



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

SILVANO JOÃO PAULO DE FREITAS

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO E RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS**

São João del-Rei

2015

SILVANO JOÃO PAULO DE FREITAS

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO E RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado, sob a orientação da prof. Msc. Celimara Teixeira de Almeida.

São João del-Rei

2015

SILVANO JOÃO PAULO DE FREITAS

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
GESTÃO E RESPONSABILIDADE NOS CONTRATOS**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. CELIMARA TEIXEIRA DE ALMEIDA

Prof. Msc. MATEUS DE MOURA FERREIRA

Prof. Esp. RAFAEL ISAAC DE ALMEIDA COELHO

À minha mãe e ao meu pai (*in memoriam*), que batalharam muito para me proporcionar o estudo,

À Cristina, minha esposa e minha maior incentivadora,

Aos meus irmãos: Isabel, Sergio, Angélica e Janaína, que sempre me apoiaram nesta trajetória,

Aos meus sobrinhos: Isabela, Tiago, Ana Letícia, Diego e Heitor, a quem espero, me torne um exemplo de dedicação e perseverança.

AGRADECIMENTOS

A Celimara Teixeira de Almeida, minha orientadora, pela paciência e dedicação. À pré banca pelas orientações, correções e sugestões.

Aos colegas de turma, pelos bons momentos, em especial, Victor Vianna, incansável parceiro nos trabalhos.

A DEUS, por tornar este sonho, uma grande realidade.

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade analisar a terceirização na Administração Pública, mais especificamente, a gestão e fiscalização dos contratos firmados com empresas prestadoras de serviços. Apontando a responsabilidade do Estado perante os contratos de prestação de serviços firmados. Para tanto, utiliza-se do histórico do fenômeno no Brasil, das possibilidades de contratação de terceiros, de leis inerentes ao tema e de entendimentos jurisprudenciais, identificando os pontos de divergência. A adoção da terceirização de serviços pela Administração Pública, suscitou intensos debates quanto à sua constitucionalidade, devido ao comando do artigo 37 inciso II da CF/88. Posteriormente, pacificado a adoção de prestação de serviços nas atividades-meio pelo ente público, com a Lei 8.666/93, surge a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho lançando entendimento de que a prática da terceirização possibilitaria a responsabilização subsidiária da Administração Pública nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada para prestação dos serviços. Em meio às discussões referentes à possibilidade de se responsabilizar a Administração Pública subsidiariamente pelos encargos não honrados pela empresa de prestação de serviços, frente ao artigo 71, § 1º da LLC/93. Foi julgada pelo STF a ADC nº16. Após o julgamento, o TST reeditou a Súmula 331, adequando o texto de forma a novamente prever a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública nos casos em que, seja evidenciada sua conduta culposa, ante a fiscalização dos contratos. Assim surge o papel do gestor e fiscal dos contratos. Através de pesquisa bibliográfica, buscou-se apresentar as possibilidades de minimizar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública através de alternativas legais no exercício dessas funções, que, juntamente com um conhecimento aprofundado do tema, possam contribuir para a eficiência e economia dos recursos públicos através da prevenção de erros e possíveis fraudes.

Palavras-chave: Administração Pública, terceirização, prestação de serviços, fiscalização de contratos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	10
1.1 Particularidades da Terceirização: Vantagens, riscos e fraudes na terceirização	10
1.2 Terceirização Lícita e Ilícita	12
1.3 Efeitos jurídicos da terceirização	12
1.4 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho	13
1.4.1 Atividade meio x Atividade fim	15
1.5 Projeto de Lei 4330/2004.....	15
2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
2.1 Surgimento da terceirização na Administração Pública	17
2.2 Limites da terceirização de serviços públicos	22
2.3 Distinção entre terceirização, permissão, concessão e autorização de serviços públicos.....	23
2.4 Responsabilidade da Administração Pública	25
3 RESPONSABILIDADES NA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	28
3.1 Gestão e Fiscalização dos Contratos Administrativos	29
3.2 Distinção entre gestor e fiscal do contrato	30
3.3 Responsabilidades da Administração Pública – Culpa <i>in elegendo</i> e culpa <i>in vigilando</i>	32
3.4 Julgamento da ADC 16 e a responsabilidade subsidiária.....	33
3.5 Responsabilidade subsidiária e a criação da conta vinculada	35
3.6 Responsabilidade solidária	37
3.7 Atributos e medidas preventivas para auxiliar o gestor dos contratos	39
3.8 Responsabilização do Gestor/Fiscal do contrato	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno que veio para ficar, tornou-se uma ferramenta de gestão que possibilita a redução de gastos e eficiência na prestação de serviços. Ainda não é regulamentada por nosso ordenamento jurídico, mas é largamente adotada nos setores público e privado. Porém, sua adoção só é aceita nas atividades-meio por não inferir subordinação por parte da tomadora de serviços, conforme artigo 2º da CLT, uma vez que, a empresa contratada para exercer os serviços é quem assume os riscos do negócio, dirige, assalaria e exerce a relação de pessoalidade na atividade laboral. Tal modalidade de contratação é muito criticada e fonte de inúmeros litígios na Justiça do Trabalho, por causa de sua precária legislação e por prejudicar direitos trabalhistas. Na Administração Pública, teve início na década de 60 em pleno Regime Militar, que buscou através do Decreto-Lei 200/67 descentralizar as atividades da administração pública com intuito de torna-la mais eficiente. De lá para cá, a terceirização foi sendo amplamente adotada pelo ente público, passando por inúmeras legislações que estipularam quando de sua adoção, como a Lei 5.645/70, o Decreto 2.271/97, até que, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso II, instituiu a obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público. Na atualidade, a terceirização na Administração Pública, é disciplinada pela Lei 8.666/93 a chamada Lei de Licitações e Contratos, Súmula 331 do TST e IN nº 2 de 2008 do MPOG. Uma discussão acerca do artigo 71, § 1º da LLC, em conflito com o inciso IV da antiga redação da Súmula 331, reascendeu a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, referente aos encargos trabalhistas inadimplidos pela contratada, o que suscitou o julgamento da ADC 16 pelo STF, por esse motivo, o TST reeditou a Súmula 331, o que deu novo impulso à discussão acerca da responsabilidade estatal frente aos contratos firmados com a iniciativa privada, quando esta não honra com as cláusulas contratuais. Diante deste imbróglio jurisprudencial, o presente trabalho foi dividido em três capítulos com o objetivo de elucidar as possibilidades de contratação de serviços pela Administração Pública, identificando os meios legais permissivos e justificando as possibilidades de sua responsabilização subsidiária ante ao

descumprimento das cláusulas contratuais e inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços.

No primeiro capítulo abordaremos brevemente o histórico sobre a origem da terceirização, e como essa ferramenta administrativa se difundiu no Brasil, tornando-se um mecanismo de eficiência adotado amplamente no setor privado e público. Neste nesse mesmo capítulo, apresentamos as possibilidades de sua utilização e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção dos primeiros diplomas legais sobre o tema e o enunciado 331 do TST que sumulou as possibilidades de seu emprego. Apresentamos também, o projeto de lei 4330/04 de autoria do deputado Sandro Mabel, que tenta regulamentar o instituto no ordenamento jurídico, e que foi palco de ampla discussão na Câmara dos Deputados em abril do corrente ano.

No segundo capítulo focamos a adoção da terceirização pelo ente público, identificando seu surgimento na Administração Pública com as primeiras disciplinas que adotaram sua utilização, traçando os limites de sua contratação e identificando as peculiaridades que a distinguem da concessão, permissão e autorização de serviços públicos e identificando até onde o ordenamento jurídico a responsabiliza por eventuais descumprimentos contratuais pela prestadora de serviços.

