

A ADEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO JUDICIAL À NOVA LEI DE LICITAÇÕES NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Ingrid Luize Bonadiman Arakaki¹

RESUMO

A terceirização é um instituto utilizado há vários anos pela Administração Pública, com intuito de viabilizar suas atividades-meio, não perdendo de foco àquelas funções essenciais a serem desempenhadas, por força de lei. Em regra, o tomador dos serviços não responde pelos encargos trabalhistas, ficando estes à cargo da empresa contratada, contudo, nos contratos envolvendo a terceirização em prol de órgãos públicos, a Administração pode vir a ser responsável subsidiariamente caso reste demonstrado sua culpa *in vigilando*, ou seja, que falhou na fiscalização contratual. Nesse sentido, buscou-se investigar no presente estudo, se o Judiciário tem utilizado critérios coerentes para determinar a condenação do ente público com base na culpa *in vigilando*, bem como associar os efeitos da Nova Lei de Licitações nesse cenário. Para tanto, foi utilizada a pesquisa exploratória, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial e método de abordagem dedutivo, partindo-se de conceitos genéricos até sua particularização. Por fim, concluiu-se que o entendimento judicial acerca da demonstração da fiscalização dos contratos ainda necessita adequar-se aos parâmetros definidos na Lei 8.666/1993 e 14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; Responsabilidade subsidiária; Administração Pública; Lei de licitações.

ABSTRACT

Outsourcing is an institute used for several years by the Public Administration, with the aim of making its medium activities viable, without losing focus on those essential functions to be performed, by force of law. As a rule, the service taker is not liable for the labor charges, which are the responsibility of the contracted company, however, in contracts involving outsourcing for the benefit of public bodies, the Administration may become a subsidiary liability if its guilt is demonstrated in *vigilando*, that is, that it failed in contractual inspection. In this sense, this study sought to investigate whether the Judiciary has used consistent criteria to determine the conviction of the public entity based on *in vigilando* guilt, as well as to associate the effects of the New Bidding Law in this scenario. Therefore, exploratory, descriptive, bibliographical and jurisprudential research and a deductive approach method were used, starting from generic concepts until their particularization. Finally, it was concluded that the judicial understanding about the demonstration of the inspection of contracts still needs to adapt to the parameters defined in Law 8.666/1993 and 14.133/2021.

KEYWORDS: Outsourcing; Subsidiary liability; Public administration; Bidding law.

¹ Assessora jurídica na Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogada. Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos Sociais, vinculado ao CNPq. Bacharel em Direito pela UFMS.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Terceirização na Administração Pública e a discrepância na valoração probatória da culpa *in vigilando*. 1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. 2 Parâmetros definidos na Nova Lei de Licitações. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, buscou-se identificar o papel fiscalizatório da Administração Pública nos contratos de terceirização, bem como investigar se o Poder Judiciário tem utilizado critérios objetivos para valoração probatória nos casos de reclamação trabalhista visando a condenação subsidiária do ente público.

Para tanto, foram apresentados acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT 24) em processos envolvendo o Estado de Mato Grosso do Sul e três empresas terceirizadas de prestação de serviços de limpeza, asseio e vigilância, nos quais o Estado ora foi condenado subsidiariamente pelo inadimplemento dos cargos trabalhistas sob o fundamento de que falhou na fiscalização dos contratos, ora foi isento.

Adiante, através de análise normativa, traçou-se um retrospecto do posicionamento acerca da incidência da responsabilidade subsidiária a fim de demonstrar que o tema sempre suscitou cizânia doutrinária e jurisprudencial, o que tem causado insegurança jurídica aos órgãos da Administração e prejuízos aos cofres públicos.

Por fim, foram apresentados os novos parâmetros estabelecidos na Nova Lei de Licitações e a necessidade de adequação por parte da Justiça do Trabalho ao que restou definido na norma, no que tange a valoração das provas nos processos envolvendo a terceirização no setor público.

O artigo teve como propósito alertar para a urgência na adequação do posicionamento adotado pelo Judiciário à legislação vigente, de modo a afastar a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos nas normas licitatórias.

