

RECEBIDO EM: 25/02/2021

APROVADO EM: 09/03/2021

**DETERMINAÇÕES DA JUSTIÇA DO
TRABALHO PARA REMESSA DE CRÉDITO
PERTENCENTE À EMPRESA CONTRATADA
PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O QUE
PODE SER CONSIDERADO CRÉDITO DA
EMPRESA PARA O CUMPRIMENTO DA
ORDEM?**

***LABOR JUSTICE DETERMINATIONS FOR REMITTANCE
OF CREDIT PERTAINING TO THE COMPANY HIRED
BY THE PUBLIC ADMINISTRATION: WHAT CAN
BE CONSIDERED A COMPANY'S CREDIT FOR THE
FULFILLMENT OF THE ORDER?***

Israel Telis da Rocha

Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento. MBA em Gestão Pública.

*Especialização em Direito Constitucional e Administrativo; Procurador Federal
- Advocacia-Geral da União e Professor Titular na Faculdade de Direito de Santo*

André - FADISA

SUMÁRIO: Introdução; 1 Obrigações da Administração Pública quando contrata empresas prestadoras de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra; 2 Análises para cumprimento das solicitações da Justiça do Trabalho; 3 Natureza do contrato administrativo e a exceptio non adimpleti contractus; 4 Crédito da empresa passível de ser colocado à disposição do Juízo trabalhista; Conclusão; Referências.

RESUMO: A Justiça do Trabalho, como forma de garantir o crédito dos reclamantes, tem expedido ofícios/mandados de penhora aos entes da Administração Pública, contratantes das empresas prestadoras de serviço, indagando sobre a existências de crédito a elas devido e, caso existam, a sua remessa à disposição do Juízo. Ocorre que há casos em que o reclamante não teve qualquer relação com a Administração que recebeu a ordem judicial, mostrando-se relevante identificar o que poderá ser considerado crédito da empresa, passível de remessa ao Juízo do Trabalho, sob pena de a Administração não ter como prover o pagamento dos empregados vinculados ao seu contrato e ser condenada subsidiariamente, resultando em prejuízo ao erário.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato Administrativo. Justiça do Trabalho. Responsabilidade Subsidiária. Conta Vinculada. Crédito da Empresa. Penhora.

ABSTRACT: The Labor Justice, as a way to guarantee the claimants' credit, have issued letters/writs orders of attachment to the Public Administration entities, contractors of the service companies, inquiring about the credit stocks due to them and, if any, their remittance at the Court's disposal. There are cases in which the claimant had no relation whatsoever with the Administration that received the judicial order, proving to be relevant the identification of what may be considered a company's credit, which may be remitted to the Labor Court, under penalty of the Administration not being able to provide payment to the employees bound to its contract and being condemned subsidiarily, resulting in damage to the public treasury.

KEYWORDS: Administrative Contract. Labor Justice. Subsidiary liability. Linked Account. Company Credit. Garnishment.

INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise sobre a atuação da Administração Pública diante das determinações da Justiça do Trabalho, para informar, reter e colocar à disposição do Juízo Trabalhista, créditos pertencentes às empresas contratadas, prestadoras de serviços.

Quando a Administração figura como responsável subsidiária no polo passivo da reclamação trabalhista, significa que o reclamante em algum momento esteve vinculado ao contrato celebrado com a empresa prestadora de serviço este contrato. Independentemente de ter havido falha na fiscalização do contrato a ensejar a sua responsabilização, compete à Administração Pública, em virtude dos mecanismos colocados à sua disposição, disponibilizar a quantia eventualmente determinada.

De outro lado, tem sido comum, como forma de garantir os direitos do trabalhador, que o Juízo do Trabalho officie todas as entidades, públicas e privadas, que tenham contrato com a reclamada, para que informe a existência de créditos pertencentes a ela e, se existente, promova a transferência para a conta judicial. Nestas situações, a Administração deve cercar-se de cuidado em como proceder, principalmente se constatar que o reclamante em nenhum momento esteve vinculado ao seu contrato.

Nesta hipótese, o problema que se apresente consiste em responder ao seguinte questionamento: O que pode ser considerado crédito da empresa, portanto, passível de ser disponibilizado ao juízo trabalhista quando a entidade oficiada não é responsável subsidiária?