No terceiro capítulo, abordaremos a responsabilidade do Estado na gestão e fiscalização dos contratos, versando noções que distinguem o gestor do fiscal do contrato, compreendendo a responsabilidade por culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando*, enfatizando a reedição do enunciado 331 do TST pós julgamento da ADC 16 e a repercussão no mundo jurídico ante a impossibilidade de se afastar a responsabilidade do Estado pelo descumprimento das obrigações contratuais da prestadora de serviços. Por fim, através do estudo e pesquisa bibliográfica relacionada ao tema, procuramos apresentar medidas preventivas que auxiliem o gestor de contratos afim de evitar condenações da Administração Pública nos casos de descumprimento contratual por parte da empresa contratada para prestação de serviços.

1 TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Um fenômeno presente nas relações trabalhistas, a terceirização vem ganhando espaço no cenário laboral brasileiro, embora ainda não regulamentada por nosso ordenamento jurídico, a terceirização já faz parte do universo do Direito do Trabalho. Para Maurício Godinho Delgado, “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. (DELGADO, 2014, p. 452). Tal dissociação resulta numa relação trilateral, onde o obreiro presta serviços à uma empresa tomadora, através de uma empresa terceirizante, que contrata o prestador de serviço.

O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizam o Direito do Trabalho ao longo de sua história. (DELGADO, 2014, p. 452).

Por ser um modelo laboral relativamente novo no Brasil, inserido no Direito do Trabalho na década de 1960, e pela falta de regulamentação específica, é causa de insegurança jurídica e fonte de diversas lides na Justiça do trabalho, que se vale da CLT, Súmulas do TST, jurisprudências e até do Código Civil, para resolver os litígios, apontaremos algumas dessas legislações no decorrer deste trabalho.

1.1 Particularidades da Terceirização: Vantagens, riscos e fraudes na terceirização

A terceirização utilizada no setor privado e também na Administração Pública, é um processo de caráter irreversível, apresenta-se como uma ferramenta vantajosa, capaz de reduzir os gastos da empresa tomadora, por transferir à empresa interposta, a onerosidade dos encargos trabalhistas.

Comumente, aponta-se como escopo da terceirização a transferência de atividades acessórias ou secundárias a outras empresas com a

concentração no negócio principal; a especialização da atividade e, conseqüentemente, a melhor qualidade dos serviços; o aumento da produtividade; a redução do custo de produção; o aumento do lucro. (CAIXETA *et al*, 2013, p. 183).

Por outro lado, a assertiva de que a terceirização no Brasil é feita, basicamente, para reduzir custos, com a transferência da responsabilidade pelo pagamento dos encargos e direitos trabalhistas a empresas, muitas vezes inidôneas, (CAIXETA, 2013, p.183) que, por vezes, burlam os direitos do prestador de serviços, causando insegurança jurídica e aumentando os riscos de ter o prestador, que buscar seus direitos junto à Justiça do Trabalho, o que torna precária a relação do terceirizado com a empresa interposta.

Apesar de representar vantagem econômica para a empresa tomadora, o risco de contratar uma empresa interposta que não tenha competência ou idoneidade financeira, é muito grande, muitas empresas se valem dessa ferramenta com o intuito de gerar mais lucros, por sua vez, acabam por fraudar leis e obrigações trabalhistas, prejudicando diretamente o obreiro e onerando a empresa contratante dos serviços, como veremos mais adiante neste estudo.

Neste sentido, apesar de apresentar um avanço nas relações jurídicas na atualidade, o fenômeno da terceirização se apresenta como um percalço nas relações trilaterais, uma vez que, visa principalmente a redução nos custos com a mão de obra e, acabou por refletir diretamente, e de forma negativa, nos direitos trabalhistas dos terceirizados que se viram diante de jornadas excessivas de trabalho, com baixa ou nenhuma representatividade sindical para defesa de seus direitos, e com uma forte possibilidade de ter que buscar na justiça, a satisfação de seus direitos trabalhistas.

Para a tomadora, num primeiro momento, a terceirização se apresenta como uma alternativa viável e vantajosa de contratar mão de obra especializada a um custo significativamente mais baixo, sem, contudo, constituir vínculo empregatício direto. Embora num primeiro momento pareça vantajoso, os riscos inerentes ao contrato com a empresa interposta podem onerar futuramente à tomadora, caso a empresa interposta não honre com os encargos e direitos trabalhistas de seus prestadores de serviços, podendo a tomadora, responder por tais encargos e direitos violados. Claramente, embora vantajosa, a terceirização pode ser alvo de fraude pela empresa interposta, e tornar a relação contratual um risco oneroso para a

tomadora e extremamente danosa para o prestador de serviço, parte mais frágil da relação trilateral.

1.2 Terceirização Lícita e Ilícita

Entende-se por terceirização lícita, as que tem respaldo jurídico, ou seja, que estejam tipificadas na lei e tenham conformidade com a Súmula 331 do TST, que será abordada adiante. Primeiramente, considera-se lícita a contratação de trabalho temporário, que se encontram normatizadas na Lei 6.019/74 que regulam as necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa de forma temporária. Outra modalidade lícita, é a que rege as atividades de vigilância, definidas pela Lei 7.102/83, ressaltando para tanto que, vigilante não é vigia, este refere-se a uma modalidade semiespecializada, ao contrário do vigilante que é profissional especializado. Lícita também, é a contratação de atividades de conservação e limpeza modalidade tida como precursora da terceirização no Brasil, e finalizando as atividades lícitas, elencamos as atividades meio, largamente utilizadas na Administração Pública, objeto deste estudo, e que serão abordadas mais adiante.

Em contra partida, temos a terceirização ilícita, que se refere ao vínculo empregatício, uma vez que, o empregado terceirizado, excetuando as atividades lícitas mencionadas à cima, não pode ser subordinado diretamente ao tomador de serviços, o que enseja vínculo do obreiro diretamente com o tomador de serviços, comando do artigo 2º da CLT, mais a frente indicaremos que não há que se falar em vínculo direto do obreiro terceirizado com o tomador, quando este for estatal, uma vez que fere dispositivo constitucional, que dispõe que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público.

1.3 Efeitos jurídicos da terceirização

Importante salientar que, dois institutos merecem destaque na análise sobre os efeitos jurídicos da terceirização, quais sejam o vínculo com o tomador de serviços e a isonomia salarial, esta, fonte inesgotável de debates jurisprudenciais.

Vimos que a terceirização ilícita enseja a vinculação do obreiro terceirizado com a tomadora de serviços, uma vez que, a relação laboral seja de subordinação, e que, o empregador aparente, esteja oculto ou dissimulado, ou seja, que não exerça a personalidade e subordinação direta com o trabalhador terceirizado, neste caso, ficará caracterizada a vinculação direta do empregado terceirizado com a tomadora de serviços, uma vez que, passarão a enquadrar-se nos artigos 2º caput e 3º caput da CLT.

A isonomia salarial encontrou respaldo no art. 12, “a” da Lei 6.019/74, que garantiu ao trabalhador terceirizado a percepção de remuneração equivalente ao percebido pelo empregado que ocupe mesma função e categoria laboral na empresa tomadora, o que se entende por salário equitativo.

1.4 Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Com intuito de sanar os conflitos e pacificar as discussões doutrinárias, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) editou a súmula 331 que aduz:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida

responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

A referida súmula, em substituição à antiga Súmula 256, que previa os casos de legalidade de contratação de prestação de serviços, somente nos casos de trabalho temporário e serviço de vigilância, previstos respectivamente nas já mencionadas Leis 6.019/74 e 7.102/83, e definindo como ilegal os casos de contratação de trabalhadores através de empresa interposta, formando vínculo direto com a empresa tomadora de serviços, deu nova roupagem e regulamentação aos casos de contratação de força de trabalho de forma trilateral, normatizando e pacificando os conflitos advindos de tais contratos. Um ponto que nos chama à atenção neste estudo, se refere ao inciso II da Súmula 331, que define a ilegalidade de vínculo com a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, devido ao comando constitucional que prevê a obrigatoriedade do concurso público, para inserção em cargo ou serviço público. Desta forma, mesmo que haja vícios no contrato, o vínculo com a Administração Pública, inexistente.

