



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

**PARECER n. 00061/2017/DECOR/CGU/AGU**

**NUP: 00407.001015/2014-26**

**INTERESSADOS: PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL - 5ª REGIÃO**

**ASSUNTOS: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA / SUBSIDIÁRIA**

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO. JURISPRUDÊNCIA. ENUNCIADO 331 DA SÚMULA DO TST. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMITES À RESPONSABILIZAÇÃO. SUBSÍDIOS À PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. IMPLICAÇÕES DENTRO DA ESFERA CONSULTIVA.

1. O não pagamento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não implica a culpa presumida do Poder Público contratante em caráter subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como do entendimento externado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 760931/DF.

2. É de bom alvitre que as teses que compoñham 'defesa mínima', utilizadas pelos órgãos de representação judicial, sejam atualizadas com a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, bem como a novel Instrução Normativa nº 5 /2017, afim de demonstrar que a Administração Pública consolidou instrumentos aptos a reprimir o inadimplemento de encargos trabalhistas, não sendo adequada a transferência automática de responsabilidade ao ente público em virtude de condutas fraudulentas, temerárias ou negligentes dos contratados.

3. De igual forma é salutar que os órgãos que atuam no contencioso aprofundem, ao defender os respectivos entes, os ensinamentos que emanam da teoria geral da prova, de modo a demonstrar em juízo que a Administração Pública não pode produzir provas impossíveis ou instrumentos de fiscalização fora da realidade, sendo ônus do trabalhador a comprovação da existência de nexos de causalidade entre o prejuízo e as condutas do ente ou entidade públicos.

CÓD. EMENTÁRIO: 9.2.1

Excelentíssimo Coordenador-Geral,

## I - RELATÓRIO

1. Os autos foram instaurados com o escopo de reanalisar a minuta de defesa mínima da União, especificamente no que tange à responsabilidade subsidiária da União pelo inadimplemento de verbas trabalhistas devidas por sociedades empresárias prestadoras de serviço de mão-de-obra terceirizada, tendo em vista a redação do Enunciado nº 331 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, a legislação pertinente, a jurisprudência e o entendimento da Consultoria-Geral da União, firmado no PARECER n. 073/2013/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelos DESPACHO n. 136/2013/SFT (CGU/AGU) e DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO n. 1189/2013.

2. Assim, a fundamentação a seguir construída é fruto da necessária articulação entre os órgãos contenciosos e consultivos, de modo a contribuir para a atualização da referida minuta, em especial sobre o estágio atual da matéria no âmbito deste Departamento.

É o sucinto Relatório. Passo à fundamentação.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

