

# CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO: PREVENÇÃO A CONDENAÇÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO - RESOLUÇÃO Nº 169/2013, DO CNJ

**Marcelo Oliveira dos Santos**

*Assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007), especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional de Blumenau (2002).*

## RESUMO

Neste artigo, serão abordados aspectos da responsabilidade da Administração Pública na contratação de empresas privadas prestadoras de serviços. Inicialmente, discorrer-se-á sobre as possibilidades de terceirização admitidas pela Constituição Federal e pela legislação vigente, abordando o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com breves comentários sobre os possíveis impactos que as Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista – poderão trazer ao tema. Ao final, serão analisados os impactos positivos da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da sua implementação, à medida que garante o cumprimento de direitos assegurados aos trabalhadores terceirizados, bem como, progressivamente, impede a lesão aos cofres públicos.

**Palavras-chave:** terceirização, prevenção, condenação trabalhista, responsabilidade subsidiária, contingenciamento.

## ABSTRACT

This article will approach aspects of the responsibility of the public administration, regarding to the hiring of private companies providing services. Initially will be discussed on the possibilities of outsourcing admitted by the Federal Constitution and the current legislation, approaching the jurisprudential understanding of the Federal Supreme Court and of the Superior La-

bor Court, making brief comments on the possible impacts that the new Laws nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 - Labor Reform, could bring to the subject. In the end, will be analyzed the positive impacts of the Resolution nº 169/2013 of the National Council of Justice, from its implementation, as it ensures compliance the rights of outsourced workers, as well as, progressively, prevents injury to public coffers.

**Keywords:** outsourcing, prevention, verdict labor, subsidiary responsibility, contingency.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo abordará aspectos da responsabilização do Estado nos contratos de terceirização de mão de obra, destacando o reiterado entendimento da Justiça do Trabalho sobre o tema – enunciado pela Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho –, e comparando o que ela dispõe com o preceituado no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 e as modificações que poderão advir da sanção das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), bem como analisando os recentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal no julgamento, pelo plenário (em 2010 e 2017), da Ação Direta de Constitucionalidade 16 e do Recurso Extraordinário 760931 (com repercussão geral reconhecida).

Nesse contexto, será destacada a Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que obriga todos os Tribunais do País a adotar o contingenciamento (dedução) de verbas relacionadas a encargos fiscais e trabalhistas decorrentes dos contratos de prestação de serviços terceirizados, como forma de garantir o pagamento dos direitos dos trabalhadores desses contratos, evitando condenações do ente público na Justiça do Trabalho.

Cabe verificar, a esse respeito, como a Justiça do Trabalho tem lidado com o tema após o implemento da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, enfatizando que o contido no regramento do Conselho vai ao encontro do preconizado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e da

atual Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho. Será salientado, por fim, o esforço do Tribunal de Justiça do Paraná em realizar efetiva fiscalização nesse tipo de contratação, de modo a garantir os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, além de afastar a propositura de demandas trabalhistas e eventuais condenações.

## 2. A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR MEIO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA

Os serviços públicos são denominados pela doutrina de serviços privados, visto que somente podem ser realizados por entes estatais, de forma direta – por órgãos e servidores concursados (estatutários e empregados públicos) – ou indireta – mediante concessão, permissão, autorização e contratos de prestação de serviços, nos termos do artigo 175 da Constituição Republicana. É a forma indireta que interessa a este trabalho, que não tem por objeto, destaque-se desde logo, o estudo das contratações indiretas realizadas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização de uso.

Igualmente, cabe salientar que a Administração Pública cada vez mais realiza atividades de forma indireta, terceirizando-as por meio de contratos de prestação de serviços com mão de obra residente nas dependências do órgão. Nesse sentido, fazendo considerações críticas sobre a fuga da Administração Pública para o direito privado, Estorninho (1996) constata que a crise do Estado Social fez aumentar o movimento de privatização. Para a crise social, apontam-se, além do alargamento das atividades estatais, a ineficiência e o aumento da burocracia. Para fazer frente a essas demandas, exigiram-se maiores contribuições do cidadão (impostos), as quais, junto com a multiplicidade dos casos de corrupção, provocaram uma vaga de insatisfação social em face do poder público.

