



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

Edifício Multibrasil Corporate – AGU Sede I, SAS Quadra 3, Lote 5/6, CEP 70070-030, Brasília – DF
Tel.: (61) 2026-8557/8556/8559 – Fax: (61) 2026.9845 cgu@agu.gov.br

Memorando Circular nº 001/2014-CGU/AGU¹

Em 6 de janeiro de 2014.

Aos Senhores
Consultores da União
Diretores de Departamento da Consultoria-Geral
Consultores Jurídicos junto aos Ministérios
Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil
Chefe da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União - PR
Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Especial dos Portos – PR
Chefe da Assessoria Jurídica da Agência Brasileira de Inteligência – PR
Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Aviação Civil – PR
Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos Internos
Consultores Jurídicos da União nos Estados
Advogados da AGU com atuação nos Órgãos Consultivos

Assunto: Responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por empresas prestadoras do serviço de mão-de-obra terceirizada frente a nova redação do enunciado nº 331, da súmula do egrégio Tribunal Superior do Trabalho - TST.

Encaminho a Vossas Senhorias, para conhecimento e divulgação o PARECER Nº 073/2013/DECOR/CGU/AGU, com os respectivos despachos de aprovação.

Atenciosamente,

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL
Consultor-Geral da União Substituto

¹ Todos os Memorandos Circulares da Consultoria-Geral da União estão disponíveis na respectiva página, na intranet, para consulta por número, assunto e data, no hiperlink:
https://redeaqu.agu.gov.br/PaginasInternas/AtosUnidade.aspx?id_unidade=819&ID_SITE=1104&sq_site=CGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE PREVENTIVA E SISTEMATIZAÇÃO

PARECER Nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00405.002695/2013-34

INTERESSADO: Procuradoria-Geral da União – PGU.

ASSUNTO: Responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por empresas prestadoras do serviço de mão-de-obra terceirizada frente a nova redação do Enunciado nº 331, da Súmula do eg. Tribunal Superior do Trabalho – TST.

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO DO TRABALHO. LICITAÇÕES E CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS A CARGO DA EMPRESA INTERPOSTA. JULGAMENTO DA ADC Nº 16/DF E NOVA REDAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 331, DA SÚMULA DO EG. TST. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CULPA *IN ELIGENDO* OU *IN VIGILANDO*. LICITUDE DOS INSTITUTOS DA CONTA VINCULADA E DO PAGAMENTO DIRETO, PRECONIZADOS NO ART. 19-A, DA IN SLTI/MP Nº 2/2008. MECANISMOS QUE CONTRIBUEM PARA AFASTAR A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. DETERMINAÇÕES CONTIDAS NO ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – PLENÁRIO. PREVISÃO OBRIGATÓRIA NOS EDITAIS E CONTRATOS. MEDIDAS A SEREM ADOTADAS PELAS UNIDADES CONSULTIVAS DA AGU JUNTO A SEUS ASSESSORADOS PARA EVITAR A RESPONSABILIZAÇÃO FULCRADA NO REFERIDO ENTENDIMENTO SUMULADO.

I – Em face do decidido no julgamento da ADC nº 16/DF e da nova redação conferida ao Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, é atualmente necessário que se comprove a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* do Poder Público para que se possa responsabilizá-lo subsidiariamente pelo inadimplemento de verbas trabalhistas a cargo de empresa de terceirização de mão-de-obra por ele contratada;

II – Constituem mecanismos lícitos e aptos a contribuir sobremaneira para o afastamento da sobredita responsabilidade subsidiária no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional os institutos da conta vinculada e do pagamento direto, hospedados no art. 19-A, I e IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008, considerando-se, por isso mesmo, imprescindível sua expressa previsão nos editais e contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada;

III – Visando a evitar que a União e seus entes sejam condenados com fulcro no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, as unidades consultivas da AGU deverão orientar seus assessorados a observar rigorosamente os ditames da IN SLTI/MP nº 2/2008 e as determinações expedidas no Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, não só realizando

efetiva fiscalização da execução dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, mas também documentando todos os atos praticados no exercício desse dever-poder, e, em conjunto com as unidades contenciosas, realizar encontros em que seja esclarecida a necessidade de elidir a responsabilização trabalhista subsidiária do ente público e apresentados os meios adequados para alcançar esse propósito.

Senhor Coordenador-Geral de Análise Preventiva e Sistematização,

- 1 -

1. Debruço-me sobre os autos do processo epígrafado, com destaque para o PARECER Nº 030/AMFBA/DTB/PGU/AGU, de 24 de abril de 2013, encartado às fls. 03/13, manejado pela Procuradoria-Geral da União – PGU para perquirir junto à Consultoria-Geral da União – CGU a necessidade de uniformização da atuação extrajudicial da União no que tange à terceirização de mão-de-obra, dando enfoque especial às questões atinentes aos institutos da conta vinculada e do pagamento direto.

2. Ressuma do referido opinativo, lavrado pela insigne Coordenadora-Geral do Departamento Trabalhista da PGU, Advogada da União Anna Maria Felipe Borges Amaral, que a consulta em comento se deve à premência de uma atuação harmônica entre as áreas contenciosa e consultiva da Advocacia-Geral da União – AGU com o escopo de (a) reduzir o número de ações aforadas na Justiça do Trabalho que, arrimadas no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. Tribunal Superior do Trabalho – TST, buscam a responsabilização subsidiária da União frente ao inadimplemento de verbas laborais perpetrado por empresas por ela contratadas para o fornecimento de mão-de-obra terceirizada ou mesmo (b) contribuir para que essas mesmas ações, se intentadas, sejam julgadas improcedentes.

3. Consoante a insigne parecerista, seriam essas algumas das medidas que poderiam ser adotadas na seara extrajudicial para se atingir os objetivos acima alinhavados: (a) realização de reuniões com os gestores dos contratos de terceirização de mão-de-obra para esclarecê-los quanto à necessidade de uma fiscalização efetiva dos contratos de terceirização de mão-de-obra, providência esta que, segundo sugere, poderia ser levada a efeito em conjunto com os órgãos de execução da PGU; (b) expedição de orientação geral a respeito da necessidade: (b.1) de se efetuar a retenção administrativa preconizada no art. 80, IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e (b.2) de se proceder a rescisão da avença celebrada com a empresa de terceirização de mão-de-obra e o pagamento direto aos seus trabalhadores, nos moldes do art. 19-A, da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2, de 30 de abril de 2008, inserido pela Instrução Normativa SLTI/MP nº 3, de 15 de outubro de 2009 e



modificado em seu inciso I, *b*, pela Instrução Normativa SLTI/MP nº 5, de 18 de dezembro de 2009; e (c) emissão de orientação geral acerca da conta vinculada.

4. Ao cabo da manifestação, também se fez alusão a opinativo oriundo da própria AGU que, segundo a Procuradoria-Regional da União da 1ª Região – PRU1 (em cota subscrita pela Advogada da União Maria de Souza Piaz e acostada às fls. 13/14), impediria o pagamento direto aos trabalhadores da empresa fornecedora de mão-de-obra terceirizada inadimplente. Considera-se que ele seria merecedor de revisão, de sorte a compatibilizá-lo com a já referida IN SLTI/MP nº 2/2008.

5. Recebidos os autos na CGU, foi-lhes adunado, às fls. 21/140, documento intitulado RELATÓRIO – PROPOSTAS DE MELHORIA, elaborado pelo Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal, do qual participaram servidores da AGU, do Ministério Público Federal – MPF, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, do Ministério da Previdência Social – MPS, do Ministério da Fazenda – MF, do Tribunal de Contas da União – TCU e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP.

6. Já neste Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR/CGU e em decorrência de tratativas mantidas em reunião realizada com o ilustre Coordenador-Geral de Orientação (que à época acumulava as atribuições ora afetas a Vossa Senhoria) e a já referida Advogada da União Anna Maria Felipe Borges Amaral (termo correspondente atravessado à fl. 143), elaborei cota, juntada à fl. 142, pugnando pela imediata remessa de memorando-circular às Consultorias Jurídicas da União – CJUs e às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e suas congêneres requerendo informassem: (a) quais são as informações e documentos em regra fornecidos às unidades de contencioso da AGU a título de subsídio para a defesa da União em demandas formuladas perante a Justiça do Trabalho cujo fito seja responsabilizá-la subsidiariamente pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por empresa de terceirização de mão-de-obra por ela contratada; e (b) quais são as impressões que os órgãos de execução provocados têm em relação ao pagamento direto previsto no art. 19-A, da IN SLTI/MP nº 2/2008.

7. Meu pleito foi atendido pelos digníssimos Coordenador-Geral de Orientação e Consultor-Geral da União-Substituto (fl. 145), expedindo-se, então, o Memorando Circular nº 050/2013-CGU/AGU, de 17 de junho de 2013 (fl. 146). Responderam à missiva em foco os seguintes órgãos: Consultoria Jurídica da União no Estado de Alagoas – CJU/AL (fls. 151/152), Consultoria Jurídica da União em São José dos Campos/SP – CJU/SJC (fls. 153/155), Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais – CJU/MG (fls. 156/159 e 187/190), Consultoria

Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP (fls. 160/185), Consultoria Jurídica da União no Estado do Amapá – CJU/AP (fl. 186), Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República – ASSJUR/SEP/PR (fls. 191/194), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social – CONJUR/MPS (fls. 195/197 e 200/205), Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco – CJU/PE (fls. 208/211), Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte – CJU/RN (fl. 212), Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Sul – CJU/RS (fls. 213/214), Consultoria Jurídica da União no Estado do Ceará – CJU/CE (fls. 215/221), Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro – CJU/RJ (fls. 222/253), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – CONJUR/MAPA (fls. 254/282 e 452/459), Assessoria Jurídica junto à Agência Brasileira de Inteligência – AJUR/ABIN (fls. 283/285 e 287/291), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Pesca e da Aquicultura – CONJUR/MPA (fls. 292/297 e 303/310), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação – CONJUR/MEC (fls. 298/302), Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça – CONJUR/MJ (fls. 311/323), Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes – CONJUR/MT (fls. 324/401), Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins – CJU/TO (fls. 404/435) e, por fim, Consultoria Jurídica-Adjunta da Aeronáutica – COJAER (fls. 436/449).

8. Por constatar a ausência de manifestação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR/MP e considerando a importância de sua opinião para o deslinde da matéria; eis que se trata do órgão de assessoramento jurídico da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI/MP, autora da IN SLTI/MP nº 2/2008 e de suas ulteriores modificações (inclusive a que inseriu em seu texto o multicitado art. 19-A), solicitei ao Coordenador-Geral de Orientação, em despacho acostado à fl. 463, fosse ela provocada uma vez mais.

9. Tal solicitação, todavia, foi indeferida no bojo do DESPACHO Nº 110/2013/DRF/CGO/DECOR/CGU/AGU (fl. 464), aprovado pelo ilustre Diretor deste DECOR/CGU, que acatou o argumento de que já haviam sido adunadas ao caderno processual manifestações de diversos órgãos consultivos da AGU e que a primeira provocação dirigida à CONJUR/MP restou baldada, vez que inatendida até o presente momento.

10. **Relatados os autos, inicio o opinativo propriamente dito.**

- II -

11. *Prius*, há de se lamentar o fato de a CONJUR/MP não ter apresentado a este DECOR/CGU seu posicionamento atual a respeito da questão em testilha. Consoante aduzido no relatório *supra*, por ser ela o órgão responsável pelo assessoramento da SLTI/MP e,



provavelmente, ter participado da elaboração da IN SLTI/MP nº 2/2008 e de suas sucessivas alterações, sua contribuição teria sido de inestimável valia para o trabalho que ora desenvolvido.

12. Dessa sorte, levarei em conta o posicionamento estampado por aquela unidade consultiva no PARECER/Nº 1068 – 4.2/2010/JD/CONJUR/MP, que, ao versar sobre a conta vinculada, serviu de subsídio para a prolação do PARECER Nº 005/2011/DECOR/CGU/AGU, abordado mais à frente.

- III -

13. O objetivo primordial deste parecer é, atendendo à solicitação emanada da PGU, uniformizar a orientação a ser dada pelas unidades consultivas da AGU – notadamente as CJUs, CONJURs e congêneres – aos seus órgãos assessorados no que pertine a certos aspectos dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, de modo a reduzir o quantitativo de demandas judiciais aviadas em busca da responsabilização subsidiária da União em face do inadimplemento de verbas trabalhistas devidas pelas empresas interpostas ou, ao menos, propiciar maior chance de sucesso das unidades contenciosas nessas mesmas demandas.

