréscimos (quantitativos e qualitativos) ao contrato, acompanhado das devidas justificativas e observadas as disposições do artigo 65 da Lei nº 8.666/93;

13. Confrontar os preços e quantitativos constantes da nota fiscal com o estabelecido no contrato;

14. Realizar juntamente com a contratada, as medições dos serviços nas datas estabelecidas, antes de atestar as respectivas notas fiscais.

15. Requerer da contratada a comprovação da entrega do equipamento de proteção individual EPI de cada funcionário, inclusive com assinatura atestando o recebimento.

3.3.2 Procedimentos de Liberação das Faturas pelos Gestores

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

No início do contrato de duração continuada, que são os casos de prestação de serviços que envolvem mão-de-obra contratada, é necessário a abertura de processo de pagamento anual. No STJ, a abertura do processo de pagamento é de responsabilidade da Seção de Análise de Faturamento e Liquidação de Despesas.

Mensalmente, após a execução dos serviços, a empresa contratada deverá encaminhar a nota fiscal junto com toda a documentação prevista em contrato.

A etapa de atesto da fatura é a mais importante para se evitar a responsabilidade dos encargos trabalhistas das empresas pelo Tribunal. Neste momento, o gestor tem de ter especial atenção se a empresa está adimplente em todas as suas obrigações junto ao Tribunal e principalmente junto aos seus funcionários, e exigir a apresentação de todos os documentos que constam no contrato.

As empresas terceirizadas, que possuem mão-de-obra prestando serviços ao Tribunal, devem apresentar junto com a nota fiscal os seguintes documentos que deverão ser analisados e conferidos com o rigor necessário pelo gestor do contrato, pois é no atesto que o servidor está declarando que o serviço foi satisfatoriamente prestado e que a empresa encontra-se regular em todos os seus compromissos. Se houver algum tipo de pendência o gestor não deverá atestar a nota fiscal e imediatamente deverá comunicar formalmente à empresa que solucione o problema. Se a empresa não solucionar a pendência no prazo de (dois) dias úteis, o gestor deverá comunicar formalmente o fato ao seu superior imediato e a SAF.

Os documentos que as empresas deverão apresentar, conforme estabelecido em contrato são:

1. Folha de pagamento de todos os funcionários, ou contra-cheque;

2. Relação nominal de cada funcionário com o horário de trabalho e suas faltas no mês de referência;

3. Cópia do cartão de ponto de todos os funcionários do mês em referência;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4. Comprovante de pagamento do vale transporte devidamente assinado por todos os funcionários;

5. Comprovante de pagamento do vale alimentação devidamente assinado por todos os funcionários;

6. Apresentação da guia de recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço do mês de referência da cobrança;

Para atestar a nota fiscal o gestor de contrato deverá verificar se houve faltas de funcionários que não foram cobertas pela empresa. Desta forma deverá ser feita à glosa na fatura, conforme previsto no contrato. Nestes casos a empresa deverá apresentar o cálculo da glosa em um documento em separado, indicando nome do funcionário, categoria profissional, número de dias que faltou, valor unitário por dia e valor total a ser descontado.

Normalmente as empresas descontam o valor da glosa referente às faltas dos empregados no documento fiscal, de modo a diminuir o valor total da fatura e conseqüentemente dos impostos incidentes sobre o valor da nota fiscal.

Alguns gestores de contratos entrevistados nos relataram que rotineiramente fazem consultas na Internet através de buscadores, como o Google, e que no passado já encontraram informações úteis sobre a empresa contratada. Entre elas, foi relatado o caso de uma empresa citada na Internet, por causa de greves de seus funcionários, em outros contratos, por falta de pagamento. O fato orientou ao gestor a aumentar os cuidados em relação a liberação das faturas. Desta forma, a Internet é um meio de encontrar informações sobre a empresa e que não deve ser descartado.

Após o atesto, o processo de pagamento deverá ser encaminhado à Seção de Análise de Faturamento e Liquidação de Despesas - SAFAT no prazo de 02(dois) dias úteis.

A fatura/nota fiscal, após análise da SAFAT poderá eventualmente ser restituída ao gestor do contrato que é o responsável em interagir com a empresa contratada objetivando a correção das pendências.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

3.3.3 Deficiências nos Procedimentos de Controle dos Contratos

A primeira deficiência apontada pelos gestores foi a falta de contrato adequado e específico para o acompanhamento e gestão das empresas contratadas, conforme a sua área de atuação.

