

ARTIGO

A terceirização no setor público: o papel do instrumento fiscalizatório face à precarização do trabalho

*Outsourcing in the public sector:
the role of supervision in the face of precarious work*

Tom Lima Vasconcelos¹

RESUMO: A terceirização, enquanto política de gestão da força de trabalho, vem se constituindo como um dos mecanismos centrais utilizados pela engenharia do capital, pautada na flexibilização das formas de contratação e na precarização do trabalho. Não obstante, enquanto a responsabilização subsidiária dos entes privados tem sido assegurada pela jurisprudência, mesmo após a flexibilização do arranjo terceirizante, ela tem sido praticamente interdita no âmbito da Administração Pública, seja pela impossibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício - ante a exigência constitucional do concurso público -, seja pelo entendimento firmado pelo STF no sentido de não se admitir a responsabilização automática do ente público. Nesta conjuntura, se pretende compreender os mecanismos colocados à Administração Pública para a fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços em um cenário de recrudescimento da racionalidade neoliberal e de avanço da terceirização no setor público.

Palavras-chave: trabalho; terceirização; fiscalização; administração pública.

ABSTRACT: Outsourcing, as a workforce management policy, has been constituted as one of the central mechanisms used by capital engineering, based on flexible forms of hiring and precarious work. However, while the subsidiary liability of private entities has been ensured by jurisprudence, even after the outsourcing arrangement has been relaxed, it has been hindered within the Public Administration, either because of the impossibility of recognizing the employment relationship - in view of the constitutional requirement of the public tender - either by the understanding signed by the Supreme Court that the automatic liability of the public entity should not be admitted. In this context, this study intends to understand the mechanisms used by the Public Administration for the

¹ Advogado. Graduado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

supervision of administrative contracts for the provision of services in a scenario of increasing neoliberal rationality and advancing outsourcing in the public sector.

Keywords: labor; outsourcing; supervision; public administration.

INTRODUÇÃO

A terceirização, enquanto principal estratégia empresarial de flexibilização e precarização do trabalho, se consolida a partir da adoção do toyotismo como modelo de produção. Nesse sentido, vislumbra-se o esgarçamento das formas de contratação direta e regulamentada, predominantes no modelo fabril dominante no século XX sob os modos de produção fordista/taylorista. A diluição dessas formas de contratação implicou substituição por formas de contratação flexíveis, para ampliar a extração do sobretrabalho em tempo cada vez mais diminuto.

A crise dos modelos taylorista/fordista emergiu no fim dos anos 1960 e início dos anos 1970, e promoveu, além do processo de reestruturação produtiva, uma reposição do projeto hegemônico do capital, desgastado e confrontado por diversos grupos sociais, sobretudo em 1968 (ANTUNES; DRUCK, 2013).

O novo modelo, então, se consolidou e ocidentalizou na década de 1980, tendo a sua entrada decidida no Brasil na década seguinte. A programática apresentada, por sua vez, consolida-se a partir da construção hegemônica do neoliberalismo, coloca a terceirização como a principal forma de o capital recuperar as taxas de lucro, ampliando o controle sobre os trabalhadores, à medida mesma em que os fragmenta e fragiliza a condição de classe.

A disputa que envolve o processo de regulação da terceirização, no Brasil, por seu turno, sempre enfrentou um caminho tortuoso, de muitos influxos do poder econômico e contramovimentos. Entretanto, o recrudescimento da racionalidade neoliberal, nos últimos anos, produziu, através das reformas laborais formuladas sob uma lógica mercantil, uma abertura sem precedentes da terceirização.

Nessa esteira, em que pese à responsabilidade subsidiária dos entes privados tenha sido assegurada pela jurisprudência, na Administração Pública tem encontrado óbices, seja pela impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego, em razão da exigência constitucional do concurso público, seja pelo entendimento firmado pelo STF no sentido de não se admitir a responsabilização automática do ente público.

