

2.1 A Atuação do Ministério Público do Trabalho para a Prevenção de Ilícitos Trabalhistas nos Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados e de Obras. Passado, Presente e Futuro

Ileana Neiva Mousinho¹

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o aumento do número de contratos de prestação de serviços terceirizados, firmados pela Administração, tem evidenciado um indesejado efeito colateral: a utilização dos referidos contratos, por várias contratadas, para a obtenção de vantagens financeiras indevidas, causando prejuízos aos trabalhadores e à Administração Pública. Práticas ilícitas também têm sido evidenciados nas contratações de empresas de engenharia para realização de obras públicas.

A CONAP – à época chamada Coordenadoria de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – desde o início da sua criação tem atuado para evitar que os trabalhadores sofram prejuízos durante a execução dos contratos de prestação de serviços terceirizados, partindo do pressuposto de que a mera busca da responsabilidade subsidiária não resolve o problema criado pela conduta ilícita das empresas, que fraudam a execução dos contratos, pois é necessária a adoção de medidas de prevenção de fraudes, pela Administração Pública, para que os trabalhadores “terceirizados” recebam a tempo e modo o pagamento das verbas trabalhistas e demais direitos decorrentes dos seus contratos de trabalho.

¹ Subprocuradora-Geral do Trabalho. Membro da 1ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho. Ex- Coordenadora e ex-Vice-Coordenadora Nacional da CONAP (2019-2023). Mestre em Direito e Desenvolvimento, Universidade Federal do Ceará.

Por vários anos, as investigações têm demonstrado como emergem as formas de fraude e corrupção decorrentes da contratação, pelos entes públicos, de empresas prestadoras de serviços terceirizados que cobram, da Administração Pública, o pagamento pela prestação de serviços, sem, todavia, remunerar corretamente os trabalhadores engajados no contrato, sem observar as normas de saúde e segurança do trabalho ou sem empregar o quantitativo de trabalhadores previsto no contrato.

Comprovados os ilícitos trabalhistas, a CONAP/MPT busca uma tutela reparatória, para que os trabalhadores recebam as verbas inadimplidas, sejam elas pagas pela empresa recalcitrante, seja pela Administração Pública, que, ao agir com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, não garantiu que os empregados recebessem as suas verbas trabalhistas no tempo correto.

A verificação de falha da Administração Pública, na grande maioria dos casos, conduziu a um aprimoramento da atuação da CONAP/MPT, para encetar atuação preventiva e inibitória de novos descumprimentos da legislação trabalhistas, pelas contratadas da Administração Pública, mediante mecanismos de melhor registro, por parte dos gestores públicos, das infrações praticadas pelas contratadas, formando-se o embrião de um conjunto de práticas de fiscalização contratual, ao qual, hoje, denomina-se programa de integridade, ou para alguns, simplesmente, *compliance* administrativo.

Verificou-se, assim, no desenvolvimento da atuação da CONAP/MPT, a necessidade de exigir, da Administração Pública, a adoção de medidas prévias à contratação e durante a execução contratual, aptas a evitar a contratação de empresas inidôneas, que buscam se beneficiar de contratos administrativos, utilizando ardis para diminuir os custos trabalhistas. Em outras palavras, passou-se a exigir um melhor planejamento das licitações, detecção dos seus riscos e aprimoramento da fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados, cobrando do administrador público o uso de instrumentos mais refinados de *due diligencie* e *compliance*, ou seja, aprimorando o controle interno dos órgãos públicos.

Da primeira fase de atuação da CONAP/MPT são emblemáticas as ações civis públicas mediante as quais se obteve o pagamento de verbas rescisórias de milhares de trabalhadores, a partir de pedidos liminares de bloqueio de pagamentos devidos às contratadas em situação irregular, efetuando-se o pagamento diretamente aos trabalhadores afetados; e, também, a edição do Manual intitulado *Terceirização sem Calote*, com a explicitação dos meios de atuação preventiva para evitar-se que os trabalhadores terceirizados sejam vítimas de empresas inidôneas e da má fiscalização da Administração Pública em relação aos contratos de prestação de serviços que firmou.

A atuação da CONAP/MPT contribuiu para a evolução das normas vigentes de fiscalização de contratos e da jurisprudência dos Tribunais judiciais e de Contas. Contribuiu para a implantação da conta-depósito vinculada nos contratos de prestação de serviços terceirizados, instituto que evoluiu diante da percepção de que necessitava de aperfeiçoamentos, sugeridos pelo Ministério Público do Trabalho, a ponto de obter-se a evolução da facultatividade da instituição da conta-vinculada, para uma situação de obrigatoriedade da criação da conta-vinculada, por força da Instrução Normativa n.º 5, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e, atualmente, a medida estar prevista na Lei n.º 14.133/2021.

Assim, a instituição da conta-depósito vinculada aos contratos de prestação de serviços e o pagamento dos serviços segundo o fato gerador, a organização dos procedimentos de acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços terceirizados, previstos na Instrução Normativa n.º 5, passaram a estar melhor previstos na Lei n.º 14.133/2021, e a atuação da CONAP/MPT também se qualificou para a concretização dos direitos dos trabalhadores terceirizados, mediante a exigência de uma fiscalização dos contratos mais eficiente.