14. De modo a alcançar seu propósito, e também por indicação da própria PGU, serão aqui abordadas, com maior detença, questões atinentes à legalidade dos institutos da conta vinculada e do pagamento direto, previstos atualmente nos incisos I e IV do art. 19-A, da IN SLTI/MP nº 2/2008, não sem antes fazer uma breve explanação a respeito do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 16/DF pelo eg. Supremo Tribunal Federal – STF e das alterações que foram promovidas, em razão de seu resultado, no texto do já referido Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

15. Depois, buscar-se-á listar quais as providências que as unidades consultivas da AGU poderão adotar para melhor orientar seus órgãos assessorados quanto à necessidade de observar a legislação aplicável à contratação de serviços de mão-de-obra terceirizada e, conseqüentemente, impedir que a União seja responsabilizada subsidiariamente pelo eventual descumprimento de obrigações trabalhistas a cargo da empresa por ela contratada.

- IV -

16. Como é cediço, em novembro de 2010 o Prétório Excelso concluiu o julgamento da ADC nº 16/DF, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal com o escopo de ver

reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, dispositivo que assim verbera:

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.

17. Um das razões que deram azo à propositura da ação declaratória em foco foi a recorrente utilização, pelas diversas instâncias da Justiça do Trabalho, do Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST (com a redação que lhe conferia a Resolução TST nº 96/2000¹), como fundamento para condenar os entes públicos a responderem objetivamente por débitos trabalhistas inadimplidos por empresas por eles contratadas para lhes fornecerem mão-de-obra terceirizada², afastando por inconstitucionalidade, ainda que de forma velada, a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

18. Após disceptações em torno de sua admissibilidade, a Excelsa Corte julgou procedente, por maioria, o pedido formulado na referida ação, tendo proferido acórdão cuja ementa é a que se segue:

¹ Eis o que gizava o indigitado enunciado em sua antiga redação:

"CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)."

² Por questão didática, vale revisitar o conceito de terceirização. Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO,

"Para o direito do trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido." (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426)

Calha também lembrar que a contratação de serviços de terceirização de mão-de-obra é disciplinada, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, pelo Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997.



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.

(STF, Tribunal Pleno – ADC nº 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso – Julgamento em 24/11/2010 – Publicação no DJe em 09/09/2011)

19. É mister observar, porém, que ponto de assaz relevância – ao menos no que toca ao objeto deste opinativo – não figurou na ementa acima transcrita. Dela foi omitida a conclusão, extraível dos votos e debates travados pelos eminentes Ministros, de que a declaração da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 não implica a impossibilidade de se responsabilizar os entes públicos de forma subsidiária pela inadimplência de encargos trabalhistas praticada pelas empresas de terceirização de mão-de-obra contratadas. Tal responsabilização, aos olhos da Suprema Corte, apenas não pode ser automática, baseada numa culpa presumida. Para que seja atribuída ao Poder Público, impende reste comprovada, no caso concreto, sua incúria na escolha da pessoa jurídica fornecedora do serviço e/ou na fiscalização da execução do contrato, vale dizer, para o eg. STF é necessária a demonstração de que o Poder Público operou com culpa *in eligendo* e/ou culpa *in vigilando*, respectivamente.

20. Comentando o *decisum* em tela, ALEXANDRE AGRA BELMONTE e ANDRÉA RODRIGUES DE OLIVEIRA MUNHOZ³ concluem de modo semelhante, pondo em destaque a necessidade de a Justiça Laboral aferir caso a caso a culpa do Poder Público pelas falhas na ou pela inexistência de fiscalização:

Ressalvou o Supremo Tribunal que tal decisão [da ADC nº 16/DF] não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade do ente, com base nos fatos de cada causa e que o fundamento utilizado pelo TST deve ser a responsabilidade pela omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização da empresa contratada, quanto à idoneidade e cumprimento ou não dos encargos sociais nos contratos de licitação de prestação de serviços.

Restou, então, definido que o TST não poderá generalizar os casos, devendo analisá-los de forma individualizada, um a um, primando pela busca da verdade real, investigando com rigor se a inadimplência dos direitos trabalhistas dos prestadores de serviços contratados pelos fornecedores de mão de obra teve como causa principal a inexecução culposa ou a omissão culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações no contrato de licitação. Pelo órgão da Administração Pública contraente, devendo o conteúdo da norma ser revelado pela interação entre o texto normativo e as circunstâncias do caso concreto.

³ BELMONTE, Alexandre Agra. MUNHOZ, Andréa Rodrigues de Oliveira. Os efeitos da Declaração de Constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte; ano 11, nº 128, pp. 18-24, ago. 2012.

Assim, verifica-se que a decisão do Tribunal Superior que declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, não impedirá a condenação da responsabilidade da Administração Pública na terceirização, no caso concreto, desde que haja circunstâncias e provas suficientes da omissão do ente público em face da fiscalização da empresa contratada, visando resguardar a premissa maior dos princípios da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho estampado no artigo 1º, III e IV, da Constituição Federal, sendo plenamente compatível com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF.

21. Seguindo a mesma linha, FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO e JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE⁴, que assim defendem:

A decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não implica na afirmação inexorável de que a Administração Pública está imune à responsabilidade subsidiária diante do não pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora.

Em outras palavras, a responsabilidade será decretada se, pelo exame minucioso de cada demanda, houver a culpa do ente público contratante quanto ao inadimplemento dos direitos trabalhistas por parte da prestadora em relação aos seus empregados. Não se pode esquecer que a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

22. De todo modo, ciente da tese que foi sufragada pelo eg. STF, e em razão dela, o eg. TST decidiu, por meio da Resolução TST nº 174/2011, modificar novamente o Enunciado nº 331, outorgando nova redação a seu item IV e acrescentando-lhe os itens V e VI. Eis o resultado, *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem

⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na administração pública e a constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, segundo o STF. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9199>. Acesso em out 2013.



subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

23. Com isso, explicitou-se a aderência da Corte Trabalhista à compreensão desenvolvida pelos eminentes Ministros do eg. STF no julgamento da ADC nº 16/DF, passando a também exigir, para sua imputação, a demonstração no caso concreto de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais pela empresa interposta.

24. A propósito, já são vários os julgados que aplicam tal entendimento. Para arrematar este item, colaciono abaixo alguns deles, bastante recentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. CULPA -IN VIGILANDO-. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DECISÃO DO STF NA ADC 16. No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa -in vigilando- da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, §.1º, da Lei n.º 8.666/93. Na hipótese dos autos, o TRT registrou, de forma expressa, a culpa -in vigilando- da Administração Pública, motivo pelo qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, -caput-, do Código Civil, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. Agravo de Instrumento não provido.

(TST, 8ª Turma – AIRR nº 1044-17.2011.5.24.0021, rel. Juíza Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria – julgamento em 18/12/2012 – Publicação no DEJT em 07/01/2013 – sublinhei e negritei)

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO (alegação de violação aos artigos 37, §6º, da Constituição Federal, 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, 333, I, do Código de Processo Civil, 927 do Código Civil, 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, contrariedade à Súmula/TST nº 331; IV e V, e divergência jurisprudencial). Esta Corte, por meio da Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, alterou o item IV e acrescentou o item V à Súmula nº 331, cujas redações são no seguinte sentido: -IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Na espécie, o TRT, soberano na análise de fatos e provas, de inviável reexame nesta esfera recursal, nos exatos termos da Súmula/TST nº 126, ao analisar a conduta da UNIMONTES, verificou que -restou

caracterizada a sua culpa *in vigilando*, ao não demonstrar qualquer cuidado na fiscalização dos contratos firmados com a prestadora de serviços, especialmente no que se refere ao cumprimento dos direitos trabalhistas da empregada que lhe prestou serviços-. Nesse contexto, ao manter a sentença, que condenou, de maneira subsidiária, o ente público em questão ao adimplemento das obrigações trabalhistas concedidas em primeiro grau, o Tribunal Regional julgou em sintonia com o item V da Súmula/TST nº 331. Recurso de revista não conhecido.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ALCANCE. -A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral- (item VI da Súmula/TST nº 331). Recurso de revista não conhecido.

MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT. A hipótese prevista no parágrafo único do artigo 467 da Consolidação das Leis do Trabalho é aplicável somente nos casos em que o ente público é o empregador, não sendo o caso dos autos, nos quais a UNIMONTES aparece como responsável subsidiária. Ademais, o TST já pacificou sua jurisprudência, no sentido de que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. Esse é o exato sentido do item VI da Súmula/TST nº 331. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. Cabe à parte interessada provocar o exame da matéria pelo Tribunal Regional, sob pena de não preencher os pressupostos firmados pela Súmula/TST nº 297. Recurso de revista não conhecido.

(TST, 2ª Turma - RR - 604-62.2011.5.03.0067, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - Julgamento em 18/09/2013 - Publicação no DEJT em 27/09/2013 - sublinhei e negritei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO - ADC Nº 16 - CULPAS IN VIGILANDO, IN ELIGENDO E IN OMITTENDO - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF, sendo inadmissível a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Entretanto, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de culpa in eligendo, in vigilando ou, ainda, in omittendo, implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado. Assim, quando o ente da Administração Pública não logra comprovar que cumpriu os deveres impostos nos arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93, incide a responsabilidade subsidiária.

(TST, 7ª Turma - AIRR nº 1041-58.2010.5.20.0005, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - Julgamento em 25/09/2013 - Publicação no DJET em 27/09/2013 - sublinhei e negritei)

- V -

25. Conforme afirmado acima, a culpa que propicia a responsabilização do Poder Público a título subsidiário por débitos trabalhistas de empresa de terceirização de mão-de-obra por ele contratada dicotomiza-se nas seguintes espécies: *in eligendo* e *in vigilando*. Creio ser válido tecer algumas palavras sobre ambas.



26. A culpa *in eligendo* é aquela que ocorre em momento anterior ao da contratação, concernindo à escolha da empresa que prestará o serviço de mão-de-obra terceirizada ao ente público. Diversamente da culpa *in vigilando*, não está explícita no texto do Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, mas é possível entrevê-la na referência, feita em seu item V, à “conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993”, visto que esse diploma legal, ao versar sobre licitações e contratos administrativos, impõe à Administração Pública a observância de uma série de requisitos com vistas a selecionar não apenas a proposta que lhe seja mais vantajosa, mas a que igualmente se revele plenamente exequível.

27. Dessa sorte, se a Administração Pública afronta as normas licitatórias, claudicando ao estabelecer no respectivo edital do certame critérios aptos a resguardá-la de contratar uma empresa que não disponha de condições técnicas e/ou econômico-financeiras para prestar a contento o serviço de mão-de-obra terceirizada de que necessita – o que engloba honrar tempestivamente os encargos trabalhistas de seus funcionários –, ou, tendo-os estabelecido, adjudique o objeto da licitação a empresa que não os cumpra rigorosamente, estará ela agindo com culpa *in eligendo*, suscetível de responsabilização subsidiária baseada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

28. Sigo, aqui, na esteira do entendimento do Procurador do Banco Central LUCAS ALVES FREIRE, externado em belo artigo sobre o tema⁵:

Em relação ao momento anterior à contratação, deve-se observar se a Administração Pública observou as regras e os princípios relacionados ao modo de escolha do fornecedor da mão-de-obra terceirizada, é dizer, cabe analisar se a licitação foi conduzida segundo os ditames da Constituição e das leis. A falta de diligência no certame licitatório pode levar o Poder Público a contratar empresa incapacitada, do ponto de vista técnico e econômico, para prestar o objeto do contrato. Dessa negligência podem decorrer prejuízos ao empregado terceirizado, que acabará deixando de receber as parcelas que lhe são devidas.

Configurada, no caso concreto, a culpa *in eligendo* da Administração Pública por má-condução do processo licitatório, poderá o Poder Judiciário, a teor do inciso V da Súmula nº 331 do TST, reconhecer a responsabilidade do Estado por encargos trabalhistas não pagos pela empresa de terceirização.

29. Ao seu turno, a culpa *in vigilando* é aquela consubstanciada na falta de fiscalização ou na fiscalização deficiente. A Lei nº 8.666/1993 confere à Administração Pública – e não poderia ser diferente – o dever e a prerrogativa de fiscalizar a execução dos ajustes que celebra⁶. Cabe a ela zelar pela entrega do bem ou à prestação do serviço nos moldes

⁵ FREIRE, Lucas Alves. Breve Reflexão sobre a Terceirização Trabalhista na Administração Pública. *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*. Belo Horizonte, ano XV, nº 96, pp. 185-200, nov./dez. 2012 – sublinhei e negritei.