Subjacente a essa disputa, este artigo pretende discutir o papel do instrumento fiscalizatório dos contratos administrativos de prestação de serviços diante da precarização do trabalho que a terceirização impõe, notadamente no setor público. Para tanto, este artigo visa apresentar, num primeiro momento, uma perspectiva teórico-crítica da terceirização, a contextualização histórica de seu surgimento e a sua entrada definitiva no Brasil, bem como os indicadores da precarização estrutural do trabalho terceirizado, sobretudo aqueles que afetam os trabalhadores terceirizados no setor público; em seguida, se pretende apresentar o processo de regulação da terceirização, principalmente no âmbito da Administração Pública. Por conseguinte, busca-se compreender os mecanismos utilizados pela Administração Pública para a fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços e os indicadores que sugerem a sua ineficácia na observância das obrigações trabalhistas.

TERCEIRIZAÇÃO COMO SINÔNIMO DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

A terceirização “é todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas” (MARCELINO, 2013).

Essa estratégia empresarial, por sua vez, confere grande liberdade de gestão, controle e organização do trabalho ao capital, aliada à introdução de técnicas de gestão do trabalho, próprias da fase informacional.

Dentre os indicadores da precarização das condições de trabalho colocados pela terceirização incluem-se rotatividade elevada nos postos de trabalho, um duplo exercício do poder empregatício, assédio moral organizacional, inúmeros casos de adoecimento ocupacional e fragilização dos mecanismos de organização coletiva e resistência frente ao patronato, a partir da desestruturação da clássica figura do empregador e redução de salários.

Neste sentido, de acordo com os dados da CUT-DIEESE (2014), os trabalhadores terceirizados têm remuneração, em média 24,7% menor do que os setores tipicamente contratantes. Em relação à jornada de trabalho, os dados mostram que os trabalhadores em serviços tipicamente terceirizáveis trabalham 3 horas a mais por semana do que aqueles contratados diretamente.

Quanto ao tempo do vínculo de emprego, enquanto os setores tipicamente contratantes têm tempo médio de emprego de 5,8 anos, os/as trabalhadores/as terceirizados têm tempo de emprego, em média, de 2,7 anos. Esse dado indica a alta

rotatividade dos/as trabalhadores/as terceirizados (64,4%), em contraponto a 33% dos diretamente contratados.

O duplo exercício do poder empregatício se configura na medida em que o tomador de serviços, em que pese delegue os custos com a produção, não deixa de exercer a gestão da força de trabalho. Dessa maneira, os trabalhadores terceirizados respondem não apenas aos encarregados das empresas terceirizadas, mas também aos gestores da tomadora, seja de forma direta ou estrutural.

A divisão imposta entre trabalhadores terceirizados e efetivos se estabelece, por sua vez, como estratégia para a fragilização das articulações coletivas, aliada à ideia permanente de perda do emprego. Neste sentido, sobreleva-se o ambiente de disputa e, como consequência, os trabalhadores não têm uma agenda unificada de articulação, tampouco reconhecem as investidas por precarização do trabalho como parte de um projeto que atinge a todos.

No mais, como a representação sindical dos trabalhadores terceirizados se dá por categoria profissional, é possível que, dentro do mesmo estabelecimento empresarial, existam diversos sindicatos representantes dos variados setores de trabalhadores terceirizados (RAMOS; DUTRA, 2014).

Assim, se impõem obstáculos à luta sindical, sobretudo em razão da fragmentação das categorias e da concorrência que promove entre os trabalhadores, repercutindo na afirmação da identidade coletiva da classe trabalhadora e de vínculos de solidariedade. Essa pulverização dos sindicatos, que por vezes disputam a representação das categorias, evidentemente desmantela as possibilidades de articulação coletiva e a construção espontânea de coletivos mais representativos desses trabalhadores (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Apesar de exercerem as mesmas funções, os trabalhadores encontram-se separados por uniformes e, sobretudo, condições salariais diferentes. Destaca-se que esse quadro de fragmentação e pulverização da representação sindical, em virtude da existência de trabalhadores “centrais” e “periféricos”, se sobreleva na Administração Pública, por conta da exigência constitucional do concurso público e da impossibilidade do reconhecimento do vínculo de emprego no caso de terceirização ilícita.

