

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO  
TRABALHO I**

**LUCIANA DE ABOIM MACHADO**

**MARIA ROSARIA BARBATO**

**YNES DA SILVA FÉLIX**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva; Maria Rosaria Barbato; Ynes Da Silva Félix - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-425-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Meio Ambiente. 3. Trabalho. 4. Desigualdades. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

---

### **Apresentação**

Na bela moldura da capital brasileira, no monumental Centro Internacional de Convenções do Brasil, se realizou em julho deste ano o XXVI encontro Nacional do Conpedi cujo título foi DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas. O evento foi prestigiado por pesquisadores de todo o país advindos das mais diferentes áreas do direito.

Considerado o momento histórico vivenciado pelo Brasil, caracterizado por mudanças profundas no sistema de proteção trabalhista, o qual impõe acompanhamento por meio do debate teórico e densas reflexões acerca dos efeitos das inúmeras intervenções na legislação, destaca-se o Encontro do Conpedi e seu papel de fórum qualificado de discussão, bem como de difusão de doutrina e de jurisprudência. A redução e a superação das desigualdades presentes no país representam um desafio para todos, mais ainda para os juristas e os acadêmicos da área, como pensadores do direito.

O aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais, que representa sem dúvida uma das maiores preocupações globais, a recente aprovação da reforma trabalhista e de outras medidas e as transformações do modelo de produção, cada vez mais tecnológico, impõem repensar o direito do trabalho, questionando, inclusive, se, como já demonstrado em inúmeras pesquisas, esses níveis de desigualdades se ampliam como consequência da desvalorização do trabalho.

A presente coletânea representa o resultado das reflexões apresentadas no no GT de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I, em que os autores manifestam inquietações relativas a velhos e novos assuntos, demonstração de que a pesquisa caracteriza-se como um continuo devenir, não se cansando nem se emurecendo perante os desafios de uma realidade em constante mutação. A discussão no GT acabou por revelar as fragilidades que permeiam o sistema legal de proteção ao trabalhador, evidenciando que nem sempre direito e justiça andam juntos.

A obra, composta por 13 artigos, apresenta estudos de varias naturezas e visões ideológicas diferentes. Destacam-se trabalhos sobre direitos fundamentais como a saúde do trabalhador com preocupação para a aplicabilidade do principio da prevenção e sobre o reconhecimento, pelo TST, da competência diferenciada sobre meio ambiente de trabalho; trabalhos sobre a

dignidade da pessoa, com especial referência à categoria, por vezes pouco lembrada, dos policiais, bem como reflexões sobre a precarização e discriminação do trabalho dos garis, sobre trabalho infantil e sobre a responsabilidade das empresas e das políticas públicas inclusivas de deficientes como forma de valorização do trabalho e da inclusão social.

Debate-se, também, dentro da Gig economy, as diferentes visões relativas à natureza da relação de trabalho do motorista da Uber, por vezes entendida como relação de emprego por outras como prestação de serviços. Nota-se grande preocupação em relação a triste prática do trabalho escravo, nas suas vertentes trabalhista e penal e às recentes tentativas de redução do conceito legal para reduzir a tipificação às meras práticas privativas de liberdade.

Esta obra apresenta, ainda, estudos que abordam a terceirização na administração pública com preocupação de identificar ações fiscalizatórias como forma de prevenir a responsabilidade subsidiária, bem como no setor bancário, em espécie do correspondente bancário à luz da agenda nacional do trabalho decente.

Por fim, não faltaram estudos de natureza processual, refletindo sobre a competência da Justiça do Trabalho para aplicar multas decorrentes da violação à legislação trabalhista prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho e para ações envolvendo meio ambiente do trabalho, mesmo em causas que envolvam servidores estatutários, assim como sobre o cabimento do agravo de instrumento no processo do trabalho.

O desejo das coordenadoras desta obra é que ela se preste para aprimorar as discussões acerca do direito do trabalho e do meio ambiente do trabalho, contribuindo para a construção de um direito mais adequado e atento a realidade, mais justo e respeitoso da origem histórica e da razão de ser do próprio direito do trabalho.

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Rosaria Barbato (UFMG)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS)

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Ynes da Silva Félix (UFSM)

**TERCEIRIZAÇÃO. UM CADERNO DE AÇÕES FISCALIZATÓRIAS COMO  
POLÍTICA DE PREVENÇÃO À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**OUTSOURCING. A REGISTER OF INSPECTION ACTIONS AS A PREVENTION  
POLICY TO THE SUBSIDIARY RESPONSIBILITY OF THE PUBLIC  
ADMINISTRATION**

**Humberto Alves Coelho <sup>1</sup>**  
**Marcelo José Das Neves <sup>2</sup>**

**Resumo**

Em março de 2017, com a finalização do julgamento do RE 760.931-DF pelo Supremo Tribunal Federal, espera-se que haja a solução da controvérsia relativa a quem cabe o ônus da prova sobre a ocorrência de efetiva fiscalização, se ao trabalhador ou à Administração Pública (tomadora de serviços), de modo se caracterizar a existência ou não de responsabilização subsidiária da Administração Pública. Este trabalho se presta, mormente, a franquear um contributo prático – um checklist – de modo a descortinar às partes os meios de prova bastantes à caracterização do exercício ou não da efetiva fiscalização contratual nos contratos de terceirização.