⁶ Cf., a propósito, os arts. 58, III, e 67, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

fixados no edital e no instrumento subsequentemente firmado e, diante do surgimento de irregularidades cometidas pelo particular contratado, tomar providências visando a corrigi-las, podendo, igualmente, aplicar sanções administrativas ou mesmo rescindir a avença.

30. Logo, se o Poder Público não se desincumbe de seu dever-poder de fiscalizar, sendo omissivo ou negligente nessa tarefa a ponto de permitir que a empresa contratada descumpra livremente as obrigações legais e contratuais por ela assumidas e, assim, venha a causar prejuízos aos seus próprios trabalhadores, ele também é, nessa hipótese, responsável subsidiariamente pelas verbas trabalhistas que tiveram seu pagamento frustrado, nos termos expressos do Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

31. Note-se que tanto a responsabilização pela culpa *in eligendo* quanto a pela culpa *in vigilando* radicam, em última instância, nas normas civis que estabelecem que todo aquele que praticar ato ilícito, causando dano a outrem, fica obrigado a repará-lo⁷. Deveras, em ambas as situações é a negligência ou mesmo a omissão voluntária do Estado que viola direitos dos trabalhadores terceirizados, causando-lhes prejuízos que devem, portanto, ser por ele reparados. Tais normas, não é ocioso lembrar, são aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos *ex vi* do art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993⁸.

32. Pelo acima exposto, para ilidir a responsabilização subsidiária com espeque no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, descortina-se premente que o Poder Público se

(...)

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.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes."

⁷ Chega-se a essa conclusão da interpretação conjunta dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, que assim preceituam:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

⁸ *"Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."*



cerque de todas as cautelas, seja na elaboração do ato convocatório, seja na contratação, seja na fiscalização da execução do contrato de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, o que passa pela observância irrestrita das normas legais incidentes (notadamente as contidas na Lei nº 8.666/1993), pela fiscalização ativa e próxima da empresa contratada e, finalmente, pela criação e adoção de mecanismos que assegurem que os direitos dos trabalhadores terceirizados serão respeitados, máxime no que toca às verbas trabalhistas a que têm direito.

33. RICARDO ALEXANDRE SAMPAIO⁹ compartilha do meu entendimento quanto a esses últimos, conforme se extrai de seu escólio:

A partir desse conjunto de elementos, entendemos que o afastamento de eventual responsabilização subsidiária trabalhista requer da Administração tomadora a adoção de ações tempestivas e suficientes para evitar que o inadimplemento da contratada no pagamento de encargos gere dano aos empregados envolvidos na execução do ajuste.

Dito de outro modo, a Administração Pública não deve ficar inerte diante da inadimplência da empresa contratada quanto às obrigações trabalhistas, sob pena de justamente essa inércia configurar omissão passível de determinar sua culpa *in vigilando* e incorrer em responsabilidade.

Se a Administração pode arcar subsidiariamente com o pagamento das obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa *in vigilando*, a única forma de afastar esse risco é adotando medidas acauteladoras do erário.

E nesse sentido, ao que parece, a medida mais eficaz para acautelar o erário do risco da responsabilidade subsidiária trabalhista é justamente garantir a promoção da satisfação dos créditos dos empregados envolvidos na prestação dos serviços objeto do contrato firmado entre a empresa devedora e a Administração tomadora dos serviços.

34. Exemplos inequívocos de mecanismos voltados para acautelar a Administração Pública e os trabalhadores terceirizados frente ao eventual inadimplemento da empresa interposta são a conta vinculada e o pagamento direto, tratados logo a seguir.

- VI -

35. Malgrado anterior à decisão prolatada na ADC nº 16/DF e à nova alteração do Enunciado nº 331, do eg. TST, a inclusão do art. 19-A à IN SLTI/MP nº 2/2008, com a previsão dos novos institutos da conta vinculada e do pagamento direto, contribui substancialmente para a adequação do proceder da Administração Pública Federal ao entendimento jurisprudencial em voga e, por conseguinte, para atingir o desiderato subjacente de obstar sejam a União, suas autarquias e fundações públicas responsabilizadas subsidiariamente pelo

⁹ SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A responsabilidade subsidiária trabalhista e o dever de a Administração contratante adotar medidas efetivas que afastem o prejuízo dos trabalhadores no caso de inadimplemento da contratada. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Curitiba: Zênite, nº 229, pp. 264-269, mar. 2013 - sublinhei e negritei.

não pagamento de verbas trabalhistas pelas empresas de terceirização de mão-de-obra contratadas.

36. De fato, a adoção e o uso efetivo da conta vinculada e do pagamento direto pelo Poder Público Federal são demonstrações importantes – mas não as únicas, é de se frisar – de que ela está atenta para possíveis inadimplementos das empresas contratadas em relação a seus encargos trabalhistas e que toma as precauções devidas para evitá-los, resguardando, assim, os direitos dos trabalhadores terceirizados. Ou seja, indicam, de forma inequívoca, que ela não tem sido desidiosa na fiscalização dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, afastando, desse modo, eventual alegação de que tenha agido com culpa *in vigilando*.

37. Ao aviso do Procurador do Trabalho TIAGO RANIERI DE OLIVEIRA¹⁰, a IN SLTI/MP nº 3/2009 (que, relembro, introduziu o art. 19-A no corpo da IN SLTI/MP nº 2/2008) consiste numa complementação da Lei nº 8.666/1993 que, a par de tutelar o patrimônio público, socializa-a. É uma posição à qual adiro:

A IN n. 3 pode ser vista como um complemento da Lei n. 8.666/93; um complemento que socializa a referida lei, bem como, resguarda o erário público.

Socializa, quando prevê mecanismos para proteção da verba trabalhista do trabalhador terceirizado; resguarda o erário, quando evita que dinheiro público seja empregado em finalidade diversa (pagamento de condenações judiciais).

A instrução completa a referida Lei no que diz respeito aos ônus da Administração nas contratações de serviços contínuos, tais como: a necessidade da fiscalização para minimizar o impacto do passivo trabalhista, como também, o controle do cumprimento das obrigações trabalhistas: gestão trabalhista do contrato administrativo – organização.

38. Não obstante, foram deduzidos alguns questionamentos acerca da licitude desses dois alvissareiros institutos, a ensejar, então, o pronunciamento da CGU em sua defesa.

39. Buscarei me desincumbir dessa tarefa doravante.

¹⁰ OLIVEIRA, Tiago Ranieri. Instrução Normativa n. 3 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) como Instrumento ao Combate ao "Calote" na Terceirização no Âmbito da Administração Pública. *Revista LTr*. São Paulo, ano 76, nº 10, pp. 1209-1225, out. 2012.



- VII -

40. Princípio pelo instituto da conta vinculada, que, conforme alinhavado alhures, encontra previsão no art. 19-A, I, da IN SLTI/MP nº 2/2008, vazado nos atuais e seguintes moldes:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;

b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;

41. A legalidade desse dispositivo regulamentar já havia sido por mim defendida no PARECER Nº 005/2011/DECOR/CGU/AGU, o qual foi aprovado por Sua Exa. o Sr. Consultor-Geral da União¹¹ em conjunto com as considerações trazidas pelo Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX/CGU na NOTA Nº 20/2011/DEAEX/CGU/AGU, lavrada pelo Advogado da União Júlio Cesar Oba, e no Despacho do Diretor do DEAEX nº 024/2011 (todos com cópias em anexo).

42. No indigitado opinativo, ao qual remeto para uma melhor compreensão do tema, eu aduzi, forte nas considerações coligidas pela própria SLTI/MP¹² e pela CONJUR/MP¹³, que a conta vinculada não equivale a um fundo de reserva e, por conseguinte, não representa uma garantia imprevista na legislação, o que a tornaria ineludivelmente inexigível, mas uma forma diferenciada de pagamento, na qual os valores que se destinam ao pagamento de décimo-terceiro salário, férias e rescisão contratual aos trabalhadores terceirizados são separados pelo ente público contratante dos valores de outras verbas trabalhistas e depositados em uma conta bancária distinta, que só poderá ser movimentada pela empresa.

¹¹ Cf. DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 478/2011 (cópia em anexo).

¹² Cf. Nota técnica sem numeração prolatada pela Coordenação-Geral de Normas da SLTI/MP nos autos do processo nº 00404.006797/2009-52 (cópia em anexo).

¹³ Cf. PARECER /Nº 1068 – 4.2/2010/JD/CONJUR/MP (cópia em anexo).

contratada quando da ocorrência dos eventos previstos nas alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 19-A, acima transcrito.

43. Também asseverei que a conta vinculada não prejudica a ampla concorrência, tampouco perfaz uma ingerência indevida do Poder Público na programação financeira da empresa prestadora de serviços de mão-de-obra terceirizada. Argumentei, quanto ao primeiro ponto, que a conta vinculada não demanda uma maior disponibilidade financeira das empresas, porquanto as cifras que nela serão depositadas não são exigidas anteriormente à prestação do serviço. Quanto ao segundo, consignei, também com espeque nas razões elencadas pela SLTI/MP e pela CONJUR/MP, que subjaz à adoção da conta vinculada tanto o respeito aos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados quanto a necessidade de evitar a responsabilização subsidiária do Estado com estribo no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST; ademais, não seria de interesse da Administração Pública contratar empresas que se utilizam dos montantes destinados ao pagamento das verbas trabalhistas de seus funcionários para outros fins (como capital de giro, *v.g.*), *“haja vista que esse proceder temerário aumenta as chances de insolvência da empresa e, por consequência, de condenação do ente contratante com base no aludido entendimento sumulado”*.

44. Fiz menção, por derradeiro, ao fato de que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por intermédio de sua Resolução CNJ nº 98, de 10 de novembro de 2009, albergou o instituto em comento, determinando que todos os Tribunais e Conselhos do Poder Judiciário se utilizem da conta vinculada, fazendo constar sua previsão nos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada. De igual sorte, aludi à então recente decisão proferida pelo eg. Supremo Tribunal Federal – STF na ADC nº 16/DF¹⁴, sob cujo pálio reputei ser a utilização da conta vinculada meio apropriado, dentre outros, para afastar a alegação de que a União teria sido desidiosa na fiscalização (*culpa in vigilando*) e, conseqüentemente, impedir sua responsabilização subsidiária escorada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

¹⁴ Vale recordar que na referida ação, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o Pretório Excelso declarou constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, dispositivo que assim verbera:

“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.”

Afastou-se, assim, a possibilidade de que a Administração Pública seja responsabilizada objetivamente pelo não pagamento de encargos trabalhistas pela empresa contratada, podendo, todavia, responder caso seja demonstrado que agiu com culpa *in eligendo* (no momento da contratação da empresa, escolhida por meio de licitação) ou *in vigilando* (no momento de fiscalizá-la quanto ao cumprimento de suas obrigações legais e contratuais), conforme assentado nos fundamentos do *decisum*.



45. A essas ilações, o DEAEX/CGU, na referida NOTA Nº 20/2011/DEAEX/CGU/AGU, acrescentou que é antecipado o pagamento realizado pelo ente contratante à empresa contratada dos montantes correspondentes ao décimo-terceiro salário, férias e rescisão contratual dos trabalhadores terceirizados, eis que feito previamente à ocorrência dos fatos que os ensancham, fixados pela legislação trabalhista¹⁵. Em sendo assim, e por não constituir o pagamento antecipado prática comum, a Administração Pública, ao aviso do subscritor da nota, *"deve se cercar de todos os meios para que esses recursos tenham a sua destinação aplicada no objetivo desejado"*. Nesse ponto, fez recordar que as garantias contratuais são limitadas, em regra, a 5% (cinco por cento) do valor da avença, o que é insuficiente para cobrir as cifras pagas em antecipação, razão pela qual se entendeu por acautelar os direitos do Poder Público e dos trabalhadores terceirizados mediante o depósito em conta vinculada.