A Súmula 331, como se percebe, deu resposta a algumas das críticas que se faziam ao texto da Súmula 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público. (DELGADO, 2014, p. 466).

De forma assertiva, a referida Súmula subsidiou à Administração Pública, a responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas não honradas pelas empresas interpostas, aludindo a responsabilidade à eficaz fiscalização na gestão e cumprimento das normas previstas na Lei 8.666/93, delegando culpa ao responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato, tema de nosso estudo. Em se tratando de contratação de empresa interposta no âmbito da Administração Pública, é mister salientar o comando do inciso III da Súmula 331, o qual define como regra, a contratação de serviços especializados para a atividade meio, proibindo a pessoalidade e subordinação direta com a tomadora.

1.4.1 Atividade meio x Atividade fim

A terceirização de força de trabalho encontra um limite no inciso III da Súmula 331 do TST que, proíbe a contratação de serviços para atividades fim da empresa tomadora, uma vez que, nas atividades fim, a personalidade e subordinação se tornam imprescindíveis na execução dos serviços, desta forma, a referida Súmula orienta para a contratação de atividades meio, quais sejam, serviços de vigilância, conservação e limpeza e de serviços especializados ligados às atividades meio. Para Sebastião Vieira Caixeta, mencionando Alice Monteiro de Barros (2013, P.185), “[...]a terceirização consiste em transferir para outrem atividade considerada secundária, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”.

Consagra-se assim, a imprescindibilidade de contratação de serviços somente para atividades meio, sendo vetada a contratação para atividades fim, comando do inciso I da aludida Súmula 331, que define vinculação direta nos casos em que, a tomadora terceiriza atividades fim, criando personalidade e subordinação, enquadrando-se nos artigos 2º e 3º *caput* da CLT, exceto com a Administração Pública por obrigatoriedade do concurso público.

1.5 Projeto de Lei 4330/2004

De autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, o projeto de Lei 4330 de 2004, veio à tona e foi palco de uma acirrada disputa na Câmara de Deputados em abril do corrente ano de 2015, tendo seu texto base aprovado por 324 votos a favor, 137 contra e 2 abstenções. A novidade no texto substitutivo apresentado pelo Deputado Arthur Oliveira Maia, traz a possibilidade de se terceirizar quaisquer atividades da empresa, o texto apresentado, não utiliza os termos “atividade - meio” ou “atividade-fim”, o que permite a terceirização de qualquer setor de uma empresa, o que muitos opositores ao projeto, veem como a precarização dos direitos trabalhistas (PIOVESAN, 2015).

O projeto original de autoria do Deputado Sandro Mabel, previa a regulamentação da terceirização, de forma a assegurar ao obreiro terceirizado direitos e garantias nos contratos de trabalho conforme, justificção do próprio deputado:

No Brasil, a legislação foi verdadeiramente atropelada pela realidade. Ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação.

As relações de trabalho na prestação de serviços a terceiros reclamam urgente intervenção legislativa, no sentido de definir as responsabilidades do tomador e do prestador de serviços e, assim, garantir os direitos dos trabalhadores. (MABEL, 2004.)

O cerne do projeto é a proteção ao trabalhador terceirizado, instituindo uma legislação que garantisse os direitos inerentes ao trabalhador, contratado na modalidade terceirizada. O que houve na substituição do texto colocado em votação em abril de 2015, segundo alguns doutrinadores e advogados trabalhistas consultados pela mídia à época da referida votação, foi um atentado aos direitos trabalhistas, o que, não é o objeto deste trabalho, mas seria inconsequente não abordar o referido projeto que ainda tramita no Congresso Nacional, e pode torna-se principal fonte de regulação dos direitos trabalhistas do obreiro terceirizado.

2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O fenômeno da terceirização não passou imune no âmbito da Administração Pública, a “revolução” dos métodos de gerenciamento, organização e divisão de trabalho, conforme salienta Winnicius Pereira de Góes (2013, p. 129), devidos à crescente evolução tecnológica e científica, fruto de investimentos do capitalismo nos meios de produção, bem como o crescimento de um mercado global competitivo, fatalmente, resultaria num processo de descentralização dos meios de produção e serviços, com o intuito de conter gastos, acelerar a produção, aumentar os lucros e aprimorar os serviços. A tal fenômeno, resultou no que se entende por terceirização, conforme explanado no capítulo anterior, e claro, na busca por se minimizar os custos da máquina administrativa do Estado, a adoção de tal mecanismo seria inevitável.

A demanda por uma melhora nos serviços da Administração e uma flexibilização dos gastos com pessoal, em muitos casos, por meio de contratação de mão de obra para suprir cargos extintos na Administração Pública, obrigou o Estado a se servir de mão de obra terceirizada, através de contratos por empresas interpostas, para tanto, se viu obrigado a regularizar tais contratações, devido aos princípios da legalidade, eficiência e publicidade, princípios estes que regem a Administração Pública.

2.1 Surgimento da terceirização na Administração Pública

No Brasil, a adoção pela Administração Pública de serviços terceirizados teve início na década de 1960, em pleno Regime Militar, mais precisamente em 25 de fevereiro de 1967, quando, para suprir a demanda de serviços no setor público, editou-se o Decreto Lei nº 200, que em seu artigo 10, prevê a descentralização das atividades na Administração Pública tornando-a mais eficiente, bem como, em seu § 7º, torna possível a contratação indireta legal, para suprir a carência de pessoal nos serviços públicos, conforme se vê:

Decreto-Lei 200/67:

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.

Através do referido decreto, passou a Administração Pública a contar com uma descentralização dos serviços que, em contrapartida, garantiria a redução de custos e maior eficiência dos serviços prestados à população como bem salienta Winnicius Pereira de Góes:

A descentralização administrativa promovida pelo Decreto nº 200/1967 considerou, sobretudo, a possibilidade de garantir à Administração Pública a redução de custos e eficiência por meio da transferência de atividade antes mantidas pela administração direta, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e privadas com capacidade para atender à demanda estatal. (GÓES, 2013, p. 132 -133)

Nota-se que, através do referido Decreto, passou a Administração Pública a contar com o setor privado para dinamizar o aparato administrativo estatal, com o intuito de agilizar os serviços e minimizando os custos da máquina. A partir de tal decreto, passa a legislação brasileira, a contar com a terceirização no setor público, muito embora, não se utilizava, ainda, de tal nomenclatura. Com a ideia de descentralização em voga, em 1970 foi editada a Lei 5.645 que, de acordo com Carolina Zancaner Zockun:

[...] fixou diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais e, em seu art. 3º, parágrafo único, estabeleceu que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n.200, de 25 de fevereiro de 1967”. (ZOCKUN, 2014, p.32)

Com efeito, apesar da legalidade de trespasse de atividades administrativas à iniciativa privada, somente com o advento das privatizações é que o movimento ganhou forças. Há que se falar que as privatizações tiveram início no governo do

General João Figueiredo, passando pelo governo de José Sarney, mas, no entanto, ganharam impulso no governo Collor, tendo seu ápice no governo de Fernando Henrique Cardoso.

As contratações indiretas dispostas no Decreto nº 200/1967 e da Lei nº 5.645/1970, ocasionaram:

[...] duas consequências inesperadas e indesejáveis. De um lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como burocrática ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, assim, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível, selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através de empresas estatais. (PEREIRA, 1998, apud GÓES, 2013, p.134)

Assim sendo, tais disposições legais desencadearam um inchaço no quadro de pessoal no âmbito público, culminando na elevação de gastos com pessoal. Tais disposições sucumbiram na ineficiência de normas constituintes vigentes à época, que, somente após promulgação da Constituição de 1988, que em seu artigo 37, inciso II, regulou a contratação direta de servidores e empregados públicos, por meio de concurso de provas ou de provas e títulos. É fácil notar que, antes do comando constitucional de contratações pela Administração Pública, através de concurso público, as contratações se davam por meio de indicações políticas, apadrinhamentos, por solicitação de servidores efetivos que exerciam certa influência na Administração Pública, culminando com o tráfico de influência que, infelizmente, ainda assola o serviço público.

