

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

RAISSA GOMES COELHO RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO: COMO CARACTERIZAR A *CULPA
IN ELIGENDO E IN VIGILANDO*.**

Juiz de Fora
2014

RAISSA GOMES COELHO RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO: COMO CARACTERIZAR A *CULPA
IN ELIGENDO E IN VIGILANDO*.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Fernando Guilhon de Castro

Juiz de Fora

2014

RAISSA GOMES COELHO RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO: COMO CARACTERIZAR A *CULPA
IN ELIGENDO E IN VIGILANDO*.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Fernando Guilhon de Castro

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fernando Guilhon de Castro

Prof. Flávio Bellini de Oliveira Salles

Prof. Dorival Cirne de Almeida Martins

AGRADECIMENTOS

Agradecer é entender que houve momentos em que se precisou de alguém, é reconhecer que ser suficiente em si mesmo, além de improvável, é solitário. Não há como expressar à minha família como sou grata por todo apoio durante esses cinco anos de faculdade. Aos meus amigos, agradeço pela paciência e companheirismo. Aos profissionais da Procuradoria Seccional Federal de Juiz de Fora, agradeço pelos ensinamentos que contribuíram para o meu crescimento em todos os sentidos. Ao meu Deus, principalmente, todo louvor, honra e gratidão. *“Eu te amarei, ó Senhor, fortaleza minha. O Senhor é a minha rocha, a minha cidadela, o meu libertador; o meu Deus, o meu rochedo em que me refugio; o meu escudo, a força da minha salvação, o meu baluarte”* Sl 18,2.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16, reconheceu a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da lei nº 8.666 de 1993, entendendo que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada não seria capaz de transferir à Administração Pública, na figura de tomadora de serviços, a responsabilidade por tais encargos. Contudo, ressaltou-se que, verificada omissão do ente público na fiscalização das obrigações do contrato, referida responsabilidade subsidiária restaria caracterizada. O Tribunal Superior do Trabalho, em observância à diretriz traçada, adequou o teor do enunciado da súmula nº 331, estabelecendo que os entes integrantes da administração respondem subsidiariamente caso comprovada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações previstas na lei de licitações, quais sejam, de verificar a idoneidade da empresa licitante – culpa *in eligendo* –, bem como fiscalizar a execução do contrato, inclusive no que tange ao adimplemento dos encargos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados pela prestadora de serviços – culpa *in vigilando*. Neste contexto, o presente trabalho analisará não somente quais dispositivos normativos são aptos a orientar os aplicadores do direito na tarefa de identificar, no caso concreto, se houve conduta culposa por parte da Administração Pública, mas também de que forma a conduta diligente por parte desta poderia reduzir o número de empregados prejudicados pelo inadimplemento de seus direitos.

Palavras-chave: Terceirização; Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16; responsabilidade subsidiária da Administração Pública; enunciado da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho; culpa *in vigilando*; culpa *in eligendo*.

ABSTRACT

The Supreme Court , in a declaratory action of constitutionality paragraph 16 , recognized the constitutionality of § 1 of article 71 of Law no. 8666/1993 , understanding that the mere breach of labor obligations by the contractor would not be able to transfer to Public Administration the liability for such charges . However, it cautioned that recorded omission of the public entity in the supervision of the obligations of the contract, said secondary liability would remain characterized . The Superior Labor Court , in compliance with drawn guideline, adapted the content of the statement of docket No. 331 , establishing that the members of the administration respond alternatively if proven their wrongful conduct in the fulfillment of obligations under the bidding law , namely , the verify the suitability of the bidder company - *in eligendo* guilt - and oversee the execution of the contract , including with respect to the due performance of the labor charges due to outsourced employees by service provider - *in vigilando* guilt . In this context , this paper will analyze not only normative devices which are able to guide the executors of the law the task of identifying , in this case , whether there was wrongful conduct on the part of the public administration , but also how diligent conduct by this could reduce the number of employees harmed by the breach of their rights .

Keywords : Outsourcing ; Constitutionality of Declaratory Action No. 16 ; subsidiary responsibility of Public Administration; summary statement of paragraph 331 of the Superior Labor Court ;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO	10
1.1. CONTEXTO HISTÓRICO	10
1.2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	11
1.3. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA	13
1.4. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	15
2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16	20
2.1. A CONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 71 DA LEI 8.666/93	20
2.2. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 331 DO TST	22
3. A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
3.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	25
3.2. O ÔNUS DA PROVA	24
3.3. O PROCESSO LICITATÓRIO E A CULPA <i>IN ELIGENDO</i>	30
3.4. A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E A CULPA <i>IN VIGILANDO</i>	35
3.4.1. <i>Instruções Normativas nº 02/08 e nº 03/09 do MPOG</i>	35
3.4.2. <i>Dispositivos da lei de licitações</i>	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 previu no artigo 37 que os serviços prestados por terceiros, quando contratados pela administração pública, devem submeter-se ao processo de licitação. A lei 8.666 regulamentou a temática, dispondo em seu artigo 71, §1º que a administração pública não responde pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da inadimplência da empresa terceirizada.

Contudo, enquanto a lei isentava o ente público da responsabilidade por eventuais contingências trabalhistas, o item IV do enunciado nº 331 do TST imputava a ele a responsabilidade subsidiária na qualidade de tomador de serviços, situação esta que levou ao ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar referida ADC, reconheceu a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da lei de licitações, decisão esta que conduziu ao reposicionamento do TST por meio da alteração da redação do Enunciado n. 331.

Como consequência, estabeleceu-se que o ente público somente seria condenado subsidiariamente se houvesse prova de que ele não fiscalizou a empresa contratada ou não verificou sua idoneidade financeira durante o processo licitatório, incorrendo em *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, uma vez que aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa terceirizante.

Considerando o exposto, o presente trabalho tem por escopo analisar quais critérios, hipóteses e situações concretas podem ser utilizadas para caracterizar a responsabilidade subsidiária da administração pública nos contratos de terceirização, ou, mais precisamente, de que forma pode o ente público comprovar, no âmbito da Justiça do Trabalho, que, efetivamente, não incorreu em *culpa in eligendo* ou *in vigilando*.

Isso porque, não obstante a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16 e a edição do item V da súmula 331 do TST, a administração pública vem

tentando se eximir de sua responsabilidade pelas obrigações trabalhistas não quitadas por suas terceirizadas.

Contudo, em face da proteção que deve ser conferida ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego, e tendo em vista a natureza do crédito trabalhista, eminentemente alimentar, não pode a administração pública dar guarida à violação dos direitos dos empregados das empresas terceirizadas.

Sob essa perspectiva, pode-se observar a relevância de delimitar os contornos da culpa *in eligendo* e *in vigilando* do ente público não só a fim de produzir maior segurança jurídica quanto à caracterização da responsabilidade subsidiária da administração pública, mas, principalmente porque atuação mais diligente por parte desta, tanto na contratação, com na fiscalização, poderia reduzir o número de empregados prejudicados pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas.

Ressalte-se que se partirá da premissa de que o ônus da prova deve ser invertido, cabendo, assim, à administração pública demonstrar que não agiu culposamente, pois o empregado, na condição de hipossuficiente na relação processual, encontraria dificuldade ou até impossibilidade na obtenção de provas que comprovassem o contrário.

1. TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO

1.1. Contexto histórico

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, as indústrias bélicas ficaram sobrecarregadas pelo aumento da demanda, encontrando como solução o repasse de serviços a terceiros, o que levou a mudanças no modelo de produção tradicional da época.

Por isso, a melhor compreensão do fenômeno da terceirização está ligada à análise das formas de estruturação da produção predominantes no século XX, quais sejam, o Taylorismo, Fordismo e o Toyotismo.

O “Taylorismo”, oriundo da obra “Os princípios da administração científica” de Frederick Winslow Taylor em 1911, trouxe a ideia de que a fragmentação de cada etapa de produção e a organização de tarefas de forma precisa conduziram ao acréscimo nos níveis de produtividade do trabalho.

Referida fragmentação reduzia a discricionariedade dos obreiros, pois a estes cabia apenas executar as tarefas estabelecidas pelo seu empregador, vinculadas, inclusive, quanto ao tempo e modo de realização. Por conta disso, o Taylorismo e o trabalho padronizado por ele implementado geraram insatisfação entre os trabalhadores, contexto no qual Henry Ford criou um novo sistema de produção com intuito de dirimir tais entraves.¹

O “Fordismo” foi responsável por introduzir o que se chama de linha de montagem, de forma que o ritmo do trabalho passou a ser determinado pelo funcionamento das máquinas, a fim de viabilizar a produção e o consumo em massa. A jornada de trabalho também foi reduzida, bem como os salários aumentados, com intuito de gerar aceitação dos trabalhadores e conferir-lhes poder aquisitivo.