Ao longo do tempo esta deficiência está sendo corrigida no STJ. Atualmente a elaboração do projeto básico, que baliza a contratação dos serviços, é feita pela área técnica e com a participação dos servidores que serão os futuros gestores dos contratos. São eles, que no decorrer dos anos, adquirem a qualificação técnica e o conhecimento dos serviços a serem contratados.

Com a criação da Seção de Elaboração de Contratos do STJ melhorou-se a qualidade dos contratos elaborados em virtude da experiência profissional adquirida ao longo dos anos pelos servidores dá área.

Além disso, os gestores do tribunal contam com o apoio da Seção de Gestão de Contratos nos casos de o aditamento de contratos em decorrência de proposta formulada pelo gestor e/ou contratada. Esta Seção é encarregada de analisar os requerimentos de repactuação, reequilíbrio econômico-financeiro e reajustes contratuais. Os problemas enfrentados pelos gestores diminuíram de forma significativa, com o surgimento desta Seção no STJ, pois nem todos os servidores possuíam o conhecimento administrativo-jurídico necessários a boa gestão dos contratos.

A baixa rotatividade dos funcionários das empresas prestadoras de serviço, principalmente nos contratos longos e que necessitam de profissionais mais qualificados e experientes, pode ocasionar problemas no encerramento dos contratos.

Conforme informado nas entrevistas com os gestores houve casos de empresas que permaneceram até 10 anos com contrato com o STJ (venceu duas licitações e renovou ao longo dos anos, conforme estabelecido em lei). Durante o contrato não houve problemas de gestão com a empresa contratada, mas no final do segundo contrato, na hora da

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

dispensa dos funcionários e pagamento das rescisões trabalhistas, a empresa ser tornou inadimplente.

No final dos contratos o gestor deve reter a última fatura até a apresentação das rescisões trabalhistas assinadas pelos funcionários e dando plena quitação a todos os valores envolvidos. No entanto, em função do longo prazo na prestação dos serviços e devido a antiguidade de seus funcionários, o valor da garantia dada pela empresa (5% do valor do contrato) em conjunto com a parcela da última fatura não são suficientes para o pagamento de todas as verbas trabalhistas. Normalmente, nos contratos mais antigos, os maiores valores a serem pagos aos funcionários são referentes a multa de 50% (cinqüenta por cento) sobre o saldo do FGTS.

Desta forma, na opinião dos entrevistados, existe a necessidade de se encontrar mecanismos legais para que a empresa vencedora de uma segunda licitação, após 05 anos do primeiro contrato, quitem suas obrigações com os funcionários, pois a renovação total do quadro de funcionários experientes se mostrou inviável pelos gestores.

Uma alternativa viável discutida com os gestores seria a previsão de um depósito no montante das verbas rescisórias dos funcionários em uma conta vinculada à administração e que receberia os depósitos a cada renovação do contrato. Outra saída seria a ampliação do percentual da garantia dada pela empresa em função do tempo do contrato e de sua renovação. Assim a cada ano de renovação seria adicionado um por cento (1%) ao valor da garantia da empresa.

Outro fator apontado pelos gestores foi a falta de previsão nos contratos do STJ para pagamento de horas extras, conforme mencionado anteriormente. Quando existe a necessidade de realização de serviços fora do horário estabelecido é feita a compensação com a criação de um banco de horas. No entanto, os gestores do Tribunal não concordam que a solução atualmente adotada seja a mais adequada para manutenção da qualidade dos serviços.

3.4 O Papel da COFI no Pagamento das Faturas

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Na fase de liquidação de despesa a Coordenadoria de Orçamento e Finanças, através da Seção de Análise de Faturamento e Liquidação de Despesas, é a responsável pela liquidação da despesa, realizando os seguintes procedimentos:

1. Formaliza os processos de pagamento e os instruí com a documentação exigida no contrato;

2. Analisa a regularidade dos processos encaminhados para pagamento pelos gestores em relação às disposições contratuais, bem como junta a documentação necessária à realização do pagamento com a emissão de documento de liquidação referente a despesas ordinárias;

3. Apura o valor a ser pago e efetua o cálculo dos tributos incidentes, procedendo às glosas necessárias, em observação à legislação tributária e aos atos normativos internos.

