



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 AJTARQUIAS E FUNDAÇÕES. DETERMINAÇÕES CONTIDAS NO ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU PLENÁRIO PREVISÃO OBRIGATORIA 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 supracitada 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 preceitos 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 fis. 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 *l. 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 Piaç e acostada às fls. 13/14), imoediria 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, início 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 desenvolve.

12. Dessa sorte, levei 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, atencioso 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 quantum de demandas judiciais ajuizadas 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 detenção, 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 Plenário 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. Uma 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 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 20.05.1983) 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 cívelica, vai e 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 jurtrabalhista 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 jurtrabalhistas, 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)

Chama 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 ANDREA 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 a 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 generaliza os casos, devendo analisá-los de forma individualizada, um a um, primando pela busca da verdade real, investigando com rigar se a inadimplência dos direitos trabalhistas aos 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). *Forum 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 impede 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 CAVALCANTE⁺, 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

⁺ 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_l1=k-revista_artigos_eitur&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 na 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 UNIMONTFS 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 DJET 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 tema²:

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 celebra³. Cabe a ela zelar pela entrega do bem ou à prestação do serviço nos moldes

² 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.

³ 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 preveem:

"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 os dispositivos 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 esboço:

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 seus 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 (LIC)*. Curitiba: Zênite, nº 229, pp. 264-269, mar. 2013 - sublinhado e negrito.

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 ahhavado 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 as 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 Júlío 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 Comissão 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/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. Argumente, 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 de a 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, atendeu 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 reputo 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 escoreada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST.

¹⁴ Vale recordar que na referida ação, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, o Pretório Exceção 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 22 de abril de 1995, dispositivo que assim verbetei:

"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."

Atentasse, assim, a possibilidade de que a Administração Pública seja responsabilizada objetivamente pelo não pagamento de encargos trabalhistas pela empresa contratada, podendo, todavia, responder caso se a demonstrar que aqui tem 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 razões, 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. Caiha 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."