O enquadramento da conduta empresarial nas práticas lesivas à Administração Pública, previstas na Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), também passou a ser objeto de discussão nas reuniões da CONAP/MPT, levando à necessidade de estabelecimento de atuação conjunta com outros ramos do Ministério Público brasileiro, para a

identificação dos casos nos quais se deve atuar para prevenir as ocorrências de fraudes na execução contratual e para exigir a criação de programas de integridade na Administração Pública e pelas empresas contratadas, nos termos do Decreto n.º 8.420/2015, posteriormente revogado pelo atual Decreto n.º 11.129/2022.

As atuações preventiva e repressiva complementam-se. Embora o novo paradigma seja a atuação preventiva, fortifica-se a atuação repressiva, concomitantemente, para verificar-se as práticas ilícitas, com apoio nos sistemas de investigação do MPT Digital, como o Spider, e realizar-se a busca patrimonial para obtenção de recursos das empresas para quitação dos débitos trabalhistas inadimplidos. Além disso, persegue-se a responsabilização objetiva da sociedade empresária e a responsabilidade subjetiva dos seus dirigentes, para evitar o processo de retroalimentação das fraudes, mediante o qual os sócios de empresas condenadas constituem outras empresas, nas quais praticam as mesmas fraudes contra os trabalhadores e o patrimônio público.

A junção de esforços, nas frentes repressiva e preventiva, é resultado da percepção inequívoca de que a reparação pecuniária após o término do contrato, ou alguns meses após a data do pagamento da verba trabalhista, não se traduz em justiça para o trabalhador. Por isso, a CONAP/MPT, sem embargo da atuação repressiva, inicia uma nova fase de atuação, marcada pela busca da criação e aplicação de leis, decretos e regulamentos estaduais, distrital e municipais que detalhem o caminho para uma melhor fiscalização dos contratos. Essa nova fase conduz a que a CONAP/MPT fomente o *compliance* administrativo e a adoção pelas empresas de programa de integridade, medida que passou a ser formalmente exigida na Lei n.º 14.133/2021, e atue para o efetivo preenchimento do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas, para impedir a participação, em licitações e contratações públicas, de empresas que não respeitam os direitos trabalhistas.

Nesse contexto, a mudança do nome da CONAP para Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Adminis-

tração Pública, coaduna-se com os contornos da atuação atual e futura da Coordenadoria de promoção de ações de integridade pública, com especificidades de cumprimento da legislação trabalhista.

1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atividade administrativa não é um fim em si mesma. Ela é instrumental para a realização de “prestações” que o Estado se comprometeu, constitucionalmente, a “entregar” para os administrados.

Logo, os contratos administrativos são firmados para que a Administração Pública entregue tais prestações aos cidadãos e garanta o funcionamento da estrutura estatal, para continuamente ofertar esses serviços. O Estado não pode prestar os serviços desvinculando-se dos direitos fundamentais, pois tem o dever de ser garantidor da eficácia desses direitos.

Com garantidor da igualdade de direitos entre os cidadãos, o Estado, nos contratos de prestação de serviços, não pode se preocupar, apenas, com a satisfação dos direitos dos cidadãos fruidores dos serviços públicos, mas, também, deve garantir os direitos dos cidadãos que trabalham e auxiliam o Estado na entrega das “prestações” dos serviços públicos, ou seja, seus servidores públicos, os trabalhadores terceirizados, os aprendizes, estagiários e os particulares em colaboração com a Administração Pública.

Por isso, nos contratos administrativos, neles compreendidos os contratos de obras, a dimensão dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados não pode ser olvidada, assim como não podem ser vilipendiados os direitos dos servidores públicos e de outras categorias de trabalhadores, nas respectivas relações estatutárias ou contratuais.

Em suma, sendo o direito administrativo o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplina as atividades administrati-

vas necessárias à realização dos direitos fundamentais², não se pode restringir o seu objeto à realização dos direitos fundamentais, apenas, do cidadão-administrado, fruidor dos direitos à saúde, à educação, à segurança, à legalidade tributária, à organização das cidades e outros. Ao contrário, os direitos fundamentais, como vetores da interpretação das normas administrativas, impõem que a Administração Pública promova o trabalho decente dos trabalhadores “terceirizados” utilizados nos contratos administrativos, mediante a previsão de cláusulas contratuais que garantam as condições de saúde, higiene, segurança e pagamento tempestivo (ambiente de trabalho sadio e qualidade remuneratória).

2 O PLANEJAMENTO DAS LICITAÇÕES, A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E DO INTERESSE PÚBLICO. DIRETRIZES PARA UMA NOVA ATUAÇÃO DA CONAP/MPT

O art. 5º da Lei n.º 14.133/2021 determina que, na sua aplicação, deve-se observar os princípios do desenvolvimento nacional sustentável e do interesse público, dentre outros. Assim, o princípio do interesse público, na toada da moderna teoria do direito administrativo, passa a concretizar-se quando, nos contratos administrativos, a tônica não é somente obter o menor preço, mas, também, assegurar o trabalho decente dos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços e nas obras.

É óbvio que não atende ao interesse público nem concretiza o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, tentativas da Administração Pública de eximir-se da responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas dos trabalhadores que se engajaram no contrato, não obstante não tenha se desincumbido de uma expedita fiscalização dos contratos.

