

PARECER Nº 006/2011/JURÍDICO/CNM
INTERESSADO: MUNICÍPIOS BRASILEIROS
ASSUNTO: A fiscalização contratual como medida de economia na Administração Municipal e a figura do Gestor de Contratos.

DA CONSULTA:

Trata-se de consulta formulada por diversos prefeitos a respeito da nova redação da Súmula nº. 331 do TST, bem como a respeito da figura do Fiscal de Contratos.

DO PARECER:

Para a concretização das inúmeras espécies de serviços públicos que os Municípios estão obrigados a prestar, os entes se valem da terceirização. Ou seja, contratam empresas privadas – por meio de processo licitatório – para que estas executem algumas atividades-meio da Administração.

Nunca é demais salientar que, caso as empresas contratadas não arquem com suas responsabilidades trabalhistas dos seus empregados, por exemplo, quem arcará com essas verbas será a administração local.

Em recente alteração jurisprudencial (maio/2011), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) acrescentou dois incisos à Súmula 331, a saber:

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 nº. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Com esse novo entendimento, o TST firmou a seguinte posição: caso o ente público seja diligente, escolhendo bem as empresas contratadas, assim como fiscalizando a prestação de

serviços e o cumprimento das obrigações laborais delas, ficará isento de responsabilidade trabalhista subsidiária¹.

Para que haja esta isenção de responsabilidade, duas condições são essenciais: primeira, a escolha correta das empresas a serem contratadas e segundo, uma eficiente gestão do contrato. Para àquela significa dizer que as condições do edital e cláusulas de responsabilidade e obrigações da contratada devem imprimir e atender fielmente às necessidades da Administração; e para esta representa a atuação do fiscal do contrato no acompanhamento e fiscalização das cláusulas do contrato.

E o que vem a ser o gestor ou fiscal de Contrato? Independentemente de qual terminologia utilizada – que aqui denominamos como fiscal – o fiscal de contrato é o servidor, representante da Administração, especialmente designado através de um ato administrativo (normalmente uma Portaria), responsável pelo acompanhamento e fiscalização das condições e obrigações por parte da contratada, nos moldes do art. 67, da Lei Geral de Licitações.

Tem como atribuição anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos ou quando estas ultrapassarem a sua competência, comunicando-as ao seu superior hierárquico, em tempo hábil, para adoção das medidas convenientes.

¹ Apesar de a decisão a seguir ser anterior à alteração sumular, ela reflete o novo entendimento do TST: **Ementa:** RESCISÃO INDIRETA. FALTA GRAVE DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO. A rescisão indireta do contrato de trabalho é a modalidade de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em razão da justa causa praticada pelo empregador (art. 483 da CLT). Para sua configuração, mister que a falta cometida pelo empregador seja de tal monta que abale ou torne impossível a continuidade do contrato. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Indene de dúvidas que "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 21.06.1993)" (Súmula 331, inciso IV, do Col. TST). Não se pode olvidar, todavia, que o fundamento para a responsabilização do ente público terceirizante repousa na culpa in vigilando relativamente à correta execução do contrato. Evidenciado nos autos que o órgão público efetivamente fiscalizou a execução do contrato firmado com a empresa prestadora, tanto assim que promoveu a rescisão do contrato de prestação de serviços tão logo constatada a mora salarial, tem-se por inviável responsabilizá-lo nos moldes apontados na Súmula 331/TST. (Processo nº. Processo: 00016-2009-011-10-00-8-RO; Des. Relator: André Damasceno; 1ª Turma do TRT da 10ª Região; Publicação: 05/03/2010).

Vale ressaltar que para o pleno exercício de suas funções e quando se tratar de questão técnica que desvia dos conhecimentos do fiscal este poderá ser assistido por terceiros para subsidiá-lo de informações pertinentes a essa função, para que o contrato seja executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas.

Atua como o grande guardião do contrato e por este motivo tem auxiliado a muitos Municípios a se isentar de condenações judiciais, tanto na Justiça do Trabalho como na Justiça Cível.

Aliada a uma fiscalização eficiente, está a possibilidade de exigência de garantia de execução de contrato de todos os contratados. Com efeito, a cobrança de garantia está prevista no art. 56, da Lei nº. 8.666/93. Inegável que uma caução, por exemplo, ajudaria a minimizar eventual prejuízo experimentado pelo ente local.

Assim, a CNM sugere aos Municípios que insiram nos próximos editais, precisamente nas minutas de instrumento de contratos: i) previsão de depósito de garantia nas contratações de obras e serviços, em percentual de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato, prevendo as condições de sua execução; ii) a comprovação da contratada, anterior a cada pagamento a ser efetuado pela Administração, das obrigações trabalhistas (dentre outros: a exigência mensal das folhas de ponto, comprovantes de pagamento, de depósitos de FGTS e de INSS) e dos encargos fiscais, comerciais, na forma da lei. Ademais, recomenda-se que os atos de designação do fiscal de contrato (Portarias) outorguem competências gerais e específicas para o pleno exercício de suas atribuições.

Considerando, por fim, que muitos juízes trabalhistas ainda não aplicam a nova posição do TST, a CNM aconselha que todos os entes locais que, de fato, respeitarem o enunciado na súmula citada, interponham recursos para as esferas superiores (TRTs e TST), a fim de se isentar da responsabilidade subsidiária trabalhista.

Este nosso parecer.

Brasília, 16 de setembro de 2011.

Kalene Moraes Antunes
OAB/MG 79.898

Fábio Luiz Pacheco
OAB/RS 65.919

Rodrigo Garrido Dias
OAB/RS 47.973
Supervisor Jurídico