



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

Memorando-Circular Nº 001/2009/CONSU/PGF/AGU

Brasília, 29 de setembro de 2009.

Aos órgãos de execução da PGF que atuam no exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos junto às autarquias e fundações públicas federais:


Assunto: Contratos de terceirização. Fiscalização. Orientação da Administração.

1. Por ordem do Senhor Procurador-Geral Federal, reitera-se, com esteio na Nota Técnica anexa, a necessidade de contínua orientação das autarquias e fundações públicas federais a:

a) fiscalizar ativamente os contratos de terceirização, em fiel cumprimento aos artigos 58, III e IV, e 67, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666, de 1993, c/c Itens 1 a 4 do Anexo IV da Instrução Normativa MPOG Nº 2, de 2008;

b) comunicar imediatamente à Procuradoria, para adoção das medidas cabíveis (itens 16 a 20 da Nota Técnica anexa), quando a diligente fiscalização mensal do contrato evidenciar o inadimplemento, pelo contratado, de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e/ou comerciais.

Atenciosamente,


ANTÔNIO CARLOS SOARES MARTINS
Adjunto de Consultoria



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

67

40

PROCESSOS Nº 00424.005891/2009-56 (PRINCIPAL) E Nº 00424.007241/2009-45 (APENSO)
INTERESSADO(S): NÚCLEO TRABALHISTA DA COORDENAÇÃO DE MATÉRIA
ADMINISTRATIVA DA PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Aprovo.

Brasília, 16 / 09 / 09

Marcelo de Siqueira Freitas
Procurador-Geral Federal

EMENTA: CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331, IV, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO/TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS TRABALHISTAS. ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666, DE 1993. INEXISTÊNCIA. ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA MINORAR OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DO CITADO VERBETE SUMULAR PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. ATIVA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO PELAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS. ORIENTAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MEMORANDO-CIRCULAR.

NOTA TÉCNICA Nº 229/AACF/PGE/AGU/2009

1. Versam os autos sobre proposta do Núcleo Trabalhista da Coordenação de Matéria Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 1ª Região/PRF – 1ª Região, no sentido de que as Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas federais orientem as respectivas entidades a adotar uma postura mais ativa no que tange à fiscalização dos contratos de terceirização, referente ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas (fls. 1/4).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

41

9

2. Tal medida é sugerida ante o entendimento objeto da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho/TST, que atribui aos órgãos da Administração Pública a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas não pagas pela empresa contratada. Conseqüentemente, aduz-se que "... as autarquias e fundações públicas federais são condenadas em quase 100% dos casos em que há condenação do devedor principal." – fl. 1.
3. Ante esse quadro, sustenta-se a "... necessidade de se envidar esforços para se alcançar êxito na defesa das autarquias e fundações públicas federais nestes casos, tendo em vista a possibilidade de não se conseguir recuperar, regressivamente, os valores eventualmente despendidos, em virtude da falência ou desaparecimento das empresas terceirizadas e de seus administradores/sócios ..." – fl. 1.
4. Argumenta-se, outrossim, que a fiscalização diligente do cumprimento da legislação trabalhista pela empresa contratada, aliada à demonstração da regularidade do respectivo procedimento licitatório, pode contribuir para a obtenção de provimento jurisdicional reconhecendo a inexistência de responsabilidade subsidiária do ente público, por ausência de culpa *in eligendo* e de culpa *in vigilando*, conforme precedente da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – fls. 1/4.
5. Os autos foram remetidos inicialmente à Adjuntoria de Contencioso/PGF, que os encaminhou a esta Adjuntoria de Consultoria/PGF, por tratarem os autos de proposta afeta às atividades de consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações públicas federais (fls. 6/14).
6. É o relatório.
7. O art. 71, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que:

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



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

42

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)

§ 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. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.032, DE 1995)
(GRIFOS NOSSOS)

8. Como visto, a Lei nº 8.666, de 1993, visando resguardar o interesse público, prevê expressamente que não há responsabilidade (quer subsidiária, quer solidária) dos entes públicos na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais pelo contratado (empregador), havendo disposição de responsabilidade (solidária) da Administração (tomadora dos serviços) apenas no pagamento dos encargos previdenciários, em caso de inadimplemento pelo contratado.