Outro indicador que reforça o quadro geral de precarização é a inadimplência dos direitos trabalhistas por parte das empresas subcontratadas, problema recorrentemente vivenciado pelos trabalhadores terceirizados, os quais sofrem com calotes das

empresas terceirizadas, reiteradamente, ao final dos contratos de prestação de serviços.

A sonegação dos direitos trabalhistas se dá tanto no setor público quanto no setor privado. Entretanto, enquanto no setor privado a responsabilização subsidiária da empresa contratante tem sido assegurada pela jurisprudência, na Administração Pública esta tem sido praticamente interdita.

Regulação da terceirização no setor público

O primeiro instrumento normativo a regulamentar a terceirização, no Brasil, se voltou especificamente ao setor público. Assim, no final da década de 1960, foi instituído o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10, §7º). Através dessa norma, se passou a admitir a descentralização de tarefas executivas, como medida de enxugamento da máquina pública, providência fruto de uma primeira tentativa de formular uma reforma gerencial à Administração Pública.

A Lei n. 5.645/70, por sua vez, delimitou quais seriam as atividades consideradas executivas. Em seu artigo 3º, parágrafo único, há dentre as atividades passíveis de descentralização “[...] as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”.

A CLT de 1943 já previa a possibilidade de contratação através de arranjo triangular. Neste sentido, diante da possibilidade de subemprego no setor da construção civil (art. 455 da CLT) já se anunciava o crescimento das relações triangulares de trabalho (VIANA; DELGADO, AMORIM, 2011).

Na década de 1970, a Lei do Trabalho Temporário Urbano (Lei n. 6.019/1974) passou a regulamentar a intermediação de mão de obra para “atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”, conforme dispõe seu art. 2º.

Em 1983, foi editada a Lei n. 7.102, de modo a autorizar a terceirização de vigilância patrimonial e de transportes de valores (art. 3º), em caráter permanente. Anos depois, com a alteração promovida pela Lei n. 8.863, de 1994, viria a se alargar substancialmente o alcance da autorização normativa acerca da terceirização de vigilância patrimonial e de transportes de valores.

Por conseguinte, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 256, em 30/09/1986, com orientação restritiva das hipóteses de contratação de trabalhadores

por empresa interposta. O Enunciado previa: “salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Em consonância com a ordem jurídica vigente, o enunciado delimitou como regra geral a hipótese de contratação sob a lógica empregatícia prevista nos arts. 2º e 3º da CLT. Como exceção, autorizava-se a contratação temporária admitida pela Lei 6.019/1974, além da terceirização de vigilância patrimonial e de transportes de valores (Lei n. 7.102/1983).

A partir da Constituição de 1988 (art. 37, caput, II e §2º), que passou a estabelecer vedação à admissão de trabalhadores pela Administração Pública sem a aprovação em concurso público, foi introduzida uma controvérsia no que atine ao reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Além disso, o contexto de construção hegemônica do neoliberalismo e da consolidação da terceirização no Brasil produziu influxos do discurso empresarial por flexibilização, de maneira a conformar uma alteração jurisprudencial para abarcar novas exceções e relativizar o teor do enunciado n. 256 do TST.

Assim, em 1993, o TST cancelou o Enunciado n. 256 e editou a Súmula n. 331. Disponha que:

- I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).
- II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CR).
- III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e subordinação direta.
- IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

A Súmula 331 do TST passou a estabelecer os contornos da terceirização lícita e as consequências jurídicas da ilicitude. No mais, foram estabelecidas diretrizes para a terceirização na Administração Pública, consignando que, ainda que ilícita a terceirização, não se configura vínculo de emprego com a Administração.