**Palavras-chave:** Terceirização, Responsabilidade subsidiária da administração pública, Culpa in vigilando, Re 760.931-df, Checklist para análise da efetividade da fiscalização contratual

**Abstract/Resumen/Résumé**

In March 2017, with the completion of the trial of RE 760.931-DF by the Federal Supreme Court, it is expected that there will be a solution to the controversy regarding who is responsible for the burden of proof on the occurrence of effective supervision, whether the employee or the Administration Public (service taker), in order to characterize the existence or not of subsidiary accountability of the Public Administration. This work lends itself, in particular, to a practical contribution - a checklist - in order to characterize the exercise or not of the effective contractual supervision in outsourcing contracts.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Outsourcing, Subsidiary responsibility of the public administration, Guilty watching, Re 760.931-df, Checklist to analyze the effectiveness of contractual supervision

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO-RJ. Bacharel em Direito e licenciado em História. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela EMATRA/RJ. Analista Judiciário do TRT/RJ

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela UCAM-RJ. Bacharel em Direito pela UNIRIO. Graduado em Engenharia de Produção pela UFRJ. Pós-graduado em Administração Pública pela FGV/RJ. Analista Judiciário do TRT/RJ

## I - Introdução

Em sessão realizada no dia 30 de março de 2017, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 760.931-DF, relatado pela Ministra Rosa Weber, cujo acórdão será redigido pelo Ministro Luiz Fux, em que a União impugnou o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos do AIRR 100700-72.2008.5.02.0373. Alegou a União que, ao condená-la subsidiariamente, o TST teria violado a decisão da Corte Suprema na ADC 16-DF<sup>1</sup>, que declarou a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993<sup>2</sup>, admitindo a responsabilização subsidiária do ente público somente quando demonstrada sua culpa em relação à escolha<sup>3</sup> e à fiscalização do contrato de prestação de serviços. Colhido o voto desempate do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo enfim definiu os limites da responsabilidade acerca do encargo probatório relativo à fiscalização. É o que se extrai da notícia publicada no dia seguinte ao julgamento, no sítio eletrônico do próprio STF, *verbis*:

Terceirização: plenário define limites da responsabilidade da Administração Pública. O plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, nesta quinta-feira (30), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. Com o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido,

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Constitucionalidade/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. 24 nov. 2010, maioria. Diário da Justiça eletrônico 173, 9 set. 2011.

<sup>2</sup> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis [...]

<sup>3</sup> Este artigo tem maior preocupação com a fiscalização, com a culpa *in vigilando*. Não que a escolha da prestadora dos serviços esteja livre de apuração de culpa (*in eligendo*, no caso). A Súmula nº 331 se refere apenas à fiscalização. Dificilmente o pretenso contratado deixará de cumprir as exigências relativas às primeiras fases do pacto administrativo, porque critérios objetivos relativos à sua saúde econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista devem ser previamente demonstrados sob pena de não se permitir sequer sua habilitação (artigos 27, III e IV, e 29, III, IV e V, da Lei nº 8.666/93). E, uma vez habilitado, provavelmente cumprirá por igual as regras relativas ao julgamento das propostas (artigo 44, § 3º, do mesmo diploma legal).

confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos<sup>4</sup>.

Este trabalho pretende dissecar de maneira a mais objetiva e razoável possível, o *modus operandi* fiscalizatório, a servir como um contributo prático aos sujeitos do processo, no caso: o trabalhador, a empresa terceirizada (prestadora de serviço), a Administração Pública (tomadora de serviço) e o órgão jurisdicional.

## **II - Uma breve retomada histórica. A definição epistemológica do problema.**

### **Hipótese e metodologia**

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, especialmente a partir dos anos 70/80 do século passado, o Poder Judiciário, instigado sobretudo pela inação do Poder Legislativo, que só mui recentemente veio a votar o marco regulatório acerca do tema, se viu obrigado a engendrar uma lógica interpretativa para garantir a solvabilidade dos direitos dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços contratados. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou no ano de 1986 a Súmula nº 256, limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/74) e o serviço de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/06/83)<sup>5</sup>. Ante a intensa pressão de segmentos empresariais outros, sobretudo o financeiro, em 1994 a Corte Superior Trabalhista editou a Súmula nº 331<sup>6</sup>, alargando o campo de incidência da legalização da

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

<sup>5</sup> Súmula nº 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (redação original: Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986).

<sup>6</sup> Súmula nº 331. 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 no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem

terceirização. Além dos casos previstos na Súmula nº 256 e, já agora, os serviços de conservação e limpeza, passou a admitir a contratação de terceiros para todo e qualquer serviço, desde que, especializado e ligado à atividade-meio da empresa contratante, não evidenciasse os elementos configuradores do vínculo de emprego previstos pelo *caput* do artigo 3º da CLT, principalmente a pessoalidade e a subordinação. Considerando a intensa utilização deste instituto também pela Administração Pública, que o transformou em engrenagem indispensável dos numerosos programas de ajustamento econômico, consubstanciado de forma emblemática no vetusto Decreto-lei nº 200/1967<sup>7</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho, interpretando o artigo 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, estendeu no ano 2000<sup>8</sup> a responsabilidade subsidiária aos órgãos públicos, dando, assim, nova redação ao item IV da Súmula nº 331<sup>9</sup>.