Ainda referente ao artigo 37 da Constituição da República, o inciso XXI, trata da permissão de contratação de serviços pela Administração Pública, desde que licitados e com previsão legal, através de legislação infraconstitucional. Tal previsão se deu com a Lei de Licitações e Contratos, que passou a reger os contratos firmados com a Administração Pública. A Lei 8.666/1993, passou a disciplinar a forma de contratação junto ao Estado, que só será válida mediante licitação, oportunizando a ampla concorrência e a tomada de preços, afim de viabilizar as contratações. Embora não regule a atividade terceirizante no que tange à legislação

específica, ela regula a forma de contratação com o setor público, em seu artigo 2º, estabelece que os contratos de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, serão sempre precedidos de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas legalmente. A Lei 8.666/1993, em seu artigo 6º, inciso II traz a definição de serviço, de suma importância para o entendimento do que possa ser terceirizado pela Administração Pública, como sendo:

(...) toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; (...).

Tal definição, permite terceirizar atividades-meio, as quais são permitidas por nosso ordenamento jurídico, especialmente, se relacionam as atividades de conservação, limpeza, manutenção, transporte e vigilância, que são comumente objeto de contratação pela Administração.

Com relação à prorrogação dos contratos, o artigo 57, inciso II da Lei 8.666/93 regula a permissão de prorrogação dos contratos de serviços de natureza continuada e admite que atividades de caráter perene, possam ser prestadas por terceirizados.

Ainda referente à legislação infraconstitucional, o Decreto 2.271 de 1997, traz em seu artigo 1º e §§ 1º e 2º, a admissão da terceirização nos termos:

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 fundacionais 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.

Novamente se destaca serviços que, preferencialmente, serão objeto de contratação indireta, dentre eles destacando-se os serviços de conservação, limpeza, vigilância e recepção, que são os mais utilizados pela administração, lembrando que, tratam-se de atividades-meio, diferenciando a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, conforme esclarece Carolina Zancaner Zockun:

O Decreto 2.271/1997 avançou também ao diferenciar a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, prescrevendo, em seu art. 4º, II e V, ser vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam (i) a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra e (ii) a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante. (ZOCKUN, 2014, p.73)

Há que se lembrar sempre, que é vedada a subordinação dos terceirizados aos agentes públicos efetivos, por caracterizar relação de emprego e vínculo empregatício direto, o que é proibido por nosso ordenamento jurídico.

Outro importante instrumento normativo, é a Instrução normativa 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que também regula as contratações de serviços indiretos e contínuos com Administração Pública, essa instrução em seu artigo 7º § 2º, faz menção à palavra terceirização como se dispõe:

Art. 7º. As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 1º. Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º. A Administração poderá contratar, mediante **terceirização**, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei n. 9.632/1998. (Grifo nosso).

Com efeito, a reforma administrativa ao longo dos anos, desde o Decreto nº 200/1967, até a IN 2/2008, permitiram que a Administração Pública se valesse da prestação de serviços via terceirização, desde de que, precedida de processo de licitação, exigência do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República de 1988.

Sobre a reforma administrativa ao longo dos anos, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 221) expõe:

Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.

Nesse entendimento, nota-se que a reforma administrativa brasileira caminha para superterceirização, que visa a eficiência e redução de custos, tornando dinâmico o aparato estatal, descentralizando, legalmente, os serviços que possam ser exercidos de forma indireta, desafogando a máquina estatal e privilegiando a iniciativa privada na participação dos serviços de caráter meio, alvo de discussão no presente trabalho, e dando publicidade ao mesmo.

2.2 Limites da terceirização de serviços públicos

Apesar da Administração Pública poder adotar a terceirização, desde que previstas em lei, precedidas de licitação, há limites constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudenciais que devem ser considerados. Uma primeira limitação à terceirização de serviços no setor público, de ordem constitucional está disposta no artigo 37, inciso II da Constituição Federal, que estabelece como investidura em cargo ou emprego público a prévia aprovação em concurso de provas ou de prova e títulos.

Outro limite nas contratações de serviços são os de cunho finalístico, que estão reservadas à atuação do servidor efetivo, conforme enfatiza Winnicius Pereira de Góes (2013, p. 160):

(...) os fundamentos constitucionais levam à constatação de que a terceirização de serviços no âmbito público, relacionadas à atividade-fim da Administração Pública direta e indireta é inteiramente inconstitucional. Principalmente quando se considera que as atividades finalísticas estatais estão reservadas à atuação estatal, que delas não pode se desincumbir mediante transferência executória a terceiro da iniciativa privada ou mesmo da esfera pública.

Visando preencher a omissão legislativa sobre a terceirização, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento jurisprudencial limitando a terceirização somente à atividades-meio, proibindo a personalidade e subordinação

direta, e também afastando definitivamente, qualquer dúvida acerca da vinculação com a Administração Pública, mesmo em casos de contratação irregular, devido ao comando do já citado artigo 37, inciso II de nossa Carta Magna.

Já a Lei 8.666/93, quando define as possibilidades de contratação de serviços pela Administração Pública, elenca um rol exemplificativo das atividades que podem ser terceirizáveis, dentre elas: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais.

Quanto ao Decreto Federal 2.271/97, o § 2º do artigo 1º traz uma vedação para terceirização na Administração Pública, que é a “execução indireta de atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade”.

Diogo Palau Flores dos Santos, lembra o comando da Instrução Normativa nº 2 que em seu artigo 6º dispõe sobre a possibilidade de contratação de terceiros para apoiar a realização de atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional, nas palavras do autor:

Não se pode deixar de ressaltar a Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento – IN/SLTI n. 2/2008 -, que trata de atividades essenciais relacionadas à função institucional da Administração Pública, sendo que a terceirização pode ocorrer em atividades que apoiem essa função institucional. (SANTOS, 2014, p. 65)

A legislação é clara quanto aos limites de contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública, principalmente, devido a exigência de concurso público para investidura em cargos e empregos públicos que, diminuem os riscos estatais quanto ao funcionamento das atividades tipicamente públicas, que demandam servidores efetivos de carreira.

2.3 Distinção entre terceirização, permissão, concessão e autorização de serviços públicos

A descentralização das atividades administrativas, que transmitiu para a iniciativa privada parte das atividades antes estatais, possibilitou a flexibilização e

diminuição dos custos para a Administração Pública. Há que se diferenciar, neste sentido, o que vem a ser concessão, permissão, autorização e terceirização.

O artigo 175 da Constituição Federal, autoriza a descentralização das modalidades concessão, autorização e permissão de serviços públicos.

No caso da concessão, regulada pela Lei nº 8.987/95, para que ocorra sua formalização, é exigida a procedência de procedimento licitatório, regulado pela Lei nº 8.666/93, a ela é atribuída o exercício de determinado serviço, que tem natureza pública, à uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que, por sua conta e risco, irá prestá-lo. De sua exploração, serão cobradas tarifas diretamente dos usuários que dela fizerem uso, tal permissividade não se estende à prestadora de serviços públicos terceirizada, a qual é proibida de exercer qualquer tipo de cobrança.

