

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

ROGELSON DOS SANTOS SILVA

BRASÍLIA
AGOSTO DE 2019

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
NA TERCERIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Artigo a ser submetido como Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Tributário da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP.
Professor Orientador Rodrigo Moreira Lopes.

ROGELSON DOS SANTOS SILVA

BRASÍLIA
AGOSTO DE 2019

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
ABSTRACT.....	3
1. INTRODUÇÃO.....	4
2. A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO.....	6
3. RETENÇÃO DE TRIBUTOS PELO TOMADOR DE SERVIÇO.....	11
4. CONTA VINCULADA.....	15
5. ENTENDIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO.....	18
6. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	20
7. ANÁLISE DE CASO CONCRETO.....	24
8. CONCLUSÃO.....	25
REFERÊNCIAS.....	28

Resumo

A Administração Pública vem cada vez mais utilizando-se da terceirização de serviço, em decorrência disso tem responsabilidades na contratação de serviços terceirizados que decorrem do contrato firmado com a empresa de prestação de serviços terceirizados. A responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços tem implicações tributárias e trabalhistas. Conforme determinação legal o ente público que contrata empresa de prestação de serviços terceirizados está obrigado a proceder a retenção e o recolhimento dos tributos decorrentes do contrato de terceirização de serviço firmado por meio de retenção e recolhimento de tributos e contribuições, bem como, garantir os direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados alocados na execução do contrato de prestação de serviço, que dar-se-á por meio de retenções de valores a serem depositados em Conta-Depósito Vinculada aberta em nome da contratada bloqueada para movimentação. A Administração Pública dispõe de mecanismos eficientes para afastar a responsabilização tributária e trabalhista decorrente do contrato de prestação de serviço. O presente trabalho dar-se-á com pesquisa bibliográfica de doutrinas, de leis e normativos que tratam do assunto, bem como, da jurisprudência decorrente dos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Administração Pública. Responsabilidade.

Abstract

Public Administration is increasingly using outsourcing services, as a result of which it has responsibilities in contracting outsourced services that result from the contract signed with the company to provide outsourced services. Public Administration's responsibility for outsourcing services has tax and labor implications. Pursuant to the law, the public entity that contracts the outsourced services company is obliged to withhold and pay the taxes resulting from the service outsourcing agreement signed through the withholding and payment of taxes and contributions, as well as to guarantee the rights. employees' labor and social security benefits allocated in the execution of the service agreement, which will be held through retention of amounts to be deposited in a Linked Deposit Account opened in the name of the contractor blocked for movement. The Public Administration has efficient mechanisms to exclude tax and labor liability arising from the service contract. The present work will be with bibliographical research of doctrines, laws and regulations that deal with the subject, as well as the jurisprudence arising from the national courts.

Keywords: Public administration. Responsibility.

1. Introdução

A Administração Pública vem cada vez mais se utilizando da contratação de empresa de terceirização de serviço para desenvolvimento das suas atividades regulares e a utilização desse instrumento acarreta em responsabilidades para o ente público na contratação de serviços terceirizados que decorrem do contrato firmado com a empresa de prestação de serviços terceirizados. Essa responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços tem implicações tributárias e trabalhistas.

O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviço e suas implicações tributárias e trabalhistas sob o aspecto legal, doutrinário e jurisprudencial, bem como, as medidas adotadas pela Administração Pública para garantir o cumprimento das obrigações pela empresa contratada e a afastar a sua responsabilização.

Conforme determinação legal, estatuída no inciso II do parágrafo único do art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), o ente público que contrata empresa de prestação de serviço está obrigado a proceder a retenção dos impostos decorrentes do contrato de terceirização de serviço firmado quando do pagamento das faturas¹.

Também, na contratação de serviços terceirizados, é sempre uma preocupação da Administração Pública a garantia dos direitos trabalhistas, sociais e previdenciários dos empregados alocados na execução do contrato de prestação de serviço, bem como, a possível responsabilização solidária e/ou subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplemento dessas obrigações pela empresa prestadora de serviço².

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo verificar em quais casos e situações a Administração Pública é responsável pelo recolhimento dos tributos e contribuições decorrentes da contratação de serviços terceirizados, bem como, de que forma pode-se garantir o adimplemento das obrigações trabalhistas, sociais e previdenciárias pela empresa contratada.

Ainda, quais os meios utilizados pelo ente público para garantir o efetivo recolhimento dos tributos e contribuições devidos e quais os meios utilizados pela Administração Pública para efetivar o cumprimento dessas obrigações e garantir uma reserva

¹ Portal Tributário. Retenção de Tributos Pelos Órgãos Públicos.

² Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada, pág. 4.

financeira com o objetivo de garantir o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes do contrato.

Busca-se, ainda, verificar quais as implicações da responsabilização da Administração Pública pelo recolhimento dos tributos e quanto ao adimplemento de verbas trabalhistas e previdenciárias decorrentes dos contratos de prestação de serviços.

Também será abordado, qual o entendimento do judiciário brasileiro a respeito das demandas decorrentes dos contratos de terceirização de serviços firmados pela Administração Pública.