Passou-se, então, a repensar a dimensão da máquina administrativa, de modo a reencontrar eficiência por meio de instrumentos como a privatização e a revalorização da iniciati-

va privada. Nesse sentido, o Direito Administrativo desenvolve a ideia de substituição do Estado social não mais por um Estado mínimo, mas por um Estado subsidiário. Por subsidiariedade, Bidart Campos, citado por Baracho (2000, p. 47), entende tratar-se de “princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competência, através do qual o Estado não deve assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los”.

Assim, é possível afirmar que, no campo dos serviços, o Estado passa da antes tímida inserção de um pequeno elenco, em que se incluíam apenas vigilância, limpeza, conservação e transportes, à utilização com maior desenvoltura da terceirização, para contratar especialistas, executar projetos e desenvolver tarefas acessórias.

Na linha do acima exposto, em 31 de março de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.429, que alterou a Lei nº 6.019/1974 (lei do trabalho temporário), possibilitando a terceirização de serviços “determinados e específicos”. Essas duas expressões deixaram grande margem de dúvida na doutrina, posto que não esclareceram se a lei estava ou não a possibilitar a terceirização de atividade fim da empresa tomadora de serviço (contratante). Em 13 de julho de 2017, entretanto, foi sancionada a Lei nº 13.467 (chamada de Reforma Trabalhista), que, eliminando a dúvida, previu a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades, inclusive da atividade principal de empresas tomadoras de serviços.

Para este trabalho, não serão feitas grandes considerações sobre essa nova ordem legal, porque, devido ao momento da sua elaboração, a última lei citada ainda se encontrava em sua *vacatio legis*. Além disso, a possibilidade de terceirização de atividades principais da Administração Pública ofende o princípio do concurso público, previsto no artigo 37, II, da Constituição Federal, sendo necessário aguardar e verificar como se comportará a jurisprudência ao analisar casos concretos.

Para a Justiça do Trabalho, ao menos até o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, “terceirização é a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho

de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas como empreitada, locação de serviços, fornecimento, etc.”, nas palavras de Di Pietro (2005, p. 303).

Sobre o tema da terceirização, Bittencourt (2001a, p. 71) observa: “O princípio da terceirização é muito simples e de fácil compreensão: o serviço que não se constitui como atividade essencial é confiado a terceiros, centrando-se forças na atividade-fim”. Para doutrinadores enquadrados nessa linha, a terceirização é uma forma de o Poder Público alcançar a eficiência reclamada pelo princípio de idêntico nome, disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Republicana.

Essa forma de contratação indireta vem prescrita na Lei nº 8.666/1993, nos artigos 6º e 10, e está dividida em quatro tipos: empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral. Convém ressaltar que a execução indireta de serviços públicos está sujeita ao regime jurídico administrativo, com a celebração do competente contrato administrativo, precedido de adequado processo licitatório. Nesse sentido, Bacellar Filho (2005, p. 154) sustenta que “a outorga a particulares do exercício de serviços públicos não produz modificação no regime jurídico que preside a sua prestação, [...] [ou seja], não importa transformação do serviço em privado”. E, citando Gordilho (1998), destaca que nela há uma relação jurídica de colaboração.

Apesar disso, quando se discute terceirização na Administração Pública, é possível notar o entrelaçamento de normas do Direito do Trabalho sobre essa relação, especialmente quando está em causa o desrespeito a direitos sociais do trabalhador da empresa contratada para prestar serviços ao poder público. Enfrentando o tema há tempo, ainda na década de 1980, o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento segundo o qual só é possível a terceirização de atividade-meio da tomadora de serviço. Isso porque esse tipo de relação contratual é visto pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista como uma espécie de *merchandage*, em que o objeto é o próprio trabalho humano.