3.4.1 Procedimentos Cumpridos na Liquidação da Despesa

Conforme a legislação tributária em vigor, o Tribunal é considerado substituto tributário. Desta forma para se efetuar o pagamento da nota fiscal é necessária a comprovação da regularidade da empresa prestadora de serviços com a apresentação dos seguintes documentos, todos dentro do prazo de validade:

1. GFIP, SEFIP, de acordo com o mês de referência;

2. Certidões de Quitação de Tributos e Contribuições Federais;

3. Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União;

4. Certidão Negativa de Débitos (CND);

5. Certificado de Regularidade do FGTS;

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Além disso, a Seção de Liquidação de Despesas executa a retenção de impostos sobre o valor da nota fiscal, à luz da legislação tributária, nos seguintes percentuais para as empresas prestadoras de serviços:

1. ISS – cinco por cento (5%);

2. INSS – onze por cento (11%);

3. IR, CSLL, COFINS e PIS – nove, quarenta e cinco décimos por cento (9,45%).

Após o procedimento de liquidação da despesa, o pagamento é lançado no SIAFI para emissão da Ordem Bancaria para que a empresa possa receber o pagamento.

3.5 Procedimentos Adotados nos Casos do Inadimplemento da Empresa Contratada

No caso da empresa contratada se tornar inadimplente em suas obrigações trabalhistas e/ou previdenciárias o gestor responsável dever ter o discernimento para averiguar se a empresa, apesar das dificuldades, é uma empresa idônea ou não. Os procedimentos a serem adotados por parte do Tribunal dependem fundamentalmente da resposta à esta questão.

A diferenciação do procedimento a ser adotado pelo gestor, na solução do problema de inadimplemento da empresa contratada se baseia na negociação de uma alternativa para o pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias com a ajuda do Tribunal. Desta forma é essencial que a empresa mostre ser idônea, apesar de estar passando por dificuldades financeiras, e queira efetivamente quitar o pagamento de todos os funcionários à disposição do contrato.

3.5.1 A Empresa Idônea Inadimplente

Quando a empresa prestadora de serviços estiver inadimplente e não houver mais possibilidade de se regularizar o contrato por parte da empresa, o gestor deverá solicitar o rompimento do contrato por parte do Tribunal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Antes de tudo, a melhor forma para lidar com está situação é manter o canal de comunicação em aberto com a empresa prestadora de serviço. Desta forma todas as etapas necessárias ao encerramento do contrato se tornam mais ágeis.

Partindo da premissa que apesar das dificuldades da contratada, a empresa é idônea, podemos detalhar um caminho a ser seguido para que o Tribunal possa romper o contrato e contratar uma nova empresa.

3.5.1.1 A Contratação de uma Nova Empresa

Para contratação da nova empresa o gestor deverá justificar, dentro dos autos do processo de contratação, à autoridade competente que no caso do STJ é o Secretário de Administração e Finanças, a impossibilidade da continuação do contrato atual.

Após autorização da Administração do Tribunal, o gestor deverá apresentar imediatamente o projeto básico para contratação dos serviços.

A nova contratação normalmente depende de um processo licitatório. Dentro do padrão atual do Tribunal, o prazo estimado para se concluir todo o processo de contratação é de aproximadamente 3 meses.

Se os serviços prestados pela empresa inadimplente forem imprescindíveis (Artigo 24 Inc IV da Lei 8.666/93) a continuidade das atividades do órgão e não sendo possível a manutenção da contratada, o gestor deverá solicitar à administração do tribunal a contratação por emergência de uma nova empresa.

Na contratação por emergência deverão ser chamadas, na ordem de classificação, as empresas que participaram do certame do atual contrato. Caso não haja interesse destas empresas, o Tribunal poderá então fazer consultas ao mercado de forma que outra empresa assuma os serviços, sendo mantido os valores do atual contrato. O prazo do contrato por emergência, normalmente adotado pelo tribunal, é de 3 meses, podendo ser prorrogado até que o processo licitatório definitivo seja totalmente concluído.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Após a conclusão do processo licitatório, o contrato emergencial será encerrado e o serviço imediatamente assumido pela nova empresa contratada.

3.5.1.2 O Rompimento do Contrato

Para o rompimento do atual contrato o gestor deverá solicitar à empresa inadimplente uma carta de anuência ou se possível um comunicado da empresa apresentando as justificativas da impossibilidade da continuação do contrato.

No caso da empresa estar com os salários de seus funcionários em atraso e havendo faturas de pagamento da empresa retidas pelo tribunal, o gestor poderá como último e excepcional recurso, solicitar autorização para que o tribunal providencie o pagamento direto dos salários e demais verbas indenizatórias aos funcionários da empresa. Para isto deverá ser seguido o seguinte procedimento:

1. Anuência escrita da empresa contratada para que o Tribunal possa efetuar o pagamento direto de seus funcionários alocados no contrato;

2. Parecer da Assessoria Jurídica do Tribunal concordando com a exepcionalidade do pagamento;

3. Parecer favorável do Ministério Público do Trabalho que deverá ser acionado;

4. Concordância do Sindicato da Categoria;

5. Autorização do Diretor Geral;

6. Emissão pela empresa da folha de pagamento e cálculo de todas os valores e documentos necessários à rescisão de seus funcionários com assinatura de seu representante legal.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Os pagamentos só poderão ser efetuados até o valor dos recursos retidos pelo Tribunal e pelo valor da garantia dada pela empresa na assinatura do contrato.

