

SAD N° 5138/16



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO GERAL DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

PARECER n. 00108/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.006430/2016-61

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO - SPOA/MINC

ASSUNTOS: Ausência de pagamento pela empresa Saturny Administração e Limpeza Ltda. Possibilidade de pagamento direto na conta dos empregados terceirizados.

I – Parecer Jurídico. Direito Administrativo. Consulta da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração sobre a possibilidade de ser feito pagamento direto pela União (representada por este Ministério) aos empregados terceirizados (prestação de serviços de recepcionista e auxiliar operacional) da empresa Saturny Administração e Limpeza Ltda.

II - Possibilidade. Parecer 73/2013/DECOR/CGU/AGU. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 e Acórdão N° 1214/2013 – Plenário/TCU.

I – RELATÓRIO

1. Em cumprimento ao disposto no artigo 11, inciso VI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c com o artigo 38, parágrafo único da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por despacho da Srª Subsecretária de Planejamento, Orçamento e Administração desta pasta, à folha 89, vêm ao exame desta Consultoria Jurídica os autos do processo referido, solicitando consulta relacionada a possibilidade de ser feito pela União (representada por esta pasta) o pagamento direto aos empregados terceirizados da empresa Saturny Administração e Limpeza Ltda, prestadora de serviços terceirizados a este órgão, em decorrência da rescisão de contrato a ser efetivada com a referida empresa por inadimplemento contratual.

2. Os presentes autos, contendo 1 volume e 89 páginas, foram distribuídos a Advogada signatária, no dia 22.02.2016 encontrando-se instruídos com a documentação a seguir:

1. Nota Técnica N° 03/2016/COMAL/CGLOG/SPOA/SE/Minc, de 19 de fevereiro de 2016 (fls.

CONJUR/MINIC
EM BRANCO

- 01-02v);
2. Cópia do contrato de prestação de serviços terceirizados (recepcionista) N° 172/2014 celebrado com a empresa Saturny – Administração e Limpeza Ltda-ME (fls. 03-30);
 3. Cópia da autorização complementar ao Contrato N° 172/2014 (fl. 31);
 4. Cópia do extrato de Contrato N° 172/2014 publicado no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 2014 (fl. 32);
 5. Cópia do Termo Aditivo N° 001/2014 ao Contrato N° 172/2014 (fls. 33-33v);
 6. Cópia do extrato de Termo Aditivo publicado no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 2014 (fl. 34);
 7. Cópia do Termo Aditivo N° 002/2015 ao Contrato N° 172/2014 (fls. 35-38);
 8. Cópia do extrato de termo aditivo publicado no Diário Oficial da União em 15 de abril de 2015 (fl. 39);
 9. Cópia do Termo Aditivo N° 003/2015 ao Contrato N° 172/2014 (fls. 40-54);
 10. Cópia do extrato de termo aditivo publicado no Diário Oficial da União em 17 de novembro de 2015 (fl. 55);
 11. Cópia do Contrato de prestação de serviços terceirizados (Auxiliar Operacional) N° 165/2014 celebrado com a empresa Saturny – Administração e Limpeza Ltda-ME (fls. 56-69);
 12. Cópia do Termo Aditivo N° 001/2014 ao Contrato N° 165/2014 (fls. 70-71);
 13. Cópia do extrato de termo aditivo publicado no Diário Oficial da União em 10 de novembro de 2014 (fls. 72-74);
 14. Cópia do Termo de Apostilamento N° 002/2015 ao Contrato N° 165/2014 (fls. 75-83);
 15. Cópia do Termo Aditivo N° 002/2015 ao Contrato N° 165/2014 (fls. 84-86);
 16. Cópia do extrato de termo aditivo publicado no Diário Oficial da União em 07 de dezembro de 2015 (fl. 87);
 17. Termo de Autuação (fl. 88);
 18. Despacho N° 157/2016/SPOA/SE/MinC, de 19 de fevereiro de 2016 (fl. 89)

3. No que pertine à regularidade de formação do processo o artigo 22 da Lei nº 9.784/1991[1] dispõe que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

4. Destarte, no que pertine especificamente à licitação[2], bem como contratos/convênios e outros ajustes[3], fato é que o processo administrativo deve observar as normas que lhes são pertinentes[4].