Ou seja, os trabalhistas entendem ser vedada a terceirização de atividade fim de empresas tomadoras de serviços, sustentando que, caso fosse lícita tal relação, haveria retrocesso e degradação das condições de trabalho, com reflexos

sociais negativos. No nível de civilização atingido contemporaneamente pela humanidade, ela seria inaceitável moral e eticamente. Esse entendimento prevalece, ao menos até o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017. Doravante, é possível haver mudanças, tendo em vista as inovações inseridas nesses diplomas normativos, que preveem a possibilidade de terceirização da atividade principal de empresas tomadoras de serviços, o que pode impactar, inclusive, a terceirização no âmbito da Administração Pública.

Voltando ao momento anterior à Reforma Trabalhista, a vedação do Tribunal Superior do Trabalho veio, inicialmente, pela Súmula nº 256, de setembro de 1986, que dizia textualmente:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 3/1/1974, e 7.102, de 20/6/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Com o passar dos anos, porém, houve uma evolução no entendimento jurisprudencial, passando o referido Tribunal a decidir com base em dois conceitos: a terceirização permitida, portanto, lícita, e a não permitida, porquanto ilícita. Assim, firmou-se novo entendimento, enunciado pela Súmula nº 331, do TST, que dispõe:

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 3/1/1974).

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 20/6/1983) 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, 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 21/6/1993).

Com o advento da Súmula nº 331, a Justiça do Trabalho am-

pliou as possibilidades de terceirização para os “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”. A Súmula excetuou, no seu item segundo, a Administração Pública direta, indireta ou fundacional da possibilidade de geração de vínculo trabalhista decorrente da contratação irregular de trabalhador, tendo em vista o princípio do concurso público. Mas, no quarto item do enunciado, o Tribunal previu expressamente a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Em novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 16<sup>1</sup>, firmou entendimento no sentido de que o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 é constitucional, levando o Tribunal Superior do Trabalho a alterar a Súmula nº 331, com a inclusão de novos itens. A redação ficou a seguinte:

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 3/1/1974).

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 20/6/1983) 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 subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21/6/1993, 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.

A nova redação prevê, no item V, a necessidade de fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa contratada, como forma de eximir o poder público de responsabilização, adequando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade 16, e, que posteriormente, veio a ser ratificado no Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida.

Esses julgamentos serão objeto de análise nos próximos capítulos, que discorrerão, inicialmente, sobre as vedações legais à terceirização na Administração Pública impostas pelo princípio do concurso público. Em seguida, será analisada a responsabilidade subsidiária por créditos trabalhistas e fiscais dos entes públicos.

### **3. LIMITE IMPOSTO À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO**

O regime jurídico administrativo impõe à Administração Pública a obediência ao princípio da legalidade. Diante disso, e verificado que existe dispositivo constitucional (artigo 37, II) estabelecendo que “[...] a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos [...]”, os órgãos e entidades estatais somente podem contratar trabalhadores (pessoa física) por meio do concurso público.<sup>2</sup>

Considerando essa regra constitucional, cabe verificar a licitude da terceirização na Administração, sem que haja ofensa ao dispositivo citado. Nesse sentido, observa-se que há previsão constitucional de celebração de contratos com terceiros para realização de obras, serviços e fornecimentos de bens e produtos, mediante licitação. Ou seja, a execução indireta de serviços no Estado vem expressamente prevista na Constituição Federal, devendo ocorrer mediante a celebração de contrato administrativo com empresa prestadora de serviço,



precedida de processo licitatório adequado, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993. Note-se que o Estado está a contratar serviços, e não trabalhadores. Nesse sentido, Di Pietro (2005, p. 306) assevera:

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contratos, a empresa é que é contratada, e o vínculo contratual se forma com ela, não com seus empregados.

Todavia, não pode haver terceirização de todo e qualquer serviço. As funções típicas de Estado e as que compõem o quadro de cargos e salários do ente público não a comportam, possibilitando ao administrador escolher entre criar cargos ou terceirizar as atividades que estejam fora dessa situação. Villela Souto (1998a, p. 97) sustenta:

Quando não existem cargos ou empregos públicos criados, há possibilidade de obtenção desses serviços por meio da contratação da empresa ou de um prestador de serviço. Nos termos da Lei Maior, a opção do administrador público tem natureza discricionária, à luz, mais uma vez, do princípio da economicidade. Ao administrador público cabe decidir se seleciona a pessoa do prestador do serviço, mediante concurso público, ou se contrata uma empresa prestadora de serviço público por licitação. Ambos privilegiam o mérito, a competição, a igualdade e a publicidade. Trata-se, portanto, de opção discricionária.