Não há interesse público realizado, nem há possibilidade de desenvolvimento nacional sustentável, se ano após ano as contratações

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2005, p.1.

públicas deixam um grande número de trabalhadores “terceirizados” com seus direitos fundamentais negados, pois não recebem na data correta o pagamento dos seus salários, não gozam suas férias e são coagidos psicologicamente a concordar com despedidas “por acordo”, iludidos pela frágil promessa de que, se assim procederem, a empresa os aproveitará em outros contratos, quando vencer licitações, ou a empresa que a sucederá, os manterá no mesmo serviço no órgão público.

A aplicação da Lei n.º14.133/2021, ditada pelos princípios do interesse público e do desenvolvimento nacional sustentável, além, é claro, do princípio da legalidade, orienta a atenção do administrador público à fase de planejamento da licitação, para que, no Termo de Referência, haja a inclusão de todas as verbas trabalhistas, ou seja, que o custo referente aos contratos de trabalho seja incluído nas planilhas de custos dos contratos, de acordo com as leis trabalhistas, acordos e convenções coletivas de trabalho, decisões judiciais e termos de ajustamento de conduta³.

Na fase de planejamento, deve-se verificar quantos trabalhadores são necessários para a prestação de serviços, de modo a evitar que o subdimensionamento da equipe de trabalho gere riscos psicossociais aos trabalhadores. Deve-se verificar os riscos da atividade e calcular o dispêndio com adicionais de insalubridade e periculosidade, com equipamentos de proteção individual (EPI) e coletiva (EPC), exames médicos e custeio de medidas de vigilância em saúde do trabalhador, que devem estar previstas no Programa de Controle Médico Ocupacional (PCMSO) da empresa contratada.

O Ministério Público do Trabalho, a partir da Lei n.º 14.133/2021 tem muito espaço para atuar na fase de planejamento da licitação, realizando audiências com os órgãos contratantes e com as Controladorias de Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre o planejamento

3 Lei n.º14.133/2021, art. 63, § 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

da licitação, para verificar se previram a matriz de alocação de risco e se estão sendo vigilantes na fase de habilitação das contratadas, verificando se têm histórico de inadimplências trabalhistas em outros contratos. O Ministério Público do Trabalho pode, inclusive, recomendar a realização de audiência pública ou de consulta pública sobre a licitação, para que a Administração Pública justifique a necessidade da contratação, apresentando estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, propiciando oportunidade de manifestação de todos os interessados⁴.

Na fase de fiscalização de contratos, a Lei n.º 14.133/2021 traz, também, importantes, mecanismos de controle, como será exposto a seguir. De início, destaca-se que a nova Lei deixa muito claro que, nos contratos de prestação de serviços com uso exclusivo de mão de obra, a Administração Pública deve proibir que um trabalhador seja utilizado em mais de um contrato, concomitantemente.

Logo, essa norma, além de conter uma obrigação de conferência, pelo fiscal do contrato, é, também, uma norma que orienta a atividade de planejamento da Administração Pública. Se o trabalhador somente poderá prestar serviços a apenas um órgão público, por vez, há, em consequência, o dever do órgão contratante, no planejamento da licitação, de considerar todos os custos trabalhistas para composição dos custos da mão de obra no Termo de Referência da licitação.

Na fase de fiscalização dos contratos, durante a execução contratual, aos princípios da legalidade e moralidade somam-se os princípios do interesse público e do desenvolvimento nacional sustentável, de modo a ser exigível uma fiscalização diuturna, eficiente, bem estruturada e documentada dos contratos de prestação de serviços e de obras públicas, com utilização exclusiva de trabalhadores no serviço em prol da Administração Pública contratante.

4 Lei n.º 14.133/2021, art. 21 e parágrafo único.

3 A ATUAÇÃO PARA MELHORAR A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E A NOVA LEI N.º 14.133/2021. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DE OBRAS. NOVOS CAMINHOS

A disposição do art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 de que “Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato” encontra temperamentos na própria lei.

Com efeito, está claro que essa disposição visa evitar que, por falha do contratado, a Administração Pública sofra continuidade na prestação de serviços ou no recebimento de obras, mas não é uma regra absoluta no que se refere à obrigação da contratante de cumprir as obrigações trabalhistas e fiscalizar a execução contratual.

Tanto é assim, que, quanto ao meio ambiente do trabalho, a contratada tem direito de fazer vistoria prévia no ambiente de trabalho, antes do início da prestação de serviços (art. 63, § 4º, da Lei n.º 14.133/2021), e solicitar que a Administração Pública promova adequações no local de trabalho. Nos contratos de obras, a responsabilidade da Administração Pública em não permitir condições inseguras de trabalho se revela no dever da Administração Pública, se permitir subcontratação de parte(s) da obra, exigir da contratada a comprovação da capacidade técnica da subcontratada, ou, até impedir a subcontratação⁵. Há, assim, um dever de controle na realização de obras públicas, em prol do cumprimento dos direitos trabalhistas e à saúde e segurança do trabalho.

