

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 031121.001/2021

OBJETO: Registro de Preços para eventual e futura contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados de limpeza e conservação, condução de veículos, cozinha e apoio administrativo, em caráter complementar para a Prefeitura Municipal de Lagoa Grande do Maranhão/MA;

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMÁTICA DE AMPLA COMPLEXIDADE. ADVENTO DAS LEIS Nº 13.429/2017 E Nº 13.467/2017. PERMISSÃO GARANTIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PARÂMETROS NORMATIVOS A SEREM OBSERVADOS PELO GESTOR PÚBLICO QUANDO DE SUA IMPLEMENTAÇÃO.

1-RELATÓRIO

Trata-se de solicitação feita pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação - CPL deste município, para elaboração parecer jurídico, sobre certamente licitatório em epígrafe que visa o Registro de Preços para eventual e futura contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados de limpeza e conservação, condução de veículos, cozinha e apoio administrativo, em caráter complementar à Prefeitura Municipal de Lagoa Grande do Maranhão.

Vale frisar, que os serviços aos quais a administração pública pretende contratar por intermédio de terceirização de mão de obra, são atividades meios e não fins do poder público.

Ressalta-se, que a minuta do edital, sob o ângulo jurídico-formal, essa está em consonância ao que preconiza a Lei 8.666/93.

Eis o que é mais relevante a ser relatado, razão pela qual, passamos ao parecer jurídico.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

2-FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1- DA POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRECEDENTES FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A fim de melhor orientar a administração municipal em relação ao processo de terceirização de mão de obra, é que se pretende pontuar as principais considerações jurídicas e doutrinárias acerca do instituto jurídico em questão.

Em nosso ordenamento jurídico, vários são os preceitos legais que já vislumbravam a possibilidade da terceirização da mão de obra no âmbito da Administração Pública.

A título exemplificativo, o parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal), admite a terceirização no serviço público. Tal dispositivo legal **determina que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão compatibilizados como "outras despesas de pessoal"**.

Já o art. 1º do Decreto 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que **"podem ser executados indiretamente os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, cotejamento, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações.**

Ressalta-se, que o instituto ganhou força e notoriedade recentemente, com o advento da Lei n.º 13.429/2017, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, trazendo requisitos legais específicos para a celebração e validade do contrato de terceirização de mão de obra.

Outrossim, o dispositivo legal também veio a dispor sobre a responsabilidade da **tomadora de serviço** (pessoa jurídica que contrata mão de obra terceirizada) e da **prestadora de serviço** (pessoa jurídica contratada que presta o serviço terceirizado).

É de grande valia mencionar, ainda, que os comandos legais pertinentes às licitações e contratos administrativos preveem a hipótese de contratação de empresas prestadoras de serviço, desde que obedecidas as regras de contratação no serviço público, consoante disposto na Lei nº 8.666/93, art. 7º e art. 6º, inciso II, que define o que seja serviço para efeito do referido Estatuto.

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Portanto, podemos extrair das disposições supramencionada, que o instituto da terceirização é plenamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, sejam entre pessoas jurídicas de direito privado, seja até mesmo a administração pública a tomadora de serviços.

A fim de trazer mais segurança jurídica ao certamente licitatório almejado pela administração municipal, imperioso destacar também, que conforme já noticiado no site do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), sobre o tema 725, a Suprema Corte decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização até mesmo da atividade-fim e quatro contra.

Nesse sentido:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018).

Do mesmo modo:

RECLAMAÇÃO. PROCESSO SOBRESTADO NA ORIGEM. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. TERCEIRIZAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DA ATIVIDADE-FIM. DÉBITOS TRABALHISTAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS NA ADC Nº 16 E NO RE 760.931-RG. SÚMULA VINCULANTE 10. ANÁLISE DE CULPA DA ADMINISTRAÇÃO PELA CORTE RECLAMADA. PREMISSAS DE ORIGEM. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. RECLAMAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. [...] EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. LICITUDE. Consoante decisão do Excelso STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 958252, **“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”** Igual entendimento restou proferido no julgamento da ADPF 324. [...] O STF, em sede de repercussão geral, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958252, em 30-8-2018, fixou as seguintes teses, in verbis : [...] Muito embora ainda se aguarde a publicação dos acórdãos, as decisões ostentam efeito vinculante e se aplicam imediatamente a todos os processos em trâmite na Justiça do Trabalho, por se tratar de repercussão geral. Vale ressaltar que o STF esclareceu que as decisões não afetam automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada, o que não é o caso dos autos. Assim, nos termos das decisões retro citadas, é lícita a contratação de trabalhador por empresa interposta, tanto na atividade meio, quanto na