1 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCREPÂNCIA NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA DA CULPA *IN VIGILANDO*

Dentre os contratos formalizados pela Administração Pública encontra-se a terceirização, instituto utilizado há muito tempo a fim de viabilizar a execução das mais variadas atividades-meio por parte de entes públicos, tendo sido regulamentada no setor público a partir do Decreto-Lei nº 200/1967.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro a define como sendo “a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio” (2011; p. 174) e Glaucia Barreto (2008; p. 94) afirma que sua vantagem reside no fato de que a empresa contratante pode focar seus esforços na atividade-fim.

Tal relação é formada por um tripé que se sustenta da seguinte forma: de um lado têm-se a Administração, enquanto tomadora dos serviços (contratante), de outro a empresa prestadora dos serviços

(contratada), e por fim, o trabalhador, que possui vínculo direto com a empresa tomadora. Nesse sentido Garcia (2018; p. 395) sustenta que o instituto da terceirização se baseia na transferência de atividades próprias do tomador à empresa prestadora de serviços.

Desta forma, fica estabelecido que não há qualquer relação trabalhista entre o tomador e o trabalhador, pois a relação carece de dois requisitos básicos para sua configuração: a pessoalidade, haja vista que em regra há constante rotatividade, além do fato de que inexistente subordinação, pois o trabalhador responde diretamente para a empresa contratante.

Assim, nos contratos de terceirização, a responsabilidade do ente público é fiscalizar se a empresa contratada está cumprindo com suas obrigações, tanto às relacionadas à execução do serviço em si, quanto aos direitos trabalhistas dos empregados disponibilizados pela intermediária. Para tanto, será designado um ou mais fiscais, vinculados ao órgão, para desempenhar essa função.

Contudo, apesar dos esforços despendidos pela Administração durante as demandas fiscalizatórias, tais como emitir relatórios, requerer documentos que comprovem regularidades, advertir quando necessário, dentre outros, podem vir a ocorrer irregularidades nos contratos de trabalho.

Nesse caso, quem deve arcar com o prejuízo sofrido pelo empregado? De quem é a responsabilidade pelo seu adimplemento? A legislação determina que em regra, cabe à contratante. Contudo, se restar demonstrado que houve falha na fiscalização, a Administração deve responder subsidiariamente pelos encargos.

Não se pretende questionar a necessidade de salvaguardar os direitos dos trabalhadores, seja por parte das empresas ou por parte da Administração conjuntamente, pois é fato que o ente público contratante possui o dever legal de fiscalização do contrato firmado com determinada empresa terceirizada. O que se busca investigar no presente estudo é se há ou não critérios objetivos a serem observados por parte do Judiciário, quando da decretação da condenação do ente público a responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas inadimplidas pelo contratante.

Para tanto, serão tomados como parâmetro casos ajuizados perante o TRT 24, nos quais a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (PGE MS) apresentou defesa demonstrando a efetiva fiscalização, mas que, contudo, obtiveram condenações conflitantes.

Nesse sentido, muito embora reconheça-se que é dado ao juízo o pleno exercício de seu convencimento motivado, esse benefício não pode sobrepor-se a segurança jurídica, especialmente quando se tratam de verbas públicas.

Veja-se que simples, mas importante, modificação na redação na legislação processual civilista, suprimiu a livre apreciação da prova, cabendo ao juiz indicar de forma fundamentada suas razões de decidir.

A antiga redação do Código de Processo Civil de 1973 previa no artigo 131 que: “O juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Com o advento do novo Código em 2015 a norma passou a dispor que: “Art. 371. O juiz

apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A segurança jurídica, nas palavras de José Afonso da Silva (2006; p.133) “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Aplicando-se essa definição, bem como a norma supracitada, às hipóteses em que se questiona se houve falha da Administração em fiscalizar um contrato de terceirização, gerando prejuízo aos trabalhadores, significa dizer que, apesar das situações fáticas e excepcionais de cada caso levado à tutela jurisdicional, deve haver um padrão de valoração probatória mínimo a ser observado pelo Judiciário.

Sabendo que a decisão do processo, no que concerne à condenação do ente público, depende única e exclusivamente da prova documental de que este fiscalizou à contento o contrato, não pode o administrador ficar à própria sorte, sem saber se os documentos serão suficientes ou não.