Contudo, este modelo entrou em declínio, principalmente face à Crise do Petróleo em 1973, a partir do que ganhou força o “Toyotismo”, também chamado de Especialização Flexível, cujos pilares são o trabalho em equipe, o processo de

¹ MORAES, Paulo Ricardo Silva. A terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista TST**, Brasília, v. 74, nº4, out/dez 2008, p. 150. Acesso em dezembro de 2013.

melhoramento contínuo e o *just-in-time*, segundo o qual a produção deveria ser regida pela demanda, reduzindo-se, se necessário, os estoques e a mão de obra.²

O objetivo era diminuir os custos, mesmo que para isso os direitos sociais dos trabalhadores tivessem de ser flexibilizados e os salários reduzidos. A terceirização, por sua vez, tornou-se importante ferramenta da pretendida reestruturação do processo produtivo.

Assim, esse fenômeno ganhou força com o surgimento do toyotismo, forma de produção cujo paradigma é o modelo econômico neoliberal, e trouxe consigo a ideia de delegar tarefas de importância secundária a terceiros, a fim de que a empresa possa dar atenção às atividades consideradas principais.³

Objetivava-se aumentar a produtividade, minimizar custos com empregados e melhorar a qualidade de produtos ou serviços, tendo em vista que uma das características das empresas terceirizadas é a especialização em determinada atividade.

1.2. Conceito e Características

O termo “terceirização” tem sua origem no Brasil e denota a intenção de repassar a “terceiro” determinadas atividades periféricas com o objetivo de reduzir os custos de produção, bem como minimizar os gastos com encargos e obrigações trabalhistas.

Cumprе esclarecer que a terceirização não surgiu como instituto jurídico, conforme o entendimento esposado por Paulo Ricardo Silva Moraes⁴:

(...) a terceirização não é um fenômeno do Direito do Trabalho, não se constituindo nem mesmo num instituto jurídico, mas, diversamente, consubstanciando-se em fenômeno emergente de outras áreas do conhecimento, tais como da Administração e da Economia.

² MORAES, Paulo Ricardo Silva. A terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista TST**, Brasília, v. 74, nº4, out/dez 2008, p. 153. Acesso em dezembro de 2013.

³ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p. 48. apud CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro. A terceirização Trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, 2009. Acesso em 16 de dezembro de 2013.

⁴ MORAES, Paulo Ricardo Silva. op. cit. p. 158.

Contudo, esta não pode ser pensada apenas por seu viés econômico. É necessário ter em vista a dignidade da pessoa do trabalhador envolvido no processo.

O direito do trabalho é permeado pelo princípio da proteção do trabalhador e da legal identidade do empregado e empregador⁵. O primeiro indica que a relação de trabalho não é composta por partes em igual posição de poder. O segundo, por sua vez, diz respeito à necessidade de determinar, no caso concreto, qual posição os sujeitos ocupam na relação trabalhista, independente de qual seja a vontade deles. Dá-se prevalência à realidade dos fatos.

Assim, a este ramo do direito incumbe verificar se determinada situação de delegação de atividades não passa uma farsa para ocultar a intermediação de mão de obra ou se a terceirização atende às normas e princípios trabalhistas. Para tanto, importa compreender os contornos desta.

Maurício Godinho Delgado⁶ conceitua a terceirização como:

fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Dessa forma, consiste na delegação, por parte da empresa principal, de atividades de importância periférica, com objetivo de poder concentrar-se em sua área de especialização – sua atividade-fim. Serve, também, de meio utilizado para aumentar a produtividade e qualidade dos serviços, bem como reduzir custos.

Forma-se, com isso, relação trilateral, distinta da concepção bilateral clássica da relação de emprego, sendo que o vínculo estabelecido entre o trabalhador e a empresa terceirizada é de natureza trabalhista, enquanto que o firmado entre esta e a tomadora de serviços possui natureza civil.

Ocorre, pois, a dissociação⁷ da relação econômica de trabalho da sua respectiva relação justralhista, vez que o prestador de serviços é o contratante formal do empregado e o tomador é o beneficiário da força de trabalho.

⁵ MORAES, Paulo Ricardo Silva. A terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista TST**, Brasília, v. 74, nº4, out/dez 2008, p. 161. Acesso em dezembro de 2013.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 435.

1.3. Terceirização lícita e ilícita

A terceirização pode ser classificada em dois tipos, lícita e ilícita, sendo essencial para sua compreensão a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio.

Segundo Maurício Godinho Delgado⁸, atividades-fim são:

(...) funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo de dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (grifou-se).

Atividades-meio, por sua vez, podem ser definidas como⁹:

(...) funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (grifou-se).

A terceirização – por caracterizar-se como um processo de transferência a terceiros de atividades secundárias que seriam, em regra, executadas pela própria empresa, liberando esta para concentrar-se em suas áreas mais relevantes – deverá ter como objeto, em regra, as denominadas atividades-meio.¹⁰

Caso envolva a atividade central, desvirtua-se a finalidade da terceirização, incorrendo-se em intermediação de mão de obra, porque se presume

⁷ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

⁹ Ibid. p.451.

¹⁰ Controvérsia relevante acerca do tema envolve a terceirização de Call Center em empresas de telecomunicação. Estas sustentam que sua atividade principal é a exploração de serviços telefônicos, e o teleatendimento seria considerado atividade meio, com base no art. 94, I e II, da lei 9.472/97. O TST, contudo, vem firmando entendimento de que é ilícita tal terceirização, por se tratar de atividade-fim dessas empresas, uma vez que como o serviço de call Center fornece aos usuários diversas informações, tornou-se essencial para o desenvolvimento das atividades.

que o controle da execução da atividade-fim – caracterizador do elemento subordinação – é geralmente realizado pela empresa principal¹¹.

Percebe-se, também, que para que a terceirização seja considerada lícita não podem estar presentes os elementos da pessoalidade¹² e da subordinação¹³ direta com o tomador, pois a relação empregatícia firmada, conforme já exposto, se estabelece entre a prestadora de serviços e o empregado.

Importa ressaltar que a terceirizada deve ser especializada na atividade que irá executar, não sendo lícita a contratação de empresa de prestação de serviços com objeto social de natureza diversa.

Isso porque faltaria à relação um dos fundamentos da subcontratação, qual seja, o fomento da qualidade do serviço e a diminuição dos custos de produção por meio da especialização. A ausência desta evidencia a presença da intermediação de mão de obra, vedada pelo direito trabalhista brasileiro.

Qualquer hipótese que não se enquadre nas situações previstas em lei e na súmula 331 do TST será considerada terceirização ilícita. Como efeito jurídico, tem-se que o vínculo de emprego é reconhecido diretamente com o tomador de serviços,

No que tange à administração pública, para que a terceirização de serviços seja considerada regular, deve relacionar-se às chamadas atividades-meio, tornando-se ilícita caso destinada ao exercício de funções próprias de seus servidores, ou se disser respeito ao exercício de funções ligadas ao poder de polícia ou à prática de atos administrativos¹⁴.

Ressalte-se que o reconhecimento direto de vínculo empregatício, em caso de terceirização ilícita, é obstaculizado pelo disposto no art. 37, II e §2º da

¹¹ MORAES, Paulo Ricardo Silva. A terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista TST**, Brasília, v. 74, nº4, out/dez 2008. Acesso em dezembro de 2013.

¹² O trabalho prestado deve “*ter caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, intuito personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador (...)*”. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 287.

¹³ “*A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho*”. Ibid. p. 296.

¹⁴ FORTINI, Cristiana e VIEIRA, Virgínia Kirchmeyer. A terceirização pela administração pública no direito administrativo. In: _____ **Terceirização na Administração**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CF/88, uma vez que a necessidade de concurso é requisito indispensável para a investidura em cargo ou emprego público.

1.4. Terceirização de serviços na Administração Pública

O fenômeno da terceirização possibilitou ao Estado repassar a terceiros a execução de atividades-meio, para que pudesse concentrar-se em suas atividades-fim – consideradas mais relevantes –, bem como desempenhá-las com maior eficiência.

Nesse contexto, assume importância o advento do Decreto-Lei nº 200 de 1967, que foi criado com a finalidade de regulamentar a terceirização no âmbito público e estabeleceu que as atividades meio deveriam ser executadas indiretamente sempre que possível.