Entes privados e contratantes destas empresas também podem ser oficiados para a mesma finalidade, qual seja, colocar à disposição da Justiça do Trabalho os eventuais créditos da empresa contratada. Contudo, o presente estudo é feito apenas sob a ótica da Administração Pública, considerando os mecanismos colocados à sua disposição e o interesse público que envolve a questão.

Para responder ao questionamento, utiliza-se como metodologia a análise das obrigações da Administração Pública tomadora de serviços diante da legislação e atos normativos que regulam a matéria, sem deixar de considerar as consequências caso não sejam observadas.

1. OBRIGAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANDO CONTRATA EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

A Administração Pública, para a consecução das atividades administrativas, necessita de serviços que vão além daqueles inerentes à atividade estatal. Serviços de limpeza, vigilância, portaria, motorista, entre outros, são necessários, porém não fazem parte das suas atividades finalísticas.

Em um Estado, cuja ordem econômica e financeira se funda em princípios como a livre iniciativa e valorização do trabalho humano, não se mostra razoável a criação ou a manutenção de todos os cargos que se revelem “serviços auxiliares, instrumentais ou acessório”, para utilizar a definição do Decreto nº 9.507/2018, ou o que se poderia conceituar como atividade meio.¹

Diante disso, observadas as vedações impostas pelo Decreto nº 9.507/2018, permite-se que a Administração Pública, para o desenvolvimento de suas atividades, contrate estes “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios” prestados pelo setor privado.

Dentre estes serviços, necessários à finalidade pública e que não fazem parte da atividade fim da Administração, merece atenção aqueles considerados serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, conceituados pela Instrução Normativa nº 05/2017-SG/MPDG, nos seguintes termos:

Dos Serviços com Regime de Dedicção Exclusiva de Mão de Obra

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

1 “Afim, é questionável se o regime jurídico administrativo realmente se mostra necessário na presença de atividades não vinculadas diretamente à promoção de interesses públicos primários. É por essa via que fluem novas reflexões sobre a entrada do direito privado no âmbito da administração pública”. (MARRARA, 2014, p. 31).

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III. (BRASIL, 2017)

Redação semelhante ao dispositivo acima transcrito pode ser encontrada no artigo 6^o, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal, já aprovado também na Câmara de Deputados, que será convertido na nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

Sobre esses contratos de prestação destes serviços, incidem obrigações legais, tributárias, previdenciárias e trabalhistas, da empresa contratada, que se projetam na esfera jurídica do ente contratante, a Administração Pública, criando-lhe responsabilidades.

No âmbito das obrigações tributárias, o artigo 128, do Código Tributário Nacional, dispõe que “a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte”. (BRASIL, 1966)

Para esta finalidade, a Lei Complementar nº 116/2003, no artigo 6^o e §1^o, conferiu competência aos Municípios atribuírem a responsabilidade tributária aos contratantes do serviço, tomadores, promoverem o recolhimento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN,

² Art. 6^o [...]

XVI – serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

“independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte”. (BRASIL, 2003)

Assim, a Administração Pública, diante da nota fiscal fatura emitida pela empresa contratada, deverá promover a retenção do imposto devido e efetuar o recolhimento.

Mas não é somente o ISSQN que a Administração Pública estará obrigada a fazer a retenção e o recolhimento. Deverá observar também as diretrizes da Instrução Normativa RFB nº 1234, de 11 de janeiro de 2012.³

Também, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos atribuiu responsabilidade solidária à Administração Pública “com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato”.⁴ Diante disso, “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”.⁵

Quanto às obrigações trabalhistas, não compete à Administração Pública, em princípio, promover a retenção e o seu adimplemento, como no caso dos tributos e obrigações previdenciárias, mas deverá fiscalizar o contrato de modo a verificar o cumprimento pela empresa contratada, sob pena de vir a ser responsabilizada subsidiariamente em sede de reclamação trabalhista, promovida pelos empregados vinculados ao contrato de prestação de serviço, quando houver falha na fiscalização.