Por óbvio, nos termos definidos no artigo 373 do Código de Processo Civil, cabe ao réu demonstrar os fatos modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, mas, também cabe ao autor provar os fatos constitutivos mínimos do direito que alega possuir. Nesse aspecto, dada ainda a presunção de legalidade de que gozam os atos administrativos, a culpa não pode ser presumida, carecendo de comprovação por quem a alega (MARTINS: 2014; p. 152).

A cizânia no entendimento ocorre quando o reclamante baseia todo seu pedido na simples alegação de que foi contratado pela empresa terceirizada para prestar serviços única e exclusivamente em prol do ente público e que este incorreu em culpa *in vigilando*, pois, não teve suas verbas trabalhistas pagas corretamente.

Nesse exemplo hipotético, o ente público juntaria aos autos prova de que a fiscalização se deu com base nos requisitos estabelecidos na Lei de Licitações, o que inclusive já foi acertadamente decidido pela Vara do Trabalho de Corumbá/MS, em caso envolvendo empresa terceirizada e o Estado de Mato Grosso do Sul:

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. (...) Nesse contexto, importante frisar que compete ao ente público contratante o ônus de alegar e demonstrar, em cada processo trabalhista, que tomou todas as medidas e praticou todos os atos previstos na Lei de Licitações e nas suas normas regulamentadoras para evitar o inadimplemento, pelo empregador que contratou, das obrigações trabalhistas relativas aos trabalhadores terceirizados, já que é quem detém as provas correspondentes. Afinal, trata-se de fato impeditivo da pretensão da parte autora de que a Administração Pública seja condenada a responder, ainda que de forma subsidiária, pelo pagamento daqueles direitos trabalhistas, que atrai para o demandando o ônus da prova correspondente, nos precisos termos do art. 818 da CLT e art. 373. II, do CPC/15. No caso em análise, verifica-se que a reclamada (...) buscou adotar as medidas pertinentes para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, demonstrando que havia fiscalização constante do contrato (...) o que afasta a responsabilidade subsidiária do ente público. (TRT 24; ROT 0024519-24.2020.5.24.0041; Vara do Trabalho de Corumbá; Juíza do Trabalho Substituta: Vicky Vivian Hackbarth Kimmelmeier; j: 17/06/2021).

Destaca-se do *decisum* que o critério probatório estabelecido pela magistrada foi a demonstração, por parte do Estado, de que este havia tomado as medidas cabíveis para evitar o inadimplemento e

praticado todos os atos previstos na Lei de Licitações e demais normas regulamentadoras.

Contudo, o que se percebe nos casos envolvendo a responsabilização da Administração Pública, é que se permeia a completa subjetividade na valoração probatória. Ora os documentos juntados pelo ente público (via de regra os que são exigidos pela própria Lei de Licitações) são tidos como válidos, ora como insuficientes e decretada a culpa *in vigilando*.

1.1 Decisões conflitantes em acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região

A incoerência fica clara quando se observam alguns acórdãos, proferidos recentemente em julgamentos de recurso ordinário pelo TRT 24. Serão postas situações envolvendo três empresas prestadoras de serviços de conservação, asseio e vigilância (utilizando suas iniciais), contratadas via terceirização pelo Estado de Mato Grosso do Sul, para atender diferentes órgãos, sendo que em cada uma delas, serão destacados dois acórdãos, um reconhecendo a responsabilidade subsidiária do Estado e outro afastando, objetivando investigar o que motivou cada decisão.

Nesse primeiro exemplo, utilizou-se como parâmetro ações envolvendo a empresa V.P.S.C.A. Perceba-se abaixo que, ao analisar as provas constantes dos autos, o Tribunal reconheceu a efetiva fiscalização do contrato:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - TOMADOR DE SERVIÇOS - FISCALIZAÇÃO - ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços. No caso, o ente público se desincumbiu a contento de seu ônus probatório. Assim, não verificada sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, TST. (TRT 24; 1ª Turma; Desembargador Relator Nicanor de Araújo Lima; julgado em: 05/05/2021; publicado em: 10/05/2021).