Pochmann (2007) e Krein (2007) apontam, dentre as contribuições para o crescimento exponencial da terceirização no setor público, a Lei de Responsabilidade Fiscal. Isto porque, ao impor limites às despesas com pessoal e impedir a criação de gastos sem a correspondente dotação orçamentária, há, por um lado, desestímulo à realização de concurso, uma vez que servidores representam despesa permanente; e, por outro lado, estímulo à terceirização, uma vez que a subcontratação não é considerada despesa com pessoal (POCHMANN, 2007; KREIN, 2007 *apud* MARCELINO, 2013, p. 64).

Todavia, é a Reforma do Aparelho do Estado, iniciada em 1995, que estabelece as diretrizes de um Estado gerencial. Neste ínterim, a privatização e a terceirização assumem posição estratégica (DRUCK; SENA; PINTO; ARAÚJO, 2018).

Em 1997, foi editado o Decreto n. 2.271/97, em substituição à revogada Lei n. 5.645/70, para regulamentar o §7º do art. 10 do DL n. 200/67 e delimitar quais atividades executivas poderiam ser objeto de prestação indireta. Além disso, foi excluída a possibilidade de contratação indireta para as atividades próprias das categorias abrangidas pelos planos de cargos da Administração Pública, o que foi ratificado pela decisão nº 25/00 do TCU. (VIANA; DELGADO, AMORIM, 2011).

Entretanto, Druck, Sena, Pinto e Araújo (2018) apontam que a proibição à subcontratação das funções abrangidas pelos planos de cargos da Administração se esvaziou, tendo em vista que a reforma gerencial impôs uma reestruturação nas carreiras, que implicou extinção de cargos públicos – colocando a terceirização como exigência para suprir a demanda.

Em 2000, o inciso IV da Súmula 331 do TST foi alterado para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização trabalhista. A acomodação jurisprudencial advinda com a Súmula 331 do TST pareceu sugerir uma certa estabilidade da regulação social.

Entretanto, em 2011, em decorrência do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-DF, pelo Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Como consequência, foi firmado o entendimento de que a transferência automática à Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais mostra-se juridicamente incompatível com a Constituição Federal. Portanto, para admitir a responsabilidade subsidiária dos entes públicos pela inadimplência das empresas prestadoras de serviço, seria necessário demonstrar culpa *in vigilando e in eligendo*.

Esse entendimento firmado pelo STF levou o TST a rever a Súmula 331, em maio de 2011 (Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011), para alterar o item IV e inserir os itens V e VI, que passaram a prever um regime próprio de responsabilização dos entes públicos, sob as orientações definidas pelo Supremo.

Dutra, Figueredo e Matos (2019) revelam mais uma flexibilização imposta à terceirização no âmbito da Administração Pública. Por meio do julgamento do RE 760.931, representativo de controvérsia e com repercussão geral (tema de Repercussão Geral nº 246), o STF firmou a seguinte tese jurídica:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Em que pese à tese jurídica firmada fosse ao encontro do entendimento já firmado no bojo da ADC nº 16, no que se refere ao ônus da prova, o STF teria firmado o entendimento de que *inverter o ônus da prova à Administração Pública equivaleria a impor a responsabilidade pelo mero inadimplemento e de forma objetiva, em contrariedade ao determinado no bojo da ADC nº 16*.

Portanto, em oposição ao princípio da aptidão da prova, o Autor da Reclamação Trabalhista seria incumbido do ônus de demonstrar a negligência do ente público em fiscalizar o contrato administrativo firmado com a empresa subcontratada.

Entretanto, a SDI-I do TST, no julgamento do RR – 925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, compreendeu que o STF, no julgamento do RE 760.931, não fixou balizas a respeito das regras de distribuição do ônus da prova, ficando a definição a cargo do TST. Desta maneira, firmou o entendimento de que ônus da prova da fiscalização contratual cabe ao ente público.