46. No mais, para o que interessa a este estudo, pôs em relevo: (a) que a previsão da conta vinculada deve vir expressa tanto no edital quanto no contrato, consoante os arts. 40, XIV, e 55, III, da Lei nº 8.666/1993; (b) que a IN SLTI/MP nº 2/2008 preceitua que a empresa contratada não precisará realizar qualquer despesa para ser ressarcida, *"pois os recursos necessários para o adimplemento dessas verbas trabalhistas deverão correr a conta dos recursos existentes na conta vinculada da qual a contratada é a titular"*; e (c) que os depósitos na conta vinculada devem ser feitos com observância aos mesmos prazos estabelecidos para o pagamento da fatura ou nota fiscal, evitando, assim, que incidam os encargos previstos editalícia e contratualmente para o pagamento tardio.

47. Há pouco a acrescentar às considerações *supra*, mantendo-me, pois, convicto quanto à licitude da conta vinculada. Calha trazer à baila apenas que o CNJ recentemente editou a Resolução CNJ nº 169, de 31 de janeiro de 2013 (cópia em anexo), que, além de esmiuçar um pouco mais os procedimentos relativos ao depósito em conta vinculada outrora previstos na acima citada Resolução CNJ nº 98/2009 (a qual aparentemente restou revogada de forma tácita), também amplia as hipóteses em que sua utilização é obrigatória. Agora, não apenas os contratos de locação de mão-de-obra terceirizada, mas todos aqueles que tiverem como objeto a prestação de serviços com utilização de mão-de-obra residente nas dependências de unidades sujeitas à jurisdição do CNJ devem prever a dedução dos valores correspondentes a certas rubricas do pagamento devido às empresas contratadas e o depósito desses em conta vinculada. Vejamos alguns artigos da novel resolução, já com as alterações promovidas pela Resolução CNJ nº 183, de 24 de outubro de 2013:

¹⁵ A primeira parcela da gratificação natalina deve ser paga entre 1º de fevereiro e 30 de novembro e a segunda até 20 de dezembro de cada ano (arts. 1º e 2º, da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965); o pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, de seu respectivo abono, deve ser feito até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período (art. 145, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT); o pagamento de valores devidos pelo empregador ao empregado quando da rescisão do contrato de trabalho devem ser pagos no ato de homologação desta (art. 477, § 4º, também da CLT).

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Processo nº 0006358-88.2012.2.00.0000, na 161ª Sessão Ordinária, realizada em 11 de dezembro de 2012;

✓ CONSIDERANDO a necessidade de a Administração Pública manter rigoroso controle das despesas contratadas e assegurar o pagamento das obrigações trabalhistas de empregados alocados na execução de contratos quando a prestação dos serviços ocorrer nas dependências de unidades jurisdicionadas ao CNJ;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar que, doravante, as rubricas de encargos trabalhistas, relativas a férias, 1/3 constitucional, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, bem como a incidência dos encargos previdenciários e FGTS (INSS, SESI/SESC/SENAI/SENAC/INCRA/SALÁRIO EDUCAÇÃO/FGTS/RAT+FAT/SEBRAE etc) sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário sejam deduzidas do pagamento do valor mensal devido às empresas contratadas para prestação de serviços, com previsão de mão de obra residente nas dependências de órgão jurisdicionado ao CNJ, e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

§ 1º Considera-se mão de obra residente aquela em que o Edital de Licitação estabelece que os serviços serão realizados nas dependências do órgão contratante e indique o perfil e requisitos técnicos do profissional a ser alocado na execução do contrato e haja estabelecimento, pelo órgão contratante ou pela empresa, do valor do salário a ser pago ao profissional. [incluído pela Resolução nº 183, de 24 de outubro de 2013]

§ 2º Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação –, aberta no nome da contratada e por contrato, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por ordem do tribunal ou do conselho contratante. [incluído pela Resolução nº 183, de 24 de outubro de 2013]

Art. 2º A solicitação de abertura e a autorização para movimentar a conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação –, serão providenciadas pelo ordenador de despesas do Tribunal ou do Conselho ou por servidor previamente designado pelo ordenador. [alterado pela Resolução nº 183, de 24 de outubro de 2013]

Art. 3º Os depósitos serão efetuados sem prejuízo da retenção, na fonte, da tributação sujeita a alíquotas específicas previstas na legislação própria. [alterado pela Resolução nº 183, de 24 de outubro de 2013]

Art. 4º O montante mensal do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes rubricas:

I – férias;

II – 1/3 constitucional;

III – 13º salário;

IV – multa do FGTS por dispensa sem justa causa;



V – incidência dos encargos previdenciários e FGTS sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário; e

VI – [revogado pela Resolução nº 183, de 24 de outubro de 2013]

48. Da leitura dos dispositivos acima, é igualmente perceptível que, em comparação à Resolução CNJ nº 98/2009¹⁶, a Resolução CNJ nº 169/2013 dilargou o conjunto de rubricas cujo pagamento passa a ser feito separadamente, passando a açambarcar as atinentes à incidência dos encargos previdenciários e FGTS sobre a remuneração das férias, o adicional constitucional de 1/3 (um terço) sobre estas e o décimo-terceiro salário, bem como a referente ao percentual de lucro que recai sobre os encargos retidos.

49. Diante disso, conclui-se que o Poder Judiciário, além de continuar se valendo do instituto da conta vinculada, tem-no aprimorado, inclusive expandindo as hipóteses em que

¹⁶ Assim dispunha tal ato normativo em seus quatro primeiros artigos:

"O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

CONSIDERANDO a necessidade da Administração Pública, na prática de atos administrativos, nos termos do disposto no artigo 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, observar os princípios da racionalidade e da economicidade;

CONSIDERANDO a responsabilidade subsidiária dos Tribunais, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada para prestar serviços terceirizados, de forma contínua, mediante locação de mão-de-obra, conforme a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas;

CONSIDERANDO que os valores referentes às provisões de encargos trabalhistas são pagos mensalmente à empresa, a título de reserva, para utilização nas situações previstas em lei;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar que as provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, a serem pagas pelos Tribunais e Conselhos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, sejam glosadas do valor mensal do contrato e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

Parágrafo único. Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por ordem do Tribunal ou Conselho contratante.

Art. 2º A solicitação de abertura e a autorização para movimentar a conta corrente vinculada - bloqueada para movimentação - serão providenciadas pelo setor de administração do respectivo Tribunal ou Conselho.

Art. 3º Os depósitos de que trata o artigo 1º desta Resolução serão efetuados, com o acréscimo do Lucro proposto pela contratada.

Art. 4º O montante do depósito vinculado será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões previstas para o período de contratação:

I - 13º salário;

II - Férias e Abono de Férias;

III - Impacto sobre férias e 13º salário;

IV - multa do FGTS.

Parágrafo único: Os valores provisionados para o atendimento deste artigo serão obtidos pela aplicação de percentuais e valores constantes da proposta."

sua utilização é imperiosa, a denotar sucesso no atingimento de seus objetivos primordiais, salvo melhor juízo.

- VIII -

50. Discorro, a partir deste ponto, sobre o instituto do pagamento direto, preconizado no art. 19-A, IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008, assim vazado:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

(...)

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

51. A polêmica em torno do pagamento direto é, sem dúvida, maior do que em relação à conta vinculada, mormente pelo receio, apontado por alguns órgãos consultivos da AGU, de que sua realização venha a caracterizar vínculo direto entre o ente público contratante e os empregados terceirizados beneficiários da medida, sujeitando-o, assim, a responder como se empregador fosse em virtude do princípio trabalhista da primazia da realidade¹⁷.

52. Afora isso, há quem questione se o pagamento direto seria de fato lícito, dado o princípio da legalidade estrita ao qual se subordina a Administração Pública e a imprevisão do instituto em lei formal, ou seja, oriunda do Poder Legislativo.

53. No meu modo de sentir, a melhor abordagem acerca desses pontos foi engendrada pela CJU/SP, em despacho do Advogado da União e atual Coordenador-Geral do órgão ADRIANO DUTRA CARRIJO relativo ao PARECER Nº 0697/2011/RMM/CJU-SP/CGU/AGU e cuja reprodução encontra-se acostada às fls. 169/184 dos presentes autos. Reputo obrigatória sua leitura para a devida compreensão do assunto; tentarei, porém, resumir-lo e apresentá-lo naquilo que tem de primaz.

¹⁷ Obviamente, aqui não se está a olvidar que, por força do disposto no art. 37, II, da Carta da República, a investidura em cargo ou emprego públicos depende de prévia aprovação em concurso público, sendo, portanto, de inconstitucionalidade chapada qualquer tentativa de reconhecimento de vínculo de matiz laboral entre empregado terceirizado e o Poder Público. Inclusive, o próprio Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST assim dispõe expressamente em seu item II. Desse modo, entendo que o temor quanto à possível caracterização de vínculo entre o trabalhador terceirizado e o Poder Público é infundado, sobretudo se demonstrado ao Poder Judiciário que o pagamento direto se dá por força de norma regulamentar, *in casu*, o art. 19-A, IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008.



54. Nesse trabalho de qualidade e percuciência invulgares, o nobre colega defende que o pagamento direto, além de instituído por ato normativo expedido por órgão com competência para tanto – a SLTI/MP –, encontra alicerce em normas de dignidade constitucional e legal que impedem o Estado de se quedar inerte frente ao empobrecimento causado aos trabalhadores terceirizados pelo não pagamento verbas trabalhistas pela empresa interposta.

55. Segundo asseve, na Carta de 5 de Outubro, dão-lhe respaldo os dispositivos atinentes à proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da marginalização e promoção do bem de todos (art. 3º, I, III e IV, respectivamente), aos direitos fundamentais à vida, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º, *caput*) e aos direitos sociais à saúde, alimentação, trabalho, moradia e lazer (art. 6º, *caput*).

56. O pagamento direto também se fundamenta constitucionalmente, ao seu aviso, no art. 5º, LXXVIII, que garante a todos, seja na seara administrativa ou judicial, a razoável duração do processo, duração essa a ser aferida mediante um exercício de empatia, ou seja, imaginando-se o intérprete/aplicador da norma na mesma situação em que se encontram os que, mesmo tendo trabalhado, se enxerguem desprovidos das verbas alimentares a que fazem jus em virtude da inadimplência da empresa contratada. Através desse exercício, conclui que o prazo razoável seria o de poucos dias, o qual seria respeitado mediante a utilização de mecanismos tais quais o pagamento direto.

57. No que toca à legislação infraconstitucional, funda-se o pagamento direto, à falta de um dispositivo dotado de maior especificidade, no art. 45, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei de Processo Administrativo Federal, a verberar que “[e]m caso de risco eminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

58. Após assentar a constitucionalidade e a legalidade do pagamento direto, o subscritor do despacho suscita a sua excepcionalidade, derivada tanto da abreviação do *iter* processual quanto, e principalmente, da inversão da sistemática contratualmente prevista de que a Administração Pública paga à empresa interposta e esta, por sua vez, paga aos seus empregados.

59. Cogitando da possível caracterização de vínculo direto entre os trabalhadores terceirizados e o Poder Público em função do pagamento direto e, igualmente, do ganho de segurança que a participação do Poder Judiciário no procedimento traria mediante conhecimento da situação e autorização para a adoção da medida, recorda que tal ganho implicaria prejuízos em relação à duração razoável do processo, na medida em que envolveria, a par do tempo para os trâmites próprios do processo administrativo, os concernentes à atuação do órgão de contencioso da AGU com atribuição para a propositura da ação judicial e ao processamento da demanda pelo Poder Judiciário. Para ele, *"o aumento do prazo para resolver a situação das pessoas que estão sem receber os salários devidos, dependendo do quanto, pode redundar em uma situação absolutamente insustentável para elas, e implicar em sérios prejuízos ao órgão"*.

60. Daí poder se pensar numa forma de encurtar o lapso adicional acima referido, questionando-se ao órgão de contencioso sobre a possibilidade de postular ao Poder Judiciário apenas as cifras que ultrapassassem as utilizadas no pagamento direto a ser realizado pelo próprio ente contratante. Com isso, no seu modo de sentir, a um só tempo estaria assegurada a intervenção judicial e a maior rapidez no recebimento dos salários pelos empregados terceirizados. Todavia, obtempera que se trata de questão afeta ao órgão de representação judicial, a quem devem ser dirigidos pedidos de informações acerca de qual medida adotar.

61. Afirma, então, que o pagamento direto, quer o realizado pelo próprio ente contratante, quer o que conta com a intermediação da AGU e do Poder Judiciário, só pode ser engendrado excepcionalmente e que a escolha da estratégia a ser utilizada afigura cingir-se *"ao equilíbrio entre a razoabilidade do prazo e a segurança jurídica da medida"*.