Constou ainda do voto relator:

Pois bem. No presente caso, incontroversa a prestação de serviços da reclamante em benefício do recorrente durante todo o período contratual, de 8.11.2016 a 5.8.2019, na função de auxiliar de limpeza. A controvérsia reside em averiguar se o ente público se desincumbiu de seu ônus de demonstrar o cumprimento de seu dever de fiscalização e, por conseguinte, afastar a culpa *in vigilando*. (...) A prova documental acostada pelo 2º réu demonstra que o Estado de MS firmou com a prestadora (...) os termos de acordo, datados de 04.06.19 (f. 124 e seguintes) e 10.09.19 (f. 137 e seguintes), para repasse de valores com o fim de quitar o passivo trabalhista, o que foi devidamente acompanhado pelo Ministério Público do Trabalho, sendo que o segundo termo foi subscrito também pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Asseio e Conservação de Mato Grosso do Sul. Também consta à f. 144 dos autos advertência aplicada à prestadora em 12.2018 em razão da constatação de irregularidades fiscais junto ao INSS e ao FGTS. Neste mesmo documento, o recorrente alerta a prestadora acerca da necessidade de o pagamento dos funcionários serem realizados em dia. Ainda, não sanadas as irregularidades, constata-se à f. 145 e 146 que o recorrente aplicou mais duas advertências à prestadora, em 1.2019 e 5.2019. Assim, em que pese o deferimento de valores à obreira, entendendo não evidenciada, na hipótese, a ocorrência de culpa *in vigilando* do ente público, pelo que excludo da condenação a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída. Dou provimento ao recurso para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária atribuída ao 2º réu.

Nesse caso, em síntese, a responsabilidade subsidiária do Estado foi afastada, sob o fundamento de que a fiscalização havia sido comprovada, levando-se em consideração os documentos juntados

à contestação. As provas apresentadas foram: advertências direcionadas à empresa; termo de acordo formalizado junto à Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC); proposta de acordo por parte da empresa; termo de audiência e acordo CASC; cópia do contrato de adesão e do contrato corporativo.

Contudo, em outra reclamação trabalhista, a solução da lide foi completamente distinta.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA 331/TST. Se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos a trabalhadora, deve responder subsidiariamente. Recurso da reclamante provido. (TRT 24; ROT 0024384-69.2019.5.24.0001; 2ª Turma; Des. Rel. João de Deus Gomes de Souza; Djt: 02/08/2021)

Da análise do voto, verifica-se inclusive que os mesmos documentos utilizados em um momento para afastar a culpa *in vigilando*, nesse serviram de base para que houvesse a incidência da condenação ao ente estatal.

In casu, embora não se verifique culpa *in eligendo*, constata-se clarividente a culpa *in vigilando*, porque, malgrado o segundo reclamado tenha assinado termo de acordo (f. 218/222) com vista a compelir a primeira reclamada a efetuar a regularização fiscal e pagar os salários atrasados de seus funcionários, vê-se que essas medidas, foram tomadas após intervenção do Ministério Público do Trabalho, contudo, não foram suficientes e eficazes, notadamente frente à comprovada ausência de recolhimento de depósito do FGTS durante todo o pacto laboral, saldo de salário de maio de 2019 (10 dias); aviso prévio indenizado; 13º salário proporcional (6/12) de 2019; férias do período aquisitivo 2017 /2018, com o terço constitucional, na forma dobrada(art. 137 da CLT); férias do período aquisitivo 2018/2019, com o terço constitucional, na forma simples; férias proporcionais (5/12) do período aquisitivo iniciado em 02.02.2019, com o terço; multa de 40% do FGTS, auxílio alimentação e FGTS não depositado. Outrossim, impende destacar que o “acordo” realizado entre os reclamados não demonstra a fiscalização das obrigações trabalhistas da primeira ré por parte do segundo reclamado. Com efeito, conforme o procedimento administrativo instaurado pelo segundo reclamado, que mesmo sabendo, desde dezembro de 2018, que a primeira reclamada era contumaz no inadimplemento salarial de seus empregados, gratificação natalina e FGTS, ao final do procedimento, ainda concordou em transferir os recursos financeiros, condicionado à quitação da folha salarial, entrega do vale-alimentação e integralização do FGTS até 7/6/2019. Ademais, mesmo assim manteve o contrato em vigor, não juntou nenhuma penalidade aplicada ou outros procedimentos fiscalizatórios de cumprimento das obrigações posteriores a 7/6/2019.