9. Não obstante a clareza do dispositivo legal, a Justiça do Trabalho, procurando tutelar os interesses dos trabalhadores, em detrimento do interesse público, possui entendimento pacífico no sentido de que:

SÚMULA 331, IV, DO TST:

O INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS, POR PARTE DO EMPREGADOR, IMPLICA A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS, QUANTO ÀQUELAS OBRIGAÇÕES, INCLUSIVE QUANTO AOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, DAS AUTARQUIAS, DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS, DAS EMPRESAS PÚBLICAS E DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, DESDE QUE HAJAM PARTICIPADO DA RELAÇÃO PROCESSUAL E CONSTEM TAMBÉM DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (ART. 71 DA LEI Nº 8.666, DE 21.06.1993)."

10. Nesse quadro e pontuando-se que o precedente mencionado (TRT – 10ª Região) pelo Núcleo Trabalhista da Coordenação de Matéria Administrativa da PRF – 1ª Região constitui decisão isolada, representativo de entendimento sobremodo minoritário nas Cortes Trabalhistas, verifica-se a dificuldade de se proceder a defesa judicial dos entes públicos federais quando acionados, perante a Justiça laboral, para assumir, subsidiariamente, a responsabilidade pelo pagamento dos direitos trabalhistas não honrados pela empresa contratada.

3



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

43

11. Evidencia-se, assim, a pertinência da preocupação externada no presente expediente, de se minorar os prejuízos decorrentes da aplicação do entendimento adotado pela Justiça do Trabalho mediante diligente fiscalização dos contratos de prestação de serviços (terceirização) pelas autarquias e fundações públicas federais, exigindo-se das empresas contratadas a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas.

12. Acerca da fiscalização dos contratos administrativos pela Administração, assim preconizam os artigos 58, III e IV, e 67, §§ 1º e 2º, ambos da Lei n° 8.666, de 1993:

ART. 58. O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS INSTITUÍDO POR ESTA LEI CONFERE À ADMINISTRAÇÃO, EM RELAÇÃO A ELES, A PRERROGATIVA DE:

I - *omissis*;

II - *omissis*;

III - FISCALIZAR-LHES A EXECUÇÃO;

IV - APLICAR SANÇÕES MOTIVADAS PELA INEXECUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO AJUSTE;

(...)

ART. 67. A EXECUÇÃO DO CONTRATO DEVERÁ SER ACOMPANHADA E FISCALIZADA POR UM REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO ESPECIALMENTE DESIGNADO, PERMITIDA A CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS PARA ASSISTI-LO E SUBSIDIÁ-LO DE INFORMAÇÕES PERTINENTES A ESSA ATRIBUIÇÃO.

§ 1º O REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO ANOTARÁ EM REGISTRO PRÓPRIO TODAS AS OCORRÊNCIAS RELACIONADAS COM A EXECUÇÃO DO CONTRATO, DETERMINANDO O QUE FOR NECESSÁRIO À REGULARIZAÇÃO DAS FALTAS OU DEFEITOS OBSERVADOS.

§ 2º AS DECISÕES E PROVIDÊNCIAS QUE ULTRAPASSAREM A COMPETÊNCIA DO REPRESENTANTE DEVERÃO SER SOLICITADAS A SEUS SUPERIORES EM TEMPO HÁBIL PARA A ADOÇÃO DAS MEDIDAS CONVENIENTES.

13. Na Administração Pública Federal, a fiscalização dos contratos de terceirização deve observar as diretrizes fixadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG da Instrução Normativa N° 2, de 30 de abril de 2008, Anexo IV (*vide* fls. 29v./30v. do Processo Administrativo apenso N° 00424.007241/2009-45). Tal normatização determina que a fiscalização mensal, a se dar antes do pagamento da fatura, deverá compreender as seguintes medidas:

a) exigir comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados;

4



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

44

- b) retenção da contribuição previdenciária (11% do valor da fatura) e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço;
- c) exigir da empresa os recolhimentos do FGTS;
- d) exigir da empresa os recolhimentos das contribuições ao INSS;
- e) consultar a situação da empresa junto ao SICAF;
- f) exigir Certidão Negativa de Débito junto ao INSS (CND), a Certidão Negativa de Débitos de tributos e Contribuições Federais e o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF), sempre que expire o prazo de validade.