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

atividade fim do tomador dos serviços. Destarte, conforme observado, não é possível reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a CEMIG, não se havendo falar, ainda, em tratamento isonômico a ser conferido aos empregados da empresa prestadora de serviços em relação àqueles integrantes dos quadros da tomadora, uma vez que não restou comprovada a existência de empregados da 2ª ré exercendo as mesmas funções do autor. Portanto, são improcedentes as pretensões iniciais formuladas com fundamento na ilicitude da terceirização. Quanto à responsabilidade subsidiária a ela atribuída, registro que, nos termos da Tese Jurídica Prevalente 23, deste Regional, é do ente público o ônus da prova quanto à existência de efetiva fiscalização dos contratos de trabalho de terceirização, para que não lhe seja imputada a responsabilidade subsidiária. Resta mantida, nessa ordem de ideias, a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada, CEMIG, uma vez que, consoante exposto supra, ainda que reconhecida a licitude da terceirização, incumbia a ela comprovar a fiscalização do contrato havido com a 1ª ré, ônus do qual não se desvencilhou. [...] 4. Inviável a reclamação. 6. **No julgamento da ADC nº 16, ocorrido em 24.11.2010, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o Pleno desta Corte abraçou a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei nº 8.666/1993, consoante emerge da ementa do acórdão de relatoria do eminente Min. Cezar Peluso: “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.”** 7. Também resultou destacado que o aludido dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público ante ação culposa da Administração Pública, como no caso de omissão na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico. 8. No julgamento do paradigmático RE nº 760.931-RG, em 26.4.2017, o Plenário desta Suprema Corte ratificou o entendimento prelecionado na ADC nº 16 e fixou a seguinte tese: “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 8.666/1993”. 9. Por seu turno, o comando da Súmula Vinculante nº 10 obriga que, na análise de possível ofensa ao seu conteúdo, esta Corte investigue se o afastamento de

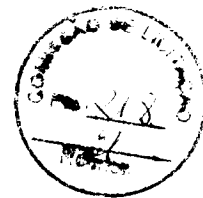
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

norma no caso concreto se deu em função de declaração explícita ou implícita de inconstitucionalidade. Assim, não é o mero ato de afastar a aplicabilidade do comando legal que implica contrariedade à súmula, mas fazê-lo com esteio em incompatibilidade com o texto constitucional, mesmo que de forma não declarada. 10. Da análise da decisão reclamada, observo que o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região consignou que a responsabilidade subsidiária atribuída à ora reclamante decorre de omissão desta no dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas relativas à cessão de mão de obra. 11. **Consignada pela Corte de origem a culpa da tomadora de serviços em razão de omissão da Administração Pública quanto ao poder-dever de fiscalizar o adimplemento, pela contratada, das obrigações legais que lhe incumbiam – a caracterizar a culpa in vigilando –, não se excogita afronta à ADC nº 16, ao RE nº 760.931-RG ou ao comando da Súmula Vinculante nº 10. 12. Limitados a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública – como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços –, os julgamentos da ADC nº 16 e do RE nº 760.931-RG, ao fixarem a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, não adentraram a questão da distribuição do ônus probatório nesse aspecto, tampouco estabeleceram balizas na apreciação da prova ao julgador.** 13. A propósito, o Plenário desta Casa, mediante votação majoritária, rejeitou os embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no RE 760.931-RG. Na assentada, o Colegiado afastou a possibilidade da pretendida integração da questão do ônus da prova e sua valoração ao julgamento do precedente paradigmático. Por oportuno, cito excerto do voto do Min. Edson Fachin, redator para o acórdão do respectivo do julgado: “EMENTA: TERCEIROS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 246 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESAS TERCEIRIZADAS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Não há contradição a ser sanada, pois a tese aprovada, no contexto da sistemática da repercussão geral, reflete a posição da maioria da Corte quanto ao tema em questão, contemplando exatamente os debates que conduziram ao acórdão embargado. 2. **Não se caracteriza obscuridade, pois, conforme está cristalino no acórdão e na respectiva tese de repercussão geral, a responsabilização subsidiária do poder público não é automática, dependendo de comprovação de culpa in eligendo ou culpa in vigilando, o que decorre da inarredável obrigação da administração pública de fiscalizar os contratos administrativos firmados sob os efeitos da estrita legalidade.** 3. Embargos de declaração rejeitados. [...] A responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu com o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços”. (RE 760931 ED-terceiros, Rel. Min. Luiz Fux,