Portanto, se o Estado descurou do seu dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no adimplemento dos créditos devidos à parte reclamante, deve responder subsidiariamente, não decorrendo daí qualquer malfeição aos dispositivos legais e constitucionais declinados na peça recursal.

O segundo exemplo refere-se à empresa A.S.T, também prestadora de serviços de conservação e asseio. Depreende-se do julgado o entendimento da Turma de que não cabe à tomadora dos serviços, *in casu* o Estado, verificar passo a passo a atividade das empresas que prestam os serviços, não sendo suficiente para a condenação subsidiária do ente público o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas.

2.2 – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (RECURSO DO SEGUNDO RECLAMADO) (...)
Não se exige que o tomador de serviços verifique e acompanhe, de forma detalhada e individualizada, em relação a cada empregado do prestador, a ocorrência de rescisão de seu contrato, com o acerto correspondente, a regularidade dos recolhimentos do FGTS nem o correto pagamento de verbas em razão das condições de trabalho – insalubridade –, questões que são afetas ao empregador, diretamente relacionadas à condução do contrato de trabalho a serem geridas por este, não cabendo interferência do tomador. Nessa circunstância, não há falar em omissão do tomador na fiscalização do contrato, não se afigurando razoável, ademais, que o ente público tenha de acompanhar *pari passu* toda a atividade das empresas que prestam serviços, na condição de empregadoras. Não ocorre,

portanto, a culpa *in vigilando* neste caso, pressuposto para impor a responsabilidade subsidiária ao ente público (Súmula 331, V, do C. TST), não sendo suficiente, para tanto, o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da prestadora. (TRT 24; ROT 0024841-85.2019.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. André Luís Moraes de Oliveira; j: 05/02/2021)

Todavia, da decisão extraída do processo abaixo é possível concluir que a mesma Turma do TRT 24, agora imputou como insuficientes os documentos juntados em sede de defesa. Sequer houve análise da impossibilidade de condenação pelo inadimplemento dos encargos.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – TOMADOR DE SERVIÇOS – FISCALIZAÇÃO – ÔNUS DA PROVA. É do ente público (tomador de serviços) o ônus de comprovar que fiscalizou corretamente o contrato de prestação de serviços, do qual, neste caso, não se desincumbiu a contento, sendo cabível a declaração de sua responsabilidade subsidiária, a teor da Súmula nº 331, V, do TST. (TRT24; ROT 0024730-71.2020.5.24.0005; 1ª Turma; Des. Rel. Nicanor de Araujo Lima; j: 12/07/2021)

Destaca-se trecho da decisão:

No caso, não há prova robusta de que o 2º réu tenha desempenhado seu papel de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Com efeito, os documentos juntados com a contestação, em sua maioria, atestam o exercício do poder fiscalizatório da tomadora de serviços apenas no aspecto da regularidade fiscal (certidões negativas de débito e de regularidade do FGTS). (...) Nesse sentido, aludida documentação não se afigura hábil para afastar a ocorrência da culpa *in vigilando* do recorrente no tocante ao dever de vigiar o cumprimento dos direitos trabalhistas da autora.

Por fim, no que concerne a empresa D.S.V, declarou o Tribunal em determinado momento que, para configuração da responsabilidade da Administração, era imprescindível prova robusta e indubitosa que esta falhou na fiscalização da execução do contrato.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTE PÚBLICO – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93 – SÚMULA N. 331, V, DO C. TST – CULPA *IN VIGILANDO* – NÃO CONFIGURADA. Considerando a declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da lei n. 8.666/93 pelo E. Supremo Tribunal Federal ADC n. 16), e nos termos do enunciado da Súmula 331, item V, do C. Tribunal Superior do Trabalho, a imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público pelo Poder Judiciário deve estar pautada na existência de prova robusta e indubitosa de culpa *in eligendo* ou *in vigilando* no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente com relação à fiscalização da execução do contrato pela empresa contratada, o que não ocorreu. Recurso provido. (TRT 24; ROT 0025035-22.2018.5.24.0071; 1ª Turma; Des. Rel. Nery Sá e Silva de Azambuja; Djt: 24/03/2021).