14. Mencione-se, ainda, a existência de medidas objeto de fiscalização diária, relativas à regular e efetiva prestação dos serviços contratados, devendo eventuais solicitações, reclamações ou cobranças ser dirigidas ao empregador, evitando-se ordens diretas aos empregados terceirizados (fls. 30v. do Processo Administrativo apenso N° 00424.007241/2009-45).

15. Há de se reconhecer que a matéria relativa à fiscalização dos contratos de terceirização encontra-se satisfatoriamente regulamentada, cabendo aos órgãos da Administração Pública Federal a sua fiel observância, na medida em que viabiliza, inequivocamente, o conhecimento incontinenti de eventual descumprimento de obrigações contratuais e/ou legais pelo empregador/contratado.

16. Em caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa contratada, as medidas pertinentes devem ser adotadas, dentre elas a aplicação de multa prevista no contrato, descontada da garantia exigida, ou até mesmo a rescisão do contrato, unilateralmente pela Administração, com retenção dos créditos decorrentes do ajuste, conforme o caso, sempre por meio de regular processo administrativo (artigos 78, I, II, VII e VIII, 79, I, 80, III e IV, e 86 a 88, todos da Lei n° 8.666, de 1993).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

45

17. Há hipóteses em que se apresenta prudente e, por vezes, necessária, a proposição de medidas judiciais para resguardar os interesses da Fazenda Pública, inclusive, consoante sugerido à fls. 3/4, no que tange ao bloqueio judicial dos créditos por ventura existentes ou à autorização judicial para quitação dos encargos trabalhistas diretamente aos empregados da empresa contratada.
18. A depender do caso concreto, vislumbramos ainda a possibilidade de pagamento da fatura na via judicial mediante ação de consignação em pagamento, com ciência da medida ao Ministério Público do Trabalho, colocando-se, assim, os valores à disposição da Justiça Trabalhista para que pague, em sede de ação individual ou coletiva, os salários dos trabalhadores, liberando ao contratado/empregador o saldo remanescente, se houver.
19. Para tanto, as Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas, responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, devem manter estreito contato com as Procuradorias detentoras da representação judicial das respectivas entidades, a depender do caso (Procuradoria Regional Federal, Procuradoria Federal no Estado ou Procuradoria Seccional Federal).
20. As medidas judiciais exemplificativamente mencionadas nos itens anteriores não dispensam a necessidade de se analisar de forma acurada, caso a caso, quais as mais adequadas a serem adotadas, nem prevalecem sobre eventual orientação expedida acerca da matéria pela Adjuntoria de Contencioso/PGF, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 2º, § 2º, inciso I, da Portaria PGF Nº 530, de 13 de julho de 2007.
21. Outra possibilidade consiste na atuação extrajudicial da Procuradoria Federal junto à entidade, conjuntamente com o Ministério Público do Trabalho, objetivando a assinatura de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta-TAC pelo empregador, assegurando-se, assim, o pagamento dos encargos trabalhistas devidos pelo contratado aos empregados terceirizados.
22. Com a ativa fiscalização dos contratos de terceirização e a adoção das medidas administrativas, extrajudiciais e judiciais adequadas em cada caso, garante-se o pagamento dos

(1)

6



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

46
A

encargos trabalhistas pelo contratato e evita-se a responsabilização subsidiária do ente público com base na Súmula 331, IV, do TST.

23. Sobre a necessidade de se expedir uma orientação a respeito da fiscalização dos contratos de terceirização, é oportuno registrar que as Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas federais, órgãos de execução da PGF responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dessas entidades, demonstram, de modo geral, conhecimento de tal normatização, de modo que têm orientado a Administração no cumprimento das normas inerentes à fiscalização dos contratos de terceirização.
24. Contudo, conforme relatado à fl. 1, há ainda significativa demanda judicial na Justiça do Trabalho com pretensão de responsabilidade subsidiária das autarquias e fundações públicas federais, o que certamente se verifica em todo país, em maior ou menor grau, evidenciando que o tema merece contínua atenção.
25. A proposta de fls. 1/4 apresenta-se razoável e pode surtir efeitos positivos, notadamente nas entidades em que a fiscalização dos contratos de terceirização, diária e mensal, não esteja ocorrendo de modo satisfatório. Destarte, a sua adoção contribuirá, outrossim, para maior uniformidade no cumprimento das prefaladas normas pelas autarquias e fundações públicas federais.
26. Por fim, enfatize-se que tais medidas visam a minorar os efeitos da aplicação da Súmula 331, IV, do TST pelos juízes e tribunais trabalhistas, ou seja, reduzir os prejuízos decorrentes de sua aplicação, não significando, em absoluto, anuência ao posicionamento do TST acerca da matéria.
27. A propósito, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade/ADC Nº 16/DF, pendente de julgamento, na qual se busca a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. Não obstante a ADC Nº 16/DF tenha sido proposta pelo Governador do Distrito Federal, nela se sustenta tese jurídica de interesse de toda a Fazenda Pública, ensejando inúmeros pedidos de inclusão no feito, na condição de *Amicus*