3. No cenário da anterior manifestação da Consultoria-Geral DA UNIÃO (v.g. NUP: 00405.002695/2013-34) da União estavam diversas controvérsias na esfera consultiva sobre a adoção de determinadas medidas pelos órgãos assessorados, as quais almejavam, à época, municiar a Administração Pública de instrumentos que evitassem ou mitigasse sua responsabilização na esfera judicial, sem incidir em inconstitucionalidade ou ilegalidade.
4. Este Departamento entendeu que, 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 sociedades empresárias de terceirização de mão-de-obra por ele contratada.
5. Além disso, asseverou-se que 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.
6. Para fins de evitar que a União e suas entidades fossem condenadas com fulcro no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, as unidades consultivas da AGU deveriam 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 a 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.
7. A adoção das medidas administrativas mencionadas no Parecer teve por objetivo reduzir o número de ações judiciais e condenações da União no âmbito da Justiça do Trabalho. Em outras palavras, o objeto central de análise consistiu em atestar a legalidade/legitimidade da adoção dos institutos do pagamento direto e da conta vinculada nos contratos de terceirização de mão-de obra celebrados no âmbito da Administração Pública Federal, à luz do art. 19-A da IN nº 2/2008 – SLTI/MP, com vistas a minimizar a eventual responsabilização das Entidades Públicas nos contratos de terceirização de mão-de-obra na hipótese de inadimplência de verbas trabalhistas.
8. Como bem observado na NOTA Nº 079/2015/DEPCONT/PGF/AGU, embora haja pronunciamento no parecer quanto à decisão proferida na ADC nº 16/STF e à consequente alteração no Enunciado nº 331/TST, as orientações traçadas na manifestação são basicamente voltadas para a atuação consultiva (extrajudicial), das quais se destaca a recomendação para que se adote os institutos do pagamento direto e da conta vinculada nos contratos de terceirização, de modo que os contratos passem a prever expressamente tais medidas, sendo que nos casos que ainda não for possível consignar tal previsão contratual, a Unidade Consultiva acione a Unidade de Contencioso competente para promover o ajuizamento de ação perante a Justiça do Trabalho com vistas ao pagamento das verbas não honradas ou, ainda, promova, em caráter excepcional, o pagamento sem a participação do Poder Judiciário (item “d” das conclusões).
9. Nestes autos, cujo desiderato é revisitar a defesa mínima da União, mormente após a manifestação da CGU, consta manifestação do Departamento de Contencioso da PGF, datada de julho/2011, que trouxe a síntese dos pedidos, as situações abrangidas, prequestionamentos e observações. De forma mais detalhada, abordou preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho por violação ao art. 114 e inciso I do art. 109 da CRFB; declaração de constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 71 da Lei nº 8.666/93; a nova redação do Enunciado 331 do TST; violação ao art. 37, parágrafo 6º, da CRFB (responsabilidade do Estado); ausência de culpa in vigilando, in eligendo e responsabilidade objetiva.
10. Em maio/2015, a minuta de defesa mínima passou a ser atualizada (Seq. 2), mediante a inserção de alguns pontos e supressão de outros já pacificados pela jurisprudência. O mesmo aconteceu com a Orientação Nº 20/2009 do Departamento de Contencioso da PGF.
11. De outra banda, a PGU encaminhou à PGF, pelo Memorando nº 413/2011-PGU/AGU, cópia do Parecer nº 85/2011/EQ/DTB/PGU/AGU e a minuta de contestação referentes ao RE nº 603.397/STF, para conhecimento das teses e estratégias de defesa. A manifestação apresentou subsídios para orientação dos órgãos da PGU sobre a defesa da União nos processos em que se pede a sua condenação por responsabilidade subsidiária das verbas trabalhistas.
12. Nesse cenário, o Gabinete do PGF remeteu os documentos ao Departamento de Contencioso para exame e providências cabíveis e, posteriormente à Coordenação de Orientação e Estudos Judiciais, em especial para a comparação com a tese de defesa mínima existente sobre o assunto. Em consequência, verificou-se que estavam em harmonia com os da PGF.
13. A PGF ressaltou a nova tese de defesa mínima, mormente o ponto atinente à tese dos "limites legais da fiscalização", ao passo que a PGU também discutiu pormenorizadamente as verbas trabalhistas e a condenação em multas e indenizações. No entanto, questões referentes à multa do art. 467 e 477 da CLT, assim como ocorreu com a indenização por danos morais, pedido de ingresso no serviço público sem o indispensável concurso público, foram relegados ao campo de "observações", para que o texto ficasse mais enxuto e objetivo.

14. Salienta-se, ademais, que a minuta da PGF já levou em considerações as contribuições da PGU. No MEMORANDO-CIRCULAR 020/2015/DEPCONT/PGF/AGU, o órgão recomendou o seguinte:

ASSUNTO: PROCESSO DO TRABALHO - SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO -

PROCEDIMENTO RECURSAL E ATUAÇÃO CONTENCIOSA.

1. Considerando o disposto nos artigos 71, § 1º; 58, III; e 67, caput e §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/93, bem como o julgado na ADC 16/2010 pelo Supremo Tribunal Federal e tendo em vista, ainda, o enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (com sua redação revisada em decorrência da ADC 16/2010), este Departamento recomenda que os Procuradores Federais que oficiem em reclamações trabalhistas, nas quais se discuta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em decorrência de contratos de prestação de serviços, adequem a sua estratégia de defesa aos termos da ADC 16, adotando os seguintes procedimentos.

2. Deve-se buscar comprovar nos autos judiciais o exercício pelo ente público da devida fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais por parte da prestadora de serviço (empregadora). Apontamos que deve-se considerar, nesses casos, a possibilidade de inversão do ônus probatório em desfavor do ente público. Assim, deve-se produzir, ainda na primeira instância, o conteúdo probatório que seja necessário à demonstração da correção da fiscalização feita pela entidade representada. Recomenda-se que nos casos em que essas informações ainda não tenham sido juntadas aos autos, sejam solicitados subsídios fáticos à entidade representada, se ainda for processualmente viável a juntada dessa documentação.