A partir de então, instaurou-se intensa discussão, fomentada de modo precípua pela própria Administração Pública, que defendia a tese de que o TST teria deixado de aplicar o

---

como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (redação original: Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994).

<sup>7</sup> Consoante §7º do art. 10 desse Decreto-lei, § 7º, para melhor desincumbir-se das tarefas de gestão administrativa (planejamento, coordenação, supervisão e controle), e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração deveria desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que existisse, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

<sup>8</sup> Merece ser ressaltado que, trinta anos depois da edição do Decreto-lei nº 200/1967, quando a terceirização já se mostrava amalgamada à realidade do mercado trabalhista brasileiro, tanto no setor privado quanto público, o Poder Executivo Federal regulamentou, minimamente, o que disposto no respectivo §7º do art.10 do citado diploma normativo, e dispôs, por meio do Decreto nº 2.271/1997, sobre que atividades/serviços poderiam ou não ser objeto de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional: “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.”

<sup>9</sup> Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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) (Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000).

referido dispositivo legal, declarando, assim, e ainda que indiretamente, sua inconstitucionalidade. Nessa linha de ideia, a ADC 16-DF. Procedente a pretensão deduzida, o Supremo Tribunal Federal declarou *ex tunc* e *erga omnes* sua constitucionalidade. Declaração, contudo, que não impediu a responsabilização subsidiária da Administração Pública. Como se observa das discussões estabelecidas na Corte Suprema e relatadas como *obiter dictum* no acórdão final, entendeu-se por meio de consenso, que o Tribunal Superior do Trabalho não havia propriamente declarado a inconstitucionalidade. Ao contrário, considerou-o válido à luz do ordenamento constitucional vigente, mas, conjugando-o de forma sistemática com os demais dispositivos da mesma Lei nº 8.666/1993, referentes às obrigações impostas ao ente administrativo, admitiu, casuisticamente, sua responsabilização subsidiária. Em outras palavras, a vedação prevista naquele § 1º só seria absoluta acaso a Administração Pública demonstrasse o cumprimento de todas as suas obrigações legais. No ano de 2011, o TST alterou mais uma vez a redação da Súmula nº 331, adequando-a à decisão proferida naquela ADC 16-DF, salientando exatamente esta conclusão, qual seja, que ao contrário das relações privadas, a responsabilização subsidiária da Administração Pública depende da prova de sua culpa quanto à fiscalização do contrato de terceirização<sup>10</sup>.

Possível, portanto, a condenação subsidiária da Administração, e efetivamente condenada em um miríade de processos trabalhistas, foram propostas sucessivas Reclamações Constitucionais e interpostos numerosos Recursos Extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal, apontando exatamente a afronta à decisão proferida na ADC 16-DF. Reconhecida a repercussão geral (tema 246<sup>11</sup>), foi eleito como *leading case* o RE 760.931-DF<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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 [...] (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011).

<sup>11</sup> Recurso Extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que veda a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço.

<sup>12</sup> O Recurso Extraordinário 760.931-DF substituiu o Recurso Extraordinário 603.397-SC.

### **III - A constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993. Extensão e alcance da decisão proferida pelo STF na ADC 16-DF**

Até o advento da ADC 16-DF, o entendimento jurisprudencial assentado na Súmula nº 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, estendia à Administração Pública a responsabilização subsidiária automática, decorrente tão só do mero inadimplemento dos créditos laborais por parte da empresa prestadora dos serviços contratados. Ainda que o objeto daquela ação tenha sido circunscrito pela própria natureza à declaração de constitucionalidade (ou, porque *actio duplex*, à de inconstitucionalidade), e mesmo que a decisão final, que por maioria<sup>13</sup> julgou procedente a pretensão, a tanto tenha restringido seu dispositivo, é sabido de toda a gente que as discussões plenárias da Corte Suprema ultrapassaram tais limites e abordaram a real extensão e alcance da interpretação dada pela Justiça Trabalhista ao § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, admitindo a manutenção daquele *standard* jurisprudencial, desde que demonstrada a culpa inequívoca da Administração Pública na fiscalização do contrato de prestação de serviços.

A ementa do acórdão do STF não deixa qualquer dúvida, *verbis*:

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

O reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos inviabiliza tão só que o ente público seja subsidiariamente responsabilizado de forma objetiva (automática, noutros termos). Os argumentos dos votos proferidos nas sessões de julgamento apontam nitidamente e por igual para a

---

<sup>13</sup> Vencido o Ministro Ayres Britto. O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido.

constitucionalidade da interpretação dada pelo TST, porquanto sistematizada a outros dispositivos constitucionais e legais (principalmente da mesma Lei 8.666/93), concernentes aos deveres de fiscalização impostos à Administração. Dessa forma, atende melhor ao ordenamento jurídico em vigor, a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, quando comprovada sua falha na supervisão do adimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada.

Tanto assim é que inicialmente, o relator Ministro Cezar Peluso sequer conhecia aquela ação (embora tenha posteriormente cedido de forma consensual à maioria da Corte), salientando que o Tribunal Superior do Trabalho não tinha declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado e, portanto, interesse processual algum havia. Segundo o Ministro, a Justiça do Trabalho estava apenas decidindo que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade. Em outras palavras, que eventual omissão da Administração Pública quanto à sua obrigação de fiscalização pode sim gerar responsabilidade.