Cumpra observar o que dispõe o §7º de seu art. 10:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada:

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Referido decreto se insere no período da reforma administrativa da década de 60, que objetivava a redução da rigidez burocrática estatal por intermédio da descentralização e delegação de competências, visto que a administração encontrava-se sobrecarregada.

A terceirização ganha força como um meio que possibilitaria à administração pública firmar parcerias com o setor privado com intuito de repassar atividades de importância periférica, de caráter executivo ou operacional, a fim de diminuir tanto a burocracia, como os custos, e aperfeiçoar a realização de atividades e serviços públicos de caráter essencial¹⁵.

¹⁵ SALVINO, Marcos Ribeiro e FERREIRA, Simone Rodrigues. A terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista. **Revista Novatio Iuris**, nº 3, julho de 2009. Acesso em dezembro de 2013.

No entanto, o Decreto-Lei nº 200/67 abriu espaço para a contratação sem a prévia realização de concurso público, conduzindo a um quadro de utilização de mão de obra fornecida por empresas interpostas, ligado, na verdade, à redução de custos mediante prejuízo aos direitos dos trabalhadores.

É necessário ter em vista que apesar das vantagens econômicas e funcionais que a terceirização possa ocasionar, esta não pode ser operada indistintamente, pois não admissível que figure como alternativa ao provimento dos cargos públicos.

Por tal motivo, com o advento da Constituição Federal de 1988, referido decreto-lei tornou-se conflitante com a nova ordem constitucional e com os princípios norteadores da Administração Pública, como os da moralidade e da impessoalidade.

Posteriormente, o Decreto-Lei 2.271/97 veio justamente sanar tais incorreções na utilização do §7º do art. 10 Decreto-Lei nº 200/67, dispondo:

Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:
II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra;
IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

O supratranscrito artigo 4º e seus incisos vedam a utilização da terceirização como meio de fornecimento de mão de obra, evitando o desvirtuamento da finalidade da contratação de serviços pelo ente público.

Por sua vez, a proibição de subordinação dos empregados da contratada à administração é um meio de evitar que se configure a ilicitude da terceirização, pois nesta a relação justabalhista envolve tão somente a prestadora de serviços e seu empregado.

O Decreto-Lei 2.271/97 também buscou disciplinar a terceirização realizada pela administração pública, prevendo seu art. 1º um rol de atividades que traduzem a preferência da administração por executar referidas tarefas, ligadas às atividades-meio, de forma indireta.

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares

aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

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

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias 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.

Importa ressaltar a edição da lei nº 5.645/70, que excluía das atividades que poderiam ser repassadas para as prestadoras de serviços aquelas que correspondessem às atividades-fim, conforme teor de seu art. 3º, parágrafo único:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Já na década de 90, as privatizações de entidades estatais propiciaram a criação algumas leis disciplinando a terceirização, como a lei 8.987/95, que versa a respeito do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área elétrica, e a lei nº 9.472/97, que trata da concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área de telefonia.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou a terceirização de forma efetiva, impondo a esta limites, que se materializam em diversos princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, da livre iniciativa e da função social da propriedade, dentre tantos outros ¹⁶.

Além disso, o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna incluiu a contratação de serviços dentre os contratos dependentes do processo de licitação. A lei n. 8.666/93, editada para regulamentar a temática, previu, pelo inciso II de seu art. 6, diversos serviços cuja execução pode ser transferida a terceiros.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 435.

Nesse contexto de implementação da terceirização no Brasil, a jurisprudência pátria deu sua contribuição, uniformizando decisões por meio da elaboração de súmulas, as quais orientariam os magistrados acerca de como proceder.

O Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula nº 256, aprovada pela Resolução Administrativa 04/86, cujo enunciado informava:

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta. Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Admitia-se, assim, a contratação de trabalhadores por empresa interposta apenas nas atividades de trabalho temporário e vigilância bancária, sob pena de formar-se vínculo empregatício com o tomador de serviços.

Referida súmula posteriormente foi revista, culminando na edição do Enunciado nº331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, composto, originalmente, por quatro itens:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (lei nº 6.019, 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 n. 7.102, 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei no 8.666, de 21.06.1993).

Percebe-se que este Enunciado dispõe no item I que a contratação de trabalhador por empresa interposta é ilegal. Já no item II, prevê que a situação

supracitada não gera vínculo com a administração pública, em razão da proibição inserida no art. 37 da Constituição Federal.

No item III, remete à diferença entre atividade-meio e atividade-fim presente no art. 10 do Decreto-Lei n. 200/67 e na lei 5.645/70, permitindo a ocorrência de terceirização no primeiro caso, contanto que não estejam presentes os elementos da pessoalidade e subordinação diretamente com o tomador de serviços.

Por fim, no item IV, com redação dada pela resolução n. 96/2000, o Enunciado previa a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, inclusive dos entes da administração pública, em caso de inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada.

2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16

2.1. A constitucionalidade do §1º do artigo 71 da lei 8.666/93

Como dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 preconiza no artigo 37, inciso XXI, que os serviços prestados por terceiros à Administração Pública devem ser contratados por meio de licitação pública.

A lei nº 8.666 de 1993, ao regulamentar a temática das licitações, regulamentou em seu artigo 71, parágrafo 1º, acerca da responsabilidade da administração pública pelos contratos administrativos firmados, estabelecendo:

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

§ 1. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

No entanto, apesar disso, o Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio do Enunciado n. 331, item IV (redação dada pela resolução n. 96/2000), estendia ao ente público a responsabilidade subsidiária pelo pagamento de obrigações trabalhistas dos empregados da prestadora de serviços em virtude do simples inadimplemento por parte desta.

Nesse contexto, o Governador do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº16, versando sobre o art. 71, §1º da lei 8.666/93, questionando que, enquanto este isentava a administração pública de responsabilidade pelos encargos trabalhistas, o item IV do enunciado nº 331 do TST autorizava justamente o contrário.

Argumentou também que o TST implicitamente reputava inconstitucional o referido dispositivo, proferindo inúmeras decisões nas quais a administração pública era responsabilizada, mesmo que esta não tivesse se omitido em seu dever de fiscalização. Ou seja, na prática, a responsabilidade era objetiva.

Alegou ainda que tal conduta prescindia da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF, e, assim, ia de encontro à súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Em sessão plenária no dia 24 de novembro de 2010, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71, §1, da lei de licitações, cujo acórdão fora publicado em 9.9.2011 com a seguinte ementa:

EMENTA: Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contratante. Transferência subsequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, §1, da lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1, da lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela lei n. 9.032, de 1995.

O Supremo entendeu, no mérito, que a mera inadimplência dos créditos trabalhistas não seria capaz de transferir à Administração a responsabilidade pelos encargos laborais. Assim, repeliu-se a transferência automática ou a responsabilização objetiva do ente público, conduta que vinha sendo adotada pela Justiça do Trabalho, e estabeleceu-se que, para haver a condenação subsidiária, é necessária a demonstração da culpa no plano fático.

Importa observar que, em análise aos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho quanto à súmula n. 331, o Ministro Marco Aurélio observou que estes tinham como fundamento o § 6º do art. 37 da Constituição Federal¹⁷, que imputa à administração responsabilidade objetiva, bem como o § 2º do art. 2º da CLT, que trata da responsabilidade solidária aplicada aos grupos econômicos.

¹⁷ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Segundo o ministro, não pode ser aplicado o § 6 do art. 37 da CF, pois referido dispositivo cobre o risco administrativo quanto à atuação dos servidores públicos, e não por atos de terceiros. Desse modo, a responsabilidade do ente estatal pressuporia a análise do elemento da culpa.

Quanto ao § 2º do art. 2º da CLT¹⁸, este também não seria aplicável, pois o poder público não possui controle, direção, nem a administração da empresa terceirizada, o que obstaculiza a responsabilidade solidária.

2.2. A nova redação da súmula nº 331 do tribunal superior do trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho, em atenção ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal Federal, foi compelido a revisar seu posicionamento, alterando o disposto no item IV do Enunciado n. 331 e inserindo os itens V e VI por meio da resolução n. 174/2011.

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (grifo nosso)

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

De acordo com a nova redação, duas modalidades de conduta culposa são aptas a responsabilizar subsidiariamente da Administração pelo inadimplemento

¹⁸ “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora de serviços. São elas a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.

O teor do inciso V tem o mérito de buscar diminuir os prejuízos gerados aos trabalhadores em virtude da conduta falha do órgão público em acompanhar a execução do contrato no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas com os empregados da terceirizada, bem como por não verificar as reais condições econômicas, financeiras, fiscais e trabalhistas da prestadora de serviços no processo de licitação.