Eventualmente, caso a empresa prestadora de serviços não promova o correto adimplemento das obrigações trabalhistas perante os empregados, bem como a Administração Pública contratante não fiscalize de forma diligente, ela responderá subsidiariamente por essas obrigações, conforme entendimento consolidado na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho-TST:

3 DA OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO DOS TRIBUTOS

Art. 2º Ficam obrigados a efetuar as retenções na fonte do Imposto sobre a Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, os seguintes órgãos e entidades da administração pública federal:

- I - os órgãos da administração pública federal direta;
- II - as autarquias;
- III - as fundações federais;

4 Artigo 71, §2º, da Lei 8.666/1993.

5 Artigo 31, da Lei 8.212/1991.

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

[...]

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 contexto, observa-se que a Administração Pública, quando contrata serviços prestados por empresas privadas terá as seguintes obrigações legais, sob pena de responsabilidade solidária: i) Retenção e recolhimento de tributos; ii) Retenção e recolhimento da contribuição previdenciária dos empregados vinculados ao contrato; e, sob pena de responsabilidade subsidiária, no caso de má fiscalização contratual, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa, junto aos empregados vinculados ao contrato.

Notadamente, nos casos em que a Administração Pública é responsável solidária, verbas tributárias e previdenciárias, o controle se mostra menos complexo, pois em ambos os casos a retenção é feita na fonte, com o posterior recolhimento daquilo que for devido.

As obrigações trabalhistas, entretanto, demandam toda uma atividade fiscalizatória que não se restringe ao uso da aritmética e ao cumprimento de uma atividade administrativa.

Fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato e, ainda, cumprimento das obrigações trabalhistas, exige um acompanhamento diuturno por parte da Administração Pública, que deverá tomar todas as providências necessárias para não se ver, em virtude do reconhecimento da responsabilidade subsidiária, obrigada a desembolsar novamente aquilo que já o fez, quando efetuou o pagamento das notas fiscais faturas expedidas pela empresa contratante.

Em virtude desta dificuldade, diante do entendimento consolidado na Súmula 331, do TST e do rotineiro reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública contratante, perante a Justiça do Trabalho, o Estado, por meio de seus órgãos competentes, introduziu mecanismos para minorar os riscos da contratação, além de evitar que os trabalhadores viessem a ser prejudicados pela inadimplência da empresa contratada.

Dentre estes mecanismos, desde a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, cuja matéria é agora regulamentada pela Instrução Normativa SG/MPDG nº 05/2017, quando tomadora de serviços públicos, a Administração Pública fará a retenção de um percentual destinado à cobertura das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS e, depositará em conta vinculada⁶ ao contrato de prestação de serviços, aberta em nome da empresa, mas bloqueada para movimentação sem que haja autorização.

Esse importante mecanismo, que se presta não só para evitar o dano ao erário decorrente da inadimplência da empresa contratada, mas também como uma ferramenta social impeditiva de desrespeito aos direitos dos trabalhadores, foi adotado também no Projeto de Lei nº 4.253/2020, do Senado Federal, já aprovado também na Câmara de Deputados, que será convertido na nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, garantindo, inclusive, a impenhorabilidade de valores depositados na conta vinculada.⁷

6 Artigo 18, §1º, I, IN 05/2017

7 Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Assim, findo o contrato pela sua execução ou eventual rescisão, o fiscal do designado deverá “verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho”.⁸ Até a devida comprovação, a Administração Pública deverá reter o pagamento, de modo que lhe competirá, caso não seja feito pela empresa, promover o pagamento “diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços, objeto do contrato”⁹ e, ainda, reter o valor depositado na conta vinculada pelo prazo de 5 (cinco) anos.¹⁰

A Administração Pública, portanto, para além do dever de garantir os direitos trabalhistas dos empregados vinculados ao contrato, retendo pagamentos de notas fiscais e pagando-os diretamente, quando constata durante a fiscalização que a empresa negligencia o seu dever, deve atuar com vistas a evitar, futuramente, prejuízos ao erário público.

2 ANÁLISES PARA CUMPRIMENTO DAS SOLICITAÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Estando delineada as obrigações da Administração Pública, quando figura na qualidade de tomadora de serviço na relação contratual, ela tem

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II – condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV – em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V – estabelecer que os valores destinados a férias, ao décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

8 Artigo 64, 05/2017-SG/MPDG

9 Artigo 64, parágrafo único, 05/2017-SG/MPDG

10 Nesse sentido, confira-se o julgamento do Mandado de Segurança nº 0722501-08.2018.8.07.0000 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 2019).

se deparado com requisições para a retenção e remessa à disposição do juízo do trabalho de créditos pertencentes a estas empresas.