“A norma é sábia”, prosseguiu o Ministro Cezar Peluso. “Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade; mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade”, responsabilidade que a Justiça do Trabalho pode reconhecer, “a despeito da constitucionalidade da lei”. Ou seja, “é isso [a culpa inequívoca da Administração Pública] que gera a responsabilidade que vem sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho”<sup>14</sup>. O Ministro relator foi seguido pelos Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia manifestaram-se contrariamente em relação a este plano da abordagem.

Enfim, após o julgamento da ADC 16-DF, “consolidou-se interpretação de que é possível reconhecer responsabilidade subsidiária do poder público, quando configurada culpa sua, por ausência de fiscalização do contrato”<sup>15</sup>. Só não é permitida, portanto, a responsabilização automática, *ipso facto*, decorrente tão só do inadimplemento da prestadora dos serviços contratados.

---

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADC 16/DF. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 09/09/2011, p. 46.

<sup>15</sup> Parecer nº 212.676/2016-AsJConst/SAJ/PGR nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, p. 02. Brasília, 12 de setembro de 2016.

Parece mesmo que outra interpretação não se mostraria razoável, diante da extensão do dever contratual da Administração Pública. A constitucionalidade do citado § 1º, portanto, não reveste de legalidade a omissão do agente público quanto ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico, ilicitude que fere expressamente fundamentos da República, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho (artigo 1º, III e IV, da Constituição).

E ainda que a imputação aos entes estatais se sustentasse à toda evidência na teoria do risco administrativo (falha do serviço) e, por consequência, na sua responsabilização objetiva (artigo 37, § 6º, da Constituição da República), é fato que, mesmo antes da ADC 16-DF, grande parte das decisões judiciais trabalhistas já investigava a culpa administrativa como sustentáculo necessário a firmar a condenação. Nesse sentido, a nova redação dada à mencionada Súmula nº 331 em 2011 não passou de simples adequação e acomodação da própria jurisprudência laboral.

#### **IV- A responsabilidade subsidiária culposa da Administração Pública. O RE 760.931-DF e a regra de distribuição do *onus probandi***

Não se pode interpretar o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 de forma isolada, literal, na medida em que numerosos outros dispositivos legais atribuem à Administração Pública uma série de obrigações que se conjugam proporcionalmente às suas prerrogativas, dentre as quais, evidentemente, o dever de fiscalização dos contratos firmados com empresas terceirizadas de serviços, tal como previsto, em especial, pelo artigo 67 da Lei nº 8.666/1993. Nesse caso, e considerando que a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos da ADC 16-DF, deixou visível que a declaração de constitucionalidade do citado artigo 71 não impede a Justiça do Trabalho de impingir responsabilização subsidiária aos órgãos públicos, porquanto veda apenas a transferência automática dessa mesma responsabilidade, deve se entender que o RE 760.931-DF limita-se a discutir a distribuição do encargo probatório, a direcionar, ainda que *iuris tantum*, a presunção acerca dos fatos específicos de cada caso concreto. Em outro tom, restringe-se a definir se compete ao trabalhador demonstrar a culpa da Administração, ou se à Administração demonstrar que não agiu com culpa, que tomou todas as medidas cabíveis e exigíveis legalmente.

Uma corrente de pensamento impõe ao trabalhador a obrigação de demonstrar a culpa *in vigilando* da Administração. Este posicionamento, que tem por esteio principal o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, encontra forte resistência tanto num contexto jurídico quanto fático. Isso porque a culpa que se pretende configurar decorre da ausência de fiscalização, de um não-fazer, de uma postura omissiva, portanto. Nesse caso, sequer se pode falar em presunção de legitimidade que, salvo obrigações de abstenção expressamente impostas pela lei (o que não é o caso), pressupõe ação, atuação positiva. De outro modo, tal linha de ideia imputa ao trabalhador prova de fato negativo (a não fiscalização), regra francamente vedada pela lógica jurídica, porque impossível no mundo dos fatos<sup>16</sup>.

Conforme voto proferido pela relatora do RE 760.931, Ministra Rosa Weber, que conclama as partes a colaborarem para a obtenção de uma decisão justa e efetiva, o ônus da prova acerca da fiscalização da execução dos contratos administrativos de prestação de serviços, recai sobre o ente público contratante. Isso porque desproporcional exigência em contrário, na medida em que os trabalhadores terceirizados estariam praticamente impossibilitados de fazê-lo, sob pena de retorno ao obscurantismo do medievo, com a institucionalização do “escravo moderno”. Nesses termos,

“[...] se as necessidades da contratante são atendidas por esses trabalhadores, nada mais justo que o ônus decorrente da falta de fiscalização da execução do contrato recaia sobre o maior beneficiado pela mão de obra ofertada [...] A força de trabalho, uma vez entregue, não pode ser repostada, e a falta de contraprestação devida, independentemente de quem venha a arcar com esse pagamento, transforma o terceirizado em escravo moderno [...]”<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> “O caráter omissivo da conduta estatal, [portanto], desafia presunção relativa de culpa da Administração, cabendo ao ente público demandado o ônus de comprovar a fiscalização contratual eficiente, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada”. Isso porque “a imputação do *onus probandi* ao trabalhador demandante, quanto à omissão fiscalizatória estatal, impondo-lhe prova impossível, equivale, em consequência, à irresponsabilidade estatal” (Parecer nº 249643- ASJCIV/SAJ/PGR, nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral no 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República, em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, p. 04. Brasília, 17 de outubro de 2016). Irresponsabilidade que, vale dizer, símbolo máximo do ancièn *regime*, parecia acantonada em relatos históricos do pensamento medieval, mas que hora por outra pulula, rebenta, irrompe desapercibida das entranhas de projetos e propostas, atuais ou requeentadas, apresentadas ao parlamento nacional.