O desenvolvimento do trabalho dar-se-á com pesquisa bibliográfica de doutrinas e a análise dos dispositivos legais regentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como, dos julgados proferidos pelos nossos tribunais e, ainda, análise de caso concreto ocorrido no âmbito da Administração Pública Federal no qual foi questionada judicialmente a sua responsabilização subsidiária, analisando, principalmente, as consequências e os desdobramentos das questões tributárias e trabalhistas decorrentes da terceirização de serviços pela Administração Pública.

Na seção 2 discorreremos sobre a terceirização de serviço abordando os aspectos históricos da terceirização no Brasil, sua regulamentação, sua introdução no serviço público, suas implicações jurídicas e as controvérsias decorrentes, o posicionamento do judiciário após a edição da Lei nº13.429, de 31 de março de 2017, e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252.

Na seção 3 será abordada a retenção de tributos pelo tomador de serviço como mecanismo eficaz para afastar a responsabilidade solidária da Administração Pública pelo não recolhimento de tributos, detalhando os normativos que regem o assunto, as obrigações e a responsabilização decorrentes.

Na seção 4 discorreremos sobre a Conta-Deposito Vinculada bloqueada para movimentação em nome da contratada como mecanismo eficaz para garantir os direitos sociais e trabalhistas dos empregados da contratada alocados na execução do serviço e afastar a responsabilização Administração Pública em caso de inadimplemento dessas obrigações pela empresa contratada.

Na seção 5 abordaremos o entendimento do poder judiciário quanto a terceirização no Serviço Público, analisando o enunciado da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho 331 e o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 760.931.

Na seção 6 trataremos da Responsabilidade da Administração Pública na contratação de serviço terceirizado com suas implicações jurídicas, sociais e econômicas e o posicionamento do judiciário.

Na seção 7 analisaremos um caso concreto ocorrido no âmbito da Administração Pública Federal, no qual o ente público figurou, juntamente com a empresa contratada, no polo passivo das demandas judiciais como responsável subsidiário e/ou solidário e como deu-se o desfecho das ações.

2. A Terceirização no Serviço Público

Segundo ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “a terceirização é definida como a contratação por determinada empresa de serviços de terceiros para o desempenho de atividade meio³.

Contudo, com a edição da Lei nº13.429, de 31 de março de 2017, esse conceito encontra-se superado, já que essa lei possibilita a terceirização tanto da atividade-meio, quanto da atividade-fim, conforme dispõe o seu artigo 9º, Parágrafo 3º:

“§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.”

Em sede de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e do Recurso Extraordinário (RE) 958252 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, com repercussão geral, que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. A tese de repercussão geral aprovada pelo Colendo Tribunal no referido RE foi a de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão

³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002, p.174.

do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”⁴.

Leciona Ramos que “a terceirização deve permitir a diminuição dos custos e a melhoria da qualidade do produto ou serviço com o aparecimento de empresas altamente especializadas e com capacidade para dar respostas imediatas às necessidades de seus clientes”⁵.

A terceirização no serviço público já vem sendo utilizada no Brasil há bastante tempo. A regulamentação deu-se a partir da edição do Decreto-Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal e estabelecia diretrizes para a reforma administrativa, que em seu artigo 10, § 7º, estatuiu que “a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato”. Ainda, o Decreto-Lei n° 229, de 28 de fevereiro de 1967, que alterou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 9º acrescentou o § 2º ao artigo 443 da CLT dispondo sobre o serviço por prazo determinado. Os referidos decretos dispunham sobre a descentralização das atividades da administração Pública e a contratação por tempo determinado e caráter transitório⁶:

“Decreto-Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967

CAPÍTULO III

DA DESCENTRALIZAÇÃO

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante

⁴ Notícias STF. STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais. 30.08.2018.

⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. LTR Editora. São Paulo, 2001, pág. 57.

⁶ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. 14.12.2016.

contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

“Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967

Art. 9º - No Capítulo I - "Disposições gerais" - do Título IV da CLT, é acrescido um 2º ao art. 443, ficando o atual parágrafo único como § 1º, e o art. 445 passa a vigorar com nova redação, como se segue:

Art. 443

1º

2º O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;

b) de atividades empresariais de caráter transitório;”

Essa regulamentação veio a ser complementada pela edição da Lei nº 5.645, de dezembro de 1970, que estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do serviço civil da União e das Autarquias Federais e, em seu artigo 3º, parágrafo único, elencava as atividades que poderiam ser executadas indiretamente no âmbito da Administração Pública:

“Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997)”

Nesse mesmo sentido, foi editada a Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983, que dispunha sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para

constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e transporte de valores e a terceirização do serviço de vigilância⁷:

“Art. 3º A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados: (Redação dada pela Lei nº 9.017, de 1995)

I - por empresa especializada contratada; ou”

Contudo, a edição desse arcabouço jurídico não foi suficiente para alcançar todos os casos possíveis de controvérsias decorrentes da terceirização de serviços, dessa forma, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) se manifestou por meio do enunciado de Súmula TST nº 256, de 21 de novembro de 2003, “entendendo a terceirização uma prática de ato nulo de pleno direito, com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, declarando a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresas interposta, formando o vínculo empregatício direto com a contratante do serviço, salvo os casos previstos em lei de trabalho temporário e de vigilância e limpeza”⁸:

“SÚMULA Nº 256 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Ainda restando questões que motivavam controvérsias, o Tribunal Superior do Trabalho novamente se manifestou, revisando o enunciado da Súmula TST nº 256, editando a Súmula TST nº 331, 31 de maio de 2011, que tratou de forma mais detalhada da terceirização de serviços, contemplando também a Administração Pública, inclusive delimitando a sua responsabilidade nos contratos de terceirização de serviços”⁹:

“Súmula nº 331 do TST

⁷ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. 14.12.2016.

⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. LTR Editora. São Paulo, 2001, pág. 61.

⁹ Idem.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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 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.”

Nesse sentido, a responsabilidade do tomador de serviço, inclusive a Administração Pública, dar-se-á em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas,

previdenciárias e sociais pela empresa prestadora de serviço, sendo decorrente de “*culpa in eligendo*”, que se configura pela escolha errada do prestador de serviço, e/ou “*culpa in vigilando*”, que se configura pela deficiência no dever de acompanhamento e fiscalização da execução do serviço¹⁰.

Para evitar a responsabilização pelo pagamento de eventuais tributos e obrigações trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviço, o ente público tomador de serviço utiliza-se de mecanismos para garantir o adimplemento tempestivo dessas obrigações, quais sejam: a) a retenção tributária diretamente na fatura apresentada pela empresa para receber o valor devido decorrente do serviço prestado; b) a abertura de Conta-Depósito Vinculada em nome da empresa prestadora de serviço, a qual fica bloqueada para movimentação e tem escopo de receber o depósito das verbas que deverão ser retidas no ato do pagamento da fatura à empresa, que tem por escopo garantir recurso para o adimplemento de obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de prestação de serviço; ainda, c) o efetivo acompanhamento e fiscalização da execução contratual com a verificação do adimplemento das obrigações trabalhistas, sociais e previdenciárias por parte da empresa e da verificação da situação de regularidade da empresa contratada por meio de certidões de regularidade fiscal e trabalhista¹¹.

3. Retenção de Tributos pelo Tomador de Serviço

Na contratação de serviço por meio de terceirização, o tomador de serviço está obrigado a reter os tributos devidos pela empresa prestadora de serviço decorrentes do contrato firmado. As retenções de impostos sobre a prestação de serviço são entendidas como antecipações de pagamentos¹².

Nesse sentido o artigo 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro 1996, dispõe que os órgãos, as autarquias e as fundações da administração pública federal tem por obrigação reter na fonte o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), bem como a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e, ainda, a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), sobre os

¹⁰ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. LTR Editora. São Paulo, 2001, pág. 75.

¹¹ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada, pág. 05.

¹² Portal Tributário. Retenção de Tributos Pelos Órgãos Públicos.

pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras.¹³

“Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.”

Ainda, conforme determina o artigo 34 da Lei nº 10.833 de 29 de dezembro de 2003, estão obrigadas a efetuar as retenções na fonte do imposto de renda, da CSLL, da COFINS e do PIS, a que se refere o artigo 64 da Lei nº 9.430 de 1996, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e que dela recebam recursos do Tesouro Nacional e estejam obrigadas a registrar sua execução orçamentária e financeira na modalidade total no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI¹⁴.

“Art. 34. Ficam obrigadas a efetuar as retenções na fonte do imposto de renda, da CSLL, da COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP, a que se refere o art. 64 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, as seguintes entidades da administração pública federal:

I - empresas públicas;

II - sociedades de economia mista; e

III - demais entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, e que dela recebam recursos do Tesouro Nacional e estejam obrigadas a registrar sua execução orçamentária e financeira na modalidade total no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI.”

¹³ Portal Tributário. Retenção de Tributos Pelos Órgãos Públicos.

¹⁴ Idem.

Caso o tomador de serviço não efetue a retenção e o recolhimento dos tributos devidos, este terá a obrigação de efetuar o pagamento dos respectivos tributos. Contudo, havendo valores retidos maiores que o efetivamente devido pela empresa poderão ser compensados pelo contribuinte com os impostos e as contribuições de mesma espécie, devidos relativamente a fatos geradores ocorridos a partir do mês que efetiva a retenção¹⁵, conforme preconiza o §3º do art. 7º e o art. 64, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências:

“§ 3º Havendo saldo de imposto pago a maior, a pessoa jurídica poderá compensá-lo com o imposto devido, correspondente aos períodos de apuração subseqüentes, facultado o pedido de restituição.”

“Arrecadação de Tributos e Contribuições

Retenção de Tributos e Contribuições

Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pela fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.

§ 2º O valor retido, correspondente a cada tributo ou contribuição, será levado a crédito da respectiva conta de receita da União.

Objetivando tratar e instruir a matéria objeto das Leis supra mencionadas, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 475, de 06 de dezembro de 2004, que regulamenta o artigo 33, da Lei nº 10.833 de 2003, e dispõe sobre a retenção da CSLL, da COFINS e da Contribuição para o PIS/PASEP nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração direta, autarquias e fundações da administração pública do Distrito

¹⁵ Agile Contabilidade Online. Retenção na fonte: Como funciona?

Federal, dos Estados e dos Municípios às pessoas jurídicas de direito privado pelo fornecimento de bens e serviços, que firmarem convênios na forma da Portaria SRF nº 1.454, de 06 de dezembro de 2004¹⁶.