O instituto da permissão, a seu modo, é quando o poder público transfere para outrem, mediante ato unilateral, discricionário e precário, a execução de determinado serviço público, que irá exercê-lo em nome próprio por sua conta e risco, mediante pagamento por parte do usuário. Embora a permissão seja muito similar à concessão, e regida pela mesma Lei 8.987/95 e também autorizada pelo artigo 175 da Constituição Federal, existem diferenças entre elas, a exemplo, a permissão não precisa de processo licitatório, como é o caso da concessão, a permissão pode ser atribuída a pessoa física ou jurídica, já a concessão só pode ser atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Segundo MEDAUAR a concessão é atribuída a serviços de longa duração, já a permissão é utilizada para serviços de média ou curta duração (2011, p.350 apud GÓES, 2013, p.153). Nos dois institutos há a cobrança de tarifas, tanto pelo concessionário quanto pelo permissionário, diretamente do usuário do serviço.

Quanto à autorização de serviços públicos, este se constitui de “[...] ato unilateral e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício [...]” (DI PIETRO, 2011, p. 307, apud GÓES, 2013, p.156), por sua conta e risco, sem licitação, cabendo ao Estado apenas sua fiscalização. Portanto, diferencia-se da terceirização pelo fato da não necessidade de processo licitatório.

Com efeito, Winnicius Pereira de Góes elucida a distinção entre os referidos institutos, de forma brilhante ao expor:

As distinções expostas evidenciam as diferenças entre as modalidades descentralizadoras objeto da análise e indicam que as concessionárias, permissionárias e autorizatárias, investidas em serviço de natureza pública, ao assumir suas atividades principais, podem terceirizar as atividades não relacionadas à atividades-fim dos serviços que lhe foram transferidos pela Administração Pública.

Por conseguinte, a terceirização inerente à atividades-meio dos serviços públicos serve de modelo gerencial descentralizador de atividades de natureza pública, tanto para a Administração Pública, quando esta executa diretamente suas atividades, quanto para as concessionárias, permissionárias e autorizatárias que assumem para si a missão de oferecer à coletividade serviços de natureza pública eficiente, mediante pagamento de tarifas em valor suficiente para a sua manutenção, investindo em melhorias técnicas e estruturais, associadas ao aumento do lucro. (GÓES, 2013, p.156-157)

Diante do exposto, não há que se confundir terceirização com as outras formas de descentralização, quais sejam, concessão, permissão e autorização de serviços públicos, visto que, não há que se falar em pagamentos de tarifas para manutenção dos serviços terceirizados, vez que, sua obrigação pecuniária é feita pela própria Administração Pública, após certame licitatório.

2.4 Responsabilidade da Administração Pública

Quanto à responsabilidade da Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, o comando do artigo 71 da Lei 8.666/93, assim destaca:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

O § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, no que diz respeito a inadimplência dos encargos trabalhistas, tenciona a privar a Administração Pública de ser

responsabilizada pelos créditos trabalhistas que, por ventura, sejam devidos por empresas interpostas que com ela tenham firmado contrato, tal comando esbarra no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que a doutrina e jurisprudência entendem como teoria da responsabilidade objetiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 6º - 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.

Dessa forma, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seus incisos IV e V, em conformidade com o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, transfere à Administração Pública, nos casos de inadimplemento dos encargos trabalhistas devidos pela empresa interposta ao servidor terceirizado, a responsabilidade subsidiária da Administração, conforme texto sumulado:

Súmula nº 331 do TST

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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.

Nesse sentido esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, apud SANTOS, 2014, P.84-85):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma missão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo

caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não já conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Depreende-se da afirmação de ilustre jurista que, a responsabilidade da Administração Pública seria do tipo objetiva ou subjetiva, dependendo da atuação do Estado no caso, objetiva, através de ação que possa causar risco de prejuízos por atuação estatal, e subjetiva quando faltar o dever de zelo do agente do Estado, sendo necessária a apuração se o fato ocorreu por dolo ou culpa.

No próximo capítulo, aprofundaremos no tema sobre a responsabilidade da Administração Pública, qual seja, o dever de zelar pela coisa pública, no caso, o investimento em contratos de serviço terceirizado, que demandam a indicação de um gestor do contrato e de um fiscal dos serviços prestados.

3 RESPONSABILIDADES NA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Uma questão que sempre é tema de discussão doutrinária, é a responsabilidade da Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte de empresas interpostas. Tal discussão advém do fato de uma corrente pregar que se deve aplicar o inciso IV da Súmula 331 do TST, já mencionada no capítulo 1 deste trabalho, e outra corrente tende pela aplicação do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, citado no capítulo anterior. O que fundamenta tais discussões, são o teor dos comandos, ora responsabilizando a Administração subsidiariamente pela conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações firmadas no contrato, ora responsabilizando o contratado exclusivamente, como é o caso do Artigo 71 Caput e seu § 1º. Diante de tal percalço, é mister observar o que dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal¹, e assim citar a teoria do risco administrativo, brilhantemente identificada por Caio Mário (1965, apud TOURINHO, 2015, p.108) que identifica a responsabilidade objetiva do Estado como:

Aquela que encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positive, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação.

Diante de tal teoria, resta observar que, o comando do inciso IV da Súmula 331 tem respaldo constitucional, sendo assim, é inegável a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, diante da ocorrência de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas interpostas, quando provada omissão do ente público. O que não obsta, o ressarcimento de eventuais gastos públicos, através de ação de regresso ante ao gestor dos contratos por culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, como veremos adiante na gestão e fiscalização dos contratos.

¹ CRFB/88 – Art. 37, §6º “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”.

3.1 Gestão e Fiscalização dos Contratos Administrativos

A Lei nº 8.666/93 em seu artigo 67, estabelece que a Administração deverá designar representante para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, da mesma forma, o artigo 6º do Decreto nº 2.271/97, estabelece que a Administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo seu acompanhamento e fiscalização (VIEIRA, FURTADO et all, 2015, pag. 315-316). Nesse sentido, a Administração Pública tem o poder dever de zelar pelos contratos que firma, para tanto, faz-se necessário a nomeação de um fiscal gestor do contrato, que deverá zelar pelas cláusulas contratuais, de forma a prevenir eventuais descumprimentos e/ou burla dos deveres da contratada.

A Lei de Licitações e Contratos traz no artigo 67, § § 1º e 2º e 68, o comando para se indicar o gestor que acompanhará os contratos, *in verbis*:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º O representante da Administração 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.

§2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

Em sentido estrito, os artigos 67 e 68 da Lei 8.666/93 evidenciam o claro dever da Administração em zelar pelos contratos firmados, trazendo benefícios e economicidade para a mesma, proporcionando um controle contratual eficiente. Mas infelizmente, muitas vezes, os servidores nomeados para tais cargos, desconhecem o teor dos contratos, e por vezes, a preocupação maior se faz em efetivar os contratos e não, fiscalizar seu cumprimento. Conforme indicado, a figura do preposto forma o elo de ligação entre a empresa contratada e a Administração, sendo crucial o entendimento e bom relacionamento do fiscal gestor, com tal figura, pois através dele, se evitará a relação de subordinação com os empregados terceirizados, uma vez que, será o preposto, o encarregado de exercer a função de comando, cabendo a ele, exclusivamente, a transmissão das ordens de serviço.

Por sua vez, o artigo 6º do Decreto nº 2.271/97, dispõe:

Art. 6º A Administração indicará um gestor de contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.

Tal indicação deverá ser atribuída a um servidor que detenha conhecimento técnico sobre o assunto, tornando eficaz a gerência e fiscalização da gestão contratual, pois a ele é atribuída diversas responsabilidades, dependendo da função e tipo de contrato, do qual é responsável. Outrossim, faz se necessário distinguir o gestor do fiscal de contrato.