O entendimento doutrinário encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que influenciou a edição do Decreto do Executivo nº 2.271, de 7 de julho de 1997, e que prevê, no seu artigo 1º, a execução indireta pela Administração Pública de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”.

O § 1º do artigo citado recomenda que as “as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações” sejam, de preferência, objeto de execução indireta.

De grande interesse para este trabalho é o disposto no § 2º

do citado Decreto, que veda expressamente a terceirização de atividades “inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”. Com o advento das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, abrem-se outras possibilidades de terceirização, na medida em que se altera a Lei nº 6.019/1974, nos termos seguintes:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Será necessário aguardar, entretanto, manifestação jurisprudencial dos tribunais, considerando-se a incipiência da norma, notadamente porque a nova legislação ainda se encontra em sua *vacatio legis* no momento em que se escreve este trabalho, não havendo manifestações claras da doutrina, nem precedentes jurisprudenciais.

Em síntese, o princípio do concurso público não permite a execução indireta de serviços de atividades-fim, sendo estas as típicas de Estado e as inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos e salários do órgão ou ente da Administração Pública. Referendando tal entendimento, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Governo Federal, publicou a Instrução Normativa nº 5/2017<sup>3</sup>, que discorre sobre os serviços passíveis de execução indireta (artigos 7º e 8º), ao mesmo tempo que especifica os serviços que não serão objeto de terceirização (artigo 9º).

Não obstante isso, havendo a terceirização dos demais serviços, a Administração Pública não estará isenta de responsabilização por eventuais créditos trabalhistas, caso não se produzam provas de efetiva fiscalização, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. O próximo capítulo abordará esse tema.

#### 4. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE ÓRGÃOS E ENTES PÚBLICOS POR CRÉDITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DA EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA

A execução indireta de serviços pelo Estado, por meio da celebração de contrato de prestação de serviços, conforme se discorreu anteriormente, pode trazer em implicações jurídicas para órgãos e entidades do Poder Público no que tange à responsabilização por créditos trabalhistas.

Deve ser observado, de antemão, que o *caput* do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 prevê a responsabilidade exclusiva da empresa prestadora de serviços contratada pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato celebrado. Note-se que está em causa a responsabilidade por créditos trabalhistas decorrentes do inadimplemento da empresa contratada. Nesse caso, a previsão legal vem estabelecida no § 1º do citado artigo 71, nos termos seguintes:

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, de 1995)

Após a declaração de constitucionalidade desse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal, houve a adequação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, passando o enunciado a prever:

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 21/6/1993, 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.

A adequação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, decorreu dos julgamentos realizados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, tanto na Ação Direta de Constitucionalidade 16 como no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, firmando entendimento que dá interpretação mais restritiva comparativamente à que adotava o Tribunal Superior do Trabalho. Nesses dois julgados, o Supremo Tribunal Federal enunciou que não pode haver responsabilização automática da Administração Pública por eventuais créditos trabalhistas, cabendo condenação apenas nas hipóteses em que se demonstra conduta omissiva ou comissiva do ente público na fiscalização dos contratos.

O debate ascendeu à Corte Constitucional devido ao Recurso Extraordinário (RE) 760931, interposto pela Advocacia Geral da União em face de decisão que condenou a União a responder subsidiariamente por débitos trabalhistas decorrentes de contratos de prestação de serviços do Poder Público com empresas privadas. Por maioria de seus membros (6 votos a 5), o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “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 artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993”<sup>4</sup>.