“Art. 1º Estão sujeitos à retenção na fonte da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep os pagamentos efetuados às pessoas jurídicas de direito privado, pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços em geral, inclusive obras, pelos órgão da administração direta, autarquias, e fundações da administração pública do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, que firmarem convênios na forma da Portaria SRF nº 1.454 de 6 de dezembro de 2004.”

Ainda sobre o assunto, a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (SEGES/MPOG)¹⁷, ao amparo do art. 31 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, editou a Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017, que em seu Anexo VIII-B dispõe que deverá ser efetuada a retenção mensalmente da contribuição previdenciária no valor de 11 % (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço:

“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei.”

“10.2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

¹⁶ Portal Tributário. Retenção de Tributos Pelos Órgãos Públicos.

¹⁷ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 25.5.2017.

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF.

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND) relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no Sicaf.

d) Exigir, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei nº 8.666, de 1993. ”

Com a efetiva retenção das obrigações tributárias pelo ente público e a efetiva fiscalização verificando se todas as obrigações decorrentes do contrato foram adimplidas, conforme determina o arcabouço normativo, ficará garantida a obrigação imposta e não haverá qualquer responsabilização à Administração Pública decorrente do contrato de prestação de serviço. Contudo, quedando inerte o ente público, este será responsável solidário, inclusive, pelo pagamento dos tributos devidos pela empresa prestadora de serviço.

4. Conta-Depósito Vinculada

A Conta-Depósito Vinculada é o meio de gestão e gerenciamento de riscos encontrado pela Administração Pública para garantir o efetivo adimplemento, por parte da empresa de terceirização de serviços, das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato de prestação de serviços¹⁸.

Dessa forma, a Administração estipula no edital de licitação a abertura de Conta-Deposito Vinculada bloqueada para movimentação em nome da contratada, onde deverão ser depositadas as verbas necessárias para o futuro adimplemento de obrigações trabalhistas e previdenciárias com os funcionários contratados para a prestação dos serviços

¹⁸ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília 2018, pág. 05.

decorrentes do contrato firmado, em virtude de eventos como férias, 13º salário e rescisão do contrato de trabalho sem justa causa¹⁹.

“A Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação é um instrumento de gestão e gerenciamento de riscos para as contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O principal objetivo deste instituto reside na garantia de existência de saldo financeiro para fazer frente aos encargos trabalhistas devidos aos funcionários contratados pelas empresas terceirizadas para a prestação de serviços em órgãos e entidades²⁰.”

A determinação de utilização desse mecanismo garantidor decorreu da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que foi substituída pela Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG), que estipula abertura de Conta-Depósito Vinculada bloqueada para movimentação em nome da contratada onde deverão ser depositadas as provisões realizadas pela administração contratante para pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciário, tais como férias e um terço constitucional, multa sobre o FGTS e contribuições sociais para a rescisão sem justa causa e encargos sobre o 13º salário dos trabalhadores da empresa alocados na prestação de serviço, conforme estipula²¹. Isso é o que consta dos seguintes trechos da IN 05/2017:

“ANEXO I

DEFINIÇÕES

III - CONTA-DEPÓSITO VINCULADA - BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO: conta aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da

¹⁹ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília 2018, pág. 05.

²⁰ RUBIN, Gleisson Cardoso. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília, 2018. Pág. 4.

²¹ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília 2018, pág. 05.

contratada, não se constituindo em um fundo de reserva, utilizada na contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.

(...)

ANEXO XII

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA - BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO

1. As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que trata este Anexo, em relação à mão de obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão de obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e depositadas pela Administração em Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação, aberta em nome do prestador de serviço.

2. O montante dos depósitos da Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões:

a) 13º (décimo terceiro) salário;

b) férias e 1/3 (um terço) constitucional de férias;

c) multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa; e

d) encargos sobre férias e 13o (décimo terceiro) salário.

3. A movimentação da Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação dependerá de autorização do órgão ou entidade contratante e será feita exclusivamente para o pagamento das obrigações previstas no item 2 acima.”

A edição das referidas Instruções Normativas pelo extinto Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão foram importantes instrumentos para salvaguardar a Administração Pública de futuras responsabilizações em decorrência do inadimplemento, por parte da empresa prestadora de serviços, das verbas trabalhistas e previdenciárias decorrentes

do contrato firmado. Sem esses mecanismos de proteção haveria uma possibilidade de ocorrer prejuízos aos cofres públicos, pois, o ente público tomador de serviço seria obrigado a arcar com os custos dos créditos trabalhistas e previdenciários não pagos pela empresa, como estipula o ordenamento jurídico regente²².

A consolidação dos instrumentos deu-se com a edição da Instrução Normativa nº 5 de 25 de maio de 2017, da Secretaria de Gestão (SEGES) do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG), que foi editada revisitando alguns normativos e procedimentos e ratificando boa parte das normas estatuídas na sua antecessora²³.

5. Entendimento do Poder Judiciário

Os empregados terceirizados sofreram, ao longo do tempo, com a não observância dos seus direitos trabalhistas pelos empregadores, bem como, pelos tomadores de serviço terceirizado, além de a Administração Pública adotar a teoria da irresponsabilidade nos contratos de terceirização. Consequentemente, isso acarretou grande volume de demandas judiciais, obrigando o Poder Judiciário a se pronunciar²⁴.