3. Orienta-se que a linha de atuação contenciosa deve observar, dentre outros aspectos, as rotinas e determinações constantes da Instrução Normativa nº 02/2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em especial quanto aos seus arts. 31 a 36. Recomenda-se que se evidencie nas manifestações jurídicas a comprovação das condições de habilitação da prestadora de serviço contratada, bem como a adoção pelo Poder Público das providências legais e contratuais cabíveis, quando da verificação de possíveis irregularidades no contrato. Orienta-se, ainda, que se busque destacar as provas existentes nos autos que sejam aptas a afastar eventual configuração tanto de culpa in eligendo, quanto de culpa in vigilando ou in omittendo.

4. Nos casos em que o Procurador oficiante no feito verificar a existência de erro administrativo por parte do Poder Público, está autorizada a celebração de acordo judicial, observados os demais requisitos da Portaria PGF nº 915/2009.

5. Na hipótese de o Acórdão regional fundamentar a responsabilidade exclusivamente na culpa in eligendo, sem apontar qualquer ilegalidade por parte do ente público, deve-se embargar de declaração, solicitando-se que seja apontado pelo órgão judicial o vício identificado no processo licitatório ou na contratação. Nos casos em que a contratação tiver sido regular, deve-se apontar a inexigibilidade de conduta diversa, eis que a Administração não é livre para contratar prestadores de serviço de forma discricionária.

6. Deve-se recorrer ao TST nos casos em que o Acórdão regional tiver claramente desrespeitado a decisão do STF na ADC 16, devendo-se fazer o prequestionamento da tese constitucional, observada a tese de defesa mínima existente (em anexo). Deve-se recorrer, ainda, nos casos em que o Acórdão regional fundamentar a responsabilidade do Poder Público exclusivamente no mero inadimplemento das obrigações trabalhistas, sem demonstração do nexo causal com ação ou omissão imputável à Administração Pública.

7. Por oportuno, relembra-se que o TST não admite o manejo de recurso de revista para a rediscussão de aspectos fáticos do Acórdão, notadamente nos casos em que o Acórdão regional tiver declarado fundamentadamente a existência de culpa por parte do Poder Público, com base no conjunto probatório existente nos autos.

8. Registra-se que as recomendações acima são necessárias para viabilizar o conhecimento de eventual recurso pelas instâncias judiciais superiores, dada a imprescindibilidade de comprovação nas instâncias ordinárias de que as entidades representadas teriam adotado as providências a seu cargo quanto às rotinas de fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais pela empresa contratada.

9. Isso posto, recomenda-se que os órgãos de contencioso da PGF somente interponham recurso de revista, agravo de instrumento em recurso de revista e recursos subsequentes nos casos em que os mesmos sejam processualmente cabíveis, nos termos deste memorando circular, devendo-se evitar o uso de recursos protelatórios ou manifestamente inadmissíveis.

15. No DESPACHO n. 00556/2016/DEPCONT/PGF/AGU, o DEPCONT da PGF, ao aprovar a Nota n° 79/2015/DEPCONT/PGF/AGU, consignou - sobre a defesa mínima apresentada ao órgão - que estava de acordo e solicitou a incorporação das alterações sugeridas no opinativo e a devida divulgação.
16. Por conseguinte, o NOEJ/DEPCONT, na NOTA n° 00127/2016/DEPCONT/PGF/AGU, apresentou a respectiva minuta de tese de defesa mínima, com as atualizações que entendia necessárias e, além disso, registrou que pendiam de julgamento no Supremo Tribunal Federal as Reclamações n° 14996, 15106 e 15342, além do Recurso Extraordinário n° 760931, que versam sobre a matéria ora sob análise.
17. Após o início do julgamento pelo STF, embora sem o desfecho final, a PGF trouxe novas considerações sobre a temática:

No dia 2 de fevereiro deste ano o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu início ao julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 760931**, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada.

**Retomado o julgamento pelo Plenário do STF EM 08/02/2017, após os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que acompanhavam a Relatora, conhecendo em parte do recurso, e, na parte conhecida, negando-lhe provimento, e os votos dos Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso na parte em que conheciam, o Tribunal, acolhendo proposta do Ministro Celso de Mello, deliberou suspender o julgamento para aguardar a Presidente, Ministra Cármen Lúcia, ausente justificadamente.**

Em continuidade ao julgamento, em sessão de 15/04/2017, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, votou com a divergência, pelo provimento parcial do recurso.