Em outras palavras, não deve o Estado responder, nem solidária nem subsidiariamente, quando ficar comprovado que não houve falha na fiscalização dos contratos por parte do Poder Público. No entender da Corte Suprema, se o legislador quisesse que na relação com empresas privadas o Estado fosse responsabilizado, o teria feito, nos moldes do que constou na lei ao tratar da solidariedade do ente público pelos débitos previdenciários (§ 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993). Ao contrário disso, o legislador previu, no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, que a Administração Pública não responde pelos débitos trabalhistas decorrentes dos contratos administrativos de prestação de serviços.

Outro argumento, utilizado pelo ministro Alexandre de Moraes para adotar o entendimento vencedor no julgado, foi de

que não se poderia desestimular a relação entre Estado e iniciativa privada, sob pena de se comprometer a modernização dos serviços estatais. A par dessas justificativas, mostra-se coerente a decisão, notadamente porque não isentou a Administração Pública da responsabilidade pela fiscalização. Somente não haverá responsabilização subsidiária do ente estatal caso fique comprovado que houve fiscalização efetiva na execução do contrato, aferindo-se, inclusive, a capacidade da empresa privada em cumprir o futuro contrato na fase de habilitação na licitação.

Além disso, impõe-se que o Poder Público coloque em prática reiteradas recomendações dos Tribunais de Contas (da União e dos Estados) na fiscalização da execução dos contratos, tais como acompanhamento diário no cumprimento das obrigações, inclusive quanto ao pagamento mensal de todas as verbas trabalhistas e outros encargos fiscais, cumprimento das normas de segurança do trabalho, aplicação de penalidades a empresas por descumprimento de contrato, entre inúmeras outras.

Com a fiscalização efetiva, além de o Poder Público garantir o direito dos trabalhadores terceirizados, evitando que haja lesão a grande contingente de cidadãos que se dedicam a esse setor, evitar-se-ão condenações subsidiárias na Justiça do Trabalho e a conseqüente dilapidação do patrimônio público, dando-se, sistematicamente, efetivo cumprimento ao princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública.

Nesse contexto, a Resolução nº 98/2009, posteriormente substituída pela Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, é bastante oportuna, pois impõe a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional que deduzam das rubricas de encargos trabalhistas as faturas de pagamento feito às empresas contratadas, com depósito dos valores respectivos em conta corrente vinculada, para que sejam liberados no momento apropriado.

A Resolução nº 169/2013 e seus efeitos na fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados firmados pelos órgãos do Poder Judiciário será objeto de análise no próximo capítulo.

## 5. PREVENÇÃO NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS - A IMPOSIÇÃO DE DEDUÇÃO DE VALORES DOS CONTRATOS PELA RESOLUÇÃO Nº 169, DO CNJ

Para a correta compreensão do procedimento objeto de análise neste capítulo, torna-se necessário esclarecer que o contrato de terceirização é firmado pelo prazo de doze meses (prorrogável por até sessenta meses). Desse modo, antes do advento da Resolução nº 169/2013, além das despesas mensais do contrato, tais como salário do empregado, insumos, encargos etc., o ente público também efetuava o pagamento de valores que somente seriam repassados ao trabalhador em outro momento, tais como décimo terceiro salário, férias, um terço de férias e multa do FGTS por dispensa sem justa causa. Para tanto, dividia essas despesas em doze parcelas iguais e as repassava mensalmente à empresa, desde o primeiro mês da contratação. Assim, a cada mês do ajuste, a Administração Pública efetuava o pagamento correspondente a um doze avos de cada uma das rubricas anteriormente referidas.

Ocorre que empresas que não possuíam boa gestão financeira comumente aplicavam esses valores em outras necessidades, algumas vezes de forma indevida, ou até mesmo de má-fé. No momento de pagá-los ou repassá-los ao empregado que prestou serviço, já não tinham disponibilidade em caixa. Não conseguiam fazer a devida quitação, vindo, muitas vezes, a fechar suas portas de maneira sorrateira, deixando grande passivo trabalhista.

Por consequência, o ente público contratante era condenado subsidiariamente a pagar o direito violado do trabalhador, que se socorria do Judiciário trabalhista na tentativa de amenizar os danos sofridos. Para dar fim a essa situação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 98/2009, posteriormente substituída pela Resolução nº 169/2013, regulamentou a matéria, impondo a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional a obrigatoriedade, nos termos do seu artigo 1º, do contingenciamento (dedução) das 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 sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário 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 Conselho Nacional de Justiça, e depositadas exclusivamente em banco público oficial.