É comum que as empresas contratadas por um determinado ente público, tenham contratos com outros órgãos ou entidades da Administração Pública, além de empresas privadas.

Em vista da grande quantidade de contratos que uma empresa prestadora de serviços pode ter, inevitavelmente, em algum momento, serão demandadas perante a justiça do trabalho, pelos empregados que eventualmente se sintam prejudicados na relação trabalhista. Estes reclamantes, por sua vez, podem ou não ter alguma relação com o contrato de prestação de serviço celebrado com a Administração Pública.

Em alguns casos, as empresas resolvem a demanda judicial sem qualquer intercorrência maior, seja por meio de acordo judicial ou pelo cumprimento de uma eventual sentença condenatória, não revelando qualquer consequência para a Administração.

Em outros, no entanto, por má gestão ou qualquer outro motivo, estas empresas tornam-se devedoras, entrando em declínio financeiro, até ver suas dívidas trabalhistas em montantes que não mais permitem a sua sobrevivência ou em condições de celebrar outros contratos.

Neste segundo cenário, quando demandada a prestação jurisdicional, tem sido comum o Juiz do Trabalho conceder, como medida cautelar do processo de conhecimento, a determinação de expedição de ofício às entidades contratantes, indagando a existência de créditos pertencentes à empresa prestadora de serviço, que em caso positivo devesse retê-los e colocá-los à disposição do juízo perante. Caso o processo já esteja na fase de execução, determina expedição de mandado de penhora de créditos pertencentes à empresa.

Recebendo a determinação judicial, seja em medida cautelar ou penhora, a Administração deverá promover diligências para atender à solicitação. Ressalte-se essas diligências não significarão, necessariamente, que deverá disponibilizar quaisquer valores que a empresa supostamente teria a receber. A Administração deve considerar todas as obrigações que lhe são impostas como tomadora de serviços.

Existindo contrato vigente e estando a empresa contratada cumprindo com todas as suas obrigações, a Administração Pública deverá reter o crédito que seria entregue à empresa em forma de pagamento/

contraprestação, até o montante solicitado, certificando-se de que todas as retenções determinadas por lei foram realizadas, e colocá-lo à disposição do Juízo Trabalhista.

Não estando mais vigente o contrato, deverá a Administração Pública, do mesmo modo, certificar-se de que todas as retenções determinadas por lei foram realizadas, com o correspondente recolhimento. Neste caso, deverá certificar-se, também, de que todas as obrigações trabalhistas foram devidamente quitadas, seja pela empresa no momento oportuno, seja por ela própria, por meio do pagamento direto aos empregados vinculados ao contrato.

Diante das determinações judiciais, a Administração Pública irá se deparar diante de uma de três hipóteses: a) A reclamação trabalhista é promovida por empregado que em nenhum momento se viu vinculado ao contrato administrativo, ou seja, não foi alocado para prestação de serviços na entidade oficiada; b) A reclamação trabalhista é promovida por empregado que em algum momento se viu vinculado ao contrato administrativo, ou seja, o período reclamado foi parcialmente prestado na entidade oficiada; c) A reclamação trabalhista é promovida por empregado em que o período reclamado foi integralmente prestado na entidade oficiada.

A depender de qual hipótese for constatada, corresponderá uma atuação da Administração.

3 NATUREZA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Tendo por base o que expomos até o momento, mostra-se oportuno analisar, ainda que de modo simplificado, o contrato administrativo, no intuito de melhor entender as possibilidades e a correção na atuação da Administração Pública quando demandada pelo Juízo do Trabalho sobre a existência de créditos pertencentes à empresa contratada.