<sup>17</sup> In STF inicia julgamento sobre responsabilidade de ente público em casos de terceirização. Disponível em <[www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/24123156](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24123156)>. Acesso em: 01 mar.2017.

Posicionamento, aliás, que proporcionou a edição de Súmulas no mesmo sentido pelos Tribunais Regionais, como, a exemplo, o verbete nº 41 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região<sup>18</sup>.

Como visto, não foi essa, no entanto, a posição prevalente ao final do julgamento do RE 760.931 pelo STF. Contudo, mesmo que invertida a atribuição probatória, considerando-se a possibilidade de a prova da falha administrativa ser extraída dos atos efetivamente praticados pela Administração, ainda assim deve esta ser impelida a juntar aos autos do processo específico todos os documentos relativos à fiscalização do contrato de prestação de serviços. Não se está aqui a propugnar pela inversão da inversão, mas antes a dinamizar o princípio da aptidão para a prova, consoante clássica distinção conceitual entre meios de prova e prova propriamente dita. Dessa forma, porque os meios de prova (a documentação) atinentes à fiscalização estão sob única e exclusiva posse do órgão administrativo, é justo que seja ele obrigado a trazê-los à discussão específica. Daí em diante, possibilitado o manuseio daqueles documentos, e considerando o encargo probatório do trabalhador, a ele compete extrair a prova necessária a fundamentar sua pretensão de condenação subsidiária da Administração Pública. Ressalta-se que a instrução processual, evidentemente, não se limita à prova documental.

Repita-se que a presunção relativa de culpa da Administração Pública, não se extrai da interpretação isolada do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, mas antes de sua conjugação sistemática a uma teia argumentativa, cuja textura captura tal conclusão jurídica. São numerosos os dispositivos inseridos no mesmo diploma legal, a atribuírem dever jurídico ao poder público pela fiscalização da fiel execução dos serviços contratados, sobretudo quanto ao cumprimento dos direitos laborais<sup>19</sup>. Dispositivos, ademais, potencializados pela redação dada ao artigo 3º da mesma lei, referente à função socioambiental do contrato administrativo,

---

<sup>18</sup> Súmula nº 41 do TRT/RJ: “Responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública. Prova da culpa. Artigos 29, VII, 58, 67 e 78, VII, da Lei no 8.666/93. Recai sobre o ente da Administração Pública que se beneficiou da mão de obra terceirizada a prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços”.

<sup>19</sup> A exemplo, artigos 27, IV; 29, IV e V; 44, § 3º; 54, § 1º; 55, VII e XIII; 58, III, e § 2º; 65, § 6º; 66; 67, § 1º; 77; 78, VII e VIII; 87, dentre outros, da Lei nº 8.666/1993. Na esfera administrativa, a Instrução Normativa 02/08 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão foi idealizada exatamente como um veio condutor a facilitar a fiscalização por parte do gestor público federal (artigos 19; 19-A, § 3º; 28; 31, §§ 1º e 3º; 34, § 4º; 34-A; 35, § 5º; e Anexo IV da referida Instrução).

que “vincula sua execução à proteção de interesses maiores da sociedade constitucional e, em particular, dos direitos sociais fundamentais (Constituição, artigo 7º)”<sup>20</sup>.

Essa é a mensagem, bastante clara aliás, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC 16-DF. Decisão que deu ensejo à atual redação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, e proporcionou a edição de Súmulas no mesmo sentido pelos Tribunais Regionais, como, a exemplo, o verbete nº 41 do Tribunal do Trabalho da 1ª Região, *verbis*:

“Responsabilidade subsidiária do ente da Administração Pública. Prova da culpa. Artigos 29, VII, 58, 67 e 78, VII, da Lei nº 8.666/93. Recai sobre o ente da Administração Pública que se beneficiou da mão de obra terceirizada a prova da efetiva fiscalização do contrato de prestação de serviços”.

Não há dúvida, portanto, acerca da obrigação da Administração Pública em fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços que pactua com empresas terceirizadas. E ainda que desfavorável ao trabalhador a distribuição do encargo probatório atinente, resta saber especificamente qual a extensão da relação, do liame, do nexo entre o inadimplemento da prestadora de serviços com a ausência de fiscalização por parte da Administração Pública. Convém, portanto, quantificar proporcionalmente a contribuição da falha do ente público para o descumprimento contratual por parte da empresa contratada. O que se entende por fiscalização? O que se configura como fiscalização efetiva? A realização da fiscalização, por si, impede o inadimplemento da contratada? As sanções contratuais previstas são suficientes? Como compatibilizar o descumprimento contratual da prestadora de serviços e a imperiosa necessidade de atuação fiscalizatória imediata exigida pela lei a preservar principalmente os direitos laborais, com o princípio da continuidade dos serviços públicos? Questões que serão abordadas no próximo item.