A ministra considerou que não houve comprovação da responsabilidade da administração pelo descumprimento da legislação trabalhista e, por isso, ela entendeu que a decisão do Supremo na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16 foi contrariada. Segundo ela, a previsão da Lei n° 9.032/1995, que alterou dispositivo da Lei n° 8.666/1993, restringiu a solidariedade entre a administração e o contratado somente quanto aos encargos previdenciários.

**Empate na votação suspendeu a análise, pelo Plenário do STF, desse Recurso Extraordinário (RE) 760931.**

Em consulta ao andamento das reclamações 14996 e 15342, verificamos que ainda não foram julgadas.

Quanto ao tema, merece registro ainda o advento da Lei n° 13.429/2017, sancionada pelo Presidente da República em 31/03.2017, que ao alterar dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências e dispor sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, considera a empresa tomadora de serviços como responsável subsidiária (na mesma linha da Súmula 331 do TST).

Com efeito, dispõe o § 5º, do art. 5º-A, da Lei n. 6019/74, incluído pela Lei n. 13.429/2017:

*Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)*

(...)

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

Diante desse contexto, por se tratar de matéria comum à União e suas autarquias e fundações públicas federais, considerando a necessidade de uniformização da orientação a ser dada quanto ao tema aos órgãos de execução da PGF com atuação no contencioso, sugerimos o encaminhamento destes autos à Procuradoria-Geral da União (PGU) e ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União (DECOR/CGU), com solicitação de informação sobre a existência de procedimento instaurado no âmbito desses órgãos da AGU com vistas à revisão da tese de defesa que busca evitar eventual responsabilização das Entidades Públicas nas demandas que tenham por objeto

contratos de terceirização de mão-de-obra na hipótese de inadimplência de verbas trabalhistas pela empresa contratada.

Até o deslinde das consultas propostas, **sugerimos o sobrestamento de deliberação** sobre a defesa mínima e respectiva orientação a serem expedidas por este Departamento de Contencioso da PGF acerca da matéria relativa à responsabilidade subsidiária das Entidades Públicas.

Apensamos aos presentes autos do NUP 00407.013746/2016-86 que também trata da necessidade de revisão/alteração da defesa mínima " Responsabilidade Subsidiária - jul/2011".

À consideração da Excelentíssima Diretora do Departamento de Contencioso da PGF.

**No caso de aprovação, recomendamos o encaminhamento destes autos, simultaneamente, à Procuradoria-Geral da União(PGU) e ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União(DECOR/CGU), conforme item 16 supra.**

18. A PGU informou, no DESPACHO n. 05431/2017/PGU/AGU, que o órgão possui defesa mínima que foi elaborada levando em consideração as decisões do Tribunal Superior do Trabalho em reclamações trabalhistas e as decisões do Supremo Tribunal Federal em reclamações (v.g. Nup nº 00405.006512/2013-50).

19. Todavia, bem pontuou que recentemente (26/04/2017) o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 760.391, que trata da repercussão geral do tema em análise, fixou a tese jurídica do caso nos seguintes termos:

**"Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017."**

20. Dessa forma, decidi aguardar a publicação do acórdão do referido processo, ainda não foi publicado e, a partir disso, alterar a defesa mínima acerca do tema.

21. Apesar de não publicação, este Departamento da Consultoria-Geral da União pode prestar algumas informações desde já. De início, cumpre salientar que o PARECER n. 073/2013/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelos DESPACHOS n. 136/2013/SFT (CGU/AGU) e DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO n. 1189/2013, não fora modificado e teve por foco a esfera consultiva, sem prejuízo de contribuir à contenciosa, eis que ambas devem atuar de forma articulada, sem prejuízo da competência de cada órgão.

22. Nessa esteira, é importante lembrar o disposto no Decreto nº 7.392/2010, sobre as competências deste Departamento, *in litteris*:

Art. 14. Ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos **compete:**

I - orientar e coordenar os trabalhos **das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes, especialmente no que se refere à:**

a) **uniformização da jurisprudência administrativa;**

b) **correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União; e**

c) **prevenção de litígios de natureza jurídica.**

II - **solicitar**, quando necessário, **das Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes**, subsídios para análise de processos;

III - **identificar e propor soluções para as questões jurídicas relevantes existentes nos diversos órgãos da administração pública federal;**

IV - **propor a edição de orientações normativas destinadas a uniformizar a atuação dos órgãos consultivos;**

V - **articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e consolidação** das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa; e

VI - **orientar as Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes a atuar de forma integrada com os órgãos de representação judicial da União, buscando atender os interesses comuns das áreas consultiva e contenciosa.**

23. O contexto normativo permite concluir que as atividades deste Departamento são mais voltadas à uniformização das controvérsias jurídicas existentes no âmbito consultivo, sem prejuízo da eventual contribuição,

especificamente no âmbito da articulação e da integração, com os órgãos de representação judicial da Administração Direta e Indireta. Em outras palavras, a uniformização da matéria judicializada, *in casu*, parte dos órgãos de representação judicial, mediante a atuação e a interlocução com órgãos extrajudiciais e judiciais, sem prejuízo da contribuição dos órgãos consultivos no que for possível.

