

# FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA: UMA NOVA EXEGESE E REFORÇO DE INCIDÊNCIA

Bruno Santos Cunha\*

## 1 – A ARREGIMENTAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**I**númeras são as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais surgidas a partir das várias hipóteses e espécies distintas que se apresentam para a arregimentação de pessoal pela Administração Pública. Desta feita, em que pesem as ilações trazidas pelo Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16<sup>1</sup>, o fato é que não é de hoje que uma das maiores celeumas que se instaura no cerne da Administração Pública diz respeito à gestão de pessoal, sobretudo no tocante à contratação/admissão de agentes para exercício das atividades afetas às entidades administrativas, sendo certo que a terceirização de mão de obra, pela via da contratação administrativa, é apenas mais uma das sistemáticas diuturnamente utilizadas para tal.

Por certo, as chamadas “novas formas de prestação de atividades administrativas” – no sentido mais amplo que se possa dar à temática –, abarcam uma série de formatações jurídicas distintas para a arregimentação, ou seja, formas pelas quais, ao longo dos anos, se buscou “admitir” pessoal na Administração Pública para exercício de múnus específico, ainda que não típico, em termos finalísticos. O que se vê, pois, é que tais formas destoam daquelas expressamente

---

\* *Procurador do Município do Recife; mestrando em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP); ex-professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); advogado.*

1 Nos termos do Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal, eis o posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto quando do julgamento da ADC nº 16: “(...) a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão de obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.”

destacadas pelo ordenamento constitucional, na dicção já relatada do Ministro Carlos Ayres Britto: o concurso público (art. 37, II), a nomeação para cargo em comissão (art. 37, V) e a contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Nem por isso, repise-se, hão de ser de todo fulminadas as ditas “novas formas”, já que, na linha perfilhada por José dos Santos Carvalho Filho:

“A ideia de que a função administrativa é, em regra, executada pelo Estado por intermédio de seus agentes é bem mais singela do que aquela que diz respeito à situação jurídica que vincula tais agentes ao Estado. Como a função administrativa é multifária e complexa, torna-se compreensível a criação de novos mecanismos com o fito de melhor adequar-se à sua execução.”<sup>2</sup>

De fato, dentre as formas já aventadas, ganharam relevo a terceirização de mão de obra, a contratação de cooperativas, a gestão associada de serviços por meio de convênios, a habilitação e contratos de gestão com as chamadas Organizações Sociais (OS) e a pactuação de termos de parceria com as chamadas OSCIPs – estes dois últimos formando aquilo que se denomina de interação com o terceiro setor (ou terceira via).

O que se discute, no entanto, é se tais formas podem se ajustar licitamente ao sistema jurídico vigente, sem fulminar, de todo, a impessoalidade, a moralidade e a probidade administrativa – marcas distintivas da Administração galgada no espírito democrático e no republicanismo. Ainda no ponto ora debatido, o que há de se dizer é que o já aludido terceiro setor não pode ser utilizado para substituir por completo o exercício da competência atribuída constitucionalmente ao Estado. Ademais, os próprios Tribunais Pátrios já firmaram tal posicionamento acerca do tema, ao salientar que tais entidades só podem suplementar as atividades públicas, não substituí-las.

Assim, vale ressaltar que a utilização de mão de obra de fora dos quadros intrínsecos da Administração Pública, para o exercício de atividades inerentes às suas funções intestinas, demanda extrema cautela e fundamentação jurídica ímpar. É que toda vez que se pretende desempenhar atividades típicas de Administração Pública por meio de pessoal não efetivamente ligado ao ente público por vínculo jurídico específico – seja sob vínculo estatutário ou contratual trabalhista –, há de se respeitar regramento específico que permita a utilização de tal mão de obra sem ferir ou desrespeitar princípios inerentes ao

---

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Terceirização no setor público: encontros e desencontros”. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

acesso aos cargos públicos e, sobretudo, que atenda aos princípios norteadores da Administração, como a impessoalidade e a moralidade, corolários da atuação estatal alinhada ao interesse público.