No que tange aos contornos da terceirização lícita, por sua vez, em 2017, a Lei n. 6.019/74 sofreu alterações por meio da Lei n. 13.429, de 31.3.2017, no sentido de

promover uma regulação mercantil sobre a terceirização no país. Assentou-se, portanto, a terceirização trabalhista irrestrita, o que foi renovado pela edição da Lei n. 13.467/2017 (vigência a partir de 11.11.2017), que ratificaria a possibilidade de terceirização de atividade-fim.

O STF, em decisão plenária recente (30.08.2018), ao julgar a ADPF n. 324/DF (relatada pelo Min. Luiz Roberto Barroso) e o RE n. 958.252/MG corrobora tal entendimento, tendo estabelecido a tese jurídica (Tese de repercussão geral no Tema 725) de que *é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas.*

Essas alterações normativas e jurisprudenciais resultariam em modificações aos contornos da terceirização na Administração Pública. Em 2018, foi editado o Decreto nº 9.507/2018, que passa a admitir a terceirização das atividades-fim no setor público (DUTRA; FIGUEREDO; MATOS, 2019).

A FUNDAMENTALIDADE DA FISCALIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO-CONTRATANTE

Diante das alterações promovidas no sentido de alargar as hipóteses de subcontratação na Administração Pública e do entendimento do STF de não admitir a responsabilização automática do ente público diante da inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, evidencia-se a importância do instrumento fiscalizatório dos contratos de terceirização.

Neste sentido, é a demonstração da fiscalização que permite ao ente público eximir-se da responsabilidade subsidiária sobre as obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços. Por outro lado, a fiscalização efetiva desses contratos firmados pela Administração resultaria na desnecessidade do ajuizamento de Reclamações Trabalhistas para reivindicar o estrito cumprimento das obrigações contratuais.

Independentemente da perspectiva adotada, aponta-se a fiscalização como fundamental à Administração. Neste particular, é necessário destacar que, sob a centralidade da dignidade humana, existe confluência entre os interesses da Administração e a regulação das relações de trabalho terceirizado, ainda que se trate de uma regulação administrativa que sofra influxos de um modelo gerencial. Apresenta-se, neste sentido, consonância entre a garantia da proteção social e o interesse estatal.

Neste sentido, Viana, Delgado e Amorim (2011) assinalam que:

[...] A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbem aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.

No mais, o horizonte normativo que consagra o dever de fiscalizar do Estado deve levar em consideração os preceitos constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República (Constituição, art. 1º, III e IV); que constituem como objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III); que asseguram direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º); que baseiam a ordem econômica na valorização do trabalho humano (art. 170); e que, conforme o art. 193, alicerçam a ordem social no primado do trabalho (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Portanto, a partir do arcabouço jurídico norteador da fiscalização dos contratos de terceirização, pode-se concluir que esse instrumento está intrinsecamente ligado à fiel observância das obrigações trabalhistas.

Os contratos administrativos se diferenciam dos contratos privados na medida em que a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se ao interesse público. Neste sentido, a peculiaridade dos contratos administrativos é a de que há a possibilidade de o ente público instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o pactuado no que atine às obrigações do contratado, seja extinguindo unilateralmente o vínculo (MELLO, 2016, p. 643).

Desta forma, são invariavelmente atravessados pela supremacia do interesse público sobre o privado, tanto na possibilidade de instabilização do vínculo, quanto na autoridade do contratante público. Mello (2016) adverte que a autoridade do contratante público se materializa na presunção de legitimidade dos atos da Administração, no amplo controle e fiscalização da execução do contrato, além da

possibilidade de imposição de sanções ao contratado. A previsão dessas prerrogativas está no art. 58, III e IV da Lei nº 8.666/93. Destaca-se, ainda, a incompatibilidade da invocação da exceção do contrato não cumprido com a supremacia do interesse público².

A fiscalização dos contratos administrativos se situa, portanto, no âmbito das prerrogativas da Administração, as quais se alicerçam na supremacia do interesse público sobre o privado.