Dessa forma, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou o enunciado da Súmula nº 256 e posteriormente o enunciado da Súmula nº 331. Ainda, o TST, não observando o §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666 de 1993, firmou entendimento no sentido de que a Administração Pública deveria arcar com os créditos trabalhistas e previdenciários de empregados de empresas prestadoras de serviços terceirizados inadimplidos, por consequência da “*culpa in vigilando*”, ressaltando que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na contratação de serviço terceirizado está delimitada nos itens IV e V da Súmula 331, do TST, amplamente aplicada pelos Juízes e Tribunais Regionais do Trabalho²⁵:

“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.”

²² Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília 2018, pág. 05.

²³ Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. Brasília 2018, pág. 04.

²⁴ HAYASHI, Renato e DÍVA de Araújo Valentim. A responsabilidade da administração pública nos contratos de terceirização: uma evolução necessária.

²⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços.

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 21.06.1993, 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.”

Ainda, consubstanciando o entendimento supra, o TST no enunciado da Súmula 368, II afirma que é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial:

“II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.”

Contudo, em julgamento de Recurso Extraordinário do Distrito Federal, com repercussão geral em relação a 50 mil processos sobrestados, RE nº 760.931/DF, Seção Presidida Pela Ministra Carmem Lúcia, Relatora Ministra Rosa Weber que foi vencida, Redator do voto vencedor Ministro Luiz Fux, por 6 votos a 5 o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a Administração Pública não é responsável por dívida trabalhista decorrente de contratos de prestação de serviços por empresas terceirizadas²⁶.

O Redator do voto vencedor, Ministro Luiz Fux, argumentou que “a dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, a divisão de tarefas visa à maior eficiência possível”, usando a seguinte afirmação de Roberts para fundamentar seus argumentos: “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas atividades que previamente consideravam como

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública. Brasília, 2017.

centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007)²⁷.

O Redator, ainda, argumentou que “a cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento estando em conformidade com o preceituado nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição Brasileira”, argumentou ainda que “a perda da eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores, não importando precarização às condições dos trabalhadores”²⁸.

Ainda, segundo o Ministro Luiz Fux “a Administração Pública tem o dever de eficiência e de empregar as soluções de mercado adequadas à prática de serviços de excelência à população”, bem como, que “a inadimplência dos encargos trabalhistas referentes ao contrato de terceirização não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”²⁹.

Dessa forma, o entendimento, conforme tese firmada pelo do Supremo Tribunal Federal, é 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 art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93”³⁰.

6. A Responsabilidade da Administração Pública

A responsabilidade da Administração Pública na contratação de empresa para a prestação de serviço tem como escopo garantir o recolhimento de tributos e contribuições devidos pelas empresas prestadoras de serviços, bem como, garantir uma reserva financeira com o objeto de resguardar os direitos trabalhistas decorrentes do contrato.

Essa responsabilidade da administração decorre do ordenamento jurídico e consiste em reter e recolher os tributos e contribuições devidos pela empresa prestadora de serviço, bem como, reter e depositar em Conta-Depósito Vinculada bloqueada para movimentação em nome da empresa contratada as verbas necessárias para o adimplemento dos encargos trabalhistas, ainda, fiscalizar a prestação de serviço verificando regularmente a

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública. Brasília, 2017.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

regularidade fiscal e trabalhista da empresa, bem como, se todos os direitos dos empregados estão sendo respeitados³¹.

Nesse sentido dispõe o Parágrafo 7º do artigo 150 Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 128 do Código tributário Nacional:

“§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

Ainda consubstanciando as afirmações supra dispõe o artigo 71, Parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666 de 1993, bem como o Parágrafo 1º do artigo 64 da Lei Federal nº 9.430 de 1996:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

(...)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

“Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pela fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social

³¹ Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos. Direitos e Responsabilidades das Partes. Pág.740.

sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.”

Segundo decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, “o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas”³².

Ainda no referido Recurso Extraordinário fixou-se a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”³³.

A responsabilidade da Administração Pública, solidária no caso dos tributos e contribuições – nos termos do § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993, e do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991 –, dar-se-á, se o ente público não proceder a retenção e recolhimento dos tributos e das contribuições no ato do pagamento da fatura de prestação de serviço, tendo, nesse caso, de arcar com o pagamento dos tributos e contribuições devidos pela empresa prestadora de serviço. E subsidiária relativa às verbas trabalhistas e dar-se-á em caso de inadimplemento das obrigações pela empresa prestadora de serviço e decorrerá de “*culpa in eligendo*” e/ou “*culpa in vigilando*”³⁴.

Ressalta-se que o Parágrafo 7º do artigo 10 da Lei nº 13.429 de 2017 dispõe que o contratante de serviço é responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas apenas do período da prestação do serviço:

“§7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública. Brasília, 2017.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário 760.931 Distrito Federal. Plenário.

³⁴ Idem.

trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

Nesse sentido, com o escopo de se resguardar e evitar toda e qualquer responsabilização, a Administração Pública utiliza-se de meios como a retenção e o recolhimento dos tributos e contribuições devidos pela empresa, e o depósito em Conta-Depósito Vinculada dos valores retidos para adimplir as verbas trabalhistas. Essas retenções dar-se-ão no ato do pagamento da fatura de prestação de serviço apresentada pela empresa de terceirização.