Embora haja divergência doutrinária, “a maioria dos administrativistas brasileiros, admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado”. (DI PIETRO, 2019, p. 558)

O contrato administrativo “é uma espécie de categoria jurídica de contrato, que se contém, por sua vez, no gênero pacto, figura amplíssima da Teoria Feral do Direito, que se caracteriza pela existência de algum tipo de conjugação harmônica de vontades”. (MOREIRA NETO, 2006, p.162)

Em se tratando de contrato administrativo, distinguindo-o dos contratos de direito privado, considera-se que naqueles a Administração, por representar o interesse público, age com poder de império, estabelecendo cláusulas, em observância à lei, de forma unilateral e que a coloca em posição de supremacia em relação ao particular. (DI PIETRO, 2019, p. 559)

Importante ressaltar que embora nos contratos administrativos decorram de uma manifestação unilateral da Administração Pública:

é necessário que esta manifestação se concerte com a vontade de outro ente para conformar, então, uma relação bilateral, em que os interesses das partes se compõem e se submetem a uma vontade comum, que emergirá do consenso, diferenciada das vontades individuais integradoras, e que as subordinará e passará a reger a relação assim formada. (MOREIRA NETO, 2006, p.162) (grifo do autor)

Nesse contexto, os contratos administrativos em que, de um lado, a Administração Pública figura como tomadora e, de outro, a empresa contratada como prestadora de serviço, tem como característica a bilateralidade:

Não se trata aqui da bilateralidade da formação da relação contratual, pois todo contrato é por definição, um ato jurídico bilateral, mas da bilateralidade dos seus efeitos: neste sentido, o contrato administrativo é sinalagmático, porque cria obrigações recíprocas para as partes.

São obrigações de prestar, a que se fez menção: de um lado, as da Administração, como as de pagar ou garantir o uso, e, de outro, as do administrado, basicamente de dar e de fazer. (MOREIRA NETO, 2006, p.170) (grifo do autor)

Sendo os contratos de prestação de serviços sinalagmáticos, “as obrigações das partes são recíprocas, ou seja, a execução da atividade de uma das partes enseja o adimplemento contratual pela outra” (CARVALHO, 2018, p. 540), de modo que, “Nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da obrigação do outro”. (PEREIRA, 2008, p.139). Essa regra é expressamente prevista no artigo 476, do Código Civil.

Os contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e as empresas privadas, como regra, determinam que o serviço seja prestado e, na data convencionada, a contratada deverá apresentar nota fiscal fatura, juntamente com toda a documentação que comprove

o cumprimento todas as obrigações legais e contratuais estabelecidas. Somente após a devida conferência pelo fiscal do contrato, que deverá “atestar” que o serviço foi adequadamente prestado e a empresa cumpriu todas as obrigações, nasce para a empresa a possibilidade de exigir o pagamento, ou seja, exigir que a Administração cumpra a sua obrigação.

Assim, enquanto a empresa privada não cumprir todas as suas obrigações, a Administração se vê impedida de cumprir a sua obrigação, correspondente ao pagamento, incidindo a regra da *exceptio non adimpleti contractus*:

O principal efeito da exceção do contrato não cumprido em face das partes é paralisar a ação de cumprimento, permitindo ao excipiente suspender o adimplemento da prestação a que é obrigado até que o excepto cumpra a que lhe compete. Daí porque chamar a *exceptio* de exceção dilatória.

Possibilitada, por lei, a arguição da *exceptio non adimpleti contractus*, não há que se falar, na espécie, de mora no cumprimento da obrigação, pois inexistente fato ou omissão imputável ao devedor, mas sim à contraparte, esclarecendo Serpa Lopes (1959, p. 313) que diante da *exceptio*, “o excipiente, como que, se coloca na mesma posição de um devedor a termo, até que o autor cumpra sua obrigação”. (PEREIRA, 2008, p.165) (grifo do autor)

A incidência do instituto, somado às obrigações da Administração Pública contratante, enquanto tomadora de serviço, influi diretamente na responsabilidade da Administração Pública frente ao Juízo requisitante, na medida em que o cumprimento da determinação judicial depende da existência de crédito pertencente à empresa, ou seja, aquilo que lhe seria entregue em contraprestação pelo serviço executado.

Mesmo que eventualmente a Administração Pública tenha retido pagamento e exista saldo na conta vinculada ao contrato, não significa que a empresa teria direito ao recebimento. Não significa que a empresa tenha crédito, antes de tomadas todas as providências necessárias à sua apuração.