Ademais, se no curso da execução contratual, por fato da Administração Pública, a prestação de serviços se tornar impossível, como, por exemplo, ocorreria se, por falta de uma obra estrutural na cozinha de hospital, a permanência dos trabalhadores no local se tornasse um risco, tornando legítimo o direito de recusa⁶, a contratada faz jus

5 Lei n.º 14.133/2021, art. 122, §§ 1 e 2º.

6 NR 1, 1.4.3 O trabalhador poderá interromper suas atividades quando constatar uma situação de trabalho onde, a seu ver, envolva um risco grave e iminente para a sua vida e saúde, informando imediatamente ao seu superior hierárquico.

ao pagamento contratual, para que os empregados recebam os seus salários.

Desse modo, cabe ao fiscal do contrato, na primeira reunião após a assinatura do contrato, verificar se todas as condições ambientais de trabalho estão adequadas.

Sob outro ângulo, se a inadimplência da contratada em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não impactar a segurança do trabalho, nem a quitação dos débitos trabalhistas, mas for uma inadimplência que impeça a regularização do uso das obras e das edificações, aplica-se o §1º do art. 121, que prevê que as irregularidades da contratada não podem impedir que a Administração Pública se imita na posse das obras e proceda ao seu registro.

Note-se que o §1º do art. 121 ressalva a hipótese prevista no § 2º do mesmo artigo, ou seja, se a inadimplência não se referir apenas a questões regulatórias de obras, mas a irregularidades relativas a obrigações de trato sucessivo relativas aos direitos dos trabalhadores, 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 contrato.

Assim, a interpretação correta é que o *caput* do art. 121 prevê uma regra de irresponsabilidade mitigada, com exceções que podem ser resumidas: 1) exceções quanto às obrigações ambientais trabalhistas; 2) exceções quando há culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Para não incorrer em culpa *in eligendo*, a Administração Pública deve demonstrar que avaliou, na fase de habilitação à licitação, se as empresas licitantes têm capacidade econômico-financeira, jurídica, fiscal, técnica, social e trabalhista⁷. Logo, se há esse dever, não há sentido exculpar a Administração Pública em determinados tipos de contratos, quando em todos eles há o emprego de trabalho humano.

7 Art. 62 da Lei n.º 14.133/2021.

O uso do termo “exclusivamente” no art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 tem conduzido à interpretação apressada, segundo a qual, quando a Administração Pública contrata uma construtora, para realizar uma obra, não estaria sujeita aos efeitos da responsabilidade solidária ou subsidiária em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários da contratada.

Ora, os empregados da construtora contratada estão, em regra, alocados com exclusividade no contrato realização de obra, firmando com a Administração Pública. Na prática, quando a Administração Pública contrata a construção de uma ponte, alguns empregados da construtora estão exclusivamente alocados naquele contrato. Logo, o contrato de obras não é incompatível com o regime de dedicação exclusiva de mão de obra e, se for executado com dedicação exclusiva, aplica-se o §2º do art. 121 da Lei nº 14.333/2021.

Assim, quando o § 2º do art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 determina que, nos contratos de prestação de serviços, se for comprovada a “falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado”, haverá responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos encargos trabalhistas, não está se referindo, apenas, à prestação de serviços que constituem atividades, mas também a serviços que geram um bem material para a Administração Pública, como uma obra pública.

Essa conclusão decorre do art. 5º da Lei n.º 14.133/2021, o qual determina ao intérprete que considere os princípios da racionalidade e do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e contratados administrativos. A sustentabilidade contratual abrange os aspectos ambiental e social. Logo, não há racionalidade possível no sistema jurídico, se a natureza do contrato constituir impedimento à responsabilidade subsidiária da Administração Pública. O ponto que pode fundar a exclusão da responsabilidade subsidiária, salvo a ausência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, é a prestação eventual de serviços dos trabalhadores, nas obras públicas, de forma concomitante à prestação de serviços em outras obras públicas ou privadas.

Ao contrário, se o objeto do contrato for a realização de serviços de engenharia, e os trabalhadores estão alocados, no período considerado, com exclusividade no contrato, há responsabilidade solidária e subsidiária da Administração Pública, conforme o tipo de obrigação (ambiental ou patrimonial).

Observe-se que o inciso XVI do art. 6º da Lei n.º 14.133/2021, ao definir os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, estipula que são 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.

Esses requisitos estão presentes em contratos de obras, salvo se forem serviços eventuais e houver concomitância da prestação de serviços para outros tomadores de serviços, o que dificilmente ocorre em obras públicas. Nos contratos de obras, além dos maiores riscos associados ao objeto da contratação, a sustentabilidade dos contratos, no aspecto social, exige uma atuação da Administração Pública para promover o trabalho decente, e, por conseguinte, não será a espécie de contrato o fator determinante da responsabilidade estatal. Com o defluir do art. 6º, XVI, da Lei n.º 14.133/2021, o *modelo de execução*, e não o tipo de contrato, é que define se o contrato é de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra ou não.

Importante lembrar que, em qualquer cadeia de prestação de serviços e de aquisição de bens, há responsabilidade de todos os elos da cadeia e isso decorre das Diretrizes da ONU para empresas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em síntese, foi no sentido de não reconhecer uma responsabilidade automática da Administração Pública, por débitos das contratadas, mas se for demonstrada a conduta administrativa culposa, haverá responsabilidade, por erro na escolha da contratada ou por má fiscalização. De forma coerente com

essa decisão, o STF deveria ter decidido que as modalidades contratuais (contrato de obra ou de serviços) não interferem na conclusão sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porque em ambas as modalidades contratuais há prestação de serviços com exclusividade do prestador.