Já em outra reclamação, baseou a condenação estatal na ausência de medidas necessárias para combater as irregularidades constatadas.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER PÚBLICO, TOMADOR DE SERVIÇOS. A responsabilidade subsidiária da administração pública não pode ser fundamentada exclusivamente na inadimplência da prestadora de serviços. É imprescindível a demonstração de que o ente público tinha conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, omitiu-se em tomar as medidas necessárias para combatê-la. Se o ente público deixa de tomar qualquer providência está configurada a culpa *in vigilando*, de modo que correta a sentença que reconheceu a responsabilidade subsidiária. Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (TRT 24; ROT 0024010-85.2020.5.24.0076; 2ª Turma; Juíza Rel. Beatriz Maki Shinzato Capucho; j:26/04/2021).

Os processos foram remetidos ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) para julgamento dos recursos de revista interpostos. Porém, observa-se que nos acórdãos da Corte, que em algumas situações é adotado o entendimento da Súmula 126/TST que dispõe: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas”, mantendo-se a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Esse posicionamento, aliado a superficial análise probatória dos autos na origem, obsta o acesso da Administração às Cortes Superiores, impossibilitando a reforma dos julgados e acarretando substanciais prejuízos aos cofres públicos.

Por esse motivo, forçoso combater as discrepâncias verificadas nos julgamentos dos processos, muitas vezes entre a mesma Turma, o que causa grande impacto no campo jurídico administrativo trabalhista.

Na verdade, o que se pode perceber das decisões contrárias à Administração é que há um certo padrão decisório, em que se utilizam fundamentos genéricos, para justificar a existência de culpa *in vigilando* nos casos concretos, quando evidenciado o inadimplemento de verbas trabalhistas e o fato de que o ente público foi o beneficiário dos serviços prestados. Observa-se uma verdadeira generalização da culpa *in vigilando*, que olvida de uma análise mais criteriosa dos fatos para aferir se efetivamente há prova de falha na fiscalização nos casos concretos. (MAZZOLENE, 2017, p. 55)

Em regra, a decisão proferida em um determinado processo não tem o condão de permear efeitos sobre outro, contudo, deve haver coerência na análise fático-probatória dos processos por parte do Poder Judiciário.

Não é lógico que no julgamento de lides envolvendo o mesmo contrato de terceirização, formalizados com a mesma empresa, e que, portanto, foram fiscalizados exatamente do mesmo modo, sejam proferidas decisões diferentes.

2 PARÂMETROS DEFINIDOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Após alguns anos de discussões e ajustes, em 1º de abril de 2021, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro um novo marco legal para o direito administrativo, a Lei 14.133/2021, popularmente chamada de Nova Lei de Licitações. Trazendo novas regras para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei também trouxe alterações que afetam de forma substancial o Direito Administrativo e suas interseções com o Direito do Trabalho.

O artigo 193, II, da supracitada norma, dispõe que a Lei 8.666/1993 será revogada após decorridos dois anos da publicação oficial, contudo, imperioso identificar desde já os impactos perpetrados sobre a responsabilidade subsidiária da Administração no que concerne à terceirização. Contudo, antes de mais nada, para melhor compreensão do tema, necessário traçar um breve histórico sobre a evolução do entendimento jurisprudencial.

Antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, a Lei 8.666/1993 em seu artigo 71 já era clara ao dispor que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais seria suportada pelo contratado e não automaticamente transferidos à Administração.

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.

§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)

Ressalta-se que o dispositivo supracitado foi inclusive objeto da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16, pois a Justiça do Trabalho vinha responsabilizando a Administração Pública com base no inciso IV, da Súmula 331 do TST, em total descompasso com o artigo 71 da Lei 8.666/93. A Súmula previa genericamente que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implicava na responsabilidade subsidiária do tomador, sendo que somente em setembro de 2000 o inciso IV passou a especificar que a responsabilização recairia sobre os “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”.