3.2 Distinção entre gestor e fiscal do contrato

O entendimento majoritário dentre a maioria dos autores, é de que o gestor e o fiscal não devem ser o mesmo servidor, devido às funções distintas atribuídas a cada um. Para Antonieta Pereira Vieira (et all, 2015, p.329), o gestor é aquele que tem uma visão ampla do sistema ao qual o contrato está inserido, e o fiscal é o que detém conhecimentos técnicos do objeto do contrato. Com relação a essas duas figuras, os autores fazem a seguinte distinção:

É importante salientar que as funções inerentes à gestão do processo de contratação e a fiscalização da execução dos serviços deveriam ser realizadas por servidores distintos: um fiscal do contrato com conhecimentos técnicos do objeto, representando a área demandante; e um servidor da área de contratos/compras, que se responsabilizaria pela gestão do contrato, mas na prática, essa não é a realidade, pela ausência de servidores. Comumente um único servidor é responsável por todos os segmentos do processo, não tendo condições de acompanhá-los de acordo com as normas legais, sendo, muitas vezes, um mero atestador de notas fiscais.

Assim, o gestor de contratos é responsável direto por fiscalizar a execução contratual, enquanto que o fiscal seria um auxiliar do gestor que tem a função precípua de fiscalizar o objeto do contrato. Embora se pareçam, as funções se distinguem pelo conhecimento atribuído a cada uma delas, de um lado, o gestor que

detém o conhecimento do contrato, de outro, o fiscal que conhece a execução do objeto contratado.

Não há dúvidas de que o agente público investido nas funções de gestor e fiscal de contratos deverá ser capacitado para realizar as atividades inerentes ao cargo, pois poderá ser responsabilizado por eventuais erros ou ilícitos praticados. Além disso, não deveria acumular essas funções com outras alheias à contratação, fato que rotineiramente ocorre no serviço público (geralmente motivado pela falta de pessoal), mas que prejudica demasiadamente a gestão do contrato, pois os agentes não dispõem de tempo para se capacitarem adequadamente, e alguns nem mesmo para realizar adequadamente as rotinas necessárias para o acompanhamento do contrato. Aliado a isso, muitas vezes ainda acumulam as funções de gestor e fiscal do mesmo contrato.

Junto às responsabilidades pela gestão e fiscalização dos contratos, a atuação inadequada por parte dos servidores públicos, poderá acarretar sanções, conforme prevê a Lei 8.666/93:

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

Diante dessa previsão legal, os servidores que acumulam funções de gestor ou fiscal em contratos com a Administração Pública, se veem coatos a serem responsabilizados por ingerência no acompanhamento e fiscalização de tais contratos, podendo responder civil e criminalmente por tais atos, sofrendo ação de regresso por parte da Administração e ressarcindo ao erário. Nestes casos, responderá, subsidiariamente a Administração, por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, por eventuais obrigações trabalhistas perante o obreiro terceirizado, as quais por ingerência do servidor designado para acompanhar e fiscalizar o contrato, se tenha dado causa.

3.3 Responsabilidades da Administração Pública – Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*

Nos casos de conduta culposa, no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações sociotrabalhistas por parte da contratada, poderá ser, apurados os fatos, responsabilizada subsidiariamente a Administração, pelos encargos trabalhistas devidos ao obreiro. Tal comando jurisprudencial do inciso IV da Súmula 331 do TST, traz ainda, a oportunidade de se ensejar ação de regresso contra o servidor que tenha dado causa ao fato, por sua conduta omissa ou culposa, na obrigação de vigiar e ou por ter escolhido, erroneamente, sem consulta de bons antecedentes e certidões negativas de débito da empresa contratada.

Nesse caso, a responsabilidade de vigiar e escolher, se desdobra em um subsídio, e culmina na responsabilidade de ressarcir o dano causado. Podemos traduzir tal responsabilidade como sendo uma obrigação solidária, que é uma espécie de obrigação múltipla, pois assim se configura por haver mais de um indivíduo em um ou outro polo da relação obrigacional.

Nesse sentido esclarece Cézar Fiúza (2006, apud, SANTOS, 2014, p.78-79):

No sentido de suportar sanções, responsabilidade pode traduzir a ideia de relação obrigacional secundária, que surge quando a relação de débito não chega a bom termo, ou seja, quando a obrigação não é adimplida. Diz-se, portanto, que a situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito, outra de responsabilidade. A segunda surge, quando a primeira não se resolve a contento, isto é, quando o devedor não realiza a prestação a que se obrigara. Neste caso, responde patrimonialmente perante o credor, daí se falar em responsabilidade.

Conforme ilustrado, a responsabilidade se relaciona com a violação de uma obrigação, qual seja, o dever de cumprir com o contrato por parte da contratada, e o dever de fiscalizar e gerir o contrato por parte da Administração Pública, através do gestor e/ou fiscal do contrato, conforme previsões constitucionais e infra legais, o que acarretará em responsabilização subjetiva da Administração Pública por configurar a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, devidamente comprovada em instrução probatória, afastando a responsabilidade objetiva que, seria inconstitucional, conforme amplo entendimento jurisprudencial. Tal fato, obriga a Administração Pública a tomar medidas eficazes, no que tange seu dever legal de eleger e vigiar seu representante, no caso, a contratada interposta, afastando desta

forma, sua responsabilidade subsidiária e garantindo ao obreiro terceirizado seus direitos fundamentais sociotrabalhistas. Ficando aqui, a responsabilidade claramente, na pessoa do gestor e/ou fiscal especialmente designado para acompanhar, fiscalizar, gerir e conferir todos os atos da contratada, conforme se depreende do disposto no inciso IV da Súmula 331 do TST ficando o gestor/fiscal, caracterizado pela culpa *in elegendo*, quando da má escolha do preposto ou omissão quanto ao dever de atestar a boa reputação da empresa a ser contratada mediante fiscalização de bons antecedentes e reputação ilibada, de outro lado, a culpa *in vigilando* se perfaz, pela falta de atenção ou resguardo com os procedimentos inerentes ao contrato a ser cumprido pela empresa prestadora de serviços, sobretudo no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Fato que suscita ampla discussão doutrinária, visto que, com a chegada do Código Civil de 2002, a responsabilidade com culpa presumida foi extinta, na forma como era no Código de 1916, sendo substituída por responsabilidade objetiva, o que afasta a constitucionalidade do fato de acordo com o artigo 37, § 6º de nossa carta magna, conforme esclarece Carolina Zancaner:

A responsabilidade do Estado, contudo, não pode ser considerada, em todos os casos, como objetiva. E isto porque o comando constitucional exige uma atuação comissiva do Estado quando discorre que os entes públicos responderão pelos danos que seus agentes *causarem* a terceiros. (ZOCKUN, 2014, p.95 grifo do autor)

Nesse sentido, entende a doutrinadora que o Estado não pode ser um “segurador universal”, respondendo objetivamente sobre danos a que não deu causa. O que tem fundamento na ampla doutrina que defende a responsabilidade subjetiva do ente público, nos casos de omissão do dever de fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas, devendo, para se exonerar de tal responsabilidade, comprovar que geriu exemplarmente a fiscalização do contrato, afastando a responsabilização inferida no inciso IV da Súmula 331 do TST.

3.4 Julgamento da ADC 16 e a responsabilidade subsidiária

A responsabilização subsidiária da Administração Pública foi muito debatida pela doutrina, com o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 16, o STF

confirmou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, impedindo a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública de forma automática, como previa a antiga redação do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Com o julgamento da ADC 16, restou prejudicado o inciso IV do enunciado do TST, o que provocou imenso alívio aos gestores de contratos, não mais cabia a responsabilização imediata do ente público, fato que poderia implicar penal e civilmente o gestor, se restasse provada sua culpa ou dolo, quando de seu dever de fiscalizar e gerir o contrato, impedindo danos a terceiros, conforme artigo 37, § 6º da CF/88.

Com o entendimento firmado pelo STF acerca da constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, em 24 de novembro de 2010, *in verbis*:

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

Houve uma rápida resposta do TST, que reformulou o enunciado da Súmula 331 que passou a ter a seguinte redação em seu inciso V:

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.

Com a nova redação, retomou-se a discussão acerca da responsabilização subsidiária da Administração Pública, os gestores passaram a se preocupar em manter uma fiscalização mais eficaz, uma vez que, a má conduta na fiscalização e acompanhamento dos contratos, poderia acarretar a responsabilidade subsidiária da

Administração e, assim sendo, a possibilidade de ação de regresso contra o gestor, caso comprovada sua ingerência por culpa ou dolo na fiscalização do contrato.