Na norma anterior, e de forma enfática na atual regra do art. 104 da Lei n.º 14.133/2021, está claro que “o regime jurídico *dos contratos* instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de ... fiscalizar sua execução”. Note-se que o dever de fiscalizar está previsto para todos os tipos de contratos, e não se pode cindir esse dever, para estabelecer que, em contratos de obra, o dever de fiscalização contratual abrange apenas a conferência da “metragem da obra” ou da observância às especificações técnicas dos projetos construtivos, e não considerar a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Ademais, o art. 6º, XVII, da Lei n.º 14.133/2021, repise-se, refere-se à modalidade de execução, e não a modalidade de contrato. A modalidade de execução dos contratos de obras, com múltiplas etapas de realização de uma atividade de risco, como é a construção civil, exige uma fiscalização acurada, com vistas a garantir, além do pagamento das verbas trabalhistas, as condições de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado nas dependências dos órgãos públicos ou locais previamente convencionados nos contratos⁸.

Não se deve confundir a existência de um glossário, no art. 6º da Lei n.º 14.133/2021, com o engessamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública a um único de contrato. O que caracteriza a responsabilidade subsidiária é a utilização exclusiva dos serviços dos trabalhadores em prol da Administração Pública, na execução dos contratos, e não o objeto da contratação.

Ademais, o fato das atividades de construção civil envolverem riscos patrimoniais e de segurança exige que a Administração Pública,

8 Art. 5º-A, §3º, da Lei n.º 6.019/1974.

na fase de habilitação, com vistas a verificar se a contratada tem capacidade econômica e operacional, seja até mais diligente do que nos demais contratos de prestação de serviços sem tantos riscos laborais associados.

A nova Lei n.º 14.133/2021 reforça a necessidade de, nos contratos de obras, haver fiscalização das contratadas, e uma exteriorização dessa conduta está na exigência, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, de implantação, pelas contratadas, de programa de integridade (§4º do art. 25). Ora, os programas de integridade preveem a detecção precoce de fraudes trabalhistas e a adoção de medidas para evitar prejuízos aos empregados. Se a Administração Pública não exige que as construtoras contratadas implementem programa de integridade, exsurge a sua responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Não se desconhece que o Tribunal Superior do Trabalho publicou o Tema Repetitivo n.º 6, excetuando a responsabilidade subsidiária trabalhista do ente público dono da obra.

Essa decisão veio na esteira do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, o panorama jurisprudência atual é de impossibilidade de condenação por responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta quando age como dona da obra, mesmo nos casos de inidoneidade da empresa contratada.

Data vênia, essa posição necessita ser mudada, ante os termos da Lei n.º 14.133/2021, pois o dever da Administração Pública de, nas fases de planejamento e realização da licitação, contratar empresa idônea está ainda mais marcado na nova lei do que estava na legislação anterior. Logo, a contratação de empresa inidônea caracteriza a culpa *in eligendo* da Administração Pública e, por aplicação do princípio da racionalidade (art. 5º da Lei n.º 14.133/2021) não há fundamento para exigir-se menos da Administração Pública do que a jurisprudência do TST exige do particular: que siga um procedimento para escolha das contratadas, verificando a sua idoneidade econômica e operacional para realizar a obra, sob pena de reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária.

Além da necessidade de uma atuação futura da CONAP/MPT, para adequação da posição da jurisprudência à nova Lei n.º14.133/2021, a Instituição participa das ações da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, e, nesse espaço, compõe o grupo de trabalho da Ação n.º 1/2023, para “Elaborar diagnóstico dos desafios e propor o aperfeiçoamento da governança das obras públicas, no tocante aos projetos, à execução e à prestação de contas, visando transparência e medidas anticorrupção”.

Esse diagnóstico poderá demonstrar o que o MPT já comprovou nos inquéritos civis: do mesmo modo que ocorre nos contratos de prestação de serviços terceirizados, há uma instrumentalização dos contratos de obras públicas para fins ilícitos, com falta de registro dos contratos de trabalho e de pagamento de verbas trabalhistas, com enriquecimento indevido das empresas contratadas. Assim, a atuação futura de CONAP/MPT poderá direcionar-se à exigência de programa de integridade da Administração Pública nos contratos de obras públicas, fortalecendo os controles internos e externos, com benefícios para os trabalhadores da construção civil.

4 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS E O FALSO DILEMA DA DIFICULDADE DE FISCALIZAR

Não há dúvidas de que é atribuição da Administração Pública fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços e de obras que celebrar. Já o determinava a Lei n.º 8.666/1991 e, mais enfática e detalhadamente, determina a Lei n.º 14.133/2021 determina, pois traz inovações quanto ao dever do Administrador Público de planejar-se para a contratação, de elaborar a matriz de riscos e de inserir cláusulas, no edital, para assegurar a escolha de empresas com capacidade econômica⁹.