62. Nesse passo, o equacionamento da questão seria mais facilmente atingido em havendo cláusula contratual que, arrimada na IN SLTI/MP nº 2/2008, preveja o pagamento direto, porquanto assim se estaria, de um lado, tornando mais nítido o aspecto da segurança e, de outro, privilegiando o menor prazo para a solução do problema. Ademais, estabelecendo-se no instrumento convocatório e no contrato o pagamento direto, o ente público contaria com calço constitucional, legal e contratual para realizá-lo, tornando despicienda a atuação da AGU perante o Poder Judiciário.

63. Outrossim, a falta de amparo contratual torna recomendável, aos olhos do insigne colega, que o ente público contratante solicite ao órgão de contencioso da AGU a propositura de ação judicial com vistas ao pagamento direto, haja vista a maior segurança jurídica proporcionada.



64. Sem embargo, advoga logo em seguida que; em situações concretas muito extremas, excepcionalíssimas, nas quais somente o pagamento direto pela via administrativa pode elidir um dano grave e iminente aos trabalhadores terceirizados, é possível excluir a via judicial mesmo frente à imprevisão contratual da medida em foco. Compreende que em tais situações poderia haver um grande desequilíbrio entre os princípios da duração razoável do processo e o da segurança jurídica:

48. Então, nessa situação extrema, a Administração teria motivação para privilegiar o primeiro (menor prazo), em maior proporção que o segundo (segurança jurídica), porque o primeiro está ligado a vários objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição (solidariedade, vida, saúde, alimentação), enquanto o segundo relaciona-se a um aspecto de um direito fundamental (a estabilidade ou a segurança das relações interpessoais).

49. E não se está falando em escolha de um princípio, com o afastamento completo de outro, mas sim em uma ponderação entre eles, mesmo porque não há uma antinomia própria. A consecução do processo em um prazo razoável deve ser buscada de forma eficiente e também capaz de gerar segurança jurídica, senão de nada valeria.

50. No caso, a segurança não é completamente afastada quando se efetua o pagamento direto sem a intermediação do Poder Judiciário, mesmo sem a previsão contratual, mas sim diminuída. Privilegia-se um princípio, sem excluir o outro, que encontra amparo nos fundamentos, objetivos e direitos fundamentais previstos na constituição, somados à previsão normativa do artigo 45 da Lei de Processo Administrativo e à previsão do art. 19-A. da IN 02, de 2008, da SLTI/MPOG, aplicada, neste caso, analogicamente.

65. Ato contínuo, ressalta que, ao assim gizar, objetiva apenas balizar os parâmetros da decisão que deverá ser adotada pela autoridade administrativa quanto ao caminho a ser palmilhado para o pagamento direto; vez que tal autoridade há de levar em conta aspectos outros além do jurídico, como os técnico, de conveniência e de oportunidade.

66. No mais, traz à baila as conclusões atingidas pelo Grupo de Estudos de Contratação e Gestão de Contratos de Terceirização de Serviços Continuados na Administração Pública Federal, já referido no início deste opinativo, dentre as quais constam as recomendações de que o pagamento das verbas trabalhistas aos empregados terceirizados seja feito por intermédio da Justiça do Trabalho quando não for viável à Administração Pública Federal fazê-lo diretamente e de que os representantes da AGU no grupo *"envidem esforços juntos aos dirigentes do Órgão no sentido de fixar, em normativo, orientação quanto aos procedimentos que devem ser adotados pelos órgãos/entidades com vistas à formulação de acordo judicial para a realização dos pagamentos"*.

67. Para arrematar o ponto, afirma ainda que, enquanto não se instituir disciplina destinada a uniformizar a questão do pagamento direto, as autoridades federais terão que se

socorrer dos dispositivos constitucionais, legais e regulamentares alhures mencionados para solucionar a questão da inadimplência das empresas interpostas em relação aos encargos trabalhistas, perfazendo um juízo menos parametrizado para o qual o dever de motivação e o assessoramento jurídico concorrem com grande importância.

68. Mais adiante, promove o enfrentamento da temática da legalidade do art. 19-A, da IN SLTI/MP nº 2/2008, à luz do princípio administrativo-constitucional da legalidade estrita, a qual havia sido questionada no PARECER Nº 0697/2011/RMM/CJU-SP/CGU/AGU.

69. Para tanto, suscita a existência de conceituações menos restritivas que aquela segundo a qual é permitido à Administração Pública fazer o que a lei autoriza, mas não o que ela não proíbe. Traz como exemplo a defendida pelos também Advogados da União RONNY CHARLES LOPES TORRES e FERNANDO FERREIRA BALTAR NETO na obra "Sinopse para Concursos - v. 9. - Direito Administrativo", publicada pela Editora JusPodivm.

70. Em suma, os referidos autores perfilham a tese de que em face do advento do Estado Social e da ideia que lhe é própria de que a atuação estatal é indispensável para se fazer frente a problemas de ordem social e econômica, o princípio da legalidade estrita se tornou, a um só tempo, uma justificativa para a prática de arbitrariedades fundadas na lei e um severo empecilho para que a Administração Pública vença os desafios jurídicos apresentados pela modernidade.

71. Desse panorama, ainda segundo os doutos, surgiram as concepções de legitimidade e de juridicidade. A primeira torna possível o controle de atos administrativos ainda que eles sejam praticados em aparente harmonia com a lei e se sustenta no avanço democrático do modelo de Estado e no enfraquecimento da ideologia positivista. Exige que o ato administrativo também preste reverência à moralidade e à finalidade pública, ensanchando, assim, um controle mais amplo pelo Poder Judiciário.

72. A juridicidade, ao seu giro, é um conceito mais amplo que o da legalidade estrita, consistindo na exigência de que a Administração Pública não se adstrinja apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o qual engloba, além das normas legais, as normas constitucionais e os princípios jurídicos. Concede ao administrador uma importante margem decisória de ponderação e concretização das normas constitucionais, é dizer, uma maior autonomia para, dentro das raias fixadas pela Lei Maior, satisfazer as diretrizes por esta apresentadas. Suas raízes estão no desenvolvimento de técnicas de gestão pública, na desburocratização, na execução de políticas públicas, no uso preferencial de processos convencionais e na garantia da estabilização mínima das relações jurídicas, fatores que



levaram ao rompimento do ideário em que se estribava a limitação do atuar do Estado pela estrita legalidade.

73. A despeito dessas considerações doutrinárias, o autor do despacho aduz que, mesmo em se considerando aplicável a vetusta concepção da legalidade estrita, ela não teria aptidão para obstaculizar o pagamento direto quando ele se afigurar como a única solução para se evitar um dano iminente, eis que, consoante já ventilado linhas acima, o art. 45, da Lei de Processo Administrativo Federal, lhe dá o devido suporte legal.

74. Para finalizar, sintetiza as conclusões alcançadas ao longo do despacho, as quais peço vênia para transcrever abaixo:

60. Conclui-se a presente manifestação, então, no sentido de que o pagamento direto de salários pela Administração é medida excepcional, devido à abreviação do caminho processual administrativo e principalmente pela inversão da sistemática contratual, de maneira que sua adoção deve ater-se às hipóteses estritamente necessárias a evitar um risco eminente, observando-se as seguintes distinções:

a) Nos casos em que o pagamento direto de salários está previsto no edital ou em contrato, esta opção atende ao princípio da razoável duração do processo e ao da segurança jurídica, posto que lastreada nos artigos 1º, III, 3º, I, III e IV, 5º e 6º, *capita*, da Constituição Federal, art. 45, da Lei 9.784, de 1999, e art. 19-A, da IN 02, de 2008, da SLTI/MPOG, órgão competente para orientar normativamente a Administração Federal em matéria de licitações e contratos, de acordo com os arts. 28 e 29, I, do Anexo I do Decreto nº 7.063, de 2010.

b) Nos casos em que o pagamento direto dos salários não está previsto no edital ou em contrato, esta opção atenderia o princípio da razoável duração do processo, mas com prejuízo da segurança jurídica, razão pela qual se recomenda instar a Procuradoria competente para a propositura da ação, podendo-se indagar a esta sobre a possibilidade, viabilidade e conveniência de se requerer a autorização judicial para o próprio órgão fazer os pagamentos diretos, ao invés de depositar a quantia em juízo para a serventia fazê-lo, com vistas a diminuir o prazo para a solução do problema.

b.1) Ainda nos casos em que o pagamento direto não está previsto no edital ou contrato, a opção para efetuar-lo sem a intermediação do Poder Judiciário só deve ser feita em situações extremas, mediante justificativa que demonstre ser a única forma de se evitar um dano iminente, como no caso das situações verdadeiramente emergenciais. O suporte jurídico de tal providência é o mesmo citado na letra "a", com a observação de que a previsão da IN 02, de 2008, é aplicada por analogia.

75. Ressalvada melhor compreensão sobre o tema, qualifico como irrepreensíveis o raciocínio desenvolvido e as ilações atingidas pelo Advogado da União ADRIANO DUTRA CARRIJO.

76. É inegável que a previsão do art. 19-A, IV, da IN SLTI MP nº 2/2008, não tem por único escopo resguardar o erário. Conforme já pincelado em outras passagens deste parecer,

ela também busca – e considero seja essa a sua função mais nobre – tutelar a dignidade do trabalhador terceirizado, instituindo mecanismo que, ao lhe garantir o célere recebimento das verbas trabalhistas a que faz jus em contrapartida ao serviço por ele prestado, também lhe garante, conseqüentemente, a sua própria subsistência.

77. Põe-se a lume, assim, o respaldo que o instituto do pagamento direto encontra nas normas constitucionais que versam sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e sociais dela decorrentes, bem assim naquelas que estatuem os objetivos primordiais do Estado brasileiro e o valor social do trabalho.

78. De outra parte, também se me afigura indiscutível que, na seara da legislação infraconstitucional, o pagamento direto se calça no art. 45, da Lei nº 9.784/1999, na medida em que tal dispositivo preconiza, de forma sobremaneira abrangente, que a Administração Pública poderá adotar medidas acauteladoras em situações de risco iminente. Não há como refutar que o pagamento direto representa a concretização desse dever-poder administrativo na seara dos contratos de terceirização de mão-de-obra, haja vista que perfaz providência apta a impedir que se concretize o indesejável empobrecimento dos trabalhadores terceirizados – com todas suas terríveis conseqüências em sua qualidade de vida – em virtude do inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa interposta.

79. Nessa ordem de intelecção, afino-me com o colega paulista também no que trisca ao entendimento de que o pagamento direto poderia ser instituído pela Administração Pública a despeito da inexistência de lei formal que o amparasse. Em outras palavras, sou igualmente favorável à possibilidade de que o Poder Executivo adote medidas em prol da realização de direitos de estatura constitucional sem que seja necessária a mediação de lei formal.

80. Evoluindo minha compreensão em derredor desse importante tema do Direito Administrativo, passo a defender que não se pode mais exigir a prévia existência de uma lei formal autorizadora para toda e qualquer atuação da Administração Pública.

81. Isso porque, em face da chamada crise da lei formal¹⁸ e da decorrente superação do entendimento segundo o qual a Administração Pública mantém com ela uma

¹⁸ Nas argutas palavras de GUSTAVO BINENBOJM, “[a] crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da idéia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125). O mesmo autor elenca



estrita vinculação positiva, tem-se considerado, conforme explanado pelo Advogado da União ADRIANO DUTRA CARRIJO, que o princípio da legalidade deu lugar ao princípio da juridicidade, a preconizar que a Administração Pública encontra-se adstrita não apenas à lei formal, mas a todo arcabouço normativo, dentre o qual se destaca a Constituição, com suas regras e princípios, como principal fundamento para o agir administrativo.

82. Admite-se, nesse panorama, que, ante a inexistência de ato normativo exarado do Poder Legislativo que discipline determinada matéria, possa a Administração Pública haurir diretamente da Constituição o embasamento para expedir ou praticar ato que vise concretizar direitos nela insculpidos. Mais: torna-se possível advogar que a imperiosa obediência à Carta Magna enseja até mesmo a atuação da Administração Pública de forma contrária à lei formal, caso esta se revele em franca desarmonia com os ditames constitucionais. São conclusões que ressumam do seguinte escólio do preclaro GUSTAVO BINENBOJM¹⁹, o qual peço vênia para transcrever:

(...) pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do *neoconstitucionalismo*, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita *vincular positiva à lei*. Com efeito, a vinculação da atividade se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind an Gesetze und Recht gebunden*). Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade, a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativo só pode ocorrer com a substituição da lei, pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para *mediar* a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Como

cinco razões para a apontada crise: a inflação legislativa, a constatação de que lei pode ser usada como veículo para a barbárie, o fato de a lei ter deixado de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo, a criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento à atuação da Administração Pública de *per se* e, finalmente, a falta de independência do Poder Legislativo em cenários nos quais o Poder Executivo não dispõe da atribuição normativa de que necessita.