24. As considerações que a Consultoria-Geral da União pode fazer, nesse momento, para fins de aprimoramento da defesa mínima utilizada nas lides, são as seguintes. Ainda que não tenha ocorrido a publicação do acórdão do RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 26/4/2017, Info 862, a transmissão do julgamento permite extrair algumas diretrizes, a serem confirmadas ulteriormente, no sentido de que o inadimplemento das verbas trabalhistas dos empregados do contratado não ocasiona, automaticamente, a responsabilidade do Poder Público contratante, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

25. No entanto, a tese fixada não chega a imunizar a Administração Pública quanto à possibilidade de ser responsabilizada se ocorrer a comprovação, com suporte em robustos elementos probatórios, da falha efetiva do Estado no que tange à fiscalização contratual.

26. Nessa linha, em outras oportunidades recentes este Departamento cita o Decreto nº 2.271/97, específico sobre a execução indireta de atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As **atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.**

27. A literalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, desde há muito é objeto de controvérsias jurídicas, ao dispor que a inadimplência por parte do contratado, quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais inadimplidos, não impõe a transferência para a Administração Pública da responsabilidade por seu pagamento:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032/95)

28. Tal como se depreende dos autos, esse dispositivo, na redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995, foi declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24/11/2010. Mesmo após assentada a sua constitucionalidade, a especializada Justiça do Trabalho passou a aplicar o entendimento, mas passou a mitigá-lo, de forma oblíqua, mediante a aplicação de exigências probatórias que iam além do razoável.

29. Com efeito, o desiderato era, sem dúvidas - e isso ocorreu -, persistir na atribuição de responsabilidade aos entes e entidades se os contratados não honrassem seus débitos. Com efeito, passou a aplicar o entendimento segundo o qual em regra não há responsabilidade, mas que seria responsabilizada subsidiariamente se ficasse demonstrada a sua culpa "in vigilando" (deixar de fiscalizar):

#### **Súmula 331**

TST: 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.**

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

30. Com isso, os órgãos de representação judicial sabem muito bem que quase sempre o ente ou entidade era condenado, com base na presumida culpa quanto à fiscalização do não pagamento das verbas, de modo a afastar qualquer ônus probatório por parte do reclamante e, por outro lado, exigir que o reclamado prove o contrário.

31. Assim, há que se incluir na defesa mínima que o Estado adotou os instrumentos administrativos eficientes e possíveis, sem que se possa falar em conduta negligente quanto à fiscalização, sob pena de se tornar segurador da integralidade dos inadimplementos de terceiros.

32. A posição do Supremo Tribunal Federal, contrárias à do TST, deixou clara a impossibilidade de transferência automática e a necessidade de provas robustas, sem inversão do ônus da prova em prejuízo da Administração Pública. Desse modo, deve haver nexo de causalidade, comprovado pelo reclamante, não sendo suficiente a alegação de que o ente e/ou a entidade não trouxeram elementos aptos a comprovar a efetiva fiscalização contratual.

33. A Administração não tem compactuado com os inadimplementos, pelo contrário, tem adotado diversos instrumentos preventivos e repressivos. Nessas pegadas, a defesa mínima poderá inserir que, hodiernamente, há uma consolidação, com atos regulamentadores editados pela Administração, com o escopo de evitar inadimplências, **mesmo isoladas**, e que podem ensejar as consequências normatizadas.

34. Foi o que aconteceu em virtude da edição da Portaria nº 409, de 21 de Dezembro de 2016, que dispõe sobre as garantias contratuais ao trabalhador na execução indireta de serviços e os limites à terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas estatais federais controladas pela União. O ato normativo dispõe, de forma cristalina, sobre o pagamento mediante a ocorrência do fato gerador, pagamento direto e a conta vinculada, com destaque para o § 4º do art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º Para a execução indireta de serviços, no âmbito dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º, as contratações deverão ser precedidas de planejamento e o objeto será definido de forma precisa no edital, no projeto básico ou no termo de referência e no contrato como exclusivamente de prestação de serviços.