Desse modo, considerando o disposto nos capítulos antecedentes deste trabalho, o contingenciamento de valores aplica-se a contratos de limpeza, vigilância, garçons, telefonistas, serviços gerais, eletricitas e encanadores – enfim, a todas as atividades que a lei em vigor admite que sejam terceirizadas. Havendo ampliação das possibilidades de terceirização, conforme previsto na Reforma Trabalhista, a elas igualmente se aplicará o contingenciamento.

O artigo 4º da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, relaciona as rubricas sujeitas a contingenciamento:

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 - percentual de lucro incidente sobre os encargos retidos.

Deduzidos do pagamento das faturas mensais das empresas contratadas, esses valores serão depositados em banco público oficial, em conta corrente vinculada, aberta em nome da empresa, ficando bloqueada para saque e somente podendo sofrer movimentação com ordem do Tribunal ou do Conselho. A título de exemplo, cite-se o décimo terceiro salário. Este, caso não fosse contingenciado (deduzido), ficaria na mão do empregador direto, aguardando o final do ano (momento da quitação), com o risco de insolvência da empresa. Com o contingenciamento dessas rubricas, os Tribunais de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça evitam que empresas gastem os valores respectivos com outras despesas, permitindo o seu levantamento somente no momento da obrigatoriedade de pagamento ao trabalhador. Nesse sentido é o que determina o artigo 12 da Resolução nº 169/2013:

A empresa contratada poderá solicitar autorização do Tribunal ou do Conselho para:

I - resgatar da conta-corrente vinculada – bloqueada para movimentação –, os valores despendidos com o pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias que estejam contempladas nas mesmas rubricas indicadas no art. 4º desta Resolução, desde que comprovado tratar-se dos empregados alocados pela empresa contratada para prestação dos serviços contratados; e

II - movimentar os recursos da conta-corrente vinculada – bloqueada para movimentação –, diretamente para a conta-corrente dos empregados alocados na execução do contrato, desde que para o pagamento de verbas trabalhistas que estejam contempladas nas mesmas rubricas indicadas no art. 4º desta resolução.

A Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, determina que os valores contingenciados devem render juros de poupança ou outro percentual maior ajustado, somente sendo liberados, mediante autorização dos tribunais contratantes, após a quitação dessas verbas aos trabalhadores, ou, de outro modo, possibilitando que o pagamento seja feito diretamente aos empregados (neste último caso, na eventualidade de a empresa já não se encontrar com boa saúde financeira).

Reitera-se que o objetivo do contingenciamento de valores dos contratos terceirizados é garantir, também, o pagamento de direitos dos trabalhadores terceirizados que, por intermediação de empresa privada, vencedora de processo licitatório, prestam serviços a órgãos públicos subordinados ao Conselho Nacional de Justiça.

Além disso, evitam-se condenações subsidiárias do ente público na Justiça do Trabalho, posto que, com o contingenciamento das verbas referidas no artigo 4º da Resolução nº 169/2013, seus pagamentos estarão assegurados, impossibilitando violações. Em linhas de conclusão, a imposição do contingenciamento dos valores dispostos no artigo 4º da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se adequada e se amolda aos princípios constitucionais vetores da Administração Pública, notadamente os da eficiência e da moralidade.

Especificamente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a colocação em prática do previsto na Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, foi inicialmente criticada e até contestada, mas hoje tem produzido resultados bastante satisfatórios. A implementação dessa nova sistemática de controle exigiu grande esforço do Poder Judiciário<sup>5</sup>, que precisou



disponibilizar corpo de servidores especializado para realizar o trabalho, que equivale ao de gestão de recursos humanos dos empregados terceirizados, na medida em que a dedução dos valores é individualizada (aplica-se a cada um dos empregados terceirizados que prestam serviço no contrato, inclusive àqueles que só trabalham esporadicamente, tais como os contratados para cobrir postos de trabalho faltantes).