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 142 e 143 – destaques no original.


afirma Canotilho, "a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição".

Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização do direito administrativo* seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*. A nova principiológica constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a *zona de irradiação do direito constitucional*, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.

A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

83. Pode ser citado como exemplo de norma regulamentar do Poder Executivo que extrai seu fundamento diretamente da Constituição Federal o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que "[r]egulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

84. É de se ressaltar, nessa senda, que não se está aqui sustentado a subtração da precedência que possui a lei frente as demais normas infraconstitucionais, o que seria de todo descabido por implicar a negação do princípio da separação dos poderes. Deveras, é curial que a superveniência de lei formal regulando a matéria que estava sob os auspícios de ato administrativo revoga este em virtude de ser ato normativo de hierarquia superior, desde que se coadune com a Constituição. De igual sorte não se está a olvidar que o Texto Magno reserva a disciplina de determinados temas à lei formal, obstando, assim, a expedição de ato administrativo com esse intento sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade. Sendo sintético, os atos administrativos que dispensam a mediação de lei formal são tão-somente aqueles que, face a inexistência de reserva de lei formal e da omissão do Parlamento em dispor sobre o assunto, visam promover ou preservar um interesse de envergadura constitucional, máxime quando revestido de fundamentalidade.





85. É o que se colhe da seguinte preleção do gabaritado constitucionalista DANIEL SARMENTO²⁰:

Neste novo contexto, a doutrina tem afirmado que a Administração Pública não está vinculada apenas à lei, mas também – e acima de tudo – à própria Constituição. Em outras palavras, entende-se hoje que a Administração está subordinada não apenas à lei formal, mas a um bloco mais amplo de *juridicidade*, que é integrado também pela Constituição. E a Constituição atua não apenas como limite à ação dos administradores, como também como norma habilitadora, que confere fundamento direto para a prática de atos e para a formulação de políticas públicas em seu nome, visando à proteção e promoção dos bens e valores que ela agasalha.

Portanto, mesmo na ausência de lei formal, a Administração está muitas vezes obrigada a agir, por imperativo constitucional. É verdade que, nestas hipóteses, o desenvolvimento que uma eventual lei formal superveniente venha a dar ao preceito constitucional deverá prevalecer sobre aquele que antes lhe dera a norma administrativa, tendo em vista o princípio do primado da lei. Sem embargo, a ausência de lei não interfere no dever da Administração de dar o devido cumprimento à Constituição, sobretudo quando tratar-se da concretização de direitos fundamentais.

86. Alfim, tem-se que as diretivas que o hoje titular da CJU/SP estipula para a atuação da Administração Pública conforme haja ou não previsão contratual para o pagamento direto são igualmente sustentáveis, porquanto engendram, no meu modo de sentir, uma adequada ponderação entre, de um lado, a segurança jurídica e, de outro, a premente necessidade de se tutelar a dignidade dos trabalhadores terceirizados, que restaria tanto mais ameaçada quanto mais demorado o recebimento das cifras a que fazem jus por seu labor.

87. Entretanto, sua adoção se mostrará parcialmente prejudicada na medida em que se defende a obrigatoriedade da adoção não apenas do pagamento direto, mas também da conta vinculada mesmo nos contratos de terceirização de mão-de-obra com execução ainda em curso, conforme se verá adiante.

88. Com efeito, a partir do momento em que todos os editais e contratos de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada preverem a utilização desses dois institutos, não haverá a necessidade da União, suas autarquias e funções públicas manejarem ações perante a Justiça Laboral para garantir o pagamento direto das verbas trabalhistas aos terceirizados.

²⁰ SARMENTO, Daniel. Terras Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e o Decreto 4.887/03. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 289 – sublinhei e negritei.

89. Destarte, a tese sobre o pagamento direto sem participação da Justiça do Trabalho esposada pelo douto colega de São Paulo só deverá ser aplicada se e enquanto não houver previsão contratual para o pagamento direto, ou seja, nas situações em que o contrato não cominar a utilização desse instituto e ainda não for a época de sua eventual prorrogação, momento em que a adoção do pagamento direto se tornará condição obrigatória para a continuidade da avença.

- IX -

90. Dirimidas as dúvidas quanto à licitude da conta vinculada e do pagamento direto, impende agora elencar quais providências hão de ser tomadas pelas unidades consultivas da AGU junto a seus assessorados na busca de se evitar que a União venha a ser condenada com arrimo no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

91. A primeira e mais importante é, sem dúvida alguma, orientá-los de forma expressa e clara a observar rigorosamente a IN SLTI/MP nº 2/2008, seja na elaboração do edital para a contratação de empresa fornecedora de mão-de-obra terceirizada e do contrato a ser firmado com a vencedora do certame, seja na fiscalização da execução deste.

92. Deveras, se o entendimento sumulado vigente exige a demonstração de culpa *in eligendo* e/ou culpa *in vigilando* para que se impute responsabilidade ao ente público, a forma de impedir sua caracterização é pôr em prática, de forma efetiva, as medidas acutelatórias previstas na referida instrução normativa, garantindo, assim, que a empresa interposta tenha idoneidades técnica e econômico-financeira para a prestação do serviço e que deste se desincumba com perfeição, atendendo a contento a todos os parâmetros fixados pela legislação, pelo edital e pelo contrato.

93. Nesse ponto, tendo em vista que a conta vinculada e o pagamento direto são meios bastante eficientes para assegurar que os trabalhadores terceirizados perceberão seus créditos e, conseqüentemente, não se voltarão contra a União em busca deles, entendo que, não obstante o art. 19-A, da IN SLTI/MP nº 2/2008, gize que o edital "poderá" conter as regras que lhes são referentes, tais regras deverão estar presentes obrigatória e expressamente em todos os editais e contratos de terceirização de mão-de-obra que envolverem órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

94. Sobreleva frisar que, ao assim proceder, os entes tomadores estarão observando, por igual, a decisão proferida pelo eg. Tribunal de Contas da União – TCU no bojo do Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, datado de 22/05/2013 e publicado na edição de 28/05/2013 do Diário Oficial da União – DOU, Seção I.



95. Nesse julgado, trazido ao conhecimento deste DECOR/CGU pela CJU/MG após lhe ser remetido pela CJU/RJ (fls. 187/190); a colenda Corte de Contas arrolou diversas recomendações endereçadas à SLTI/MP visando a melhorar os procedimentos de contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados da Administração Pública Federal. São elas:

9.1.1 que os pagamentos às contratadas sejam condicionados, exclusivamente, à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93;

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

9.1.5 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela administração com o objetivo de verificar o recolhimento das contribuições previdenciárias, observar os aspectos abaixo:

9.1.5.1 fixar em contrato que a contratada está obrigada a viabilizar o acesso de seus empregados, via internet, por meio de senha própria, aos sistemas da Previdência Social e da Receita do Brasil, com o objetivo de verificar se as suas contribuições previdenciárias foram recolhidas;

9.1.5.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.5.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não recolhimento das contribuições sociais da Previdência Social, que poderá dar ensejo à rescisão da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.5.4 reter 11% sobre o valor da fatura de serviços da contratada, nos termos do art. 31, da Lei 8.212/93;

9.1.5.5 exigir certidão negativa de débitos para com a previdência - CND, caso esse documento não esteja regularizado junto ao Sicaf;

9.1.5.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados que verifiquem se essas contribuições estão ou não sendo recolhidas em seus nomes. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez para um mesmo empregado, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

9.1.5.7 comunicar ao Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil qualquer irregularidade no recolhimento das contribuições previdenciárias.

9.1.6 quanto à fiscalização dos contratos a ser realizada pela Administração com o objetivo de verificar o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, observe os aspectos abaixo:

9.1.6.1 fixar em contrato que a contratada é obrigada a viabilizar a emissão do cartão cidadão pela Caixa Econômica Federal para todos os empregados;

9.1.6.2 fixar em contrato que a contratada está obrigada a oferecer todos os meios necessários aos seus empregados para a obtenção de extratos de recolhimentos sempre que solicitado pela fiscalização;

9.1.6.3 fixar em contrato como falta grave, caracterizado como falha em sua execução, o não recolhimento do FGTS dos empregados, que poderá dar ensejo à rescisão unilateral da avença, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e do impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002.

9.1.6.4 fixar em contrato que a contratada deve, sempre que solicitado, apresentar extrato de FGTS dos empregados;

9.1.6.5 solicitar, mensalmente, Certidão de Regularidade do FGTS;

9.1.6.6 prever que os fiscais dos contratos solicitem, por amostragem, aos empregados terceirizados extratos da conta do FGTS e os entregue à Administração com o objetivo de verificar se os depósitos foram realizados pela contratada. O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano - sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado, garantindo assim o "efeito surpresa" e o benefício da expectativa do controle;

9.1.6.7 comunicar ao Ministério do Trabalho qualquer irregularidade no recolhimento do FGTS dos trabalhadores terceirizados.

9.1.7 somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;

9.1.8 seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/2002;

9.1.9 a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado;

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como



condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

9.1.11 seja fixada em contrato a obrigatoriedade de a contratada instalar, em prazo máximo de 60 (sessenta) dias, escritório em local (cidade/município) previamente definido pela administração;

9.1.12 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 (quarenta) postos, seja exigido um mínimo de 50%;

9.1.13 seja fixada em edital, como qualificação técnico-operacional, a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos;

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

9.1.15 seja fixado em edital que somente serão aceitos atestados expedidos após a conclusão do contrato ou decorrido no mínimo um ano do início de sua execução, exceto se houver sido firmado para ser executado em prazo inferior;

9.1.16 deve ser evitado o parcelamento de serviços não especializados, a exemplo de limpeza, copeiragem, garçom, sendo objeto de parcelamento os serviços em que reste comprovado que as empresas atuam no mercado de forma segmentada por especialização, a exemplo de manutenção predial, ar condicionado, telefonia, serviços de engenharia em geral, áudio e vídeo, informática;

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;

9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato;

9.1.18 seja fixada em edital exigência de que o domicílio bancário dos empregados terceirizados deverá ser na cidade ou na região metropolitana na qual serão prestados os serviços;

96. Ausente manifestação atual da CONJUR/MP sobre o assunto no presente dossiê, não é possível saber se essas recomendações serão acatadas, total ou parcialmente, pela SLTI/MP, o que poderia redundar em futuras alterações no texto da IN SLTI/MP nº 2/2008. Sou da opinião, todavia, que segui-las no que não tiverem de conflitante com a mencionada instrução normativa é medida da maior prudência e que tem o condão de reforçar o controle da Administração Pública Federal sobre os contratos de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada, protegendo-a, destarte, de eventuais tentativas de fazê-la responder subsidiariamente pelo pagamento de créditos trabalhistas.

97. Assim, parece-me indisputável que todos os editais e contratos de fornecimento de serviços de mão-de-obra terceirizada deverão prever obrigatoriamente a utilização da conta vinculada e do pagamento direto. Mais: deverão, de igual sorte, se adequar às determinações emanadas do eg. TCU no apontado Acórdão nº 1214/2013 - TCU - Plenário.

98. No meu modo de entender, tal previsão deverá recair inclusive sobre as avenças em curso, cabendo à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional condicionar a sua prorrogação à celebração de aditivos que as adequem às normas da IN SLTI/MP nº 2/2008 e às determinações do Acórdão nº 1214/2013 - TCU - Plenário. Caso a empresa interposta não aceite pactuar esse aditivo, o contrato deverá ser encerrado e, na sequência, promovida nova licitação.

99. Observe-se que, com isso, o entendimento defendido pelo colega Advogado da União ADRIANO DUTRA CARRIJO em relação ao pagamento direto sem previsão contratual somente se aplicará nas cada vez mais raras situações em que a inadimplência da empresa de terceirização de mão-de-obra ocorrer entre a celebração do contrato sem previsão de pagamento direto e a prorrogação que o exigirá.



100. Note-se, por igual, que o item 9.1.3 do multimencionado Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário também dá guarida à tese aqui exposta acerca do pagamento direto sem participação da Justiça do Trabalho.