Nesse sentido, na figura de tomador de serviço, o ente público tem o dever de recolher antecipadamente os tributos devidos, bem como, fiscalizar se as empresas prestadoras de serviço mantêm situação de regularidade fiscal e trabalhista. Ainda, utiliza-se de meios para garantir os direitos trabalhistas dos colaboradores alocados na execução do contrato de terceirização de serviço³⁵.

Outra forma de garantir os direitos dos empregados alocados na execução contratual e afastar a responsabilização de obrigações tributárias e trabalhistas inadimplidas é a efetiva fiscalização da execução contratual verificando se a empresa contratada cumpriu todas as obrigações trabalhistas, sociais e previdenciárias e por meio de consulta ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), verificando se a empresa goza de regularidade fiscal e trabalhista³⁶.

Ainda, a fiscalização contratual poderá solicitar da contratada a comprovação do recolhimento de tributos e contribuições, bem como o efetivo depósito do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço em Conta Vinculada em nome dos empregados³⁷.

Dessa sorte, os tributos devidos pelas empresas prestadoras de serviço que contratam com a Administração Pública são recolhidos regularmente durante a execução contratual pelo ente público tomador do serviço, bem como, procede a abertura de Conta-Depósito Vinculada bloqueada para movimentação em nome da empresa contratada para depositar valores decorrentes do contrato reservados para o adimplemento das obrigações

³⁵ Manual de Gestão e de Fiscalização de Contratos de Serviços Terceirizados da Enap. Brasília, 2018. Pág. 11.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

trabalhista decorrentes do contrato, evitando, assim, que venha a ser responsabilizada pelas referidas verbas em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviços³⁸.

7. Análise de Caso Concreto

Em recente caso ocorrido no ano de 2017 no âmbito da Administração Federal, no qual o ente público tomador de serviços terceirizados foi instado a rescindir o contrato de prestação de serviço por descumprimento de cláusulas contratuais por parte da empresa contratada, sendo configurado por atraso e inadimplência de verbas trabalhistas, sociais e previdenciárias, entre outras, quais sejam: a) atraso no pagamento da remuneração dos empregados; suspensão do plano de saúde; c) atraso no pagamento de férias.

Em virtude desses inadimplementos os funcionários da empresa contratada recorreram ao judiciário para ver seus direitos garantidos, gerando em torno de 50 (cinquenta) Processos de Reclamação Trabalhista no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Justiça Trabalhista do Distrito Federal, nas quais o ente público figurou no polo passivo como responsável subsidiário.

Os processos analisados são as Reclamações Trabalhistas relacionadas abaixo, nas quais o Banco Central do Brasil compôs o polo passivo juntamente com a empresa Servisan Vigilância e Transporte de Valores Ltda.: RT nº 0000916-28.2017.5.10.0004; RT nº 000974-22.2017.5.10.0007; RT nº 0001071-16.2017.5.10.0009; RT nº 0000979-44.2017.5.10.0007; RT nº 0001032-13.2017.5.10.0011; RT nº 0001123-33.2017.5.10.0002; RT nº 0001135-02.2017.5.10.0017; RT nº 0001030-43.2017.5.10.0011; RT nº 0001034-80.2017.5.10.0011; RT nº 0001036-50.2017.5.10.0011; RT nº 0001265-86.2017.5.10.0018; RT nº 0001035-65.2017.5.10.0011; RT nº 0001016-65.2017.5.10.0009; RT nº 0000896-43.2017.5.10.0002; RT nº 0001019-20.2017.5.10.0009; RT nº 0001299-94.2017.5.10.0007; RT nº 0001021-87.2017.5.10.0009; RT nº 0001211-20.2017.5.10.0019; RT nº 0001211-17.2017.5.10.0020; RT nº 0001248-38.2017.5.10.0022; RT nº 0001298-97.2017.5.10.0011; RT nº 0001017-50.2017.5.10.0009; RT nº 0001031-28.2017.5.10.0011; RT nº 0001033-95.2017.5.10.0011; RT nº 0001224-55.2017.5.10.0007; RT nº 0000941-90.2017.5.10.0020; RT nº 0001331-60.2017.5.10.0020; RT nº 0001338-91.2017.5.10.0007; RT nº 0001348-17.2017.5.10.0014; RT nº 0001264-07.2017.5.10.0017; RT nº 0001535-13.2017.5.10.0018; RT nº 0001441-04.2017.5.10.0006; RT nº 0001356-88.2017.5.10.0015; RT nº 0001578-

³⁸ Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 05/2017.

92.2017.5.10.0003; RT nº 0001018-35.2017.5.10.0009; RT nº 0001020-05.2017.5.10.0009; RT nº 0001234-87.2017.5.10.0011; RT nº 0001296-30.2017.5.10.0011; RT nº 0001569-09.2017.5.10.0011; RT nº 0001318-85.2017.5.10.0012; RT nº 0001541-44.2017.5.10.0010; RT nº 0001481-38.2017.5.10.0021; RT nº 0001530-82.2017.5.10.0020; RT nº 0000085-52.2018.5.10.0001; RT nº 0000251-57.2018.5.10.0010; RT nº 0000166-86.2018.5.10.0005; e RT nº- 0000320-16.2018.5.10.0002

A principal, alegação dos reclamantes quanto ao ente público foi a que a fiscalização da execução contratual não atuou efetivamente permitindo que a empresa deixasse de adimplir as obrigações.