## **V - Um caderno de ações. Ferramenta para as partes e para o órgão jurisdicional na análise da efetividade da fiscalização contratual**

---

<sup>20</sup> Parecer nº 249643- ASJCIV/SAJ/PGR, nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, p. 03. Brasília, 17 de outubro de 2016.

Convém realçar, de início, que, em matéria de terceirização<sup>21</sup>, à Administração Pública só é permitida a contratação de serviços, não a contratação de pessoas, sendo expressamente vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a caracterização exclusiva do objeto contratual como fornecimento de mão de obra, bem como a previsão de reembolso ordinário de salários pela contratante, ou a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

De igual modo, deve-se sublinhar que o artigo 67 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), fixa o poder-dever da Administração Pública, direta e indireta, de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, aí incluídos, por óbvio, os contratos de terceirização.

A fiscalização dos contratos, como se vê, não está ligada diretamente à fase interna da licitação (ao processo de formulação da contratação, que guarda correspondência, por exemplo, com a produção do documento de referência da futura contratação), tampouco com a fase externa (processo de escolha do licitante), mas sim à fase de execução contratual.

Mas afinal, como deve se processar a fiscalização contratual de modo que haja a mitigação máxima do risco de responsabilização subsidiária da Administração por parte da Justiça do Trabalho? Quais os controles indispensáveis ao afastamento desse risco? Qual a documentação a ser exigida pela fiscalização para fins de comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da contratada?

Com o conhecimento do rol indispensável desses misteres, independentemente da distribuição do encargo probatório sobre a conduta culposa no exercício da fiscalização contratual, restará mais claro o espectro das provas, máxime as documentais, que os litigantes judiciais (no caso, reclamante-trabalhador e reclamada-Administração Pública) podem produzir, ainda que, como se poderá constatar, reste evidente a maior aptidão de produção por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, tem-se que, de modo geral, o dever primaz da fiscalização contratual é o de realizar o recebimento da prestação de serviços, isto é, a sua aceitação, o que é

---

<sup>21</sup> Convém realçar que no âmbito da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, a terceirização que importa, aquela que por regra enseja a formulação de pedido responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo trabalhador da empresa terceirizada, é a relativa à contratação de serviços de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão de obra, e, no mais das vezes, inserta nas dependências do órgão contratante (com mão de obra residente).

realizado mês após mês, de forma a assegurar o cumprimento da fase de liquidação da despesa<sup>22</sup>, condição indispensável ao respectivo pagamento.

Ademais, prevê o §1º do artigo 67 da Lei de Licitações que “o representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.” Logo, um dos elementos indispensáveis à verificação da ocorrência de efetiva fiscalização é a existência do livro de ocorrências, quer em meio físico quer digital<sup>23</sup>.

Com efeito, há quase dez anos, ao menos na esfera federal, tem-se a regulamentação da forma como deve ser conduzida a fiscalização contratual de modo a torná-la de todo efetiva, como se vê do capítulo referente ao “Acompanhamento e Fiscalização dos Contratos” presente na Instrução Normativa nº 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento. Dita regulamentação, apresenta-se como padrão fiscalizatório federal que

“vincula a Administração Pública em todos os âmbitos federativos, por força do princípio da predominância do interesse, tendo em conta que, sendo privativa da União a competência para legislar sobre normas de licitações e contratos, aos estados e municípios incumbe complementar esta legislação com respeito às diretrizes nacionais. Nessa linha de princípio federativo, embora as regras de fiscalização previstas na IN nº 2/2008 do MPOG tenham incidência estrita à órbita da Administração Pública federal, suas diretrizes para uma fiscalização eficaz sobre os contratos de terceirização em matéria trabalhista acabam por orientar os demais entes federativos na implementação de suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de

---

<sup>22</sup> Como preconiza o artigo 63 da Lei nº 4.320/1964, a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor (empresa contratada) tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

<sup>23</sup> O livro de ocorrências, na forma do Acórdão TCU 767/2009 Plenário, “O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços.”

controle da atividade administrativa - Constituição, art. 37” (AMORIM, DELGADO e VIANA, 2011).

A partir de 2014, em função de diversas determinações contidas no Acórdão nº 1.214/2013 do Plenário do Tribunal de Contas da União, a fiscalização atinente ao controle do pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores pela empresa contratada foi ainda melhor discriminada, uma vez que a IN nº 02/2008 acolheu as respectivas recomendações exaradas nesse julgado, inclusive, como medida prévia à aceitação dos serviços, a aplicação do método de amostragem de modo a otimizar os esforços de fiscalização no exame do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Também a partir do Acórdão nº 1.214/2013, a IN nº 02/2008 passou a dispor no §3º do artigo 31 que “a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado.”

Como dito, a IN nº 02/2008 acolheu as recomendações exaradas no Acórdão TCU nº 1.214/2013, e ainda difundiu, como medida prévia à aceitação dos serviços, a aplicação do método de amostragem de modo a otimizar os esforços de fiscalização no exame do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, uma vez que a fiscalização, como atividade e controle, deve obedecer a princípios próprios, dentre os quais o da relação custo x benefício do controle.