O horizonte normativo que prevê o instrumento fiscalizatório impõe à Administração o dever de fiscalização dos contratos de prestação de serviços desde o procedimento licitatório, passando pela previsão das responsabilidades contratuais da prestadora de serviços e pela verificação rotineira do cumprimento das obrigações trabalhistas no curso do contrato e, por fim, pela garantia do pagamento das verbas rescisórias pela empresa prestadora de serviços.

Tomando-se como parâmetro a Administração Pública Federal, o arcabouço jurídico que impõe o dever de fiscalização dos contratos de terceirização envolve desde as diretrizes da Lei nº 8.666/93, a qual institui normas de licitação e contratos da Administração, além do dever de fiscalização contratual, bem como a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (revogando a IN nº 02/2008)³ que regulamenta a matéria⁴.

A Instrução Normativa nº 05/2017 dispõe, de logo, os cuidados que devem ser tomados no processo de planejamento da contratação, momento anterior ao edital de licitação. Neste íterim, o art. 21 da IN nº 05/2017 dispõe, ao tratar do processo de planejamento de contratação, sobre a necessidade de formulação de documento para formalização de demanda, a justificativa da necessidade de contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços, a quantidade de serviço a ser contratada e a indicação de servidores para compor a equipe para a elaboração de Estudos Preliminares e Gerenciamento de Risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços.

2 Entretanto, destaca-se que o art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93 prevê, dentre os motivos para rescisão do contrato, “o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração”, assegurada a opção de suspensão do cumprimento das obrigações, até a normalização da situação.

3 Em que pese à edição da IN nº 05/2017 prever um padrão fiscalizatório mais liberalizante em relação àquele disposto pela IN nº 02/2008, que fora revogada, em interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e legais que impõem como dever a fiscalização da Administração, não há uma alteração substancial quanto à imperatividade do cumprimento das obrigações trabalhistas.

4 Isto porque o procedimento a ser adotado pela Administração na fiscalização dos contratos de terceirização não constitui matéria própria de disciplina legislativa, devendo se dar por norma regulamentadora.

Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, que envolve, dentre outras exigências, a necessidade e os requisitos da contratação, estimativas de preços ou preços referenciais, providências para adequação do ambiente do órgão e declaração da viabilidade ou não da contratação (art. 24). Por conseguinte, deve ser formulado procedimento de Gerenciamento de Riscos, que se materializará no Mapa de Riscos, elaborado pela Administração (art. 26).

Concluídas as etapas relativas aos Estudos Preliminares e ao Gerenciamento de Riscos, estes devem ser encaminhados, junto a documento que formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, contendo estimativa detalhada de preços e adequação orçamentária (art. 27).

É importante destacar que, no que tange à contratação de serviços contínuos com exclusividade de mão de obra, a instrução normativa prevê, em seu artigo 18, que o procedimento de Gerenciamento de Riscos deve contemplar o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada.

A planilha de custos e formação de preços deve observar as disposições contidas na CLT, nas Convenções e Acordos Coletivos, e em Dissídios Coletivos. No mesmo sentido, o art. 27, IV da Lei nº 8.666/1993 prevê que na habilitação para licitação deve-se exigir regularidade fiscal e trabalhista.

Viana, Delgado e Amorim (2011) destacam, ainda, que a Administração deve verificar, durante o julgamento das propostas, se os preços sugeridos pelas empresas licitantes se compatibilizam com os custos dos encargos sociais trabalhistas, sob pena de desclassificação da proposta por inexecuibilidade (art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93).