Dentro de tal regramento<sup>3</sup> – que, em específico, foge ao presente trabalho –, impende destacar que a realização ou não de atividade finalística por agentes apenas indiretamente vinculados ao ente deve ser vista como baliza para a regularidade da prestação de serviços, sobretudo quando o ente público se desfaz, de todo, de seu múnus público específico. Em suma, se afigura viável a execução indireta quando os serviços não se enquadrarem dentre os “especificados como sendo atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar terceirização de atividade-fim do órgão ou entidade administrativa contratante”.<sup>4</sup>

De qualquer sorte – e ainda que não se discuta, em termos político-econômicos, questões relacionadas à hipertrofia estatal ou à instauração de um Estado mínimo ou máximo<sup>5</sup>, a contemplar em seu bojo todo o rol de agentes necessários para desempenho de suas atividades finalísticas e as que lhes são adjetas (que compõe aquilo que se convencionou denominar de atividade-meio) –, importa adentrar na discussão relativa à terceirização de mão de obra por intermédio de contratação administrativa e, por conseguinte, na eventual caracterização de responsabilidade da Administração Pública daí advinda.

## 2 – A TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA E SUAS DECORRÊNCIAS: A LEI Nº 8.666/93 E A JURISPRUDÊNCIA

De início, necessário apresentar breve contextualização acerca das atuais decorrências da chamada terceirização de mão de obra, isto é, a forma pela qual o tema ora se apresenta na praxis administrativa e no cotidiano dos Tribunais – sobretudo naqueles afetos ao Judiciário Trabalhista. É que, muito embora o escopo do presente trabalho não seja apresentar as minúcias da validade jurídica ou não de tal sorte de atuação administrativa (terceirização), importa destacar, em primeiro plano, as consequências jurídicas advindas da mesma e, logo após, as soluções alvitradas para que a Administração Pública faça o correto uso do instituto, sem incorrer em ilegalidades e posterior responsabilidade.

3 A título meramente exemplificativo, cite-se o Decreto-Lei nº 200/67, o Decreto Federal nº 2.271/97, o Decreto Federal nº 1.094/94, a IN nº 02/08-SLTI/MPOG e as próprias diretrizes da Lei nº 8.666/93.

4 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 416.

5 Para tal espécie de abordagem, vide: FORTINI, Cristiana. “O perfil do direito administrativo atual e o emprego da terceirização pela Administração Pública”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 8, dez./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

Em primeira aceção – e em apertada síntese –, frise-se que o posicionamento sistemático dos Tribunais Trabalhistas acerca da utilização de mão de obra por intermédio de terceirização é aquele cristalizado no enunciado de Súmula nº 331 do TST. Por oportuno, eis a redação de tal dispositivo:

“Súmula nº 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.74).

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 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.93).”

No que toca à Administração Pública, duas são as decorrências fundamentais de tal enunciado: 1) pelo princípio do concurso público (art. 37, II, da CF/88), a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração; 2) o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços (*in casu*, a Administração), muito embora a Lei nº 8.666/93 – que regula justamente a forma da contratação administrativa de tais serviços, enquanto atividade-meio – tenha disposição expressa em contrário, a saber:

“Lei nº 8.666/93 – 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.”

Ante tal quadro, o que ora se discute no âmbito doutrinário e jurisprudencial – agora em seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – são as implicações de tal embate de proposições. Assim – e dentre outros vieses –, é possível elencar uma série de entraves que hão de ser dirimidos a partir da manifestação conclusiva do STF; seja por intermédio das ilações advindas da ADC nº 16, seja em virtude de outros pronunciamentos a ela complementares (e.g., Reclamações). Dentre as principais celeumas, frise-se: 1) a acepção diametralmente oposta entre lei e enunciado de súmula; 2) a questão da declaração implícita de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, a ensejar a aplicação da Súmula Vinculante nº 10 do STF<sup>6</sup>; 3) uma alegada objetivação da responsabilidade do ente estatal contratante; 4) aferição de eventual elemento subjetivo<sup>7</sup> na conduta administrativa, sobretudo em face de conduta omissiva; 5) subsidiariedade ou solidariedade na responsabilização administrativa.

De fato, muito ainda há de se discutir nos pontos acima explicitados, sendo certo que a doutrina e os Tribunais se ocuparão dos mesmos. O que se quer, por ora, é salientar que, expostas as principais discussões jurídicas havidas em função da utilização dos mecanismos de terceirização de serviços por parte da Administração, o escopo do presente trabalho tangencia tais imbrólios, buscando apresentar caracteres de gestão administrativa que possibilitem uma releitura do instituto da terceirização, adequando-o ao padrão de legalidade sem que se tenha, de *per si*, uma aniquilação do instituto, que, como já visto anteriormente, coaduna-se com a prestação de atividades estatais.

### 3 – A ÊNFASE NA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO: A SAÍDA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De logo – e a partir da consideração final havida no julgamento da ADC nº 16 –, resta claro que o Supremo Tribunal Federal houve por considerar, no mérito, que “a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à

6 STF. “Súmula Vinculante nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

7 Elemento subjetivo que, em tais casos, consubstancia-se na chamada culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, que serão abordadas oportunamente.

Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado nº 331 do TST<sup>78</sup>.

Em tal contexto, o expediente que surge para a Administração, no sentido de viabilizar suas contratações de mão de obra pela terceirização e adequá-las aos preceitos legais, passa por dois enfoques distintos: 1) controle prévio, no bojo do certame licitatório tendente à contratação administrativa (terceirização), no qual deverá a Administração zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada, nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei nº 8.666/93; 2) controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório (vide art. 67 da Lei nº 8.666/93), na busca da integral consecução dos termos ajustados e no adimplemento de todas as parcelas acessórias à prestação contratada (*in casu*, todas as decorrências de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra).

Em suma, o que os dois enfoques acima elencados representam é a configuração do já aludido elemento subjetivo, a ser aferido na conduta administrativa em relação à terceirização de mão de obra. Respectivamente, há de se falar em culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

O primeiro ponto – culpa *in eligendo* – está ligado à metodologia e forma de escolha do fornecedor da mão de obra terceirizada, ou seja, ao certame licitatório, que redundará na efetiva contratação administrativa dos serviços. Nesse quadrante, cabe à Administração a máxima diligência no sentido de bem selecionar o contratado, com base nos institutos habilitatórios e qualificatórios dispostos na Lei de Licitações. O móvel é, pois, a escolha de fornecedor apto a honrar com a prestação pretendida, sem descuidar das implicações jurídico-econômicas dela provenientes.

Em segundo momento – e já no bojo da contratação administrativa propriamente dita –, ressaia a figura da culpa *in vigilando*, como quebra do dever legal de vigilância que reside na efetiva gestão e fiscalização contratual: o que, por ora, assume papel de destaque na ação administrativa.

---

8 Informativo nº 610 do STF.

De fato, é no espectro da gestão e fiscalização que eventual omissão administrativa pode e deve ser fulminada, dando azo ao efetivo cumprimento contratual e ao afastamento de futura responsabilização. No ponto, importa dizer que, enquanto a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente<sup>9</sup>, com conhecimento técnico suficiente. Tal agente – fiscal –, com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração Pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária.

Caberá ao fiscal, pois, uma atuação mais focal e especializada, sobretudo no tocante à verificação e constatação do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, sendo assente a necessidade de que o mesmo possua conhecimento técnico na área (*in casu*, orientação jurídico-trabalhista). Diante disso, inegável a possibilidade de uma pluralidade de fiscais, cada qual afeto à área específica (e.g. um fiscal no tocante ao serviço executado pela mão de obra contratada e outro em relação às decorrências jurídico-laborais da contratação).

Evidente, assim, o reforço de incidência no tocante à fiscalização dos contratos, principalmente diante das atuais repercussões acerca da responsabilidade da Administração nos casos que envolvam a chamada terceirização de mão de obra, a representar instrumental apto e necessário ao correto exercício da atividade administrativa, em sentido largo.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de quaisquer determinações ainda pendentes acerca da real abrangência daquilo que decidido no bojo da ADC nº 16, é certo que o que se extrai da referida decisão é que a declaração de constitucionalidade do dispositivo contido na Lei nº 8.666/93 não impedirá o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública diante da terceirização de mão de obra.

No entanto, o que salta aos olhos, por ora, é uma possível reconfiguração da sistemática de apuração da responsabilidade dos entes públicos, a ensejar

---

9 Frise-se que, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93, é possível que, além do representante da Administração especialmente designado, seja manejada a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição fiscalizatória.

necessário cotejo entre sua atuação – comissiva ou omissiva – com as decorrências do caso concreto: hipótese que poderá implicar o reconhecimento ou não de eventual omissão culposa, mormente em relação à escolha (culpa *in eligendo*) e à fiscalização do contratado (culpa *in vigilando*).

Portanto, o que se depreende de tal ordem de acontecimentos é o necessário reforço na fiscalização contratual, a fomentar uma mudança significativa na atividade dos agentes públicos que atualmente despenham tal função, no sentido de que a mesma não representa mera faculdade assegurada à Administração, mas sim verdadeiro dever a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais<sup>10</sup> subjacentes à contratação administrativa realizada.

## 5 – BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Terceirização no setor público: encontros e desencontros”. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORTINI, Cristiana. “O perfil do direito administrativo atual e o emprego da terceirização pela Administração Pública”. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, nº 8, dez./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

---

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 780.