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Redator p/ Acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Dje 06.9.2019) 14. A ratificar essa inteligência, observo que o debate sobre o ônus da prova em eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública é, hoje, objeto do RE nº 1.298.647-RG (Tema 1.118), confira-se: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS GERADOS PELO INADIMPLEMENTO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONTRATADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 16 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931. TEMA 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO. MERA PRESUNÇÃO DE CULPA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”. 15. Demais disso, à luz das premissas de origem, não se trata de responsabilização automática do ente público, tampouco de ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, mas de efetiva análise da culpa do ente público pelo descumprimento do dever de fiscalizar o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes da prestação de serviços. 16. Dessa forma, tendo o Tribunal de origem assentado, na decisão reclamada, a responsabilidade subsidiária do ente público por culpa in vigilando, afastar tal conclusão exigiria a reabertura do debate fático-probatório, a alcançar a questão relativa à configuração efetiva da culpa ou inércia fiscalizatória da Administração, ou, ainda, a discussão acerca da correta aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, procedimento inviável em sede de reclamação. [...] “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADC 16 E RE 760.931. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] (Rcl 20895 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje 24.4.2019) 17. Anoto, igualmente, os seguintes julgados: AgR-Rcl 14.048 (Dje 02.02.2015) e AgR-Rcl 17.831 (Dje 02.02.2015), da lavra do Ministro Luiz Fux; AgR-Rcl 12.634 (Dje 13.10.2015), em que Relator o Ministro Roberto Barroso; e AgR-Rcl 21.162 (22.9.2015) e AgR-Rcl 21.495 (Dje 15.10.2015), da relatoria do Ministro Edson Fachin. 18. Ante o exposto, forte no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento à presente reclamação. Publique-se. Brasília, 03 de maio de 2021. Ministra Rosa Weber Relatora (STF - Rcl: 39656 MG 0088033-76.2020.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/05/2021, Data de Publicação: 05/05/2021). (Grifou-se).

Diante todo o exposto neste tópico, não restam dúvidas sobre a possibilidade jurídica e legal da modalidade de contratação de mão de obra terceirizada objeto de análise, mormente quando o ente público tomador de



serviço busca terceirizar tão somente os serviços meios da administração pública, conforme devidamente descrito na minuta do edital do certame.

2.2- DA PERSPECTIVA DA LEIS 13.429 E 13.467 NO AMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Além dos questionamentos acerca da constitucionalidade do instituto da terceirização, sua aplicabilidade ao Poder Público, como dito, é objeto de disputa. Nas ADIs nº 5.685, 5.687, e 5.735, que questionam a Lei nº 13.429/2017, prega-se pelo afastamento integral dos dispositivos na seara da Administração Pública. E, como já salientado alhures, a ANAMATRA dispôs categoricamente enunciado aglutinado que considera que a terceirização regulamentada pelas Leis nº 13.429 e 13.467, de 2017, não serve como marco regulatório para a AP.

Sem embargo, cabe observar que, em uma interpretação histórica dos textos normativos, pretendeu-se estender a terceirização inclusive para o Poder Público, conforme se depreende da fala do relator do PL nº 4.302/98 (convertido na Lei nº 13.429), deputado Laércio Oliveira, para quem a terceirização serviria inclusive para uso da Administração Pública em suas atividades-fim, exceto para as carreiras essenciais do Estado.

É de notar também que o PL nº 4.330/2004, em trâmite legislativo no Senado Federal, regula de forma exaustiva o instituto da terceirização e afasta expressamente a sua aplicabilidade à Administração Pública. O PL nº 4.302/98, transformado na Lei nº 13.429/2017, a seu turno, restou omissa quanto àquela aplicabilidade ou não, mantendo-se essa omissão em sede da conversão em Lei.