9 Lei n.º14.133/2021, art. 69, § 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

A nova Lei, portanto, traz elementos para a identificação de uma culpa *in eligendo* da Administração Pública quando avalia mal os riscos de uma contratação, e elementos concretos para aferir-se quando o fiscal do contrato falhou na fiscalização do contrato.

Isso porque a Lei n.º 14.133/2021 determina que o fiscal do contrato deverá informar aos seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência (art. 117, § 2º). Logo, se o fiscal do contrato não informar ao superior hierárquico desvios da contratada, que não tenha conseguido corrigir, em tempo hábil, haverá patente deficiência de fiscalização e estará demonstrada a culpa *in vigilando*.

A *mens legis* é tão eloquente quanto à inadmissibilidade de fiscalização deficiente, que prescreve que “o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual” (§ 3º do art. 117).

Além disso, a Lei n.º 14.133/2021, no seu art. 169, que “as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas”.

Logo, diante desse cenário, não há espaço para interpretações de que a fiscalização “por amostragem” é suficiente. A carência de servidores para fazer a fiscalização de contratos não é uma justificativa plausível, pois a Administração Pública deve fazer uso de meios da tecnologia da informação¹⁰ e adotar mecanismos de controle, como a conta vinculada e o pagamento segundo o fato gerador.

A conta vinculada e o pagamento segundo o fato gerador são instrumentos que resguardam o pagamento aos trabalhadores e evitam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando corretamente utilizados. Embora alguns entes públicos aleguem a dificuldade de operacionalização da conta vinculada e os seus custos, a prática tem demonstrado uma melhora das fiscalizações a partir do uso da conta vinculada, inclusive em proveito da contratada, pois os valores provisionados lhe são entregues quando verificados os fatos geradores das obrigações trabalhistas.

Com efeito, todas as providências adotadas na fase de planejamento da licitação, como a estipulação de pagamento segundo o fato gerador, o provisionamento de valores na conta vinculada, a exigência de caução, fiança bancária ou contratação de seguro- garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; o condicionamento do pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato são condutas prévias, previstas no edital e no contrato, que facilitam o acompanhamento da execução contratual.

Essas medidas exigem um esforço inicial de organização, mas, depois, a fiscalização contratual flui com mais tranquilidade, e, se a contratada não agir com correção, a Lei n.º 14.133/2021 determina que a Administração Pública efetue diretamente o pagamento das verbas trabalhistas aos trabalhadores, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado (art. 121, § 2º, IV).

Por isso, é importante que a Administração Pública estabeleça que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a

10 Na fiscalização de obras há, inclusive, dispositivo específico: art. 19, III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo.

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. Ocorrido o fato gerador, e feito o pagamento pela contratada, a Administração Pública efetuará o pagamento da fatura de prestação de serviços com muito mais facilidade se os valores já estiverem provisionados na conta vinculada.

Em suma, o argumento de que não se pode fiscalizar tudo, imaginando-se uma pilha de documentos relativos a cada trabalhador, não é o que ocorre, na realidade. Primeiro, atualmente, há os meios de tecnologia da informação para auxiliar o fiscal do contrato. Segundo, se no planejamento da licitação, for inserido no edital que o pagamento das verbas trabalhistas será feito de acordo com o respectivo fato gerador e que a Administração Pública instituirá conta vinculada, a fiscalização contratual fica facilitada e automatizada, além das contratadas terem a facilidade de receber recursos porque eles já foram provisionados pela Administração Pública e esta sacará o valor da caução, fiança ou seguro.

Portanto, há um falso dilema entre facilitar a ação fiscalizatória da Administração Pública e aceitar-se fiscalizações por amostragem. O dilema, baseado em conclusões metajurídicas apressadas, não resiste a uma análise à luz do conjunto de medidas preventivas que, ao longo dos anos, foram sendo construídas nas Instruções Normativas (INs) de 2 a 5, do Ministério do Planejamento, e que culminaram com a recepção dessas medidas na Lei n.º 14.133/2021,

Ademais, não é imputando ao empregado o ônus da prova da má fiscalização contratual, nem considerando que o dever de fiscalizar está cumprido com fiscalizações por amostragem, que aprimorarão os controles internos da Administração Pública. Ao contrário. Essas teses esgrimidas pela Administração Pública podem até ser eficientes para impedir o acesso material à Justiça, pelos trabalhadores terceirizados, e evitar a responsabilidade subsidiária, mas, se acolhidas, são vitórias de Pirro, pois, a longo prazo somente afrouxarão os mecanismos de controle.

O avanço que, atualmente, a Administração Pública, tem promovido no sistema de regras de planejamento, licitação, contratação e fiscalização de contratos decorre, em grande medida, da existência de condenações trabalhistas. Diante do volume de condenações, a Administração Pública percebeu a necessidade de aprimorar o seu sistema de controle e estabelecer programas de integridade. Se a responsabilidade subsidiária se torna menos frequente – não por força da melhoria do sistema de controle – mas pela dificuldade de acesso do trabalhador “terceirizado” às informações que precisa para ajuizar a ação – os sistemas de controle tendem a afrouxar, pois o risco diminui. Isso é um fato que o julgador, atento que deve estar às características humanas e de funcionamento das Instituições, deve atentar, para não decidir em prol da fiscalização por amostragem e da irresponsabilidade subsidiária em caso de contratação de obras públicas.