101. Algo a também se destacar é que dar fiel e integral cumprimento aos termos da IN SLTI/MP nº 2/2008 é medida que livra o gestor público de responder pela prática de ato de improbidade administrativa cominada na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, notadamente em seu art. 10²¹, que trata de atos que causam prejuízo erário, para os quais, calha ressaltar, basta a mera culpa para restarem caracterizados, de acordo com o art. 5º do mesmo diploma legal²² e pacífico entendimento jurisprudencial.

²¹ "Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [incluído pela Lei nº 11.107, de 2005]

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [incluído pela Lei nº 11.107, de 2005]"

²² "Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano."

102. É o que ressuma, *a contrario sensu*, de outra passagem do já citado artigo de autoria de TIAGO RANIERI DE OLIVEIRA, membro do Ministério Público do Trabalho – MPT²³:

Em havendo inércia do ente fiscalizado, bem como, omissão ou negligência no que diz respeito ao cumprimento e aplicação da IN n. 3 no âmbito dos contratos administrativos federais, especificamente, nos de terceirização, o MPT deverá – respeitando o princípio da independência funcional, ajuizar Ação Civil Pública com pedidos de obrigação de fazer, não fazer e dano moral coletivo, bem como, pedido específico de condenação por improbidade administrativa do gestor administrativo que negligenciou a norma impositiva.

103. A propósito, não se pode olvidar que, independente de eventual atuação do MPT, os gestores e fiscais que descumprirem dolosa ou culposamente os ditames da IN SLTI/MP nº 2/2008, dando azo a prejuízos à União, suas autarquias e fundações públicas em virtude de sua condenação estribada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, deverão ser responsabilizados, inclusive por meio de ação regressiva promovida pelos entes públicas com vistas ao seu ressarcimento. Daí a necessidade de que esses agentes sejam alertados firmemente quanto a esse aspecto e que os órgãos e entidades federais apurem sua eventual responsabilidade, determinando a reparação dos prejuízos administrativamente caso configurada e, se não obtiverem sucesso nessa via, acionando as unidades contenciosas da AGU para que promovam a cobrança judicial.

104. Outra medida de extrema importância a ser adotada pelos órgãos e entidades federais e que deve ser objeto de orientação pelas unidades consultivas da AGU é a de documentar todas as ações fiscalizatórias empreendidas, bem assim todas as sanções que porventura forem aplicadas às empresas interpostas por falhas na execução contratual, de modo a que se possa municiar as unidades contenciosas com farto e convincente material probatório apto a afastar a presunção de que a Administração Pública Federal laborou com culpa *in vigilando*.

105. Deveras, noticia a PGU que pelo menos parte das turmas do eg. TST têm sido pela inversão do ônus probatório nas ações fundadas no Enunciado nº 331, fazendo recair sobre a União a presunção de que agiu culposamente. Tal presunção, por ser relativa, é afastada, ao aviso dos eminentes julgadores, caso se consiga demonstrar em juízo que o ente público não foi desidioso na escolha e na fiscalização das empresas prestadoras de serviços de mão-de-obra terceirizada.

106. Colaciono abaixo decisões da Segunda, Quarta e Sétima Turmas da Corte Trabalhista que bem ilustram esse entendimento:

²³ *Op. cit.*, p. 1216.



TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS DO EMPREGADOR CONTRATADO. POSSIBILIDADE, EM CASO DE CÚLPA *IN VIGILANDO* DO ENTE OU ÓRGÃO PÚBLICO CONTRATANTE, NOS TERMOS DA DECISÃO DO STF PROFERIDA NA ADC Nº 16-DF E POR INCIDÊNCIA DOS ARTS. 58, INCISO III, E 67, CAPUT E § 1º, DA MESMA LEI DE LICITAÇÕES E DOS ARTS. 186 E 927, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL E PLENA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10 E DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 16-DF. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA PRESUMIDA. SÚMULA Nº 331, ITENS IV E V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.** Conforme ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia contra todos e efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal), ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF, é constitucional o art. 71, § 1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), na redação que lhe deu o art. 4º da Lei nº 9.032/95, com a consequência de que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos. No entanto, segundo também expressamente decidido naquela mesma sessão de julgamento pelo STF, isso não significa que, em determinado caso concreto, com base nos elementos fático-probatórios delineados nos autos e em decorrência da interpretação sistemática daquele preceito legal em combinação com outras normas infraconstitucionais igualmente aplicáveis à controvérsia (especialmente os arts. 54, § 1º, 55, inciso XIII, 58, inciso III, 66, 67, caput e seu § 1º, 77 e 78 da mesma Lei nº 8.666/93 e os arts. 186 e 927 do Código Civil), todos subsidiariamente aplicáveis no âmbito trabalhista por força do parágrafo único do art. 8º da CLT), não se possa identificar a presença de culpa *in vigilando* na conduta omissiva do ente público contratante, ao não se desincumbir satisfatoriamente de seu ônus de comprovar ter fiscalizado o cabal cumprimento, pelo empregador, daquelas obrigações trabalhistas, como estabelecem aquelas normas da Lei de Licitações e também, no âmbito da Administração Pública federal, a Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), alterada por sua Instrução Normativa nº 03/2009. Nesses casos, sem nenhum desrespeito aos efeitos vinculantes da decisão proferida na ADC nº 16-DF e da própria Súmula Vinculante nº 10 do STF, continua perfeitamente possível, à luz das circunstâncias fáticas da causa e do conjunto das normas infraconstitucionais que regem a matéria, que se reconheça a responsabilidade extracontratual, patrimonial ou aquiliana do ente público contratante autorizadora de sua condenação, ainda que de forma subsidiária, a responder pelo adimplemento dos direitos trabalhistas de natureza alimentar dos trabalhadores terceirizados que colocaram sua força de trabalho em seu benefício. Tudo isso acabou de ser consagrado pelo Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar sua Súmula nº 331, em sua sessão extraordinária realizada em 24/05/2011 (decisão publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 27/05/2011, fls. 14 e 15), atribuindo nova redação ao seu item IV e inserindo-lhe o novo item V, nos seguintes e expressivos termos: -SÚMULA Nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. **No caso em tela, o Regional atribuiu expressamente à reclamante o encargo de demonstrar que o ente público para o qual prestou serviços não praticou os atos fiscalizatórios a que estava obrigado por lei, o que constitui, conforme já salientado, prova negativa e de natureza verdadeiramente diabólica de**

produção praticamente impossível pela parte hipossuficiente. Portanto, o Tribunal de origem, ao assim decidir, aplicou mal o disposto nos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, contrariando o entendimento desta Turma, segundo o qual compete à Administração Pública demandada o ônus de demonstrar haver praticado todos os atos administrativos de fiscalização do adimplemento, pelo empregador, de suas obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados. Na hipótese dos autos, não consta, do acórdão regional, nenhuma referência ao fato de que o ente público demandado praticou os atos de fiscalização do cumprimento, pelo empregador contratado, das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores terceirizados, o que é suficiente, por si só, para configurar a presença, no quadro fático delineado nos autos, da conduta omissiva da Administração configuradora de sua culpa *in vigilando*, razão pela qual deve ser mantida a decisão em que se a condenou a responder, de forma subsidiária, pela satisfação das verbas e demais direitos objeto da condenação. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, Segunda Turma – RR nº 156100-82.2009.5.01.0076, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – julgamento em 27/06/2012 – Publicação no DEJT em 03/08/2012 – sublinhei e negritei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - TERCEIRIZAÇÃO - ENTE PÚBLICO - ADC Nº 16 - CULPAS *IN VIGILANDO*, *IN ELIGENDO* E *IN OMITTENDO* - ARTS. 58; III, E 67, *CAPUT* E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 foi declarado constitucional pelo STF, sendo inadmissível a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Entretanto, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou, ainda, *in omittendo*, implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado. Assim, quando o ente da Administração Pública não logra comprovar que cumpriu os deveres impostos nos arts. 58, III, e 67, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.666/93, incide a responsabilidade subsidiária.

Agravo de instrumento desprovido.

(TST, Sétima Turma – AIRR nº 705-14.2012.5.10.0021, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – julgamento em 16/10/2013 – Publicação no DEJT em 18/10/2013 – sublinhei e negritei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Reclamação Constitucional nº Rcl 12.580-AgR/SP (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 13/3/2013), consagrou o entendimento de que a decisão com efeito vinculante proferida no julgamento da ADC nº 16/DF não exime os entes públicos do poder-dever legal de fiscalizar tanto a idoneidade da empresa prestadora de serviços terceirizados quanto o cumprimento das obrigações trabalhistas referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado (arts. 27 e 67 da Lei nº 8.666/93).

2. O ente público tomador de serviços terceirizados suporta a responsabilidade subsidiária do débito trabalhista nas situações em que igualmente resultar comprovado que não se desincumbiu do ônus de provar que exerceu o dever de fiscalizar a empresa prestadora de serviços no curso do contrato.

3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.

(TST, Quarta Turma – AIRR nº 215800-91.2008.5.02.0012, rel. Min. João Oreste

Dalazen – Julgamento em 09/10/2013 – Publicação no DEJT em 18/10/2013 – sublinhei e negritei)

107. Em derredor da tese sufragada pelo eg. TST, acima apresentada, considero-a correta e em harmonia com a doutrina processualista mais moderna.

108. Advoga-se, hodiernamente, que as regras de concepção estática referentes ao ônus probatório, estabelecidas no art. 333, do Código de Processo Civil – CPC, e segundo a quais cumpre ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato que impede, modifica ou extingue esse mesmo direito, são validamente afastáveis quando de sua aplicação inflexível puder resultar um julgamento injusto.

109. Em substituição às indigitadas regras, perfilha-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que, nas palavras de FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, é aquela *“segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”*²⁴. Segundo os doutos processualistas, consoante tal teoria:

i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito –, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo²⁵.

110. Ainda de acordo com os referidos autores, malgrado não esteja prevista expressamente no CPC, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre, segundo a melhor doutrina, de uma interpretação sistemática da legislação processual pátria e está calcada nos seguintes princípios:

a) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;

b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;

c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;

²⁴ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. vol. 2, p. 62.

²⁵ *Idem, ibidem*.

d) *princípio do devido processo legal* (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

e) *princípio do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção da tutela jurisdicional justa e efetiva²⁶.

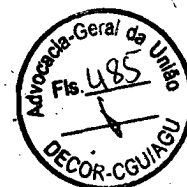
111. Trazendo essa compreensão para o caso aqui em estudo, desponta o acerto do eg. TST nas decisões acima colacionadas. Exigir que o reclamante, vale dizer, o trabalhador terceirizado, hipossuficiente que é e, na grande maioria das vezes, totalmente avesso aos detalhes burocráticos próprios da relação entre a Administração Pública e a empresa interposta, prove em juízo que a primeira não fiscalizou a segunda quanto ao pagamento dos encargos trabalhistas é o mesmo que dele demandar uma prova diabólica, a prova de uma omissão alheia, cuja extrema dificuldade de ser produzida certamente conduzirá a um julgamento injusto em seu desfavor.

112. Nesse cenário, o mais razoável é, de fato, aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pondo de lado as regras insculpidas no CPC e passando a exigir não do reclamante, mas da Administração Pública a comprovação de que a execução do contrato de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada foi realmente fiscalizada. Estar-se-á, com isso, atribuindo o ônus da prova à parte que tem melhor condições de dele se desincumbir, na medida em que o Poder Público poderá facilmente demonstrar que cumpriu seu dever-poder, bastando apresentar ao juízo trabalhista os documentos concernentes à fiscalização engendrada sobre a empresa, seja no que toca à prevenção de irregularidades, seja no que toca à repressão dessas.

113. Descortina-se, assim, a grande importância de que os órgãos e entidades federais contratantes de serviços de terceirização de mão-de-obra não se limitem a efetivamente fiscalizar as empresas interpostas, mas também documentem, da forma mais completa e minudente possível, os atos concernentes a essa fiscalização. Só assim se poderá, diante da probabilíssima – e correta, ao meu aviso – inversão do ônus da prova pela Justiça Laboral, afastar convincentemente a alegação de culpa *in vigilando* da Administração Pública e também, conseqüentemente, a sua responsabilização subsidiária pela frustração do pagamento das verbas trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados.