Ademais, importante ressaltar que a exceção de contrato não cumprido é oponível não só entre as partes contratantes, mas também em face de terceiros que, embora não tenham participado da relação originária, intervenham na relação obrigacional:

Além de ser argüida perante os titulares originários do crédito sinalagmático, a exceção do contrato não cumprido também pode

ser oponível em face daqueles que não participaram diretamente do vínculo prestacional desde sua origem, mas que posteriormente, são atingidos por seus efeitos. (PEREIRA, 2008, p.139)

Diante de uma determinação judicial, emitida em uma reclamação trabalhista que busca a satisfação de direitos pleiteados pelos empregados da empresa contratada, caso se constate que eles não tenham sido alocados no contrato com a Administração oficiada, o descumprimento das obrigações pela empresa, impõe a apresentação da exceção do contrato não cumprido e a tomada de todas as providências legais e administrativas necessárias a isentar, a Administração contratante, das responsabilidades decorrentes do seu contrato.

4 CRÉDITO DA EMPRESA PASSÍVEL DE SER COLOCADO À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO TRABALHISTA

Recebida a determinação judicial e constatado que o reclamante em nenhum momento teve qualquer vínculo com o contrato celebrado com a Administração oficiada, é necessário interpretar em que consiste a determinação judicial.

Estas decisões têm por objetivo entregar um crédito pertencente à empresa, ao seu empregado que lançou mão da garantia constitucional de acesso ao judiciário para ver o seu direito satisfeito. Para isso, a Administração, em vez de pagar a empresa, ela deverá colocar o valor à disposição do juízo. Em outras palavras, deve entregar ao juízo o que entregaria à empresa em contraprestação ao contrato executado, ou seja, o correspondente ao seu crédito.

Mas, emitida a nota fiscal fatura, onde conste determinado valor bruto nominal, o que poderá ser considerado crédito da empresa, portanto, passível de ser colocado à disposição do Juízo quando solicitado?

Num primeiro momento, a resposta é no sentido de que o crédito da empresa corresponde igualmente ao valor nominalmente expresso. Mas só num primeiro momento e sem considerar toda a complexidade envolvida nesta relação, como já se adiantou.

Isso porque, em virtude das previsões contratuais, legais e demais normativas infralegais, do valor bruto nominal expresso na nota fiscal fatura, incidirão os tributos que deverão ser retidos e repassados ao ente

tributante competente, cuja obrigação é responsabilidade do tomador do serviço, neste caso, a Administração Pública.

Mas não é só. Deverão ser retidas e recolhidas a uma conta vinculada ao contrato celebrado, um percentual que se prestará à composição de um montante destinado à quitação de verbas trabalhistas dos empregados vinculados a este contrato, no momento oportuno, caso haja inadimplência da empresa contratada.

Ainda, nos casos de execução defeituosa do objeto contratual, após o devido processo legal, a empresa poderá sofrer a aplicação de pena pecuniária, consubstanciada em uma multa, que deverá ser descontada do eventual crédito que a empresa deveria receber.

Por fim, por ser dever da Administração Pública, a fiscalização do cumprimento do contrato e da lei pela empresa contratada, quando constatado inadimplemento, deverá promover a retenção e entregar, ou melhor, fazer o pagamento diretamente aos empregados vinculados ao contrato, sob pena de, pela má fiscalização, responder subsidiariamente perante a Justiça do Trabalho.

Logo, a empresa jamais terá o direito de receber valor nominal bruto expresso na nota fiscal fatura.

O pagamento ou contraprestação devida pela Administração corresponderá ao valor líquido resultante das retenções tributárias, previdenciárias, as destinadas à conta vinculada ao contrato, deduções de eventuais multas aplicadas à empresa e eventuais valores pagos diretamente aos empregados vinculados ao contrato. Este valor líquido corresponderá ao crédito que a empresa teria a receber. Este é o valor que a Administração Pública teria o dever de colocar à disposição do Juízo do Trabalho, quando determinada a tanto, isto é, somente aquilo que seria passível de entrega à empresa. Somente o valor líquido pode ser considerado crédito da empresa, para fins de disponibilização ao Juízo trabalhista.