Ainda, conforme §5º do artigo 34 da IN nº 02/2008, na fiscalização, no que concerne especificamente ao cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias nas terceirizações passou-se a exigir as seguintes comprovações: a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar: 1) a relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso; 2) Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; 3) exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do

contrato dos seguintes documentos, dentre outros, quando não for possível a verificação da regularidade dos mesmos no Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF: 1) prova de regularidade relativa à Seguridade Social - CND; 2) Certidão de Regularidade do FGTS – CRF; 3) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT<sup>24</sup>; c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos, no prazo máximo de 15 (quinze dias): 1) extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; 2) cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante; 3) cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários; 4) comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; d) entrega da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo de até 10 (dez) dias: 1) termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; 2) guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; 3) extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; 4) exames médicos demissionais dos empregados dispensados. Ressaltar que a fiscalização deve analisar essa documentação no prazo de 30 (trinta) dias após o respectivo recebimento, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente.

O Anexo IV da IN nº 02/2008 (guia de fiscalização dos contratos de terceirização) ainda dispõe sobre o exercício da fiscalização especial, preconizando: 1) É necessário observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pela fiscalização a necessidade de se proceder a repactuação do contrato; 2) A Administração precisa se certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados; 3) A Administração precisa se certificar de que a

---

<sup>24</sup> Essas três Certidões – CND, CRF e CNDT - devem ser objeto de fiscalização mensal, a ser realizada na fase de liquidação da despesa.

empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (integrantes da CIPA, gestante, estabilidade acidentária etc).

Como previsto no artigo 34-A da IN nº 02/2008, o descumprimento das obrigações trabalhistas poderá dar ensejo à rescisão contratual (previsão legal contida, de maneira abrangente, no artigo 77 da Lei nº 8.666/1993) sem prejuízo das demais sanções.

De acordo com o artigo 35 da mesma instrução normativa, quando da rescisão contratual a fiscalização deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. Até que a contratada comprove o pagamento das verbas rescisórias, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual.

Outra importante disposição contida no Acórdão nº 1.214/2013, repercutida pelo art. 19-A da IN 02/2008 foi a previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 1/3 constitucional, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores, que, em valores percentuais, são deduzidos do pagamento do valor mensal devido às terceirizadas, e depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII dessa Instrução Normativa. O advento da conta vinculada busca garantir ao empregado terceirizado a satisfação de suas verbas rescisórias, bem como evitar a responsabilização da Administração pública em caso de inadimplemento dessas verbas. Ressalte-se que o saldo existente na conta vinculada apenas será liberado com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.

A fim de sintetizar o que até aqui exposto, apresentamos um *checklist* que pode servir como fonte para a obtenção da verdade processual sobre a ocorrência ou não de efetiva fiscalização contratual para efeito de responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Este *checklist* considera como elementos indispensáveis a uma correta instrução processual um pequeno subgrupo de itens do que até aqui se ventilou:

#### **CHECKLIST PARA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL**

NÚMERO DO PROCESSO:

CONTRATADA:

ITEM A SER VERIFICADO	CUMPRIDO?			Folhas
	SIM	NÃO	NA*	
O empregado (reclamante) exerceu, de fato, a atividade laborativa na unidade da Administração Pública?				
A fiscalização conferiu, ainda que por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho?				
Durante a execução do contrato, foi constatado, pela fiscalização, descumprimento das obrigações contratuais prevista na legislação trabalhista (atraso de salários, não realização de depósitos fundiários etc)? Obs: Essa informação pode ser obtida por meio da análise dos Relatórios Mensais de Fiscalização, prévios ao pagamento mensal da despesa, assim como pelo exame dos registros do Livro de Ocorrência da contratação.				
Houve aplicação, por parte da Administração, de sanções, glosas ou multas contratuais, em desfavor da contratada, por descumprimento de obrigações contratuais prevista na legislação trabalhista?				
Existem valores retidos pela Administração a título de faturas não pagas ou garantia oferecida pela empresa contratada?				
A fiscalização exigiu a entrega dos exames médicos admissionais dos empregados envolvidos na terceirização?				
A Administração providenciou a abertura da conta-depósito vinculada?				
A fiscalização exigiu, ainda que por amostragem, a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos, devidamente assinada pela contratada, bem como conferiu a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações), além das demais eventuais alterações dos contratos de trabalho?				

A fiscalização exigiu a entrega, mês a mês, da Certidão Negativa de Débito (CND) junto ao INSS, da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) e da Certidão de Regularidade do FGTS da empresa contratada? Ou, alternativamente, certificou-se quanto à regularidade do INSS, FGTS e quanto aos Débitos Trabalhistas, por exemplo, via Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF?				
A fiscalização exigiu da empresa, ainda que por amostragem, o extrato da conta do INSS e do FGTS dos empregados?				
A fiscalização solicitou aos empregados terceirizados, ainda que por amostragem, os extratos da conta do INSS e do FGTS?				
A fiscalização exigiu, ainda que por amostragem, a cópia da folha de pagamento analítica de algum (ns) mês (es) da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão o entidade contratante?				
A fiscalização exigiu a cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços?				
A fiscalização exigiu da contratada a comprovação da entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de convenção ou acordo coletivo de trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado?				
Quando da extinção do contrato de trabalho de algum empregado ou rescisão do contrato de terceirização, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo de até 10 (dez) dias, a fiscalização exigiu a documentação abaixo, bem como a analisou no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento desses documentos, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, justificadamente?  Documentação: 1) termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria; 2) guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais; 3) extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; 4) exames				