5. Desse modo, recomenda-se que o Termo de Autuação seja inserido no início da instrução processual.

II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

6. De início, convém destacar que compete às Consultorias Jurídicas prestar

CONJURMIG
EM BRANCO

FIL 17
Madaia

consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, os quais estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

7. Esses limites à atividade deste órgão jurídico se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa e do disposto no Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União – AGU.

8. Além disso, entende-se que as manifestações das Consultorias Jurídicas são de natureza opinativa e, portanto, não são vinculantes para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa da exposta no parecer.

2.2 DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DIRETO AOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS

9. Do exposto na Nota Técnica Nº 03/2016/COMAL/CGLOG/SPOA/SE/MinC, conclui-se que não foi feito pela Saturny o pagamento do mês de fevereiro dos empregados terceirizados (receptionista e auxiliar operacional) que prestam serviços a este Ministério, mesmo tendo sido repassado o valor da fatura, conforme descrito no trecho transcrito abaixo (fl. 01v):

[...]

2. As notas fiscais de dezembro foram pagas, o que levaria a crer que a empresa honraria com seus compromissos. No entanto, os salários dos trabalhadores estão em atraso desde o quinto dia útil do mês de fevereiro.

[...]

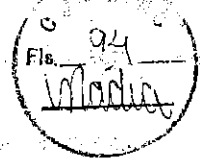
10. Pois bem, como já informado, o caso em apreço diz respeito à terceirização de serviços, que nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 31ª edição – 2005, página 264, considera que:

[...] Não há um conceito legal de terceirização. Na linguagem da administração empresarial ganhou corpo a palavra 'terceirização' para designar o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto por diversos centros de prestação de serviços e não mais de modo unificado numa só instituição.

[...]

11. Trazendo esse conceito para a terceirização de serviços públicos poderíamos dizer que ela se refere a uma descentralização de serviços considerados atividade-meio da Administração Pública para uma empresa privada, a qual os executará de forma finalística.

CONJURANCIA
EM BRANCO



12. Dessa definição, extrai-se que essa forma de prestação de serviço requer a existência de três agentes: 1º) o prestador de serviços, que é a empresa; 2º) o empregado, aquele que é contratado pelo prestador de serviços, para prestá-los ao tomador; e, 3º) o tomador de serviços.

13. Prosseguindo nessa análise tem-se a descrição do conceito de relação de emprego que pode ser considerada um trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador, materializada através de um contrato de trabalho, ou seja, é uma manifestação de vontade, que possui, ainda, como características a subordinação, a pessoalidade com relação ao empregado, a onerosidade e a continuidade.

14. Em relação aos requisitos acima citados podemos descrevê-los como:

- o subordinação – o empregado fica subordinado às ordens do empregador;
- o pessoalidade – os serviços devem ser prestados pessoalmente, assim, a prestação de serviços não poderá ser transferida a outrem, que não seja o empregado, sem o consentimento do empregador;
- o onerosidade – os serviços prestados pelo empregado devem ser remunerados por quem o contratou;
- o continuidade – os serviços não devem ser prestados de forma eventual.

15. Traçado esse panorama pode-se chegar à conclusão de que o empregado terceirizado não pode receber salário diretamente do tomador de serviço, até porque não firmou contrato com ele. Seu contrato (de trabalho) é com a empresa terceirizada. E por ela é que deve ser remunerado.

16. Se considerarmos o contrário, poder-se-ia chegar à conclusão de uma possível ocorrência de desvirtuando a contratação realizada por meio de terceirização de serviços, pois, a Administração paga para a empresa, posto que é com ela que possui vínculo jurídico obrigacional e a empresa, que possui contrato de trabalho firmado com seus empregados pagará a eles.

17. Essa situação se torna ainda mais latente no caso de terceirização de serviços na Administração Pública, visto que o art. 37, II, da Constituição da República veda a prestação de serviços públicos na atividade-fim dos órgãos/entidades públicas ou daqueles que façam parte de seus planos de cargos e salários, sem a realização de concurso público, logo, o pagamento direto realizado pela União “em tese” poderia ocasionar o desvirtuamento da terceirização de serviços na Administração Pública.[5]

18. Todavia, o problema pode ser resolvido e de fato o foi com a edição do art. 19-A, incisos I e IV da Instrução Normativa Nº 02, de 30 de abril de 2008[6], no qual o instrumento de mandato por parte da empresa à União (Ministério da Cultura) restou previsto por meio dos institutos da conta vinculada e da previsão de cláusula contratual específica no sentido de possibilitar à União fazer o pagamento diretamente aos empregados, lembrando que nenhuma fatura deverá ser liberada mais para que a Saturny faça o pagamento direto aos empregados.