Não sendo possível a total quitação das verbas trabalhistas e os encargos previdenciários, o Tribunal só irá responder subsidiariamente, depois de ajuizada a ação trabalhista dos funcionários da empresa inadimplente.

Conforme informado pelos gestores, o procedimento acima adotado mostrou-se ser a melhor solução encontrada pelo Tribunal para diminuir a responsabilidade subsidiária. No passado recente, o pagamento das faturas retidas das empresas inadimplentes não garantiu aos empregados o recebimento de seus salários e verbas indenizatórias.

3.5.2 A Empresa Inidônea Inadimplente

Nos casos em que não existe mais um canal aberto de comunicação entre o gestor e a empresa prestadora de serviço o mesmo deverá solicitar o imediato rompimento do contrato com a paralisação dos serviços prestados.

Normalmente nestas situações, a empresa abandona seus empregados sem nenhum tipo de comunicação formal. Nestes casos, mesmo se houver faturas retidas da empresa pelo Tribunal o gestor não poderá solicitar o pagamento direto dos funcionários da empresa. Desta forma o dinheiro retido poderá ser utilizado no futuro para o pagamento dos funcionários, após a emissão do título executivo judicial em que conste o Tribunal como responsável subsidiário, conforme o Enunciado 331 do TST.

Segundo informações dadas em uma entrevista com um gestor de contratos, houve caso em que a empresa tinha as faturas retidas pelo tribunal, mas foram liberadas por meio de uma ação judicial, e a empresa, mesmo tendo recebido o dinheiro, não cumpriu com suas obrigações trabalhistas.

O gestor deverá solicitar a SAF a execução das garantias da empresa, dada no contrato, para futuro pagamento das verbas trabalhistas.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

A única solução para os funcionários da empresa nesta situação é a ação trabalhista, e fatalmente, o STJ será chamado a responder subsidiariamente pelos encargos trabalhistas deste contrato.

Nos casos em que o tribunal foi citado como parte em processo trabalhista, foi nomeado um servidor do tribunal para acompanhar o processo. Rotineiramente o indicado é o gestor responsável pelo contrato. Após a citação pela Justiça do Trabalho o Tribunal solicitou formalmente o acompanhamento do processo trabalhista pela Advocacia Geral da União. Assim o servidor do tribunal e o Advogado da União acompanham cada uma das audiências realizadas pela Justiça do Trabalho.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

4 CONCLUSÃO

Com o acompanhamento diário e sistemático do contrato e conferência da documentação apresentada pela empresa mensalmente, antes da liberação da fatura, o gestor de contrato do STJ está em uma situação confortável para gerir o contrato, reduzindo, senão extinguindo, as chances de problemas com direitos trabalhistas não satisfeitos em relação aos empregados da empresa prestadora de serviço.

Em conseqüência estarão os agentes públicos envolvidos desde a fase de licitação, no tocante a eleição da empresa, e a fiscalização do contrato, com a certeza de que fizeram a sua parte, não correndo riscos de que futuramente lhe sejam transferidas a responsabilidade por prejuízos causados à Administração do STJ.

Deste modo, independentemente de culpa do administrador quanto à escolha da empresa "culpa in eligendo", e a do gestor quanto à fiscalização do contrato "culpa in vigilando", a responsabilidade subsidiária acima citada estará presente no caso do inadimplemento da empresa terceirizada.

Nestas situações a responsabilidade da Administração Pública é objetiva, respondendo pelos débitos trabalhistas inadimplidos por parte da prestadora de serviços, com o intuito de evitar que o empregado seja prejudicado pela empresa à qual ele presta os serviços.

Desta forma o STJ procurou encontrar uma solução para o caso da empresa que está inadimplente economicamente mas que ainda apresenta sinais de idoneidade e que está disposta a resolver os problemas.

Por outro lado, a divisão do trabalho na gestão dos contratos entre os gestores e a Seção de Gestão de Contratos da COCC, propicia ao gestor do contrato do STJ à concentrar o seu foco na fiscalização sistemática e contínua do serviço prestado pelas empresas contratadas na qual é responsável. Desta forma com uma melhor eficiência na

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

fiscalização dos contratados as empresas contratadas tendem a melhorar a qualidade dos serviços prestados ao Tribunal.