Assim, garante-se ao obreiro o recebimento da contraprestação dos serviços prestados, remuneração esta que possui caráter alimentar. Resguarda-se não somente o princípio da proteção ao obreiro, mas também os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

O trabalho, além servir de impulso para a economia do país, é também o meio pelo qual o trabalhador busca suprir suas necessidades materiais e garantir existência digna. Sob esta ótica, não é possível reduzir o trabalho a mero fator de produção, pois não deve ser interpretado dissociado do princípio da dignidade da pessoa humana.

Corroborando tal entendimento, o teor do seguinte acórdão proferido pela 5ª Turma do TRT da 3ª Região¹⁹:

(...) ressalte-se que admitir a exclusão da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito pelos encargos trabalhistas, na hipótese de inadimplência da efetiva empregadora, importaria em colocar os seus interesses acima daqueles dos trabalhadores que lhes tenham prestado serviços. Haveria, assim, atribuição de privilégio do capital em detrimento do trabalho humano, conduta que estaria a vulnerar os preceitos constitucionais que asseguram a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a valorização social do trabalho humano (art. 1º, inciso IV e 170, caput) e o fim social da lei (art. 5º da LINDB) (...). (grifou-se).

Cumprido observar, ainda, trecho do acórdão da 8ª turma do TRT da 3ª Região a seguir transcrito:

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00891-2012-043-03-00-8. Recorrente: IFTM. Recorridos: Milton José de Assunção, Brutos Segurança e Serviços Ltda. E Vanilson Oliveira de Alvenaz. Órgão julgador: quinta turma. Relator: José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2013. Acesso em dezembro de 2014.

Assim, tem-se que o artigo 71 da Lei 8.666/93 não tem o condão de isentar a Administração Pública de responsabilidade subsidiária. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade e da impessoalidade, mas, sobretudo, ao da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que o ente público possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade do ato administrativo que pratica. (grifou-se)²⁰

Conclui-se que a responsabilização do ente público também se coaduna com o princípio da moralidade, que, nesse contexto, exigirá da administração postura de constante fiscalização.

²⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0001757-39.2012.5.03.0086. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Giovane de Paulo Faria e Protex Vigilância e Segurança Ltda. Relator: Ana Maria Amorim Rebouças. Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

3. A RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Responsabilidade subsidiária

Como visto anteriormente, a administração pública responderá de forma subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas caso se verifique sua conduta culposa no cumprimento dos seus deveres de fiscalização previstos na lei de licitações.

Neste ponto, importa esclarecer que, por ser vedado pelo art. 37, II, CF, a formação de vínculo empregatício do empregado terceirizado diretamente com a Administração em razão da necessidade de aprovação em concurso público para tanto – ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração –, mesmo quando tratar-se de terceirização ilícita, o ente público não responderá solidariamente com a empresa terceirizada pelos créditos trabalhistas devidos.

Em razão da previsão constitucional, o trabalhador permanece vinculado à prestadora de serviços, que continuará no papel de devedora principal, enquanto que a entidade pública terceirizante responderá de forma subsidiária.

Isso porque admitir que a administração respondesse de forma solidária produziria efeitos semelhantes a reconhecer a formação do vínculo empregatício diretamente com ela. Nesse sentido, o entendimento do seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de violação, em tese, do art. 37, II, e § 2º, da Constituição Federal. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ÍLICITA. CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. ISONOMIA SALARIAL. OJ 383, SBDI-1/TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A terceirização ilícita perpetrada por entidade da Administração Pública dá ensejo à responsabilização subsidiária da tomadora de serviços pelas verbas inadimplidas pela prestadora de serviços (Súmula 331, II e V/TST - nova redação). Noutro norte, a impossibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária ou de reconhecimento de vínculo empregatício com o ente da Administração Pública não configura óbice ao direito do trabalhador

às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao empregado público que cumpre função idêntica no ente estatal tomador de serviços, conforme jurisprudência que vem se consolidando no âmbito desta Corte Superior. Tal entendimento, inclusive, harmoniza a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF) com o princípio isonômico (art. 5º, caput e I), afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização. Harmoniza-se, também, com a valorização do trabalho humano, enfatizada, entre outros, nos arts. 1º, IV, 3º, III e 170, caput. Nesta direção, a recente OJ 383 da SDI-1 do TST. Recurso de revista provido parcialmente.²¹ (grifou-se)

Tratando-se, pois, de terceirização ilícita, não há que se cogitar da possibilidade de formação de vínculo empregatício com o ente público, que será responsabilizado subsidiariamente.

No entanto, o trabalhador terceirizado fará jus às verbas que seriam devidas ao trabalhador da administração que realizasse a mesma função, nos termos do que prevê a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-1 do TST²².

Aplica-se a tese do salário equitativo, presente na lei do trabalho temporário, garantindo-se todas as verbas trabalhistas próprias da função exercida e minimizando a discriminação perpetrada pela terceirização.

Referida Orientação jurisprudencial do TST harmoniza a vedação constitucional do art. 37 da Constituição Federal com os princípios da isonomia, previsto no art. 5º, caput e inciso I, e da valorização do trabalho humano, preconizado nos artigos 1º, IV, 3º, III, e 170, caput, da Carta Magna.²³

Cumprе ressaltar que a súmula nº 363 do TST²⁴ e o art. 19-A da lei 8.036/90²⁵ – que garantem ao obreiro contratado pela administração sem prévia

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 452700-44.2006.5.09.0892. Recorrente: Caixa Econômica Federal- CEF. Recorridos: Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda. e Hellen dos Anjos Gugelmin. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 26 de outubro de 2011. Acesso em janeiro de 2014.

²² A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções.

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 474.

²⁴ A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS

²⁵ É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.

aprovação em concurso público o direito aos valores referentes aos depósitos de FGTS – não pode se aplicar ao caso da terceirização ilícita, visto que o empregado terceirizado não é contratado diretamente pelo poder público, mas sim pela prestadora de serviços.

No caso de terceirização lícita, por outro lado, emerge a temática da responsabilização em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas a partir da análise da culpa da administração, assunto que constitui o objeto de estudo deste trabalho.

3.2. O ônus da prova

A decisão do Supremo Tribunal Federal e o Enunciado da súmula nº331 do Superior Tribunal do Trabalho estabeleceram que o fundamento para a responsabilização da Administração Pública é a sua conduta culposa na escolha e na fiscalização da prestadora de serviços.

A partir disso, os juízes do trabalho deverão analisar a existência de culpa por parte do órgão público contratante, investigando a verdade real à luz das circunstâncias e provas existentes no caso concreto. Assume relevo, assim, analisar a quem deve ser imputado o ônus probatório.

Conforme o entendimento de Fredie Didier²⁶, ônus da prova não se trata de obrigação, mas sim de encargo, atribuído às partes no processo, que responde como saber quem deverá sofrer as consequências da ausência ou da prova insuficiente de um fato.

No direito do trabalho, o tema é disciplinado pelo art. 818 da CLT, segundo o qual “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Em virtude da simplicidade do dispositivo, a jurisprudência e doutrina trabalhistas²⁷ entenderam pela aplicação supletiva da regra do art. 333 do CPC, que dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quando alegar fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2012, p.78, v.2

²⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2013

Trata-se de concepção estática do ônus da prova, que não atenta para as particularidades de cada caso, visto que sua distribuição é previamente estabelecida.

Contudo, em razão das diversas situações em que o fato alegado é de difícil comprovação pela parte, ganha importância a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – inversão *ope judicis* – segundo a qual o encargo probatório deve ser distribuído casuisticamente, analisando quem tem mais condições fazê-lo, independente de sua posição processual ou da natureza do fato.

O art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor reflete a aplicação dessa teoria em favor do consumidor, conferindo ao juiz o poder de redistribuição do ônus probatório quando presentes os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

Referida previsão atende ao princípio constitucional da isonomia, que garante tratamento desigual aos desiguais, do devido processo legal e do acesso à justiça, porque viabiliza a obtenção de tutela jurisdicional justa²⁸.

Ainda que exista norma específica disciplinando o ônus da prova no processo do trabalho, o art. 769 da CLT não se refere apenas a lacunas normativas, mas também ontológicas e axiológicas, o que permitiria a utilização de normas de direito comum quando as do processo do trabalho se mostrarem defasadas ou obstaculizarem a prestação efetiva da tutela jurisdicional.²⁹

Face às especificidades da relação processual trabalhista, a regra do art. 333 do CPC não pode ser entendida como a única opção viável, assim, defende-se a aplicação da regra prevista no art. 6º do CDC, em virtude de sua compatibilidade com o direito processual do trabalho.³⁰

Diante do exposto, é razoável que o ônus processual seja invertido, de forma que caiba à Administração Pública o encargo de comprovar o cumprimento de seu dever de fiscalização, tendo em vista a dificuldade que o trabalhador encontraria em fazê-lo.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p 98, v.2.