Após o julgamento da ADC 16 pensou-se que haveria grande avanço na construção de um novo entendimento jurisprudencial acerca dos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público, ao se reconhecer a impossibilidade de transferência automática dos débitos trabalhistas à Administração, nos termos assim ementados:

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. (ADC 16, Min. Rel. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe: 09/09/2011)

Ainda como reflexo da decisão proferida pelo Pretório Excelso, o TST reeditou a Súmula 331, que passou a dispor da seguinte forma, vigorando a redação até a presente data:

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, Neto (2020; p. 39) esclarece que “(...) com o julgamento da ADC 16, em sessão de 24.11.2010, pelo STF, o qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não restou possível, jurisprudencialmente, declarar a responsabilidade automática (objetiva) da Administração Pública em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviços”. Contudo, o supracitado autor

(2020; p. 40) prossegue aduzindo que outra temática passou a ser corriqueira nos Tribunais Trabalhistas do país, a qual se discute na presente pesquisa: sobre quem recairia o ônus de comprovar a fiscalização do contrato de terceirização?

Dentre as diversas ações propostas, destaca-se o Recurso Extraordinário 760.931, julgado em repercussão geral, do qual emanou o Tema 246 do STF, consolidando o entendimento firmado na ADC 16, nos seguintes termos:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93.

Todavia, verifica-se da íntegra da decisão, que o cerne da questão (ônus da prova) não restou bem delimitado pelo STF. Nesse sentido Melo afirma que

É bem possível que a situação não resolvida continue gerando insegurança jurídica e instabilidade. Mais ainda, a maior justificativa à afetação do recurso extraordinário, que é a quantidade exorbitante de reclamações constitucionais e recursos extraordinários, não terá solução – sem falar no tempo despendido para laborar sobre esse processo –, pelo menos, até o momento presente. (2021; p. 106)

Como demonstrado, a questão sempre suscitou divergências no meio jurídico e ao longo dos anos firmou-se o entendimento nas Cortes Superiores de que a Administração seria responsabilizada por tais encargos tão somente quando houvesse prova de sua omissão em fiscalizar o contrato, a chamada culpa *in vigilando*.

Ademais, a condenação do ente público sem a devida prova constituída nos autos, partindo-se de mera presunção, viola o entendimento legal e caracteriza declaração velada de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações.

Diante disso, a Nova Lei de Licitações manteve em sua integralidade o disposto no *caput* do artigo 71 da Lei 8.666/93, e acrescentou outras disposições.

Art. 121. *Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.*

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º *Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.*

Assim, passou a dispor no parágrafo 2º do artigo 121 que as contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são a única hipótese de responsabilização subsidiária da Administração. Tal tipo de contratação é definido no artigo 6º, XV da Lei 14.1333/2021, da seguinte forma:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Portanto, a lei estabeleceu distinção entre os serviços de mão de obra quando os mesmos são prestados de forma contínua e com regime de dedicação exclusiva, sendo que, nessa modalidade, os empregados do contratado ficam à disposição nas dependências do contratante, tornando possível a fiscalização pelo contratante quanto à dinâmica da prestação de serviços, inclusive em relação a sua distribuição, controle e supervisão.

Apesar de ser este o caso das principais contratações envolvendo terceirização por parte do Poder Público, tal hipótese, por si só, não enseja a responsabilização subsidiária. Isso porque, a lei também dispôs que para a incidência da responsabilidade é imprescindível que haja comprovação de falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Desse modo, o que o que já havia sido previsto na Súmula 331 do TST (após o julgamento da ADC nº 16), passou a constar na própria Lei de Licitações, encerrando a discordância que havia sobre o tema, ante a omissão na Lei 8.666/1993.

Veja-se trecho da aludida Súmula:

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.

Diante disso, tem-se observado que nas inúmeras ações judiciais envolvendo a temática, os entes estatais têm comprovado sua efetiva fiscalização, por meio de toda documentação exigida. Até porque, tal ato é requisito legalmente estabelecido à manutenção dos mesmos desde a Lei 8.666/93 (artigo 67), mantido da seguinte forma na Lei 14.133/2021:

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Todavia, em que pese o princípio do livre convencimento motivado, o Judiciário tem criado parâmetros do que considera ou não, prova da fiscalização. Os contratos existentes entre particulares com a Administração Pública estão adstritos ao princípio da legalidade, assim, faz-se apenas o que expressamente previsto em lei, inclusive nos atos fiscalizatórios.

Acerca das medidas que podem ser adotadas para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, a Nova Lei de Licitações previu no parágrafo 3º do artigo 121 as seguintes possibilidades:

- I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

Assim, quando o Judiciário estipula balizas probatórias nos casos concretos ou mesmo pesa de forma desigual os documentos apresentados, aquém do que prevê a própria legislação de regência está, mesmo que de forma indireta, criando novas regras aos contratos de terceirização.