CONJURANCIA
EM BRANCO

Fis. 15
 VÍCIO

19. Dessarte, importante consignar que o Parecer 73/2013/DECOR/CGU/AGU encampou a tese de que mesmo que não houvesse previsão no contrato de Cláusula específica autorizando o pagamento direto, o pagamento poderia ser feito diretamente aos empregados, preferencialmente, por meio de ajuizamento de ação judicial na justiça do trabalho, ou, em casos excepcionais, quando configurado risco para a integridade dos trabalhadores terceirizados (inadimplência reiterada, desaparecimento dos titulares da empresa interposta etc) sem a necessidade da mencionada apreciação judicial.

20. Deve-se lembrar, também, que a União tem responsabilidade subsidiária em relação à empresa (Enunciado de Súmula 331/TST), portanto, pode vir a responder judicialmente caso a empresa não cumpra com suas obrigações e seja configurada 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. Vista desse ângulo pode-se perceber que cabe à União adotar as medidas que venham a excluir essa responsabilidade e uma das formas é retendo, necessariamente, a fatura e possibilitando que o pagamento seja feito diretamente aos empregados, que já se encontram emocionalmente abalados por estarem sem receber sua remuneração.

21. Importante, ainda, ressaltar as conclusões esboçadas no Acórdão nº 1214/2013 – Plenário do Tribunal de Contas da União no seguinte sentido:

9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente; tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;

9.1.4 fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure o pagamento de:

9.1.4.1 prejuízos advindos do não cumprimento do contrato;

9.1.4.2 multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada;

9.1.4.3 prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;

9.1.4.4 obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada.

22. Portanto, tendo a Administração a documentação necessária (folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento) para realizar o pagamento diretamente aos empregados da empresa Saturny – Administração e Limpeza Ltda-ME verifica-se possível que o pagamento seja feito diretamente por meio desta pasta aos empregados da empresa contratada faltosa no que pertine às suas obrigações contratuais trabalhistas.

23. Por fim, tendo em vista a relevância cabe destacar trecho do Parecer 73/2013

CONFIRMING
EM BRANCO



/DECOR/CGU/AGU, no qual restou definido expressamente que:

[...]

A despeito da IN SLTI/MP nº 2/2008 indicar, no caput do art. 19-A, que se trata de uma faculdade, defendendo que, em razão de sua importância para elidir a responsabilidade subsidiária fundada no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, é imprescindível que todos os editais e contratos referentes à contratação dos serviços de mão-de-obra terceirizada pelos órgãos e entes da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional prevejam expressamente os institutos da conta vinculada e pagamento direto.

[...]

24. Ante o exposto, sugerimos a devolução dos autos à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para as providências cabíveis.

[1] Art. 22 da Lei nº 9.784/1999:

Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.”

[2] Art. 38 da Lei nº 8.666/1993:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

[3] ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 2, DE 1º DE ABRIL DE 2009

Texto Enunciado: “OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO.

[4] Observar a Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002 (no caso de órgãos integrantes do SISG) e Portaria Normativa MD nº1243/2006 (para os órgãos militares), que também dispõem sobre procedimentos gerais referentes à gestão de processos, sendo recomendável também que se verifique a existência de disciplina própria reguladora no âmbito do órgão assessorado.

[5] Instrução Normativa Nº 02, de 30 de abril de 2008:

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apóiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

CONJUR/MC
EM BRANCO

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta. (Renumerado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 2º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços, sendo vedada a utilização da contratação de serviços para a contratação de mão de obra, conforme dispõe o art. 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009).

[6] Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa;

[...]

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista na alínea "k" do inciso XIX do art. 19 desta Instrução Normativa;

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;

Brasília, 25 de fevereiro de 2016.

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA

ADVOGADA DA UNIÃO

COORDENADORA-GERAL DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS



Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400006430201661 e da chave de acesso d29cd505

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 6425579 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA. Data e Hora: 25-02-2016 19:23. Número de Série: 3457111354512309127. Emissor: AC CAIXA PF v2.

CONFIDENTIAL
EX-100