Nesse sentido, aliás, por meio do Parecer nº JL - 01, da lavra do Advogado-Geral da União (BRASIL, 2020), devidamente aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, de 27/05/2020, adotou-se o entendimento do Despacho do Consultor-Geral da União nº 953/2019/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 0679/2019/DECOR/CGU/AGU, que aprovaram o Parecer nº 031/2019/DECOR/

CGU/AGU. Ressalte-se que, por força do §1º, do artigo 40, da Lei Complementar nº 73/199311, vincula toda a Administração.

Fazemos a ressalva de que o caso submetido à análise da Advocacia-Geral da União tratava da (im)possibilidade de as empresas contratadas pela Administração Pública, cederem o crédito decorrente do contrato Administrativo.

Não obstante, tenha tratado de tema diverso, as conclusões do Parecer nº 31/2019/DECOR/CGU/AGU (BRASIL, 2020) são perfeitamente aplicáveis no que diz respeito aos cuidados e entendimento para dar resposta ao questionamento que se pretende responder com o presente estudo, uma vez que, ao concluir pela possibilidade de a empresa contratada ceder o crédito oriundo do contrato administrativo, também delimitou, com precisão, em que consiste o crédito a que terá direito o cessionário:

Ante o exposto, em sintonia com o posicionamento adotado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, pela então Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Procuradoria-Geral Federal, compreende-se que:

- a) a cessão de crédito decorrente de contrato administrativo é juridicamente viável, desde que não seja vedada pelo edital ou contrato;
- b) a aplicação supletiva do Direito Civil autorizada pelo art. 54 da Lei n.º 8.666/93 possibilita a cessão de crédito na seara pública;
- c) determinadas cautelas e formalidades devem ser observadas na cessão de crédito no âmbito administrativo, sobretudo a celebração de termo aditivo entre a Administração e a contratada, a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista também por parte da cessionária, bem como a certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar e contratar por ter sido punida com fundamento no art. 87, III ou IV, da Lei n.º 8.666/93, no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 ou no art. 12 da Lei n.º 8.429/92;

11 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este, submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

d) o crédito a ser pago à cessionária é exatamente aquele que seria destinado à cedente (contratada) pela execução do objeto contratual, com o desconto de eventuais multas, glosas e prejuízos causados à Administração, sem prejuízo da utilização dos institutos da conta vinculada e do pagamento direto previstos na Instrução Normativa SEGES/MP n.º 5/2017; e

e) a cessão de crédito não afeta a execução do objeto contratado, que continuará sob a responsabilidade da empresa contratada.

Aprovando o referido Parecer, o Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, por meio do Despacho n. 00679/2019/DECOR/CGU/AGU (BRASIL, 2020) fez o seguinte complemento:

5. Isto posto, caso tecnicamente admitida pela Administração, a legalidade da cessão de crédito no âmbito dos contratos administrativos deve observar, em ligeira síntese, as seguintes cautelas e condições:

a) ausência de vedação no instrumento convocatório ou contrato administrativo;

b) formalização mediante termo aditivo ao contrato administrativo, a ser firmado entre a Administração e a contratada, produzindo efeitos a partir de sua celebração e cumprimento das formalidades de que cuida o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993;

c) sem prejuízo do regular atendimento da obrigação contratual de cumprimento de todas as condições de habilitação (art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993) por parte da contratada (cedente), a celebração do aditamento de cessão de crédito e a realização dos pagamentos respectivos também se condiciona à regularidade fiscal e trabalhista da cessionária;

d) a celebração do termo aditivo de cessão de crédito e os subsequentes pagamentos se condicionam à prévia certificação de que a cessionária não foi sancionada com as seguintes penalidades: “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”, de que trata o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993; “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”, de que trata o art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993; impedimento de licitar e contratar com a Administração, de

que cuida art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, e art. 49 do Decreto nº 10.024, de 2019; e da penalidade de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, de que cuida o art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992; e

e) a cessão de crédito não altera as regras de liquidação e de recebimento do objeto contratado, por conseguinte, o valor do pagamento devido à cessionária será precisamente àquele que seria devido à empresa contratada (cedente), restando absolutamente incólumes todas as defesas e exceções ao pagamento e todas as demais cláusulas exorbitantes ao direito comum aplicáveis no regime jurídico de direito público incidente sobre os contratos administrativos, incluindo a possibilidade de desconto de multas, glosas, prejuízos causados à Administração, e se preservando a sistemática da conta-depósito vinculada e do pagamento direto de que cuida a Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017. (grifo do autor)

Como evidenciado na alínea “e”, crédito da empresa é somente o resultado líquido, após o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do contrato, de modo que a avaliação cuidadosa por parte da Administração Pública é essencial para evitar futuros prejuízos ao erário público, decorrente de uma má interpretação dos fatos e do direito aplicável.