²⁹ BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação de mestrado (Direito do Trabalho) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013 p.68. Acesso em dezembro de 2013.

³⁰ Ibid. p. 74

Corroborando tal entendimento, a 8ª turma do TRT da 3ª Região, em julgamento realizado no dia 11 de dezembro de 2013, dispôs que³¹:

No caso, é necessária a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do reclamante. Isso porque não há ato administrativo a ser presumido legítimo e porque o reclamante, como parte hipossuficiente, não possui condições de provar se houve ou não a fiscalização pela administração. O ordenamento jurídico possibilita a inversão do ônus da prova nos casos de hipossuficiência, conforme art. 6º, VIII, da lei 8.078/90 (...). Ressalte-se que, embora seja norma de natureza civil, ela demonstra a intenção do legislador em favorecer a parte hipossuficiente com a inversão do ônus probatório.

A Turma Recursal de Juiz de Fora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região também se manifestou a respeito, conforme teor do seguinte acórdão:

Com efeito, no que diz respeito à culpa *in vigilando*, é necessária a aplicação da inversão do ônus em favor do reclamante, pois, nesse caso, a discussão se dá sobre a existência de fiscalização e não sobre a suficiência, legitimidade ou validade dessa fiscalização. Assim, somente a Administração Pública tem condições de provar que fiscalizou efetivamente a empresa (...). Deve-se ter em mente que a ausência de fiscalização, por se tratar de fato negativo, torna praticamente impossível sua comprovação por parte do empregado, que é parte hipossuficiente na relação jurídica. (grifou-se).³²

A inversão possui como parâmetro o princípio da aptidão para a prova, baseado na igualdade material das partes, segundo o qual a prova deve ser produzida por quem possua melhores condições para tanto. Nesse sentido, a entidade estatal detém aptidão para demonstrar a ausência de sua culpa mediante a apresentação de documentos que demonstrem que cumpriu seu dever.³³

Tal princípio deve ser complementado pela noção de que a inversão do ônus da prova levará em conta dificuldade do trabalhador para produzir a prova, não incidindo apenas em razão da reclamada possuir melhores condições para fazê-lo.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000348-26.2013.503.0140. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ETC. Recorridos: Mara de Lourdes Rodrigues de Oliveira e Trevo Servis Ltda. Relator: Ana Maria Amorim Rebouças. Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

³² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000653-87.2012.503.0158. Recorrente: Universidade Federal de Viçosa. Recorridos: Edesia dos Reis Lamim de Paula e Acert Conservação e Serviços Gerais Ltda. Relator: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. Juiz de Fora, 15 de outubro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

³³ BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação de mestrado (Direito do Trabalho) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. Acesso em dezembro de 2013.

Quando se está diante de uma prova diabólica deste viés, insusceptível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente caso a caso (...).³⁴ (grifou-se).

Tese contrária conduziria a atribuir ao trabalhador contratado pela prestadora de serviços o encargo praticamente impossível de comprovar a culpa do ente público, o que constitui prova negativa e de produção inviável pelo obreiro.

O princípio da aptidão para a prova também vem sendo adotado pelo TRT da 3ª Região para fundamentar a distribuição do ônus probatório em favor do reclamante. Em julgamento realizado em dezembro de 2013, a 3ª Turma deste Tribunal argumentou que cabe à administração pública comprovar a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista pela empresa terceirizada, devido à obrigação de fiscalização que lhe impõe o art. 67 da lei de licitações, bem como em virtude do princípio da aptidão para a prova, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente³⁵.

Em outro acórdão³⁶, a mesma turma alega ainda que como tomador possui o poder-dever de fiscalizar a prestadora de serviços, importa ser aplicado o princípio da aptidão para a prova, do qual decorre que, independentemente do que dispõem os artigos 818 da CLT e o 333 do CPC, o ônus probatório deve recair sobre a parte que possui melhores condições para produzi-lo.

3.3. O processo licitatório e a culpa *in eligendo*

A administração pública age com culpa *in eligendo* quando contrata empresas prestadoras de serviços que não possuem idoneidade financeira para adimplir os créditos trabalhistas dos seus respectivos empregados.

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 92, v.2

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0001354-51.2012.503.0060. Recorrentes: Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER e Joaquim Balbino da Silva. Recorridos: os mesmos e MPA Engenharia e conslutoria Ltda. Relator: Frederico Leopoldo Pereira. Belo Horizonte, 27 de novembro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

³⁶ Idem. RO 0000195-23.2012.503.0012. Recorrente: União Federal. Recorridos: Márcio Carvalho Rodrigues e Work Services Conservação e Limpeza Ltda. Relator: Frederico Leopoldo Pereira. Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

Há, contudo, quem afirme que, como a escolha pela Administração Pública provém de processo licitatório, não haveria espaço para decisões discricionárias, nem responsabilidade subsidiária por culpa *in elegendo*, a menos que ficasse comprovado algum vício.

A licitação possui natureza de *procedimento administrativo com fim seletivo*³⁷, sendo que é por meio do edital que as regras aplicáveis a este procedimento são veiculadas. Assim, o edital, ato convocatório e vinculado, corresponde ao que se chama de lei interna da licitação³⁸.

Os artigos 27 a 31 da lei 8.666/93 estabelecem como deve se dar a habilitação dos interessados na licitação, prevendo os documentos passíveis de serem exigidos. Assim, caberia ao ente público cumprir as fases previstas e observar as exigências legais.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal.

Art. 37. A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências do art. 27 desta Lei, ou as estabelecidas para classificação cadastral.

Apesar disso, a ampla competitividade tem permitido a participação de empresas que não possuem a necessária idoneidade financeira, sendo que estas, muitas das vezes, são as escolhidas³⁹.

Por isso, importa investigar qual a qualificação econômico-financeira da prestadora de serviço para aferir sua real condição econômica e precaver futura inadimplência no que diz respeito aos contratos trabalhistas por ela firmados. Ressalte-se que a obrigação de fiscalizar a qualificação econômico-financeira da empresa terceirizada deve perdurar até o final do contrato.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

³⁹ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Esse é o entendimento de Luiz Carlos Alcoforado⁴⁰:

A situação econômico-financeira retrata à Administração o perfil do licitante sob a ótica interna e externa. Sob a ótica interna, a Administração, para se certificar de que o licitante dispõe de consistente atuação econômica e financeira, invade-lhe a intimidade dos dados e indicadores, tendo como referencial o balanço patrimonial e demonstração contábeis do último exercício social, que é aquele que mais próximo está da época da contratação. Sob a visão externa, a Administração limita-se a radiografar a realidade econômica e financeira do licitante através de certidão, que instrumentaliza o descortinamento da solvibilidade do proponente sob o enfoque falimentar, concordatário e execucional. Cabe alinhar que a lei outorga à Administração, ainda, outros meios de aferição da qualificação econômico-financeira do licitante.

É possível, também, que a empresa contratada tenha apresentado proposta inexecutável, considerada como aquela insuficiente para cobrir todos os custos decorrentes da contratação, apresentando margens de lucro mínimas.

Para averiguar a inexecutabilidade, o ponto principal não reside propriamente no valor da proposta, mas sim na impossibilidade de cumprir o que foi ofertado, análise que será realizada a partir da avaliação da capacidade patrimonial do licitante⁴¹.

Apesar de o §1º do art. 48 da lei de licitações prever como se verificará se uma proposta é inexecutável ou não, os critérios apresentados dizem respeito apenas às obras e serviços de engenharia, omitindo-se quanto aos contratos de prestação de serviços.

Diante disso, os entes da administração pública vêm adotando alguns critérios, como, por exemplo, o que se denomina de “preços não gerenciáveis”, que dizem respeito às obrigações trabalhistas, como, por exemplo, os salários que serão pagos.

A Instrução Normativa nº03/2009, editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e que versa sobre a prestação de serviços

⁴⁰ ALCOFORADO, Luiz Carlos. Licitação e contrato administrativo. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p.180 apud BONFIM, Rosildo. Terceirização – Entes estatais – súmula 331, IV, do TST – ADC 16 – Responsabilidade objetiva ou subjetiva da administração pública? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Acesso em dezembro de 2013

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 754.

continuados ou não, introduziu o art. 29-A na Instrução Normativa nº02/2008, versando a respeito do tema da exequibilidade das propostas:

Art. 29-A A análise da exequibilidade de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra do prestador deverá ser realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante em relação à sua proposta final de preço.