Mazzoleni (2017; p.72) alerta que a “forma como a questão vem sendo tratada pelos órgãos da Justiça do Trabalho, tornou-se insustentável. A insegurança jurídica é total”. Como foi constatado nesse estudo, atualmente não há como prever o entendimento judicial sobre o tema, mesmo havendo disposição norma clara e incontestável.

Ainda sobre as possíveis medidas fiscalizatórias, ressalta-se que o parágrafo 3º, do artigo 121, da Lei 14.133/2021, deixa evidente a discricionariedade quanto a adoção dos atos fiscalizatórios.

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, *poderá, entre outras medidas:*

Claramente a legislação não estipula quais meios a Administração se utilizará para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas, tratando-se de rol meramente exemplificativo, não cabendo ao Judiciário fazê-lo. Assim, cumpridas as exigências previstas na Lei de Licitações no que tange à fiscalização do contrato, em regra, não há que se falar em falha. De modo que, demonstrando a Administração ter seguido tais preceitos, caberia a parte autora comprovar o contrário.

Ressalta-se ainda que nos termos da já mencionada Súmula 331 do TST, “A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Diante disso, faz-se cada vez mais necessária a adequação do entendimento jurisprudencial à Nova Lei de Licitações, afastando a responsabilidade subsidiária da Administração quando verificado o cumprimento dos atos fiscalizatórios previstos em lei.

CONCLUSÃO

Quando a Administração Pública firma contratos de terceirização com empresas prestadoras de

serviços, com intuito de que estas realizem atividades-meio, situação permitida pelo ordenamento jurídico, deve observar o que dispõe as normas de direito administrativo, inclusive quanto aos encargos trabalhistas.

São nelas, e em demais normas regulamentadoras, que se encontram todas as disposições concernentes aos atos fiscalizatórios a serem adotados pelos entes públicos em cada contrato. Assim, cumpridos tais requisitos, em regra, não subsistem outros encargos por parte do tomador de serviços.

Ocorre que, o que tem sido notado no julgamento de reclamações trabalhistas que pleiteiam a responsabilidade subsidiária da Administração pelo inadimplemento de verbas advindas dos contratos de trabalho, é que há grande subjetividade na valoração das provas constantes nos autos.

Em razão disso, a Justiça do Trabalho, tem proferido decisões muitas vezes incoerentes entre si, pois apesar de considerar que os entes públicos apenas podem ser responsabilizados quando verificada a falha na fiscalização dos contratos, observou-se a ausência de critérios objetivos e embasados legalmente, quanto a análise dos documentos juntados na fase contestatória com intuito de afastar a culpa *in vigilando*.

Em contraponto, verificou-se que a Nova Lei de Licitações passou a dispor de forma ainda mais clara sobre as hipóteses em que a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelos encargos trabalhistas advindos dos contratos de terceirização, bem como os meios disponíveis para compelir o cumprimento das obrigações por parte da empresa contratada.

Assim, concluiu-se que atualmente ainda há incoerências entre o disposto na Lei 8.666/1993 e na Lei 14.133/2021 e o posicionamento adotado pelo Judiciário Trabalhista quanto a valoração probatória dos atos de fiscalização, sendo, portanto, essencial que haja uma rápida adequação às novas regras, a fim de que se evite a insegurança jurídica e prejuízos aos cofres públicos com as frequentes condenações.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Gláucia. **Curso de Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BRASIL. **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.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 07 set. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas.** 8ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 12.ed. São Paulo: GEN, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZOLENI, Guilherme. **Responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços: Por que a exceção virou regra?.** Monografia (Especialização em Advocacia do Estado e Direito Público). Advocacia-Geral da União. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 76, 2017.

MELO, Gabriela Fonseca de. **Formação e aplicação do precedente judicial: a tensão entre o STF e o TST no caso de responsabilidade subsidiária de ente público em relação de terceirização.** 2020. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

NETO, Geraldo Furtado de Araújo. **A responsabilidade da administração pública brasileira nas terceirizações à luz da Convenção 94 da OIT.** 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2006.