Ou seja, a aplicação do disposto na Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, exige intenso trabalho de controle diário de frequência, jornada de trabalho, identificação das substituições de postos faltantes, confirmação da realização de serviços em cidades do interior do Estado, etc., demandando muita dedicação e empenho. Esse extenso rol de atividades poderá demonstrar a efetiva fiscalização dos contratos terceirizados, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a vigente Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho.

Finalmente, registra-se que, apesar das melhorias nas contratações e na fiscalização de serviços determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 169/2013, a Justiça do Trabalho muitas vezes desconsidera esse esforço fiscalizatório, responsabilizando subsidiariamente o ente público, sob o argumento de fiscalização indevida ou de ausência de fiscalização, ainda que tais conclusões contrariem evidências fáticas.

Necessário, portanto, que haja maior esforço na demonstração dessa fiscalização nas contestações apresentadas à Justiça do Trabalho pela Procuradoria do Estado, na medida em que ela (a fiscalização) se amolda perfeitamente ao decidido pelos Tribunais.

## 6. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, discorreu-se sobre os casos de terceirização na Administração Pública admitidos pela legislação e pelo Poder Judiciário. Com o advento das Leis nº 13.429/2017

e nº 13.467/2017, abre-se a perspectiva de ampliação das atividades sujeitas a terceirização na Administração Pública.

No tocante à incidência da Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que impõe o contingenciamento de valores dos contratos de serviços terceirizados, é possível afirmar que o Poder Judiciário está em sintonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e com a vigente Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, garantindo segurança aos direitos dos trabalhadores terceirizados e impedindo, sistematicamente, lesão aos cofres públicos (condenações trabalhistas).

Havendo, portanto, ampliação nas possibilidades de terceirização de serviços na Administração Pública, tendo em vista o disposto nas novas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, a Resolução nº 169/2013, do Conselho Nacional de Justiça, deverá ser aplicada a essas novas mudanças, por estar em perfeita sintonia com os princípios constitucionais da eficiência e moralidade.

## NOTAS

<sup>1</sup>Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 - Distrito Federal - STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22/9/2017.

<sup>2</sup>Como não poderia deixar de ser, a Constituição prevê exceção à regra do concurso público, conforme o inciso IX do artigo 37: “A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

<sup>3</sup>Dos Serviços Passíveis de Execução Indireta

Art. 7º. Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.

§ 1º. A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.

§ 2º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), do Ministério do Trabalho, ou outra que vier a substituí-la.

Art. 8º. Poderá ser admitida a contratação de serviço de apoio administrativo, considerando o disposto no inciso IV do art. 9º desta Instrução Normativa, com a descrição no contrato de prestação de serviços para cada função específica das tarefas principais e essenciais a serem executadas, admitindo-se pela Administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas.

Seção IV

Da Vedação à Contratação de Serviços

Art. 9º. Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>. Acesso em: 30/9/2017.

<sup>4</sup>Autos do RE 760931 - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/viewProcessoDetalle.asp?incidente=4434203>>. Acesso em: 28/9/2017.

<sup>5</sup> O Poder Judiciário do Paraná, com 161 comarcas e cerca de 230 prédios espalhados pelo Estado, possui cerca de 3.000 terceirizados em seus contratos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARACHO, José A. de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BITTENCOURT, Sidney. **Questões polêmicas sobre licitações e contratos administrativos**. 2001a.

BRASIL. Constituição (1988). **Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais 1/1992 a 95/2016 e Emendas Constitucionais 1 a 6 1994**. Ed. Atual, 2000. Brasília: Senado Federal, 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Decisão de 31 de jan. 2013. **Resolução 169/2013**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão de 24 de nov. 2010. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 – Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Decisão de 26 de abr. 2017. Acórdão – **Recurso Extraordinário 760931 / DF – Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Decisão de 31 de maio 2011. **Súmula 331**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 2/1/2007.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera 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 dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30/9/2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESTORNINHO, Maria João. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. In \_\_\_\_\_. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado na administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Igualdade e competitividade em face de participação nas licitações**. Zênite Consultoria - Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba, fevereiro de 1998.