Referida planilha, localizada no anexo III, contém um módulo destinado à mão de obra vinculada à execução contratual, em que são discriminados os valores que serão destinado ao pagamento da remuneração, insumos –transportes e auxílio alimentação, por exemplo – e encargos sociais.

Tais dados são úteis para auxiliar a verificação na exequibilidade de uma proposta no que tange às obrigações trabalhistas que serão geradas a partir da execução do contrato firmado com a administração, evitando, assim, ofertas que apresentem custos irrealistas quanto aos encargos laborais.

Não obstante o entendimento de que a inexecução não interessaria diretamente à administração⁴², sob o argumento de que o Estado não deve atuar como fiscal da lucratividade privada, uma proposta considerada inexequível pode resultar na inadimplência dos encargos trabalhistas e, conseqüentemente, na responsabilização subsidiária do ente público⁴³.

Dessa forma, conclui-se que uma situação de inadimplência da empresa contratada face seus empregados pode ter origem na sua habilitação ou classificação indevida, caracterizando a culpa *in vigilando* da administração.

Em atenção ao crescente número de ações trabalhistas relacionadas ao inadimplemento dos encargos trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização, a Advocacia Geral da União reuniu-se, recentemente, com 40 órgãos federais com intuito de padronizar os editais, contratos e a fiscalização da empresa terceirizada pelo ente público.

Foram apresentadas diversas medidas, como a inclusão no edital da exigência de comprovação, por parte da empresa licitante, de que esta possui

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 757.

⁴³ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da administração pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. In: FORTINI, Cristiana (Coord.) **Terceirização na Administração**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

capital de giro suficiente que garanta o pagamento de seus empregados; bem como a abertura de conta vinculada a fim de possibilitar ao ente público utilizar-se de tais verbas para quitar as obrigações trabalhistas pendentes.⁴⁴

Também assume relevo o relatório de propostas de melhoria elaborado pelo Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal⁴⁵, criado por determinação do ex-presidente do Tribunal de Contas da União, Ubiratan Aguiar.

Um dos pontos abordados refere-se à qualificação técnico-operacional. De acordo com Marçal Justen Filho⁴⁶, este requisito versa sobre “o domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Assim, importa verificar se a empresa licitante terá condições de cumprir o contrato.

Contudo, tratando-se de prestação de serviços que envolvam a utilização de mão de obra de forma continuada, é necessário averiguar não apenas se a empresa é especializada na tarefa que exercerá, mas, principalmente, se ela possui aptidão na administração e gestão de seus funcionários. Ou seja, se a contratada consegue manter empregados capacitados e adimplir os respectivos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários.

O grupo de estudos apresentou como solução a exigência de comprovação de que a empresa já executou, de forma satisfatória, os serviços previstos na licitação utilizando-se de um patamar mínimo de 20 empregados.

Apontou, também, com base no art. 30, inciso II, e art. 57, II, ambos da lei 8.666/93, a relevância da comprovação da experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação. Garante-se, assim, que as empresas interessadas tenham tempo mínimo de constituição, que pode, inclusive, fraudes no processo de licitação.

Percebe-se que a preocupação com a elaboração do edital é essencial evitar a contratação de empresas inidôneas e garantir que os trabalhadores receberão devidamente seus direitos. A administração possui condições para

⁴⁴ BRASIL. Advocacia Geral da União. **AGU quer padronizar contratos e reduzir ações Trabalhistas**. Acesso em janeiro de 2014.

⁴⁵ Idem. Ministério Público do Trabalho. **Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública**. Acesso em janeiro de 2014.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 490.

verificar se a empresa participante terá condições de arcar com as responsabilidades decorrentes do contrato administrativo. Falhando nessa análise, incorrerá em culpa *in eligendo*.

Contudo, importa salientar que a culpa na escolha da prestadora de serviços deve ser demonstrada, visto que se presume que a licitação seguiu os trâmites previstos na lei 8.666/93, tendo sido verificado, na época, a capacidade técnica e econômica da empresa terceirizada⁴⁷.

3.4. A fiscalização dos contratos e a culpa *in vigilando*

3.4.1. Instruções Normativas nº 02/08 e nº 03/09 do MPOG

Até a lei 12.440/11, que deu redação ao inciso IV do art. 27 da lei de licitações, inexistia o dever de o licitante comprovar, como condição de sua habilitação, sua regularidade fiscal e trabalhista,

Apesar disso, visando regulamentar o tema da terceirização no âmbito da administração pública federal e suprir a lacuna de normas específicas acerca de como se daria seu planejamento e acompanhamento, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 30 de abril de 2008, publicou a Instrução Normativa nº 2, introduzindo regras para a contratação de serviços.

De acordo com referida instrução, as contratações deveriam refletir planejamento e demonstrar os benefícios diretos e indiretos existentes, além de indicar a metodologia para avaliação da qualidade do serviço prestado pela empresa.

A IN nº2, em seu art. 34, parágrafos 4º e 5º, estabelece que a execução dos contratos deve ser acompanhada e fiscalizada e que um representante da administração deve promover o registro das irregularidades verificadas, nos termos do art. 67, §§ 1º e 2º, da lei 8.666/93.

Referido parágrafo 4º dispõe o descumprimento total ou parcial das obrigações trabalhistas e sociais acarretará a aplicação de sanções administrativas previstas no instrumento convocatório e em lei, podendo resultar em rescisão contratual, nos termos dos artigos 77 e 87 da lei de licitações,

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

Já o parágrafo 5º prevê que na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais que envolvam dedicação exclusiva dos trabalhadores da terceirizada, poderão ser exigidas comprovações relativas ao recolhimento do FGTS, pagamento de salários, fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação, pagamento de 13º salário, entre outros.

Importa ressaltar que o parágrafo único do art. 31 da Instrução Normativa preconiza que a fiscalização contratual deverá seguir o disposto no anexo IV da IN, que corresponde a uma espécie de guia de fiscalização dos direitos trabalhistas nos contratos de terceirização.

Para tanto, o guia estabelece normas de fiscalização inicial, realizada no momento em que a terceirização se inicia, compreendendo, por exemplo, a elaboração de planilha-resumo com informações dos empregados terceirizados e a conferência das anotações feitas nas CTPS destes.

Existem também normas de fiscalização mensal, a ser efetuada antes do pagamento da fatura, envolvendo a exigência de comprovantes de pagamento de salários e da efetuação dos recolhimentos do FGTS.

Além dessas modalidades, está prevista a fiscalização diária, que inclui tarefas como evitar dar ordens diretas aos terceirizados, para que não se configure a subordinação direta, bem como a fiscalização especial.

O art. 34-A, por sua vez, que teve sua redação alterada pela Instrução Normativa n. 3, de novembro de 2009, prevê que o descumprimento das obrigações trabalhistas resulta em rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo que a administração pode conceder prazo para que a contratada regularize sua situação.

Além disso, o art. 19-A da IN n.3, fazendo referência ao Enunciado n. 331 do TST, admite que o edital contenha regras que visem garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra.

Assim, a Administração pode requerer que a contratada autorize, no momento da assinatura do contrato, o desconto na fatura e o pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados, em caso de falha no cumprimento dessas obrigações, sem prejuízo das demais sanções aplicáveis.

Ademais, a contratada pode ser obrigada a autorizar que a Administração, por meio de retenção na fatura, realize o depósito direto dos valores devidos ao FGTS nas contas vinculadas dos empregados da terceirizada.

Versando sobre a aplicabilidade dos dispositivos das Instruções Normativas 02/2008 e 03/2009, o teor do seguinte acórdão da Turma Recursal de Juiz de Fora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Nesse contexto, cumpre destacar que, além das obrigações específicas previstas na lei 8.666/13, as disposições contidas na Instrução Normativa 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), com as modificações da IN 03/2009, de caráter vinculativo a todos os órgãos federais e de caráter orientador e supletivo dos órgãos estaduais e municipais, exige da Administração um padrão fiscalizatório, versando em seus artigos 31 e seguintes c/c Anexo IV, sobre o acompanhamento e fiscalização dos contratos de terceirização, determinando expressamente a exigência da comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.⁴⁸ (grifou-se).