A CONAP/MPT tem alertado, em audiências e eventos jurídicos, que os princípios da nova Lei n.º 14.133/2021 não permitem uma interpretação descolada do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, que prevê a satisfação do interesse de todos. Afastar a responsabilidade subsidiária em processos, à custa de uma tese que dificulta o recebimento das verbas trabalhistas pelos trabalhadores fere aquele princípio e, também, os princípios da moralidade, da legalidade e da racionalidade, que devem nortear a atuação da Administração Pública.

5 O ÔNUS DA PROVA. QUESTÃO PROCESSUAL IMBRICADA COM O DIREITO MATERIAL. PROVA DIABÓLICA INADMISSÍVEL

Ressai da Lei n.º 14.133/2021 que, desde o início da execução contratual, o fiscal de contrato deve verificar se todos os trabalhadores que estão alocados nos contratos de prestação de serviços e de obras têm contratos de trabalho registrados, foram submetidos a exames médicos admissionais ou periódicos, têm condições de saúde para iniciar o trabalho e estão recebendo o pagamento, a tempo e modo, das verbas trabalhistas.

A Lei n.º 14.133/2021 determina que “nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I – registro de ponto; II – recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado décimo terceiro salário; III – comprovante de depósito do FGTS; IV – recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; V – recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; VI – recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva (art. 50).

O rol de obrigações trabalhistas a serem fiscalizadas não é taxativo, como se observa pelo uso da expressão “em especial”. Devem ser fiscalizados o cumprimento de obrigações *in natura* (cestas básicas, por exemplo), se foram previstas em convenções coletivas de trabalho.

A Administração Pública deve verificar se as empresas contratadas cumprem as obrigações trabalhistas previstas na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nas leis trabalhistas esparsas, nas normas infralegais, nas Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho (NRs) e nos acordos e convenções coletivas de trabalho, bem como aquelas impostas em sentenças normativas da Justiça do Trabalho e assumidas em Termos de Ajustamento de Conduta (art. 63, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021)

O fiscal do contrato, ao verificar o cumprimento das Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho, deve exigir a apresentação do Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO). Acrescente-se que microempresas podem participar de licitações, mas não podem ser dispensadas de elaborar o PGR e o PCMSO, pois a Administração Pública deve exigir das contratadas a promoção do trabalho decente.

Assim, atualmente, a Lei de Licitações e Contratos não deixa dúvidas de que a Administração Pública deve solicitar informações para acompanhar a execução contratual e efetuar os pagamentos às contratadas, e todos os atos devem ser registrados e organizados em um procedimento administrativo de acompanhamento da execução contratual.

Logo, com a entrada em vigor do art. 50 da Lei n.º 14.133/2021, o argumento, que já era indefensável de transferência do ônus da prova para os trabalhadores, torna-se totalmente descolado da previsão legal e dos princípios da Administração Pública.

Note-se que o art. 50 da Lei n.º 14.133/2021 enumera, inclusive, os tipos de documentos que devem ser requisitados às empresas contratadas, embora não feche o rol, com a aposição da expressão “em especial”. Logo, pelo princípio da legalidade, é dever da Administração Pública a fiscalização dos contratos e essa fiscalização somente se prova se for aberto um procedimento de acompanhamento contratual, no qual sejam solicitados e apresentados pela contratada, os documentos enumerados no art. 50 e outros relativos ao meio ambiente do trabalho e obrigações da empresa decorrentes de acordos e convenções coletivas de trabalho, decisões judiciais e termos de ajustamento de conduta

O dever de fiscalizar somente estará cumprido quando todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias estiverem adimplidas pela contratada, e, se não cumpridas, a Administração Pública impuser penalidades e efetuar o pagamento diretamente aos trabalhadores.

Não pode subsistir alegação de fiscalização de contrato eficiente se uma denúncia, por exemplo, chega ao Ministério Público do Trabalho após dois meses de atrasos de salário. A fiscalização dos contratos deve ser diária e mensal, conforme o atributo trabalhista fiscalizado.

Por isso, a fiscalização contratual prevista na Lei n.º 14.133/2021 é uma forma de *due diligence* ou *compliance*, mediante a qual o órgão público efetua uma eficiente fiscalização dos contratos. Ademais, a Lei n.º 14.133/2021 ao se referir aos níveis de controle, determina que

haja várias linhas de defesa da Administração Pública, para verificar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas contratadas, de modo que, por mais esse ângulo, é a Administração Pública quem tem a maior aptidão para a prova de fatos relativos à fiscalização contratual, e não o trabalhador terceirizado.

Assim, diante da interpretação sistemática da Lei n.º 14.133/2021 a conclusão lógica é que o ônus de provar a boa fiscalização contratual é da Administração Pública, que não pode, igualmente, realizar fiscalização por amostragem, que não é uma forma de fiscalização completa. Embora a Secretaria de Gestão, tenha editado a Instrução Normativa n.º 6/2018, prevendo a fiscalização mensal e por amostragem, a CONAP/MPT sempre buscou melhorar a qualidade das fiscalizações das execuções contratuais, demonstrando que a fiscalização deve ser, obrigatoriamente, diária e completa, ou seja, abrangendo a integridade dos documentos e fatos relativos à execução contratual.