Após as partes apresentarem suas alegações, tendo o Banco Central do Brasil apresentado sua Contestação, e os juízos proferido suas decisões em primeira instância, restou como resultado das demandas que em 32 ações o ente público foi absolvido, sendo afastada a responsabilidade subsidiária, em 11 ações o ente público foi considerado responsável subsidiário pelas verbas trabalhistas e sociais e nas demais Reclamações Trabalhistas o juízo ainda não havia proferido a sentença.

Em segunda instância os processos já decididos são em número muito reduzido, contudo, verificou-se que as decisões haviam se mantido, com apenas uma exceção, na qual a sentença foi reformada para responsabilizar o ente público pelas verbas inadimplidas.

Dessa forma, verifica-se que na grande maioria das ações o juízo entendeu que o ente público não agiu culposamente no cumprimento das obrigações da Lei Federal nº 8.666/1993, especialmente atuando efetivamente na fiscalização e afastou a responsabilidade subsidiária do ente público, conforme preceituado no Parágrafo 1º do Artigo 71 da lei nº 8.666 de 1993 e na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciando o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931.

8. Conclusão

A responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviço alcança duas vertentes, podendo ser solidária ou subsidiária: a primeira refere-se a obrigação de reter e recolher os tributos e contribuições, decorrentes do contrato de prestação de serviço firmado com a empresa de terceirização, no ato do pagamento da fatura sobre seu valor bruto; a segunda decorre da efetiva fiscalização da execução contratual, que consiste na

verificação do cumprimento das obrigações contratuais por parte da empresa, como por exemplo constatação do cumprimento das obrigações trabalhista, sociais e previdenciárias e a verificação a regularidade fiscal e trabalhista da empresa contratada.

A responsabilidade solidária da Administração Pública decorre de imposição dos normativos vigentes – nos termos do § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993, e do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991. Além disso, cabe à Administração Pública efetivar a retenção e o recolhimento dos tributos e contribuições decorrentes da fatura do serviço prestado, e caso o ente público não proceda com a retenção e o devido recolhimento, poderá ser obrigada a arcar com o pagamento dos tributos e contribuições devidos.

Contudo, essa é uma possibilidade praticamente inexistente, já que o ente público procede a retenção e o recolhimento das obrigações tributárias regularmente durante a execução do contrato de prestação de serviço quando do pagamento da fatura apresentada pela empresa para receber os serviços prestados, bem como, por meio da fiscalização da execução contratual, verifica se as demais obrigações foram adimplidas e caso isso não tenha ocorrido, o ente público, por meio da Gestão/Fiscalização contratual, procede com a glosa na fatura no valor equivalente ao da obrigação não adimplida até a efetiva comprovação do cumprimento da obrigação pela empresa contratada. A Glosa consiste na retenção do valor da obrigação a ser comprovada, até a efetiva comprovação.

Na segunda vertente, surge a responsabilidade subsidiária da Administração Pública relativa às verbas trabalhistas em caso de inadimplemento por parte da empresa prestadora de serviço contratada.

Essa responsabilização também decorre do ordenamento jurídico e ocorre em caso de inadimplemento das referidas verbas pela empresa prestadora de serviço junto aos seus empregados, devendo ainda, ficar provado que o ente público falhou no dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, conforme preceituado no §1º do art. 71 da Lei nº 8.666 de 1993 e no enunciado da Súmula nº 331 do TST.

O entendimento foi pacificado com o julgamento pelo STF do RE 760.931, tendo fixado a tese de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Para garantir o adimplemento das verbas trabalhistas decorrentes do contrato, a Administração Pública impõe às empresas, quando da contratação, a abertura de uma Conta-Depósito Vinculada, bloqueada para movimentação, para depositar os valores retidos com o escopo de garantir o adimplemento das referidas obrigações trabalhistas, sociais e previdenciárias na ocasião dos eventos ensejadores.

Dessa forma, sendo o ente público cioso em suas obrigações relativas as responsabilidades com tributos e verbas trabalhista, procedendo as referidas retenções e destinação adequada, recolhimento dos tributos e depósito em Conta-Depósito Vinculada dos valores para adimplir os créditos trabalhistas, e por meio da fiscalização contratual, verificando a regularidade fiscal e trabalhista da empresa com a apresentação das certidões, a Administração Pública dificilmente sofrerá responsabilização futura em decorrência do contrato.

Com a efetiva atuação da fiscalização contratual fica garantido o efetivo recolhimento dos tributos e contribuições devidos e, ainda, garantidos os direitos trabalhistas, sociais e previdenciários dos trabalhadores alocados na execução do serviço contratado.

Não obstante, conforme verifica-se pela análise do caso concreto, ainda que o ente público comprove o efetivo e acompanhamento e fiscalização da execução contratual, têm magistrados entendendo, em detrimento dos normativos vigentes e do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 760.931, que a Administração Pública é responsável pelas obrigações não adimplidas pela empresa contratada junto aos seus empregados.