CONCLUSÃO

A Administração Pública, recebendo quaisquer das determinações do Juízo do Trabalho, ressalvadas opiniões em contrário, deve atentar-se às obrigações legais e normativas incidentes, que irão repercutir na sua responsabilidade perante as obrigações que emanam do contrato celebrado.

Constatando-se a existência de contrato, vigente, encerrado ou rescindido, a Administração deverá verificar a existência de supostos créditos pertencentes à empresa. Supostos porque crédito será o resultado líquido entre o valor bruto constante da nota fiscal fatura, após as devidas deduções, retenções e destino (pagamento direto aos empregados) determinados em lei e no contrato.

Para esta verificação, exige-se que a empresa tenha emitido uma nota fiscal fatura pelos serviços prestados. Do valor nominal constante deste documento, caberá à Administração promover as retenções e os recolhimentos tributário e previdenciário devidos, na qualidade de substituto, sob pena de futuramente ser responsabilizada.

Uma segunda providência é promover a retenção e transferência para a conta vinculada ao contrato, que se prestará a suportar encargos trabalhistas não honrados pela empresa.

A terceira providência, decorrente da obrigação de fiscalizar o cumprimento do contrato, consistirá em verificar se a empresa efetuou o pagamento dos empregados vinculados ao contrato. Se não o fez, compete à Administração reter os valores e promover o pagamento diretamente.

Nesse contexto, somente após todas as providências, caso ainda haja algum saldo remanescente, inexistindo reclamações trabalhistas em que a entidade oficiada figure como responsável subsidiária, será possível falar-se em crédito a ser disponibilizado para a empresa, portanto, passível de ser colocado à disposição do Juiz do Trabalho. Antes disso, a empresa não tem crédito disponível ou recebível, pois a ela não pertence os valores nominalmente expressos nas notas fiscais faturas.

Disponibilizar ao Juízo do Trabalho, valores vinculados ao contrato com a empresa prestadora de serviço, que se encontre em seu poder, para quitar débitos de empregados não vinculados a este contrato, ignorando o quanto foi exposto, implicará na sua responsabilidade subsidiária, diante das reclamações trabalhistas originadas em virtude desta má fiscalização, implicando impor à Administração contratante, logo, à sociedade, o pagamento em duplicidade pelo serviço eventualmente prestado, uma vez que disponibilizará o valor a quem não é o titular do crédito.

O valor líquido, após a adoção de todas as providências, poderá corresponder ao crédito da contratada e passível, portanto, de ser disponibilizado ao Juízo trabalhista, nos casos em que o reclamante não tenha sido alocado no contrato com a Administração oficiada.

Uma vez retido o pagamento das notas fiscais, recai sobre a Administração Pública não só a obrigação de efetivar os pagamentos aos trabalhadores vinculados ao Contrato por ela celebrado, mas também efetuar o recolhimento de todos os tributos que incidem sobre a folha de pagamento, tratando-se de obrigação legal decorrente da sua qualidade de substituto tributário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Advocacia-Geral Da União*. Parecer nº JL - 01, de 26 de maio de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-01-2020.htm. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa RFB nº 1234, de 11 de janeiro de 2012*. Dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37200&visao=anotado#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reten%C3%A7%C3%A3o%20de,fornecimento%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017*. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-Atualizada>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013)*. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1611621651945&disposition=inline>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Mandado de Segurança nº 0722501-08.2018.8.07.0000. Relator: Desembargador Cruz Macedo. Julgamento em: 30 jul. 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740048164/7225010820188070000-df-0722501-0820188070000>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed., Salvador: JusPODIVM, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARRARA, Thiago *et al* (orgs.). *Direito Administrativo: Transformações e Tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075623.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.