Ditas regras são anteriores à decisão da ADC n. 16 e refletem a circunstância de que, apesar da previsão do art. 71, §1º, da lei 8.666/93 não responsabilizar a administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, o entendimento firmado no item IV da súmula nº 331 do TST ocasionava frequentes condenações do ente público nesse sentido.

Tratavam-se, assim, de medidas de precaução, com intuito de elidir o ente público de ser responsabilizado. Mas, mais do que isso, tais dispositivos demonstram que a fiscalização eficaz não se satisfaz com mero acompanhamento superficial, mas exige envolvimento da Administração.

3.4.2. Dispositivos da lei de licitações

Diante da decisão do STF e do reposicionamento do TST, com a reformulação do Enunciado nº 331, esclareceu-se que a administração deve

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000473-89.2013.503.0076. Recorrente: IFET- Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas. Recorridos: FETHEMG – Federação dos empregados em turismo e hospitalidade do estado de Minas Gerais; e Seter Serviços e Terceirização de mão de obra Ltda. Relator:Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 15 de outubro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

efetivamente cuidar de fiscalizar se a contratada está cumprindo suas obrigações para com seus empregados, sob pena de incorrer em culpa *in vigilando*.

Assim, esta se caracteriza quando a administração pública se omite na fiscalização do cumprimento das obrigações e encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.⁴⁹

O ente público possui o ônus de demonstrar que diligenciou no cumprimento das obrigações previstas na lei de licitações para evitar o inadimplemento dos encargos laborais, assegurando sua quitação por meio dos mecanismos previstos no contrato administrativo correspondente – como pelo uso da garantia patrimonial oferecida pelo contratado e pela retenção de valores a ele devidos, para pagamento direto, aos trabalhadores terceirizados, de seus direitos trabalhistas – e para sancionar, na forma também ali prevista, o empregador inadimplente.

Não são muitos os dispositivos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos que atribuam à administração a obrigação de acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada.

Contudo, a interpretação do §1º do art. 71 da lei nº 8.666/93 necessita de leitura sistemática, juntamente com várias normas que impõem ao ente estatal o dever de fiscalizar a execução dos contratos de terceirização de forma eficiente, inclusive no que diz respeito ao adimplemento das obrigações trabalhistas⁵⁰.

Assumem relevo os princípios da legalidade e moralidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal, e também os direitos fundamentais do art. 7º, cuja promoção é dever do Estado, além de figurar como razão essencial de sua existência.

Por isso, a fiscalização é inerente ao contrato de prestação de serviços, estando presente na observância aos preceitos do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa, que⁵¹:

⁴⁹ FORTINI, Cristiana e PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela administração pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF. In: _____ (Coord.) **Terceirização na Administração**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁵⁰ VIANA, Márcio Túlio. DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista TST**, vol. 77, nº 1, Brasília, janeiro/março de 2011, p.76. Acesso em janeiro de 2013.

⁵¹ *Ibid.* p.77.

(...) instituem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que fundamentizam os direitos essenciais dos trabalhadores (art. 7º), que fundam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170) e que alicerçam a ordem social no primado do trabalho (art. 193).

Infraconstitucionalmente, o dever de fiscalizar emerge tanto dos dispositivos da lei de licitações, como na integração desta com o disposto nas Instruções Normativas nº 02/08 e nº 03/09, do MPOG.

O padrão implementado pelas instruções supracitadas vincula todos os âmbitos federativos, pois, apesar de suas regras incidirem apenas na administração pública federal, suas diretrizes servem de orientação aos demais entes na elaboração de suas respectivas normas internas sobre o tema ⁵².

Isso porque a União possui competência privativa para legislar sobre normas de contratos e licitações, enquanto os Estados e municípios assumem a tarefa de complementá-las, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, respeitando as diretrizes traçadas no âmbito nacional.

Feitas essas considerações, passa-se à análise das regras instituídas especificamente pela lei de licitações.

O art. 55, XIII, da lei nº 8.666/93 fixa, como cláusula necessária em todo contrato, a que estabelece a obrigação da empresa manter, durante a execução deste, todas as condições da habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Dentre essas condições estão a regularidade fiscal e trabalhista e a qualificação econômico-financeira, que devem ser aferidas na forma dos artigos 29 e 31, também da lei de licitações, em virtude do disposto no art. 27, incisos III e IV.

É necessário, ademais, que a administração especifique no contrato administrativo a responsabilidade da terceirizada na satisfação dos direitos laborais que compõem o preço do serviço, nos termos do que ficou estabelecido na planilha de custos.

Isso se deve ao fato de que a fiscalização da execução contratual não fica adstrita ao seu objeto em sentido estrito, mas alcança todos os elementos que contribuam para a satisfação deste, aí incluídos os encargos trabalhistas dos empregados terceirizados.

⁵² VIANA, Márcio Túlio. DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista TST**, vol. 77, nº 1, Brasília, janeiro/março de 2011, p.78. Acesso em janeiro de 2013

Já o inciso III do art. 58 da lei nº 8.666/93 prevê que a administração terá a prerrogativa de verificar o desenrolar dos contratos administrativos instituídos pela lei de licitações, e o art. 67 dispõe que um representante da administração deve ser designado para tanto. Trata-se, na verdade, de um poder-dever, conforme o entendimento de Marçal Justen Filho⁵³.

Os artigos 34 e 36 da IN nº 02/08 regulamentam referido art. 67, estabelecendo que na fiscalização do adimplemento dos encargos trabalhistas, devem ser exigidos comprovantes de pagamento dos direitos laborais relativos à fatura anterior, sob pena de retenção do valor com intuito de pagamento direto aos empregados, sem excluir a possibilidade de rescisão contratual prevista no art. 77 da lei nº 8.666/93.

Os motivos que podem levar à rescisão do contrato encontram-se no art. 78 do mesmo diploma legal, sendo um deles o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos (inciso I e II), bem como o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do art. 67, §1º, da lei de licitações – trata da já mencionada fiscalização realizada pelo representante da administração designado para tanto.

Cumprir observar que o art. 87 da lei de licitações determina as sanções aplicáveis à prestadora de serviços, como, por exemplo, advertência, multa e declaração de inidoneidade para licitar, caso constatada irregularidade total ou parcial na sua atuação.

Dando aplicabilidade aos dispositivos legais supramencionados, em recente julgamento⁵⁴, a Turma Recursal de Juiz de Fora, do TRT da 3ª Região, condenou o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais subsidiariamente, com base na culpa *in vigilando*, alegando que não havia prova de que a reclamada teria tomado as providências determinadas pelo art. 87 da lei nº 8.666/93.

Entendeu também que não consta dos autos que a ré tenha adotado medidas efetivas na fiscalização do adimplemento das obrigações contratuais trabalhistas e previdenciárias da prestadora de serviços, sendo que, embora os

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 934.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000339-85.2013.5.03.0036. Recorrente: IFSMG. Recorridos: Graciele de Paula Romão e Seter Serviços e Terceirização de mão de obra Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 10 de dezembro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

documentos acostados demonstrem ter havido certo acompanhamento, os mesmos evidenciam que o ente público não tomou medidas efetivas para sanar as irregularidades verificadas.

Isso porque, mesmo ciente da mora salarial da empresa terceirizada, não efetivou o bloqueio dos créditos desta, nos termos do art. 80, IV, da lei de licitações, o que garantiria o cumprimento das obrigações em aberto.

A 6ª turma⁵⁵ do TRT da 3ª Região também condenou subsidiariamente um ente público por culpa *in vigilando*, sob o argumento de que não foram implementadas providencias coercitivas eficazes a fim de que as obrigações trabalhistas fossem adimplidas, como, por exemplo, a retenção de valores devidos à prestadora de serviços, conforme autoriza o art. 80, IV, da lei de licitações, ou então a exigência de caução, a teor do que estabelece o art. 56 da lei 8.666.93.

Observa-se que são inúmeras as medidas que podem ser tomadas pela administração, tanto as previstas na lei nº 8.666/93, como as dispostas nas Instruções Normativas supracitadas – no âmbito da administração pública federal –, com intuito de fiscalizar a conduta da prestadora de serviços e garantir que os trabalhadores por esta contratados não sejam lesionados em seus direitos.

Cumprir notar que, a exemplo dos acórdãos das turmas do TRT da 3ª Região, tem-se diligenciado na verificação do cumprimento das obrigações da lei nº 8.666/93 por parte da administração tomadora de serviços a partir dos elementos fáticos do caso concreto.