Também o monitoramento e acompanhamento de todos os contratos do STJ pelos servidores da Seção de Gestão de Contratos auxiliam e facilitam o dia a dia dos gestores dos contratos, pois os mesmos ficam respaldados por qualquer necessidade de alteração contratual, além de contar com uma assessoria jurídico-administrativa para resolver qualquer problema vinculado ao contrato.

A padronização na elaboração dos contratos se deu com a criação da Seção de Elaboração de Contratos. Ao longo dos anos a experiência de seus funcionários melhorou a qualidade dos contratos com a inclusão de inúmeras cláusulas que protegem o tribunal e também os próprios funcionários das empresas contratadas quando inadimplente em relação às obrigações trabalhistas. Outro ponto positivo da Seção de Elaboração de Contratos a ser destacado é o encaminhamento da minuta do contrato, antes da licitação, para a Seção que elaborou o projeto básico. Assim, o futuro gestor pode analisar e incluir alguma cláusula que se faça necessária. Com a adoção deste simples procedimento, diminuiu-se os problemas com as empresas quando do acompanhamento e da execução dos serviços, no âmbito do STJ.

Conforme já mencionado, os gestores do tribunal sugerem que para diminuir a responsabilidade subsidiária do tribunal no término dos contratos de duração continuada e que permitem a renovação do contrato até o prazo de sessenta meses seria necessário aumentar as garantias da empresa contratadas em função do tempo da prestação do serviço. A proposta a ser feita à Administração do Tribunal pelos gestores se baseia no aumento do percentual da garantia dada pela empresa a cada renovação do contrato, de forma a garantir a quitação de todas as verbas trabalhistas ao final do contrato. Assim em cada renovação a empresa aumentaria em um por cento (1%) a garantia prestada ao tribunal, até o limite de dez por cento (10%), conforme o parágrafo 3º do Art. 56 da Lei 8.666/93.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leo da Silva. **Prática de gestão e fiscalização de contratos públicos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo:Atlas, 2006

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Lei de licitações e contratos administrativos e legislação complementar**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001.

HERMES, Gustavo Cauduro, Goulart, Marlano; Leira, Jerônimo Souto. **Gerenciamento de Contratos na Administração Pública**. São Paulo, Makron Books, 1998.

ISIS, Chama Doetzer; NIEBUHR, Joel Menezes. **Seminário nacional de terceirização de serviços da administração pública: aspectos fundamentais e polêmicos**. Brasília: Zênite, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1987

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

VIEIRA, Antonieta Pereira; FURTADO, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

6 APÊNDICE

Roteiro de entrevista com gestores/fiscais de contratos do STJ

1. Em sua opinião, qual a importância do gestor na execução do projeto básico e acompanhamento do processo de licitação para contratação das empresas?

2. Em sua opinião, quais as principais cláusulas que devem constar no contrato que facilitam o acompanhamento e a fiscalização?

3. No acompanhamento diário dos seus contratos, quais são os principais pontos que são fiscalizados?

4. Existem pontos ou falhas na gestão dos contratos que podem ser melhorados?

5. Quais são os procedimentos que são adotados para a liberação de faturas das empresas prestadoras de serviços que envolvem mão-de-obra?

6. Quais são os documentos exigidos para esta liberação e que devem constar do processo de pagamento?

7. Em sua opinião, o que pode ser feito durante a execução do contrato para se evitar a responsabilidade solidária do Tribunal perante as verbas trabalhistas das empresas contratadas?

8. No caso de pendências pela empresa contratada qual o procedimento adotado?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Roteiro de entrevista com servidores da área de elaboração de contratos do STJ

1. Em sua opinião, quais as principais cláusulas que devem constar nos contratados que envolvam mão de obra para se evitar a responsabilidade subsidiaria do tribunal?

2. Em sua opinião, existe alguma deficiência na elaboração dos contratos que envolvem mão-de-obra que necessitam de correção ou acréscimo de alguma cláusula aos contratos?

3. Qual o procedimento e o encaminhamento dentro da SAF para alteração nos contratos?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Roteiro de entrevista com servidores da área de análise de faturamento e liquidação de despesas do STJ

1. Qual é o papel da COFI na liberação dos pagamentos?

2. Quais são os procedimentos adotados para a liberação das faturas de empresas que envolvem mão de obra?

3. Quais são os documentos que são anexados ao processo de pagamento para liquidação da fatura?

4. Quais são as retenções de impostos que são feitas nas faturas que tem como principal componente a mão-de-obra empregada?

5. Como é feito o cálculo destas retenções?

6. No caso de pendências pela empresa contratada qual o procedimento adotado?

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br