Referências

- AGILE CONTABILIDADE ONLINE. Retenção na fonte: Como funciona? Disponível em: <https://suporte.agilize.com.br/hc/pt-br/articles/204799855-Reten%C3%A7%C3%A3o-na-fonte-Como-funciona->. Acesso em 02.09.2019, as 10h30min.
- AIRES, Juliana de Assis. Responsabilidade da Administração Pública nos Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados. Disponível em: http://www.portaltributario.com.br/guia/pis_retencao.html. Acesso em 19.04.2018, as 15h55.
- Bernhoeft. O tomador de Serviços responde por tributos incidentes sobre a terceirização? Disponível em <https://www.bernhoeft.com.br/blog/tributos-incidentes-sobre-terceirizacao/>. Acesso em 26.04.2018, as 7h30min.
- CARAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 28ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda constitucional nº 68/2011. Malheiros Editores. São Paulo, 2012.
- CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VANTAGENS, DESVANTAGENS E AMEAÇAS AO REGIME JURÍDICO DAS RELAÇÕES DO TRABALHO. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313780184_A_Terceirizacao_Na_Administracao_Publica_Vantagens_Desvantagens_E_Ameacas_Ao_Regime_Juridico_Das_Relacoes_Do_Trabalho. Acesso em 05.07.2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15ª edição. LTR Editora. São Paulo, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 8ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011.
- FARIAS, Fernando Maués de. A terceirização no Serviço Público. Banco Central do Brasil. FIA/USP. São Paulo, 1994.
- FERRAZ, Luciano. A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. Revista Consultor Jurídico, 31.01.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf>. Acesso em 21.07.2019, as 10h30min.

- GERHARDT, Tatiana Engel e SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de Pesquisa. Editora UFRGS. 1ª edição, Rio Grande do Sul, 2009.
- GOMES, Elaine Cristina. Terceirização de Serviços na Administração Pública. A responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empregador em face dos empregados nos contratos de terceirização. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2256>. Acesso em: 07.09.2019, as 18h00min.
- HAYASHI, Renato e Diva de Araújo Valentim. A responsabilidade da administração pública nos contratos de terceirização: uma evolução necessária. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72662/a-responsabilidade-da-administracao-publica-nos-contratos-de-terceirizacao-uma-evolucao-necessaria>. Acesso em 06/07/2019, as 18h45min.
- JANCZESKI, Célio Armando. A RESPONSABILIDADE NO CASO DE NÃO RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. Em 26.6.2019. Disponível em: http://www.editoramagister.com/artigo_22811622_A_RESPONSABILIDADE_NO_CASO_DE_NAO_RETENCAO_DE_IMPOSTO_DE_RENDA.aspx. Acesso em: 15.06.2019, as 14h00min.
- LAURENTINO, Maria Ângela Furtado. A Responsabilidade Pública nos Contratos de terceirização. Atame Pós-Graduação e Cursos. Brasília, 2010.
- Lei de licitações e Contratos Administrativos – Incluindo Legislação Complementar Correlata. 37ª edição, revisada, atualizada e ampliada, Zênite. Curitiba, 2017.
- Manual de Gestão e de Fiscalização de Contratos de Serviços Terceirizados da Enap. Brasília, 2018. Pág. 11. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3130/1/manual_de_gest%C3%A3o_terceirizados_da_enap.pdf. Acesso em: 30.05.2019, as 09h00min.
- Manuais de Legislação Atlas. Licitações e Contratos da Administração Pública – 13ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2008.
- Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Caderno de Logística Conta Vinculada. 2018. Disponível em https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NqxDXqpNfjgJ:https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/caderno_logistica_conta_vinculada-FINAL---01-03-2018.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab. Acesso em 25.4.2018, as 11h28min.

- Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 05 de 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.Compras.governamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>. Acesso em 04.05.2019, as 16h40min.
- MOTA, Karine Alves Gonçalves e DA SILVA, Tainá Belo Paz. A terceirização trabalhista no serviço público. 2017. Em 11.07.2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61850/a-terceirizacao-trabalhista-no-servico-publico>. Acesso em: 20.07.2019, as 09h00min.
- Retenção de Tributos Pelos Órgãos Públicos. Disponível em: http://www.portaltributario.com.br/guia/pis_retencao.html. Acesso em 12.04.2018, as 09h00min.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. LTR Editora. São Paulo, 2001.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>. Acesso: em 26.04.2018, as 14h11min.
- Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 29.07.2019, as 20h00min.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário 760.931 Distrito Federal. Repercussão Geral. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=760931&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 26.04.2018, as 14h39min.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. Processo n. 0000619-43.2014.5.06.0002, Segunda Vara do Trabalho de Recife. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308290901&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 08.09.2019, as 09h00min.
- THIBES, Vanderlei Arraes. Serviços Prestados Pessoa Jurídica - Retenções de Impostos. Disponível em: <http://www.contabeis.com.br/artigos/738/servicos-prestados-pessoa-juridica-retencoes-de-impostos/>. Acesso em: 25.04.2018, as 14h17min.

- Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. Direitos e Responsabilidades das Partes. 4ª edição revista, ampliada e atualizada, Brasília, 2010.