Atende-se, assim, à diretriz traçada pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e pelo Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo os quais a responsabilidade da administração pública não decorre do mero inadimplemento dos encargos laborais pela terceirizada e exige a verificação do conjunto probatório trazido aos autos à luz das diretrizes traçadas pelas normas legais e infralegais ora analisadas.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000162-67.2013.5.03.0151. Recorrente: Município de São Sebastião do Paraíso. Recorridos: Paola Alves de Carvalho e Elementar Serviços de Conservação Ltda. – Me. Relatora: Rosemary de O. Pires. Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2013. Acesso em janeiro de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização possui relevância não apenas por sua importância econômica. É imperativo ter-se em vista a dignidade da pessoa do trabalhador que está envolvido neste processo.

Por conta disso, a Administração Pública possui o poder-dever de fiscalizar a empresa por ela contratada, exigindo que os serviços sejam executados com qualidade e que os empregados terceirizados recebam a devida contraprestação pelo seu trabalho.

As razões da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e o reposicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, que reformulou o enunciado da súmula nº 331, resguardam a aplicabilidade do princípio da proteção, próprio do direito do trabalho, bem como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Deve-se, pois, garantir a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador, parte hipossuficiente da relação, sendo inadmissível que a terceirização represente um entrave à percepção integral dos direitos trabalhistas oriundos dos serviços prestados.

Assim, os prejuízos causados ao obreiro não podem ficar sem reparação, sobretudo porque a Administração Pública possui meios capazes de fiscalizar sua contratada, verificando a regularidade de sua atuação não somente quanto ao objeto central da licitação, mas também no que tange à gestão da mão de obra utilizada.

Conforme já analisado, a constitucionalidade do art. 71 da lei nº 8.666/93 não exime o ente público de qualquer responsabilidade, mas apenas impede que seja condenado pelo mero inadimplemento dos encargos laborais da empresa contratada.

Verificada a conduta culposa da administração no cumprimento das obrigações da lei de licitações, quais sejam, de averiguar a idoneidade econômica da terceirizada e fiscalizar se esta cumpria com suas obrigações face aos seus empregados, imperativa sua responsabilização.

Neste contexto, a verdade dos fatos deve ser investigada a partir do conjunto probatório existente e, por isso, defendeu-se que o ônus da prova deve ser imputado não ao trabalhador, mas sim à administração, posicionamento este

embasado no inciso VIII do artigo 6º do Código do Consumidor, na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e no princípio da aptidão.

E, no que se refere à análise dos contornos da culpa *in vigilando* e *in eligendo* no caso concreto, objeto central do presente estudo, muitas são as normas aptas a serem utilizadas como diretrizes para o aplicador do direito.

Tanto na lei nº 8.666/93, como nas Instruções Normativas elaboradas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estão presentes dispositivos destinados a orientar o ente público na elaboração de edital que previna a contratação de empresas inidôneas e preveja mecanismos de coerção quanto ao cumprimento dos encargos trabalhistas pelas prestadoras de serviços.

Podem ser observadas, também, normas que auxiliam o processo de fiscalização da execução dos contratos e que autorizam medidas de cunho preventivo, reparativo e repressivo, como a exigência de caução, aplicação de multas, pagamento diretamente aos empregados por meio da retenção de valores e, até mesmo, a rescisão contratual.

Nas palavras de Heriberto de Castro, desembargador da Turma Recursal de Juiz de Fora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, se o ente público “*pugna pela aplicação do disposto no art. 71 da lei de licitações (bônus), deve se submeter também às obrigações que lhe são impostas pela aludida legislação (ônus)*”⁵⁶. Por isso, cumpre à administração adotar postura mais ativa a fim de evitar que os trabalhadores tenham seus direitos lesados.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000074-83.2013.503.0036. Recorrente: Ari Pacheco e Banco do Brasil S.A. Recorridos: os mesmos e Protex Vigilância e Segurança Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 16 de dezembro de 2013.. Acesso em janeiro de 2014.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado Direito do Trabalho) – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>.

Acesso em dezembro de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>.

Acesso em agosto de 2013.

_____. Lei 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 União**, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

Acesso em agosto de 2013

_____. Superior Tribunal Federal. **Informativo STF nº 610**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm#ADC> e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3>. Acesso em agosto de 2013.

_____. Advocacia Geral da União. **AGU quer padronizar contratos e reduzir ações Trabalhistas**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/Template_Texto.aspx?idConteudo=265937&>

Acesso em janeiro de 2014

_____. Ministério Público do Trabalho. **Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública**. Brasília, DF: 2013. Disponível em <<http://mpt.gov.br/portaltransparencia/download.php?tabela=LI&IDDOCUMENTO=47012>>. Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00891-2012-043-03-00-8. Recorrente: IFTM. Recorridos: Milton José de Assunção, Brutos Segurança e Serviços Ltda. E Vanilson Oliveira de Alvenaz. Relator: José Murilo de Moraes. Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>> Acesso em dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0001757-39.2012.5.03.0086. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Giovane de Paulo Faria e Protex Vigilância e Segurança Ltda. Relator: Ana Maria Amorim Rebouças. Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>> Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 452700-44.2006.5.09.0892. Recorrente: Caixa Econômica Federal- CEF. Recorridos: Rosch Administradora de Serviços e Informática Ltda. e Hellen dos Anjos Gugelmin. Relator: Maurício Godinho Delgado. Brasília, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20705951/recurso-de-revista-rr-4527004420065090892-452700-4420065090892-tst>>. Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000348-26.2013.503.0140. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ETC. Recorridos: Mara de Lourdes Rodrigues de Oliveira e Trevo Servis Ltda. Relator: Ana Maria Amorim Rebouças. Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2013. Disponível em: <<HTTPS://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5680>>. Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000653-87.2012.503.0158. Recorrente: Universidade Federal de Viçosa. Recorridos: Edesia dos Reis Lamim de Paula e Acert Conservação e Serviços Gerais Ltda. Relator: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. Juiz de Fora, 15 de outubro de 2013. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5680>> Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0001354-51.2012.503.0060. Recorrentes: Departamento de Estradas e Rodagem do Estado

de Minas Gerais - DER e Joaquim Balbino da Silva. Recorridos: os mesmos e MPA Engenharia e consultoria Ltda. Relator: Frederico Leopoldo Pereira. Belo Horizonte, 27 de novembro de 2013. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5680>>. Acesso em janeiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000195-23.2012.503.0012. Recorrente: União Federal. Recorridos: Márcio Carvalho Rodrigues e Work Services Conservação e Limpeza Ltda. Relator: Frederico Leopoldo Pereira. Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5680>>. Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000473-89.2013.503.0076. Recorrente: IFET- Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas. Recorridos: FETHEMG – Federação dos empregados em turismo e hospitalidade do estado de Minas Gerais; e Seter Serviços e Terceirização de mão de obra Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 15 de outubro de 2013. Disponível em <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5680>> Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000339-85.2013.5.03.0036. Recorrente: IFSMG. Recorridos: Graciele de Paula Romão e Seter Serviços e Terceirização de mão de obra Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>> Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000162-67.2013.5.03.0151. Recorrente: Município de São Sebastião do Paraíso. Recorridos: Paola Alves de Carvalho e Elementar Serviços de Conservação Ltda. – Me. Relatora: Rosemary de O. Pires. Belo Horizonte, 3 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>> Acesso em janeiro de 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000074-83.2013.503.0036. Recorrente: Ari Pacheco e Banco do Brasil S.A. Recorridos: os mesmos e Protex Vigilância e Segurança Ltda. Relator: Heriberto de Castro. Juiz de Fora, 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=1333>> . Acesso em janeiro de 2014.

BONFIM, Rosildo. Terceirização – Entes estatais – súmula 331, IV, do TST – ADC 16 – Responsabilidade objetiva ou subjetiva da administração pública? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Disponível em: <http://portal2.trt3.jus.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRTRJ/48/18_REVTRT48_ROSILDO%20BOMFIM.PDF> Acesso em dezembro de 2013

CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro. A terceirização Trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte: 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/view/32>> . Acesso em dezembro de 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 5ª ed., v.2. Salvador: JusPodivm, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2ª ed, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Paulo Ricardo Silva. A terceirização e Precarização do Trabalho Humano. **Revista TST**, Brasília, v. 74, nº4, out/dez 2008. Disponível em <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5382/008_74-4.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 de dezembro de 2013.

SALVINO, Marcos Ribeiro; FERREIRA, Simone Rodrigues. A terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista. **Revista Novatio Iuris**, nº 3, julho de 2009. Disponível em: <<http://www.esade.edu.br/esade/user/file/Esade06.pdf>> Acesso em dezembro de 2013.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista TST**, vol. 77, nº 1, Brasília, janeiro/março de 2011. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003_vianamarcio.pdf?sequence=1> Acesso em janeiro de 2013.