Não há sentido em fiscalização mensal de uso de EPIs, por exemplo, pois é necessário o seu uso diuturno pelos trabalhadores. Assim como é necessário saber se o trabalhador recebeu o vale-transporte no início do mês, e não no mês seguinte, quando já faltou ao trabalho, em prejuízo do seu salário e da qualidade da prestação de serviços.

Ademais, diante do dever legal de conferir os documentos, a falta de controle e de realização de *due diligencie* representaria prevaricação, ou seja, vontade deliberada de não seguir o roteiro legal de requisição de documentos, de retenção de faturas e de pagamento direto aos trabalhadores.

Observe-se que a Lei n.º 14.133/2021, claramente, determina que a Administração Pública instaure procedimento de acompanhamento da execução contratual. Se o gestor público não cumpre esse comando, o qual não admite dúvida interpretativa, dada a sua clareza hialina, como poderá se defender, dizendo que agiu sem dolo?

Portanto, não há como conciliar a omissão de um dever legal com a tese de que o ônus da prova de demonstrar a fiscalização do

contrato é do trabalhador reclamante. Ora, além de cometer o ônus da prova à vítima, o que já é um absurdo, trata-se de prova diabólica.

Ao contrário, estabelecer que o ônus da prova é da Administração Pública reforça o seu sistema de controle interno¹¹. Assim, em vez de aprovar um Tema de Repercussão Geral (RE 1.298.647/SP), com base em uma suposta necessidade, devido ao grande número de ações trabalhistas propostas na Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal, em harmonia com a defesa da Constituição Federal, deveria decidir em prol dos princípios da legalidade, moralidade, racionalidade e desenvolvimento nacional sustentável.

Acrescente-se que, quanto às contratações de grandes obras e serviços de valores vultosos, as contratadas têm que implementar programas de integridade, o que significa que não há justificativa lógica para admitir-se uma fiscalização por amostragem.

CONCLUSÃO

A CONAP tem atuado e projeta para o futuro uma atuação ainda mais intensa para reforçar os sistemas de controle da Administração Pública, quanto aos contratos de prestação de serviços e de obras, com vista a estabelecer regras de integridade, como resultados das exigências legais aprovadas em todas as esferas da Administração Pública e exigidas pela nova Lei n.º 14.133/2021.

No parecer exarado nos autos do RE 1.298.647/SP, o Procurador-Geral da República destacou que o tema relativo à distribuição do ônus da prova na fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados “conduz à reflexão sobre os parâmetros de *compliance* trabalhista que necessita ter a Administração Pública em seus contratos, bem como ao debate relacionado às diligências que os

11 A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos” (art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 14.133/2021).

juízos precisam empreender para que reste configurada ou afastada uma obrigação de responsabilização subsidiária”.

Exsurge, ainda, de diversas decisões do Tribunal de Contas da União, que o dever de fiscalização dos contratos não é cumprido com a mera exigência de documentos ou com a simples expedição de notificação à contratada, sem maiores consequências, ou seja, sem aplicação de multa, sem pagamento direto aos empregados terceirizados ou sem rescisão contratual. A boa fiscalização contratual somente estará provada com a análise detalhada dos documentos, e, se eles demonstrarem irregularidades, o administrador público deverá comprovar que, ao descobrir a irregularidade, procedeu ao pagamento diretamente aos empregados terceirizados e reteve valores devidos à empresa, além de, consoante a gradação da falta, aplicar-lhe pena de multa ou de rescisão contratual.

É fundamental que os(as) membros(as) do Ministério Público do Trabalho estimulem a atuação preventiva e uma atuação das controladorias internas dos órgãos contratantes, em parceria com os fiscais dos contratos, para a adoção de medidas impeditivas das fraudes na execução dos contratos e para que a Administração Pública implemente programas de integridade e exija a criação e implementação pelas contratadas, independente do porte do contrato.

Para fins de atuação, entretanto, o(a) membro(a) do Ministério Público do Trabalho deve partir do pressuposto de que a terceirização de serviços deve ser a exceção, não a regra, na Administração Pública brasileira, porque o nosso ordenamento jurídico adotou o princípio da organização funcional da Administração Pública, segundo o qual a administração pública deve ter um corpo funcional organizado e estruturado em carreira, para promoção da continuidade dos seus serviços.

A terceirização de serviços em atividades acessórias ou instrumentais, conquanto permitida, deve ser objeto de fiscalização constante, com vistas a assegurar que as obrigações trabalhistas sejam cumpridas e a Administração Pública utilize as contratações que efetuar – seja de prestações de serviços, seja de obras – para a

promoção do trabalho decente e do desenvolvimento nacional sustentável.

Por isso, defende-se que a CONAP/MPT deve atuar com vistas à incorporação pela Administração Pública, dos princípios previstos no art. 5º da Lei n.º 14.133/2021, nas suas decisões, desde a fase de planejamento, perpassando pelas fases de publicação do edital, habilitação e realização do licitação, e na fiscalização da execução contratual, com vistas a reconhecer e resguardar os direitos dos trabalhadores utilizados nas contratações de serviços e de obras, sem distinções, as quais longe de operar em favor da realização daqueles direitos, têm permitido a continuidade do círculo vicioso do corrupção, que tem maculado a realização desses contratos ao longo de décadas.