A proposta vencedora, por sua vez, se vincula às exigências de habilitação previstas no edital de licitação e às condições apresentadas, notadamente no que atine ao cumprimento dos haveres trabalhistas. Por conseguinte, devem ser especificadas no contrato administrativo firmados as obrigações da contratada quanto aos valores fixados na planilha de custos e deve ser procedida a fiscalização do cumprimento das exigências pelo ente público, conforme arts. 54, § 1º, 55, XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Diante desse quadro, a fiscalização da execução contratual deve observar todos os aspectos que constituam a satisfação integral do objeto do contrato, sob pena de violação direta da proposta vencedora, das condições de habilitação e, portanto, do

próprio contrato administrativo. Dentre esses aspectos se situa a observância das obrigações trabalhistas (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Neste sentido, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 dispõe que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, que deverá anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Quanto à fiscalização no curso do contrato, o art. 39 da Instrução Normativa nº 05/2017 conceitua as atividades de gestão e fiscalização da execução contratual, as quais devem ser realizadas de forma preventiva, rotineira e sistemática, de modo a assegurar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos à repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros.

O conjunto de atividades que compõe a atividade fiscalizatória compete ao gestor do contrato, auxiliado por fiscais técnicos, administrativos, setoriais e pelo público usuário, conforme preceitua a IN nº 05/2017. Dentre as modalidades de fiscalização auxiliar destaca-se a Fiscalização Administrativa – aquela responsável pelo acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento (art. 40, III). O art. 48 prevê que na fiscalização técnica e administrativa dos contratos deverá ser observado o disposto no Anexo VIII.

O item 2 do anexo VIII-B da IN nº 05/2017, por seu turno, que trata especificamente da fiscalização administrativa, dispõe que deve haver a exigência permanente do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, o que compreende algumas etapas.

No primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a relação de empregados contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, Carteira de Trabalho e Previdência Social, exames médicos admissionais, entre outros.

Até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços, a empresa subcontratada deve apresentar, dentre outros, Certidão de Regularidade do FGTS (CRF); e Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

A qualquer tempo, quando solicitado pela Administração, a empresa deve entregar, dentre outros documentos: extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante; cópia da folha de pagamento de qualquer mês da prestação dos serviços; cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou cópia de recibos de depósitos bancários; e 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.

No momento da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, deve a empresa apresentar termos de rescisão dos contratos de trabalho, guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS referentes às rescisões, extratos dos depósitos nas contas vinculadas do FGTS de cada empregado e exames médicos demissionais.

Em relação ao recebimento provisório e definitivo dos serviços, a Administração deve elaborar relatório com as ocorrências do contrato quanto à fiscalização técnica e administrativa (o que envolve a observância das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas) e com a análise de eventuais irregularidades que impeçam a liquidação e o pagamento das despesas, devendo o ente público solicitar as respectivas correções (arts. 49 e 50).

Na ocasião da rescisão contratual, o fiscal administrativo deve verificar o pagamento das verbas rescisórias pela contratada ou de outros documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra unidade ou atividade de prestação de serviços (art. 64).

Até a demonstração dos documentos comprovadores do cumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, a Administração deverá reter a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666/93, bem como os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

Não havendo a quitação das obrigações pela contratada no prazo de quinze dias, **a Administração pode efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da prestação dos serviços.**

Há, ainda, a possibilidade de retenção da garantia nos casos de obrigação de pagamento de multa pela contratada, e de retenção de eventuais créditos decorrentes do contrato nos casos em que houver necessidade de ressarcimento à Administração, conforme inciso IV do art. 80 da Lei nº 8.666/93.

É importante ressaltar que essas medidas voltadas a assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas não excluem a penalidade administrativa decorrente da inexecução total ou parcial do contrato, prevista no art. 77 da Lei nº 8.666/1993.

Tais instrumentos voltados à retenção da garantia e de créditos da contratada poderiam servir como ferramenta fundamental à satisfação dos haveres trabalhistas inadimplidos pelas empresas prestadoras de serviço. Essa medida, inclusive, demonstraria a efetiva fiscalização que poderia ensejar o afastamento da responsabilidade subsidiária.

Por fim, o art. 70 da IN nº 05/2017 prevê que os responsáveis pela fiscalização contratual devem elaborar, após a conclusão da prestação dos serviços, relatório final acerca das ocorrências da fase de execução do contrato para ser utilizado como fonte de informações para as futuras contratações.