[...]

**IV - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:**

a) que os valores destinados para o pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias aos trabalhadores serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou

b) que os valores para o pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, com movimentação somente por ordem da contratante.

[...]

**VI - prevejam a verificação da comprovação mensal, pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que efetivamente participarem da execução dos serviços contratados, em especial, quanto:**

a) ao pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

b) à concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;

c) à concessão do auxílio-transporte, auxílio-alimentação e auxílio-saúde, quando for devido;

d) aos depósitos do FGTS; e

e) ao pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato.

§ 3º Caso não seja apresentada a documentação comprobatória do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS de que trata o inciso VI do § 2º, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

§ 4º Na hipótese prevista no § 3º, e em **não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada** que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

35. A mesma linha de intelecção foi adotada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, na recente Instrução Normativa nº 05 de 2017, ainda em *vacatio legis* e ab-rogatória da IN nº 02/2008, **ao dispor sobre a fiscalização de inadimplemento e, em última instância, pagamento de verba rescisória:**

### **Subseção III**

#### **Dos Serviços com Regime de Dedicção Exclusiva de Mão de Obra**

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o **risco de descumprimento das obrigações trabalhistas**, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no **caput**, poderão ser adotados os seguintes **controles internos**:

I - **Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação**, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou

II - **Pagamento pelo Fato Gerador**, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

### **Capítulo V**

#### **Da Gestão do Contrato**

##### **Seção I**

#### **Das Atividades de Gestão e Fiscalização da Execução dos Contratos**

Art. 39. As **atividades de gestão e fiscalização da execução contratual** são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, **verificar a regularidade das obrigações** previdenciárias, fiscais e **trabalhistas**, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Art. 40. O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

[...]

III - **Fiscalização Administrativa**: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, **bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento**;

##### **Seção IV**

#### **Das Hipóteses de Retenção da Garantia e de Créditos da Contratada**

Art. 64. Quando da rescisão dos contratos de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o fiscal administrativo deve **verificar o pagamento** pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho.

Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:

I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e

II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em **valor proporcional ao inadimplemento**, até que a situação seja regularizada.

Parágrafo único. **Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente** aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato.

36. Sendo assim, é possível que a Administração Pública faça pagamentos diretamente, mesmo quando o inadimplemento estiver atrelado a apenas um mês de salário, o qual traz severas consequências a sua integridade física e psicológica, com graves danos e prejuízos (v.g. multas, juros sobre suas obrigações não adimplidas) ao empregado, a sua família e à qualidade e/ou quantidade do serviço prestado à própria Administração contratante (v.g. PARECER n. 032/2017/DECOR/CGU/AGU).

37. Portanto, a defesa mínima poderá ser atualizada com a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, bem como em face da novel Instrução Normativa nº 05/2017 observando-se, por oportuno, o termo inicial de sua aplicação, nos termos do p.ú. do art. 75.

### III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

Ante o exposto, conclui-se que:

a) O não pagamento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não implica a culpa presumida do Poder Público contratante em caráter subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como do entendimento externado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 760931/DF;

b) É de bom alvitre que as teses que componham 'defesa mínima', utilizadas pelos órgãos de representação judicial, sejam atualizadas com a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, bem como a novel Instrução Normativa nº 5 /2017, afim de demonstrar que a Administração Pública consolidou instrumentos aptos a reprimir o inadimplemento de encargos trabalhistas, não sendo adequada a transferência automática de responsabilidade ao ente público em virtude de condutas fraudulentas, temerárias ou negligentes dos contratados;

c) De igual forma é salutar que os órgãos que atuam no contencioso aprofundem, ao defender os respectivos entes, os ensinamentos que emanam da teoria geral da prova, de modo a demonstrar em juízo que a Administração Pública não pode produzir provas impossíveis ou instrumentos de fiscalização fora da realidade, sendo ônus do trabalhador a comprovação da existência de nexo de causalidade entre o prejuízo e as condutas do ente ou entidade públicos.

À consideração superior.

Brasília, 13 de junho de 2017.

JOAO PAULO CHAIM DA SILVA  
ADVOGADO DA UNIÃO

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407001015201426 e da chave de acesso f1f7e2b5