Contudo, essa responsabilidade, resta ser comprovada por omissão na fiscalização do contrato de trabalho do prestador de serviços, evidenciando que se trata de responsabilidade subjetiva, devidamente comprovada no caso concreto.

A responsabilidade subsidiária da Administração Pública, advém da omissão em não se aplicar de maneira efetiva os comandos legais que norteiam os contratos com o ente público, em especial, a Lei 8.666/93, a IN nº 2 de 2008 e Súmula 331 do TST.

3.5 Responsabilidade subsidiária e a criação da conta vinculada

Em meio as discussões acerca da constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, o julgamento da ADC 16 e da aplicabilidade da responsabilidade subsidiária da Administração Pública após a nova redação da Súmula 331, o MPOG editou a IN nº 02/2008, instituindo a chamada “conta vinculada para a quitação de obrigações trabalhistas”, com o intuito de se resguardar de eventuais condenações trabalhistas. Tal conta, teria por fim, destinar um percentual dos valores contratados a fim de garantir a quitação de eventuais demandas trabalhistas contra a contratada e a Administração Pública. Contudo, um pedido de reexame do acórdão TCU nº 1.937/2009, conforme TC nº 020.494/2005-7, restou por entendido, que a criação de tal conta não tinha amparo legal, conforme segue transcrição do item 4 do voto de referido Acórdão:

4. Assim, a exigência de que as empresas contratadas mantenham, sob administração do Banco, fundo de reserva com depósitos mensais de encargos previdenciários e trabalhistas: a) não tem amparo na Lei 8.666/1993, que impede a exigência de outra garantia contratual além das previstas naquele diploma legal; b) cria encargos adicionais que serão repassados pelos fornecedores a seus preços, com conseqüente prejuízo para o BB; c) cria necessidade de estruturação de controles adicionais na estrutura do Banco, com correspondente acréscimo de custos administrativos; d) pode, eventualmente, até mesmo reforçar a responsabilidade subsidiária do Banco que a medida buscava afastar.

O princípio da eficiência na Administração Pública, consiste em se obter uma melhor relação custo benefício, nas contratações entre o ente público e a iniciativa privada, sendo assim, foi o entendimento do reexame do Acórdão, que considerou abusivo e sem respaldo legal a criação de tal conta vinculada, uma vez que cabe a Administração Pública, através do gestor/fiscal do contrato, o controle e fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, através dos documentos comprobatórios fornecidos por esta, quando do pagamento das parcelas do contrato mediante apresentação de notas fiscais.

Entretanto, uma alteração à Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, inserida pela Instrução Normativa nº 06/2013, tornou obrigatória a criação da conta vinculada aos órgãos da Administração Pública Federal vinculados ao SISG (Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais), que em seu Anexo VII - Conta Vinculada para a quitação das obrigações trabalhistas, dispõe:

1. As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que tratam este Anexo, em relação à mão-de-obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão-de-obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e depositadas em conta vinculada em instituição bancária, bloqueada para movimentação e aberta em nome da empresa.

1.1 A movimentação da conta vinculada dependerá de autorização do órgão ou entidade contratante e será feita exclusivamente para o pagamento dessas obrigações.

1.2 O montante do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões:

I – 13º (décimo terceiro) salário;

II - férias e um terço constitucional de férias;

III - multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa; e

IV - encargos sobre férias e 13º (décimo terceiro) salário.

1.3 O órgão ou entidade contratante deverá firmar acordo de cooperação com instituição bancária, o qual determinará os termos para a abertura da conta corrente vinculada.

Tal modificação visa proteger os direitos trabalhistas do obreiro terceirizado, minimizando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública e, conferindo ao gestor/fiscal do contrato a inserção da cláusula contratual que prevê a criação da conta-depósito vinculada-bloqueada para movimentação, que ensejará ao gestor/fiscal, a responsabilidade de só firmar o contrato mediante criação de

mencionada conta, que deverá constar no instrumento convocatório de licitação. Será também responsável por verificar todas as verbas trabalhistas incidentes sobre a mão de obra contratada e realizar a conferência das quitações das mesmas e, ao final da vigência contratual, quando do seu encerramento, procederá a liberação do saldo da conta, mediante comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço prestado, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados.

Como se pode notar, a responsabilidade do gestor/fiscal do trabalho é bem ampla, e é ela que garante à Administração Pública, a efetividade no cumprimento das cláusulas contratuais transferindo à pessoa do gestor/fiscal a responsabilidade precípua de zelar pelo contrato de forma a garantir sua total e irrestrita execução.

3.6 Responsabilidade solidária

Em relação à responsabilidade solidária da Administração Pública, vejamos a nova redação do artigo 31 da Lei 8.212/91:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009).

Conforme se denota, a responsabilização solidária pelos encargos previdenciários não mais está prevista na legislação previdenciária, muito embora, ainda conste do § 2º do artigo 71 da Lei 8.666/93 conforme se vê:

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

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Assim sendo, a solidariedade previdenciária prevista no § 2º do artigo 71 da Lei 8.666/93, não foi contemplada na nova redação do artigo 31 *caput* da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.933/09. Muito embora, o gestor do contrato deve se ater ao comando do § 1º do artigo 31 da Lei 8.212/91 que aduz:

§ 1º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Segundo Antonieta Pereira Vieira (*et al*, 2015), a Administração Pública, quando tomadora de serviços, terá obrigação de reter o percentual previsto na forma da lei supracitada, novamente cuidado o gestor em se atentar quando se tratar de possibilidade de retenção de percentual diferente, conforme disposto no §6º do artigo 7º da Lei 12.546/11, quando se tratar da substituição das contribuições conforme previsão dos incisos I e III do *caput* do artigo 22 da Lei 8.212/91, casos em que a empresa tribute sobre a receita bruta, vejamos:

§ 6º No caso de contratação de empresas para a execução dos serviços referidos no caput, mediante cessão de mão de obra, na forma definida pelo art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e para fins de elisão da responsabilidade solidária prevista no inciso VI do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, a empresa contratante deverá reter 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços. (Redação dada pela Lei nº 12.995, de 2014)

Depreende-se que, a fiscalização e gerência do gestor do contrato no que se refere à responsabilidade solidária, é meramente a de fiscalizar os pagamentos dos encargos previdenciários por parte da prestadora de serviços, muito embora não mais responda solidariamente, é dever do gestor cobrar a regularidade junto à Previdência Social e ao FGTS, por ser objeto do contrato firmado.

3.7 Atributos e medidas preventivas para auxiliar o gestor dos contratos

Com intuito de prevenir o inadimplemento da prestadora de serviços e auxiliar o gestor do contrato na identificação de seus atributos, no que se refere a sua participação efetiva na fiscalização dos contratos, Antonieta Pereira Vieira (*et al.*, 2015, p. 323-325) relaciona uma série de atributos e medidas que julga ser procedentes na gestão dos contratos, porém, é possível listar os que se referem à maioria deles:

1.Solicitar à contratada a indicação de seu preposto, que será a pessoa de ligação entre a instituição e a empresa. Essa pessoa deve ter um nível e instrução compatível com os serviços que serão executados;

[...]

3.Exigência de apresentação, no momento da contratação dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço, quando for o caso;

[...]

5.Solicitar atestados de boa conduta e demais referências dos empregados;

6.Fiscalizar o cumprimento das obrigações e encargos sociais e trabalhistas compatíveis com os registros, solicitando os comprovantes de pagamento que demonstrem sua regularidade junto ao FGTS e Previdência Social –CND (Certidão Negativa de Débito) – correspondentes ao mês da última competência vencida, compatíveis com o efetivo declarado, na forma do art. 31, §4º, da Lei nº 9.032, de 28.04.95, Lei nº 8.666/93, art. 54, XIII, art. 71, §1º.