médicos demissionais dos empregados dispensados.				
Quando da rescisão do contrato de terceirização, a fiscalização verificou se houve a comprovação do pagamento das verbas rescisórias (saldo de salário, 13º salário proporcional, férias indenizadas, 13º salário indenizado, aviso-prévio indenizado, multa do FGTS, horas-extras e demais benefícios previstos em Acordo ou Convenção Coletiva)?				
Em face da ausência de comprovação do pagamento das verbas rescisórias por parte da contratada, a Administração reteve a garantia financeira (art. 56 da Lei 8.666/93) prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços?				
Quando da rescisão da terceirização, a fiscalização, não sendo o caso de rescisão do contrato de trabalho dos empregados da contratada, se certificou de que esses empregados foram realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorresse a interrupção do contrato de trabalho?				
A fiscalização esteve atenta para a data-base da categoria contratada, prevista na CCT, bem como observou se os reajustes dos empregados foram concedidos pela empresa no dia e percentual previstos?				
A fiscalização se certificou de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados?				
A fiscalização se certificou de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (integrantes da CIPA, gestante, estabilidade acidentária etc)?				

\*NA - NÃO APLICÁVEL

## VI- Conclusão

Ainda que desfavorável ao reclamante o encargo probatório específico, consoante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal RE 760.931-DF, para a realização de uma efetiva fiscalização contratual e afastamento de uma eventual responsabilização subsidiária por encargos trabalhistas e previdenciários gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada, não basta à Administração Pública tão somente reunir um sem número de documentos relativos aos empregados da empresa. A Administração deve exercer o seu

direito-dever de prevenção (por exemplo, exigir a efetuação da garantia financeira e providenciar a abertura da conta-depósito vinculada) e ser seletiva, com a efetuação oportuna da verificação efetiva da prestação de serviços, que envolve a análise de conformidade quanto à observância dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados, presentes no próprio contrato de prestação de serviços e no ordenamento pátrio. Dita análise se calca, inclusive, em critérios temporais (fiscalização diária, esporádica, mensal ou em momentos cruciais da relação contratual, como, v.g., na rescisão do contrato de prestação de serviços) e pelo método da amostragem, como alvitado pela própria IN nº 02/2008. A fiscalização contratual deve ainda fazer, de plano, o registro de eventuais falhas (a exemplo do não pagamento de uma determinada verba trabalhista ou contribuições sociais da Previdência Social) no livro de ocorrência, bem como sugerir a aplicação da respectiva sanção administrativa.

Pois bem, o controle interno relativo ao exercício de uma efetiva fiscalização contratual, apta a mitigar o risco de responsabilização subsidiária, pode ser assegurado pelo *checklist* anteriormente apresentado. Essa lista de verificação serve, de igual sorte, a melhor nortear a produção do meio de prova relativa à responsabilidade subsidiária, quer pelo empregado, quer pela Administração Pública, bem como ao órgão jurisdicional, na medida em que torna mais límpidas as condicionantes básicas para a caracterização da realização da efetiva fiscalização contratual.

## Referências

\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretária de Logística e Tecnologia da Informação. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <[www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1](http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e

dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Parecer nº 212.676/2016-AsJConst/SAJ/PGR nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, p. 02. Brasília, 12 de setembro de 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/Marcelo/AppData/Local/Temp/texto\\_310289500.pdf](file:///C:/Users/Marcelo/AppData/Local/Temp/texto_310289500.pdf)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Parecer nº 249643- ASJCIV/SAJ/PGR, nos autos do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931-DF, assinado pelo Procurador-Geral da República em exercício, José Bonifácio Borges de Andrada, p. 03. Brasília, 17 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4434203>>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Resolução 169, de 31 de janeiro de 2013. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Dispõe sobre a retenção de provisões de encargos trabalhistas, previdenciários e outros a serem pagos às empresas contratadas para prestar serviços, com mão de obra residente nas dependências de unidades jurisdicionadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). <[www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_169\\_31012013\\_15092014160826.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_169_31012013_15092014160826.pdf)>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

\_\_\_\_. Riscos e controles nas aquisições – RCA. TCU. Disponível em: <[portal.tcu.gov.br/comunidades/controle-externo-das-aquisicoes-logisticas/atuacao/riscos-e-controles-nas-aquisicoes/](http://portal.tcu.gov.br/comunidades/controle-externo-das-aquisicoes-logisticas/atuacao/riscos-e-controles-nas-aquisicoes/)> Acesso em: 26 de março de 2017. – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

AMORIM, Helder Santos VIANA, DELGADO, Gabriela Neves e VIANA, Márcio Túlio - "Terceirização – aspectos gerais – a última decisão do STF e a Súmula nº 331 – novos enfoques", LTr 75-03, 2011, p. 282-295.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho/Maurício Godinho Delgado. – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 3º ed., Belo Horizonte, 2006, Editora Fórum.

Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU /Tribunal de Contas da União. – 4ª edição revista, atualizada e ampliada – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.