ⓐ

— A 7



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

47
9

Curiae, formulados por Estados e Municípios, bem como pela União, cuja petição foi protocolada pela Advocacia-Geral da União/AGU em 25 de abril de 2007.

28. Nesse passo, na defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais, deverá ser sustentada a tese até aqui adotada pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral Federal, em suma, no sentido de que não há responsabilidade da Administração Pública em casos de inadimplemento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais pelo contratado, consoante expressa e cristalina mente estatuído no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993.

CONCLUSÃO:

29. Diante do exposto, opino:

a) pelo acolhimento da proposta que repousa às fls. 1/4 deste Processo Administrativo Nº 00424.005891/2009-56 e às fls. 2/9 do Processo Administrativo apenso Nº 00424.007241/2009-45 e, conseqüentemente, pela expedição de memorando-circular pela Adjuntoria de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal/PGF, endereçado aos órgãos de execução da PGF que atuam no exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos junto às autarquias e fundações públicas federais, reiterando a necessidade de contínua orientação das respectivas entidades a:

a.1.) fiscalizar ativamente os contratos de terceirização, em fiel cumprimento aos artigos 58, III e IV, e 67, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c Itens 1 a 4 do Anexo IV da Instrução Normativa MPOG Nº 2, de 2008;

a.2.) comunicar imediatamente à Procuradoria, para adoção das medidas cabíveis (itens 16 a 20), quando a diligente fiscalização mensal do contrato evidenciar o inadimplemento, pelo contratado, de encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e/ou comerciais;

Q



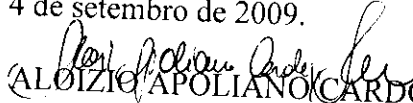
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
ADJUNTORIA DE CONSULTORIA

48
7

b) pela comunicação à Adjuntoria de Contencioso/PGF, em atendimento ao solicitado no item 7 do despacho de fls. 12/13, acerca da conclusão do presente pronunciamento, para o fim ali colimado, a saber, orientação dos órgãos de execução da PGF que realizam a defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais no sentido de que utilizem os elementos de fato e de direito decorrentes da fiscalização ativa dos contratos de terceirização pelas referidas entidades, nas causas trabalhistas em que houver a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração (Súmula 331, IV, do TST), bem como para, se assim entender, expedir orientação acerca das medidas judiciais de que tratam os itens 17 a 20 (artigo 2º, § 2º, inciso I, da Portaria PGF Nº 530, de 13 de julho de 2007).

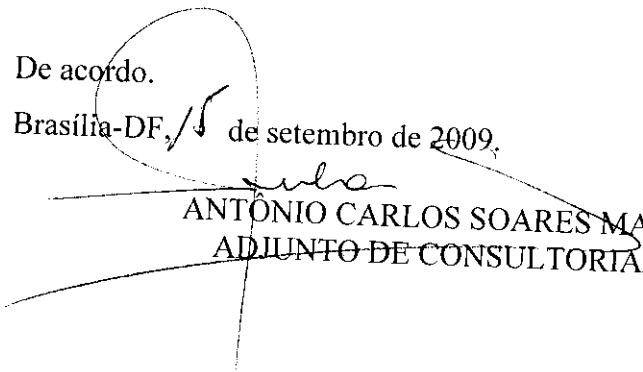
À superior consideração.

Brasília-DF, 4 de setembro de 2009.


ALOIZIO APOLIANO CARDOZO FILHO
Procurador Federal – Mat. 1436974

De acordo.

Brasília-DF, 15 de setembro de 2009.


ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
ADJUNTO DE CONSULTORIA/PGF