114. A terceira e última providência que tomo a liberdade de alvitar também é objeto de sugestão da PGU e consiste na realização conjunta, pelas unidades consultivas e contenciosas da AGU, de seminários, palestras ou mesmo reuniões com vistas a conscientizar

²⁶ *Idem*, p. 63.



os órgãos e entes assessorados acerca da importância de se evitar a responsabilização trabalhista subsidiária e apresentar-lhes os meios mais adequados para lograr esse intento.

115. Para tanto, pode-se usar como parâmetro a iniciativa premiada da CJU/RJ e da Procuradoria-Regional da União da 2ª Região – PRU2, assim descrita pelo ilustre Coordenador-Geral Substituto da CJU/RJ, Advogado da União Paulo Kusano Bucalen Ferrari em mensagem eletrônica remetida a este Departamento (fl. 222):

(...) a CJU/RJ em parceria com a Procuradoria Regional da União da 2ª Região tem agido pró-ativamente, através de palestras explicativas aos órgãos assessorados, com participação de expositores do órgão de representação judicial e consultoria. Tais palestras explicam a evolução jurisprudencial acerca da responsabilização subsidiária da União em encargos trabalhistas de contratos de terceirização, bem como, as medidas de prevenção a serem adotadas no planejamento da licitação, na fiscalização de contratos, aplicação de penalidades e pagamento direto. Tais palestras foram realizadas junto à Marinha, ao Exército e à Rede Hospitalar federal.

A iniciativa conjunta da PRU2 e CJU/RJ foi noticiada nas páginas da AGU e objeto de menção honrosa em premiação na PGU, conforme links: (...)

116. De sorte a ilustrar como se tem desenvolvido esse trabalho conjunto, o indigitado colega também remeteu a este DECOR/CGU o material referente a fiscalização de contratos e aplicação de penalidades apresentado pela CJU/RJ nas indigitadas palestras, o qual se encontra encartado às fls. 224/253. Ele se destaca por expor a matéria de forma esclarecedora e bastante didática, sendo digno de elogios.

117. Com vistas a conferir uniformidade no trato do assunto em todo o país, o conteúdo e formatação desses encontros entre as unidades da AGU e seus assessorados poderiam ser definidos pela CGU juntamente com a PGU e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN (em virtude dos órgãos do Ministério da Fazenda – MF que recebem seu assessoramento jurídico), tendo como ponto de partida o trabalho já realizado pela CJU/RJ e pela PRU2. Nesse passo, considero de bom alvitre convidar os colegas que o desenvolveram nas unidades fluminenses para colaborarem na elaboração do material que será utilizado em âmbito nacional.

118. Demais disso, caso se decida ampliar o universo de incidência da medida em comento, de modo a também abarcar as autarquias e fundações públicas federais, será imprescindível contar com a participação da Procuradoria-Geral Federal – PGF e da Procuradoria-Geral do Banco Central – PGBC na definição de suas linhas-mestras e, evidentemente, na sua execução.

- X -

119. Feitas as sugestões direcionadas às unidades consultivas da AGU, tomo agora a liberdade de arrolar duas que, ao meu aviso, também contribuiriam para evitar a responsabilização subsidiária da União, suas autarquias e fundações públicas se albergadas pela CGU.

120. A primeira delas é a fixação de minutas-padrão nacionais para os editais e contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada, a serem utilizadas por todos os órgãos e entidades assessorados juridicamente pelas unidades consultivas da AGU. Garantiria-se, assim, a uniformidade em todo o território nacional, facilitando-se seu exame pelos órgãos jurídicos e sua fiscalização pelos órgãos de controle.

121. A segunda seria também estabelecer minutas-padrão nacionais de ofícios, recibos, formulários, planilhas e todos os demais documentos que serão utilizados nas rotinas referentes ao pagamento direto e ao depósito em conta vinculada, a símile do que fez o CNJ em relação ao Poder Judiciário.

- XI -

122. A conta de todo o exposto, arremato sintetizando logo abaixo as principais conclusões atingidas neste opinativo:

- a) o resultado do julgamento da ADC nº 16/DF, realizado pelo eg. STF, e a subsequente alteração do texto do Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, assentaram que remanesce a responsabilidade subsidiária do Poder Público frente ao inadimplemento de verbas trabalhistas devidas a trabalhadores terceirizados por empresa interposta quando comprovada sua culpa *in eligendo* e *in vigilando*;
- b) os institutos da conta vinculada e pagamento direto, previstos, respectivamente, no art. 19-A, I e IV, da IN SLTI/MP nº 2/2008, são de indiscutível licitude, prestam-se a tutelar a dignidade dos trabalhadores terceirizados e sua efetiva utilização pela Administração Pública contribui sensivelmente para afastar eventuais alegações de que foi relapsa na fiscalização da execução dos contratos de terceirização de mão-de-obra;
- c) a despeito da IN SLTI/MP nº 2/2008 indicar, no *caput* do art. 19-A, que se trata de uma faculdade, defendo que, em razão de sua importância para elidir a responsabilidade subsidiária fundada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, é imprescindível que todos os editais e contratos referentes à contratação dos serviços de mão-de-obra terceirizada pelos órgãos e entes da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional



prevejam expressamente os institutos da conta vinculada e pagamento direto;

- d) perfilhando a tese advogada pelo colega Advogado da União ADRIANO DUTRA CARRIJO, a imprevisão do pagamento direto em edital e contrato não obsta a sua utilização pela Administração Pública Federal, que poderá dele se valer, preferencialmente, através do ajuizamento de ação perante a Justiça do Trabalho (pagamento em juízo), ou mesmo sem a participação do Poder Judiciário em casos excepcionais, nos quais houver risco para a integridade dos trabalhadores terceirizados (v.g. inadimplência reiterada, desaparecimento dos titulares da empresa interposta etc.);
- e) buscando elidir a condenação da União, suas autarquias e fundações públicas, as unidades consultivas da AGU deverão:
- e.1) orientar seus assessorados de forma clara e expressa a observar rigorosamente a IN SLTI/MP nº 2/2008 e as determinações oriundas do eg. TCU constantes do Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, seja na elaboração do edital para a contratação de empresa fornecedora de mão-de-obra terceirizada e do contrato a ser firmado com a vencedora do certame, fazendo neles constar, obrigatoriamente, os institutos da conta vinculada e do pagamento direto, seja na fiscalização da execução da avença;
 - e.2) igualmente orientá-los a condicionar a prorrogação dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada que ainda não estejam em harmonia com a IN SLTI/MP nº 2/2008 e o Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário à celebração de aditivo que contemple suas normas e determinações, encerrando-se as avenças e realizando-se novas licitações caso não haja concordância das empresas interpostas;
 - e.3) nas situações em que ainda não for possível prever contratualmente o pagamento direto, instruir os assessorados a realizá-lo nos moldes do item d acima;
 - e.4) chamar a atenção dos gestores e fiscais dos contratos de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada para o fato de que o descumprimento da IN SLTI/MP nº 2/2008 e a causação de danos ao erário, inclusive na forma culposa, poderão caracterizar ato de improbidade administrativa, sujeitando os responsáveis a severas sanções, além do ressarcimento aos cofres públicos;
 - e.5) determinar que, em caso de condenação da União, suas autarquias e fundações públicas com base no Enunciado nº 331, do eg. TST, tais entes promovam apuração de responsabilidade, cobrando administrativamente o ressarcimento dos prejuízos causados e, se for o caso, provocando a unidade contenciosa da AGU para que promova a cobrança judicialmente;
 - e.6) em face da aplicação da inversão do ônus da prova (distribuição dinâmica do ônus probatório) pelos juízos

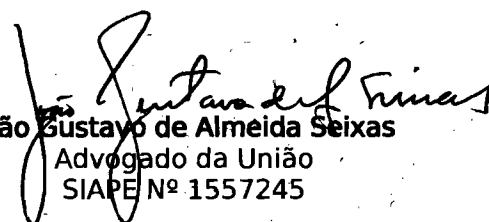
trabalhistas, alertar os assessorados quanto à necessidade de não se limitarem a realizar a efetiva fiscalização (preventiva e repressiva) dos contratos de terceirização de mão-de-obra, mas também de documentar, da forma mais minudente possível, todos os atos praticados em razão desse dever-poder administrativo, de modo a coligir material probatório vasto, convincente e, portanto, apto a afastar em juízo eventual alegação de culpa *in vigilando* deduzida por trabalhador terceirizado visando à responsabilização subsidiária do Poder Público com fulcro no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST;

- e.7) dando continuidade à iniciativa tomada pela CJU/RJ e pela PRU2, promover, em conjunto com as unidades contenciosas, encontros (seminários, palestras, reuniões etc.) com os assessorados buscando conscientizá-los da importância de se evitar a responsabilização trabalhista subsidiária do Poder Público e apresentar-lhes os meios mais adequados para lograr esse intento, ficando a sugestão de que, de sorte a conferir padronização à formatação e conteúdo dos referidos eventos, sejam eles definidos pela CGU, PGU, PGFN e, caso se decida abarcar as autarquias e fundações públicas federais, também pela PGF e pela PGBC.
- f) Visando por igual a impedir a condenação subsidiária dos referidos entes públicos, caberá à CGU:
 - f.1) fixar minutas-padrão de editais e contratos de prestação de serviço de terceirização de mão-de-obra a serem adotados nacionalmente;
 - f.2) estabelecer, preferencialmente com o apoio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, minutas-padrão nacionais de ofícios, recibos, formulários, planilhas e todos os demais documentos que serão utilizados nas rotinas referentes ao pagamento direto e ao depósito em conta vinculada

123. Em caso de aprovação, sugiro que, a par da devolução dos autos à PGU, cópia deste parecer seja encaminhada à PGFN, à PGF e à PGBC, bem assim à CONJUR/MP, para ciência.

À consideração superior.

Brasília, 8 de novembro de 2013.


João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União
SIAPE Nº 1557245



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

DESPACHO Nº 136/2013/SFT/CGU/AGU

REFERÊNCIA: Processo nº 00405.002695/2013-34

Senhor Consultor-Geral da União,

01. Estou de acordo com o PARECER Nº 073/2013/DECOR/CGU/AGU.
02. O tema objeto do referido Parecer diz respeito à responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento das verbas trabalhistas a cargo das empresas interpostas.
03. Ao que foi defendido na manifestação supracitada, apenas destaco os seguintes pontos que devem ser observados pela Administração Pública Federal:
 - a) prever nos editais e nos contratos referentes à contratação de serviços de mão-de-obra terceirizada os institutos da conta vinculada e pagamento direto, em conformidade com as normas estatuídas na IN SLTI/MP Nº 2/2008 e as determinações do Tribunal de Contas da União previstas no Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário;
 - b) aditar os atuais contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada às normas estatuídas na IN SLTI/MP Nº 2/2008 e às determinações do Tribunal de Contas da União previstas no Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, nas hipóteses de prorrogação;
 - c) mesmo nos casos em que não há previsão no edital e no contrato, efetuar o pagamento direto, de acordo com o item 9.1.3¹ do Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, em hipóteses excepcionais, p.ex., o desaparecimento dos representantes da empresa contratada; e

¹ 9.1.3. que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, **quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e quias de recolhimento.**

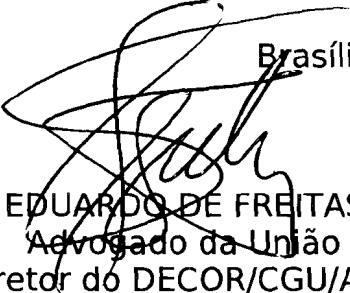


- d) coletar todas provas necessárias à demonstração da efetiva fiscalização da execução dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada.

04. Com a adoção das medidas administrativas mencionadas nesse opinativo, haverá uma redução no número de ações judiciais e de condenações da União no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo como fundamento no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. Tribunal Superior do Trabalho.

À consideração superior.

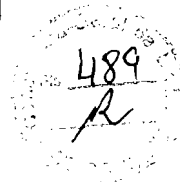
Brasília, 10 de dezembro de 2013.



SÉRGIO EDUARDO DE FREITAS TAPETY
Advogado da União
Diretor do DECOR/CGU/AGU



DIGITALIZADO - SAPIENS



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 1189/2013

PROCESSO N.º 00405.002695/2013-34
INTERESSADO: Procuradoria-Geral da União
ASSUNTO: Responsabilidade subsidiária da União.

Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo o PARECER Nº 073/2013/DECOR/CGU/AGU e o DESPACHO Nº 136/2013/SFT/CGU/AGU.

Para ampla divulgação.

Brasília, 10 de dezembro de 2013.

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY
Consultor-Geral da União