Além disso, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 339/2016, também em trâmite, prevê expressamente a terceirização no âmbito da iniciativa privada e das empresas públicas e de sociedade de economia mista, ressalvando a sua aplicabilidade para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, e as demais instituições *“que não desenvolvam atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em sentido estrito”*. Nesse sentido, este PL também se distingue da Lei nº 13.429/2017 justamente pela previsão expressa das entidades que seriam abarcadas por sua regulação.

Para mais de outros PL's que poderiam ser mencionados, os quais se remete a leitura, forçoso concluir que a omissão acerca da aplicabilidade para a Administração Pública do instituto da terceirização proposta pelas Leis nº 13.429 e 13.467, de 2017, foi concebida de forma propositada. O artigo 5-A da Lei nº 6.019/74 traz uma acepção ampla do que seria a figura do contratante (tomador de serviços terceirizados), algo que, *primo icto oculi*, abrangeria a Administração Pública. Vale conferi-lo novamente:



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º. É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º. Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 3º. É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 4º. A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

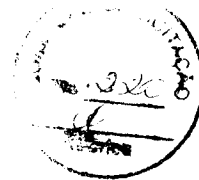
§ 5º. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Nesse sentido, na acepção “contratantes” incluem-se quaisquer tipos de pessoas jurídicas, sem distinção se pessoa jurídica de direito público, interno ou externo, ou de direito privado, conforme classificação proposta pelo artigo 40 do Código Civil. **Em assim sendo, a Administração Pública e suas diversas entidades, como pessoas jurídicas de direito público interno, ou pessoas jurídicas de direito privado, podem figurar na posição de contratante com sociedade empresária de prestação de serviços.**

2.3- HARMONIZAÇÃO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI DE LICITAÇÃO E DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Como está-se falando em um *contrato* que envolve a Administração Pública, por óbvio, atrai-se a incidência da Lei nº 8.666/1993, que rege os contratos pactuados pelos entes e entidades da Administração Pública, os denominados contratos administrativos. E por expressa disposição constitucional, prevista no artigo 37, XXI, da CRFB/88, será necessário processo licitatório prévio para escolha do contratado que prestará o serviço (salvo nos casos de dispensa de licitação).

É ver que o conceito de “prestação de serviços” trazido pelo artigo 4º-A



da Lei nº 13.467/2017 não entra em confronto com o de “serviço” previsto no artigo 6º, II, da Lei nº 8.666/93, pois a prestação de serviços convirá a uma utilidade da Administração Pública.

Na literalidade dos dispositivos, vejamos:

Lei nº 13.467/2017:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Lei nº 8.666/1993:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Nesse sentido, podemos concluir que para que a terceirização seja realizada, será necessária a observância aos artigos 7º a 12º da Lei nº 8.666/93, que tratam dos serviços, e a observância à modalidade licitatória pertinente, ou seja, os contratos deverão conter, além das cláusulas previstas no artigo 5º-B da Lei nº 13.429/2017, as cláusulas previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93 (o que ocorre perfeitamente no caso em tela).

Ademais, é de se observar que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar nº 101) estabelece, em seu artigo 18, § 1º, que as terceirizações entram no limite de despesas de pessoal (outras despesas de pessoal).

2.4- DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE AUTOMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PAGAMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS DOS TERCEIRIZADOS

Para dar início ao assunto a ser abordado no presente tópico, destaco a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

“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” (STF, Pleno, RE 760.931/DF, DJe 2/5/2017).

Para o Min. Celso de Mello, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente, “sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação



constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial”.

Apontou ainda que o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas: **“O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados”**.

E continuou sua avaliação política, motivadora do seu julgamento anti-jurídico, citando dados estatísticos que comprovariam o aumento de vagas no mercado formal em decorrência do aumento da terceirização em empresas dos mais diversos segmentos econômicos. **“O impedimento absoluto da terceirização trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará a redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização nos últimos anos”**.

Já a Min. Cármen Lúcia, por sua vez, alegou que a garantia dos postos de trabalho não está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada. **“Com a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho”**.

O que viu-se nesse julgamento, mais uma vez, foram argumentos vazios de conteúdo jurídico. Registre-se que divergiram desse entendimento os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Vale dizer que, após a reforma trabalhista, já se admitia a terceirização de forma ampla, ou seja, de quaisquer das atividades da contratante (tomadora), inclusive de sua atividade principal, o que veio a ser confirmado pelo julgamento do STF. Logo, com a *reforma trabalhista*, já estava superada a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, anteriormente adotada pela jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal julgou ainda *procedente* a arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questionou a constitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que restringiam a terceirização com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. O relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão



desse julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, j. 30/8/2018).