Observe-se as disposições contidas na decisão TCU nº 705/94-Plenário, Ata nº 54, especialmente quanto à prévia verificação, a cada pagamento dos contratos de execução continuada ou parcelada, da regularidade da contratada com o Sistema da Seguridade Social, sob pena de violação do disposto no §3º do art. 195, CF. (Acórdão TCU nº 208/2000-Plenário);

7.Quando da rescisão contratual, 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, o órgão contratante deverá reter a garantia prestada, e gerenciar a conta vinculada.[...]

8.Observar qual é a data-base da categoria prevista na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) a fim de verificar a data da repactuação do contrato, lembrando que os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia, e conforme percentual de acréscimo previsto no ACT (Acordo Coletivo de Trabalho) ou CCT (Convenção Coletiva de Trabalho).

[...]

11.Acompanhar as legislações pertinentes ao assunto, orientando os fiscais na execução dos contratos.

12.Emitir pareceres, relatórios como forma de subsidiar a Administração nas tomadas de decisões.

A figura do gestor em termos gerais, é salutar no acompanhamento do contrato, seu conhecimento dos termos legais do contrato, lhe conferem a oportunidade de demandar o prestador de serviço, a cumprir com suas obrigações contratuais, garantindo a utilização racional do orçamento público ora investido, evitando a condenação da Administração em obrigações trabalhistas não honradas pela prestadora de serviços, dando maior eficiência ao serviço público.

3.8 Responsabilização do Gestor/Fiscal do contrato

Concluimos que a figura do gestor/fiscal do contrato é de suma importância para se evitar a responsabilização subsidiária da Administração Pública, vez que o gestor/fiscal do contrato que for omissos ou que pratique qualquer ação que resulte em vantagem indevida à contratada, ou ainda, “admitir”, “possibilitar” e “dar causa” a qualquer ato ilegal, responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular das atribuições que lhe foram confiadas, de acordo com os artigos 82, 83 e 92 da Lei 8.666/93, conforme se segue:

(...)

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

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

(...)

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Sendo assim, o fiscal/gestor, poderá responder ADMINISTRATIVAMENTE, se agir em desconformidade com seus deveres funcionais, descumprindo regras e ordens legais. PENAL, quando a falta cometida for capitulada como crime, entre os

quais se incluem os previstos na Seção III – Dos Crimes e das Penas, do Capítulo IV, da Lei nº 8.666/93. CIVIL, quando, em razão da execução irregular do Contrato, restar comprovado o dano ao erário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho, analisar a adoção do instituto da terceirização no âmbito público, de forma a contextualizar o aproveitamento da iniciativa privada no auxílio aos serviços públicos que não demandem atuações típicas do servidor público efetivo. As modernizações das relações trabalhistas, tem proporcionado às empresas redução dos custos operacionais tornando mais competitivo o mercado, flexibilizando a atuação dos serviços nas mais diversas áreas. No âmbito da Administração Pública, a terceirização tem sido utilizada visando a eficiência do serviço público, buscando meios de se descentralizar os serviços, dando maior dinâmica aos serviços prestados, e minimizando gastos com treinamento e tornando mais vantajosa a contratação de pessoal. Devido a esse novo cenário, nasce um arcabouço de normas supralegais que tendem a limitar a participação privada nas contratações de serviços pela Administração Pública, e visam proteger o instituto constitucional do concurso público.

O ordenamento jurídico é muito precário em relação ao tema, mas aprofundando nas leis que regulam as contratações de serviços e amparado pelas instruções normativas, mais especificamente as do MPOG, é possível conciliar as contratações lícitas e vincular ao prestador de serviços maior responsabilidade na garantia do efetivo cumprimento das cláusulas contratuais pré-estabelecidas em certames licitatórios, através de elaboração de editais enxutos, buscando sempre tencionar a contratação de empresas idôneas e capazes de cumprir o contrato até o fim, sem a necessidade de enfrentamento de lides laborais.

A busca por minimizar o orçamento público sem deixar que a máquina estatal desacelere, encontrou na terceirização um importante aliado, como se depreende através da pesquisa que culminou nesse trabalho, uma leitura na legislação específica inerentes aos contratos de serviço dinamiza o entendimento relacionado à relação laboral entre o ente público e o terceirizado, vez que inexistente a relação de subordinação, já que o obreiro terceirizado é membro indireto, constituindo um dos vértices da triangulação dessa modalidade de contratação, fechando os outros vértices da pirâmide se encontram a tomadora de serviços e o empregador, que no caso, é a empresa contratada para prestar o serviço. A fragilidade na legislação obrigou a Administração Pública a se cercar de elementos

doutrinários que, minimizassem sua responsabilidade quando da inadimplência da prestadora de serviços contratada por certame licitatório. A legislação desonera o ente público a arcar com débitos advindos da prestadora que não cumprir com o contrato, por outro lado, a Súmula 331 do TST, principal ferramenta de apoio jurídico ao obreiro terceirizado, atua como guardião de seus direitos, num conflito de normas que tendem a julgamentos desgastantes que, sem uma legislação específica, será constantemente suscitado. Tal disciplina tramitou na Câmara dos Deputados em abril deste ano de 2015, qual seja, o projeto de lei 4330/04, mas os conflitos depreendidos acerca do teor de sua redação, colocaram-na mais como maléfica do que como benéfica no amparo ao terceirizado.

O aperfeiçoamento do Estado é tema vertiginoso na doutrina, por muitas vezes colidir com a constituição e esbarrar em legislações infraconstitucionais que regulam as contratações de serviços, porque, o que se busca ao descentralizar os serviços, é desonerar o orçamento, minimizando gastos com pessoal efetivo e transferindo à iniciativa privada a operação das atividades que não necessitem de servidor efetivo para desempenhar. Conforme demonstrado neste estudo, há que se resguardar nesse sentido, a responsabilidade estatal quando da inadimplência da prestadora de serviços, neste intuito, a disciplina legislativa aplicável elenca as figuras do gestor e do fiscal do contrato, mas a escolha, treinamento e aperfeiçoamento do servidor a ser designado para tal função, é de suma importância para garantir uma gerência eficaz, transparente e que atue dentro da legalidade pertinente ao tema, auxiliado por um fiscal com conhecimento técnico apurado sobre o objeto do contrato, evitando desta forma, a implicação da Administração Pública na responsabilidade subsidiária, tema central do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 27 de junho de 2015.

_____. (2002). Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em : 30 de junho de 2015.

_____. 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 <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 28 de junho de 2015.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

_____. Decreto Lei nº 5.542, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 28 de junho de 2015.

_____. Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG/Secretaria de logística e tecnologia da Informação. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm. Acesso em 28 de junho de 2015.

_____. Instrução Normativa nº 6/2013 do MPOG/Secretaria de logística e tecnologia da Informação. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/Min_Div/MPOG_ON_06_13.html. Acesso em 26 de junho de 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de junho de 2015.

_____. (2004) Projeto de lei nº 4330 de 9 de novembro de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979. Acesso em: 30 de junho de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à

redação) - res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 28 de junho de 2015.

_____. (1986) Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 256. Cancelada. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em 30 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade 16 Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 26 de junho de 2015.

COURA, Solange Barbosa de Castro; MELLO, Roberta Dantas de; REIS, Daniela Muradas. Trabalho e Justiça Social *et al.* Boletim de direito administrativo, v.24, n.9, p.1036-1044, set., 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2014.

GÓES, Winnicius Pereira de. A Terceirização de Serviços no Âmbito da Administração Pública. 1 ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

FORTINI, Cristiana e outros. Terceirização na administração: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Antonieta Pereira., VIEIRA, Henrique Pereira., FURTADO, Madelaine Rocha., FURTADO, Monique Rafaella Rocha. Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública. Teoria e Prática. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Terceirização na Administração Pública. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.