Da leitura integrada desses dispositivos, pode-se concluir o dever de fiscalização que incumbe à Administração se estende desde a fase licitatória ao momento posterior à execução contratual. A extensa disciplina constitucional e legal aponta e evidencia os limites da Administração na fiscalização do cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Como consectário lógico e, inclusive sob o entendimento firmado pelo STF, a inobservância desse arcabouço normativo implica responsabilidade da Administração pelo adimplemento das obrigações que deveriam ser fiscalizadas.

CONCLUSÃO

Na esteira do entendimento jurisprudencial evidencia-se a fundamentalidade do dever de fiscalização dos contratos de terceirização pela Administração-contratante, levando-se em consideração uma interpretação constitucionalizada dos dispositivos que impõem esse dever à Administração. Neste sentido, há confluência entre os interesses da Administração e a garantia da proteção social, sob o paradigma da

centralidade da dignidade da pessoa humana. Como consectário lógico, a inobservância deste dever de fiscalização implica a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento dos direitos que deveriam ser fiscalizados.

A leitura integrada dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 e da Instrução Normativa nº 05/2018 sinaliza uma busca por um padrão fiscalizatório que efetivamente imponha à empresa prestadora de serviços o estrito cumprimento dos direitos laborais dos seus empregados, tendo-se em vista que o adimplemento dos encargos sociais e trabalhistas constitui parte do objeto do contrato. Desta maneira, o ente público deve lançar mão de todos os mecanismos legais, bem como aqueles que, em que pese não estejam previstos em lei, sejam necessários à eficiência da fiscalização, o que impõe o envolvimento permanente da Administração com as práticas trabalhistas adotadas pela empresa subcontratada, em observância ao princípio da eficiência (VIANA; DELGADO, AMORIM, 2011).

É importante registrar, entretanto, que as alterações normativa e jurisprudencial, colocadas sob o recrudescimento da racionalidade neoliberal nos últimos anos no Brasil, indicam a terceirização e a privatização como mecanismos centrais à Administração Pública. Neste sentido, os influxos de um modelo gerencial à Administração Pública e a conseqüente reestruturação nas carreiras, ao implicar extinção de cargos públicos, colocam a terceirização como exigência, sobretudo após a edição do Decreto nº 9.507/2018, que admite a terceirização das atividades-fim na Administração Pública. Neste sentido, o crescimento exponencial da terceirização no setor público e a conseqüente redução do quadro de servidores públicos efetivos – responsáveis estes pelo dever de fiscalizar os contratos de terceirização - pode resultar em óbice à realização de uma fiscalização efetiva, de envolvimento permanente da Administração.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A terceirização como regra? *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 214-231, out./dez., 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE – CUT. Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. *Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DRUCK, Graça; DA SILVA, Jair Batista. Precarização, Terceirização e Ação Sindical. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (org.). *Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 1-45.

DRUCK, Graça; SENA, Jeovana; PINTO, Marina Morena; ARAÚJO, Sâmia. A Terceirização no Serviço Público: Particularidades e Implicações. In: CAMPOS, André Gambier (org.). *Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate*. Brasília: Ipea, 2018. p.113-142.

DUTRA, Renata Queiroz; FIGUEREDO, Fernanda dos Santos; MATOS, Loyana Araujo Saraiva. A voz dos trabalhadores e trabalhadoras contratados de forma terceirizada para o serviço de limpeza da UFBA: entre a ficção jurídica e a realidade vivida. *Revista Laborare*, Salvador, v. 2, n. 2, p. 57-81, jan./jun., 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

RAMOS, Gabriel de Oliveira; DUTRA, Renata Queiroz. Tendências Desmobilizadoras Oriundas da Terceirização e da Precarização Trabalhistas: reflexos da atuação sindical. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (org.). *Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 351-366.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos Gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST: *Novos Enfoques*. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, jan./mar., 2011.

Recebido: 30/03/2020
Revisado: 05/04/2020
Aprovado: 08/06/2020