Vale ressaltar ainda, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, **tema 246**, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada, confirmando-se o entendimento adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, **que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.**

Nesse prisma, também destaco o disposto no art. 71, §1º da Lei 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.**"

Diante todo o exposto, podemos concluir de forma indubitável, que a responsabilidade do ente público tomador de serviço somente se caracteriza que sua conduta culposa é in eligendo ou in vigilando.

A **culpa in eligendo** caracteriza-se pela "falta de cautela na escolha de preposto ou pessoa a quem se confia a execução de serviço". **Podemos exemplificar a descaracterização desta modalidade de culpa quando a escolha do contratado é feito nos limites impostos pela legislação, ou seja, é o processo licitatório que determina o vencedor do certame público, ao qual o ente público fica adstrito.**

Já a **culpa in vigilando** é aquela que decorre pela "falta de cuidado, diligência, vigilância, atenção, fiscalização ou atos necessários de segurança de agente, no cumprimento de seu dever". **Podemos exemplificar sua descaracterização quando a administração pública fiscaliza a execução do contrato prestado.**

Sobre o tema, é esse o entendimento do nosso Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, vejamos:

Tem-se, nesse passo, que a discussão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em sede processual, passa pela relevante questão da prova, principalmente se o órgão julgador entender pela incidência da

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

responsabilidade subjetiva. Desse modo, é perfeitamente possível examinar em cada caso a existência da culpa do ente público pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço. O ente público contratante tem o dever de fiscalizar, em todo o curso do contrato administrativo, o cabal e tempestivo cumprimento, pelo particular, de suas obrigações trabalhistas como empregador daqueles trabalhadores terceirizados que atuaram no âmbito da Administração Pública. Esse poder de fiscalização, por sua vez, tem em si uma diretriz de fundamental importância, qual seja, garantir a qualidade do serviço público que será contratado. Nesse sentido, os artigos 54, § 1º, 55, inciso XIII, e 66 da Lei nº 8.666/93 estabelecem, claramente, que o fornecedor de mão de obra contratado está estritamente vinculado ao cumprimento cabal das obrigações e responsabilidades a que se vinculou quando participou da licitação, *in verbis*: "Art. 54 (...) § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos e da proposta a que se vinculam." "Art. 55 São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:(...)XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação." "Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial." "Os artigos 58, inciso III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93, nessa mesma linha, impõem expressamente à Administração Pública contratante o poder-dever de fiscalizar o cabal e oportuno cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi selecionado no procedimento licitatório, incluindo as trabalhistas, em relação aos seus empregados que prestarem serviços, como terceirizados, ao ente público, *in verbis*: "Art. 58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...) III - fiscalizar-lhes a execução;" "Art. 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados". [...] Logo, esses dispositivos devem ser interpretados e aplicados de forma conjunta e sistemática com o artigo 71, § 1º, da mesma norma. Como decorrência, a ausência efetiva do exercício dessa prerrogativa e da adoção de providências quanto às eventuais irregularidades, tende a caracterizar a culpa pela ausência de fiscalização efetiva dos atos praticados pela empresa contratada na realização direta da prestação do serviço. **Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional consignou expressamente que a ora recorrente**

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

inorreu na culpa *in vigilando*, estando, portanto, perfeitamente adequada à hipótese o entendimento consubstanciado no item V da Súmula nº 331 desta Corte, já transcrito em parágrafo anterior. Tal conclusão pode ser observada a partir do seguinte trecho do acórdão recorrido, a saber: "a ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações decorrentes do ajuste implica na culpa *in vigilando* da empresa contratante em relação à prestadora de serviço" (seq. 1, pág. 510/511). Por conseguinte, incólume o artigo 37, caput e § 6º, da Constituição Federal. Assim, estando a decisão recorrida em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada no item V da Súmula nº 331 desta Corte, não prospera a alegação de contrariedade à referida Súmula, diante dos óbices do artigo 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho e da Súmula/TST nº 333. (TST - AIRR: 428003820095040601 42800-38.2009.5.04.0601, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 20/11/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/11/2013). **(Grifo Nosso)**.

No mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. VERBAS RESCISÓRIAS. A responsabilização do ente público decorre da falha ou falta de fiscalização como causa principal da inadimplência do crédito trabalhista reconhecido, abrangendo a **satisfação de todas** as parcelas objeto da condenação, inclusive as repercussões deferidas sobre as parcelas decorrentes da extinção do contrato de trabalho e as penalidades impostas pela CLT, na medida em que beneficiário direto dos serviços prestados. Aplicação da Súmula 331, IV e VI, do TST, e Súmulas 11 e 47 deste Regional, já adequadas ao julgado da ADC 16 pelo STF. (TRT-4 - RO: 00014061420125040741 RS 0001406-14.2012.5.04.0741, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 30/01/2014, Vara do Trabalho de Santo Ângelo). **(Grifo Nosso)**.

Ainda na mesma esteira:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. VERBAS RESCISÓRIAS E MULTA CONVENCIONAL SUBSTITUTIVA DA MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. A responsabilização do ente público no caso decorre tanto da sua culpa *in eligendo* (pela contratação de prestadora de serviços visivelmente inidônea) quanto de sua culpa *in vigilando*, evidenciada pela incúria na **fiscalização da empresa contratada quanto ao cumprimento de direitos básicos do trabalhador lesado**, abrangendo a **satisfação de todas as parcelas** objeto da condenação, inclusive as repercussões deferidas sobre as parcelas decorrentes da extinção do contrato de trabalho e a multa convencional substitutiva da multa do art. 477, § 8º, da CLT, na medida em que beneficiário direto dos serviços prestados. Aplicação da Súmula 331, IV e VI, do TST, e Súmulas 11 e 47 deste Regional, já adequadas ao



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

julgado da ADC 16 pelo STF. (TRT-4 - RO: 00006009320125040121 RS 0000600-93.2012.5.04.0121, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 05/06/2014, 1ª Vara do Trabalho de Rio Grande) **(Grifo Nosso).**

Diante todo o exposto, para melhor orientar a administração pública municipal, podemos concluir que a administração pública somente terá responsabilidade SUBSIDIÁRIA, quando caracterizada sua culpa in eligendo ou in vigilando, razão pela qual, impossível é a responsabilização automática do ente público tomador de serviço.

Nesse sentido, imperioso que o gestor municipal observe literalmente as disposições contidas neste tópico.

3. CONCLUSÃO

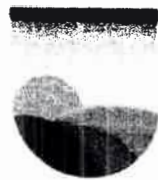
Diante do exposto, esta Procuradoria Jurídica do Município de Lagoa Grande do Maranhão, manifesta-se favorável ao processo administrativo n.º 031121.001/2021, ponderando-se, que **será necessário que o gestor municipal observe as normas, regras e princípio administrativos aplicáveis a especiais de contratação, do qual destaco primordialmente o assunto abordado no tópico 2.4 (responsabilidade da administração).**

Ressalvo que o presente parecer jurídico possui análise estritamente jurídica.

É o parecer.

Lagoa Grande do Maranhão/MA, 23 de Novembro de 2021.

Kayan Guajajara de Albuquerque
Dr. Kayan Guajajara de Albuquerque
OAB- MA 19762



**Lagoa Grande
do Maranhão**

CONSTRUINDO UMA NOVA HISTÓRIA



Portaria nº 020/2021-PMLG-GP.

Nomeia Kayan Guajajara de
Albuquerque e dá outras Providências.

O Prefeito Municipal de Lagoa Grande do Maranhão, Estado do Maranhão, no uso das atribuições que o cargo lhe confere,

RESOLVE:

Art.1º - Nomear o senhor KAYAN GUAJAJARA DE ALBUQUERQUE, portador do CPF: 022.471.303-56, RG 0355075620080 SSP-MA, OAB/MA 19762, para o Cargo de Procurador Geral do município de Lagoa Grande do Maranhão- Maranhão.

Art. 2º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos a 01 de janeiro de 2021. Revogam-se as disposições em contrário.

Dê-se ciência,
Publique-se,
Cumpra-se.

Lagoa Grande do Maranhão- MA, em 04 de janeiro de 2021.

Francisco Nêres Moreira Policarpo

Prefeito Municipal

Francisco Nêres Moreira Policarpo

Prefeito Municipal

CPF: 168.948.122-68