

PGE/PGM



Rodada 01.2017



Rodada 01.2017

1. A administração do município X possui contrato de terceirização dos serviços de limpeza do município com a empresa Y, especializada neste tipo de serviço. Ocorre que a administração percebeu que, no mês corrente, não houve pagamento dos prestadores de serviço do seu contrato.

Em contato com a empresa para saber a razão do atraso, foi informado à administração que a empresa não detinha fundos para realizar o pagamento, em razão de dificuldades financeiras.

Ciente da situação, a administração suspendeu o pagamento devido à empresa Y e enviou consulta à procuradoria do município para ser esclarecido como evitar a situação de não recebimento dos recursos pelos prestadores de serviço, trabalhadores de baixa remuneração, além de questionar quais as providências cabíveis para cortar a relação contratual com a empresa que, agora sabe, passa por dificuldades que estão atrapalhando a execução do contrato.

Na qualidade de Procurador do Município, elabore parecer respondendo à consulta.

Comentários

OBSERVAÇÕES INICIAIS – A ESTRUTURA DO PARECER

O Parecer é peça comum nas atividades da Advocacia Pública e funciona como o meio formal através do qual o advogado público soluciona uma dúvida jurídica levantada pela Administração ou se manifesta, obrigatória ou facultativamente, sobre a regularidade de determinado procedimento.

Todo o parecer é composto de um cabeçalho que identifica o procedimento/processo em que está sendo exarado e, muito importante, uma ementa, que deve conter o resumo do assunto tratado no parecer.

A ausência de ementa no parecer normalmente faz o candidato deixar de pontuar na prova e, portanto, não deve ser esquecida. Não há uma regra rígida sobre como ela deve ser elaborada, mas é consensual que deve representar um resumo fiel e claro do texto.

As ementas contêm um cabeçalho, seguido de pequenas frases refletindo o desenvolvimento dos textos jurídicos resumidos. Em provas de concursos, fazer o cabeçalho em regra já é suficiente para obter a pontuação.

No caso em questão, eu escreveria uma ementa nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. PAGAMENTO DIRETO. POSSIBILIDADE. RESCISÃO UNILATERAL. CONTRATAÇÃO DO REMANESCENTE POR DISPENSA.

Ultrapassada esta fase, o parecerista deve fazer um relatório sumário sobre a questão posta na consulta ou nos autos.

É importante ter em mente que os pareceres são documentos elaborados por juristas para apreciação de partes que não necessariamente dominam o Direito. Portanto, o relatório deve ser elaborado de forma a traduzir precisamente a dúvida que está sendo levantada, que será resolvida na fundamentação.

Existe uma fórmula consagrada para marcar o fim do relatório e início da fundamentação. O mais comum é: “É o relatório. Passa-se (ou passo) a opinar”. É possível encontrar infinitas variações desta fórmula, mas no fundo todas consistem em estabelecer este marco.

A fundamentação tem uma conotação mais jurídica. Nesta fase o candidato deve demonstrar os seus conhecimentos sobre as questões levantadas e sumarizadas no relatório.

Para facilitar a correção, é interessante dividir a fundamentação em subtópicos. As provas normalmente cobram em um mesmo parecer mais de um assunto, e dividi-los é uma forma de demonstrar que você compreendeu o que foi pedido e dar conforto ao corretor sobre seu domínio da matéria.

Por fim, a conclusão deve corresponder, ponto por ponto, às questões sugeridas na elaboração da consulta. É importante rebater, especificamente, cada questão controvertida que você tenha identificado na proposição da prova em sua conclusão.

A praxe administrativa em matéria de emissão de pareceres ensina que um parecer, em regra, é feito por um advogado e encaminhado para aprovação do seu superior. Assim, é de bom tom, ao fim da conclusão, que o candidato escreva a seguinte fórmula, que também encontra diversas variações: “É o parecer. À consideração superior.”

Por fim, escreva local e data e o cargo do parecerista, assim genericamente, para não correr o risco de identificar o candidato.

TÓPICOS DO CASO CONCRETO

De acordo com o enunciado, a empresa contratada está dando sinais de que, com sua conduta e falta de recursos, não terá capacidade de adimplir com o que pactuado no contrato e, desta forma, estará dando azo à sua rescisão.

O descumprimento de cláusulas contratuais, ou o seu cumprimento irregular, constitui motivo para a rescisão “determinada por ato unilateral e escrito da Administração”, de acordo com os artigos 78, I e II, e 79, I, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que, nesses casos, a rescisão decorre de culpa da contratada, e não do interesse comum entre as partes.

Confira-se o exato teor dos dispositivos mencionados:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

(...)

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;

(...)”

Da rescisão unilateral advém as seguintes consequências: destacadas as cabíveis ao presente contrato:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

(...)

Assim, a administração municipal deverá adotar as providências necessárias à rescisão unilateral do contrato e à aplicação das sanções administrativas cabíveis, instaurando, para tanto, o competente processo administrativo, que garanta à contratada o direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Acresce-se que, para prevenir-se de eventuais prejuízos financeiros, está a Administração autorizada, pelos incisos III e IV acima, a executar a garantia fornecida e a reter os créditos da contratada, até o limite dos prejuízos que presumivelmente lhe serão causados.

O pagamento direto de verbas trabalhistas, pela Administração, aos terceirizados, por sua vez, é viável, especialmente mediante a perseguição de autorização expressa da contratada, que afinal detém o crédito.

Para melhor compreensão do tema, valei avaliar o teor da súmula 331 do TST:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 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 nº 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.

Em sendo possível a condenação da Administração tomadora de serviços, conforme demonstrado acima, o pagamento direto aos empregados da contratada, protege, a um só tempo, o direito daqueles que dependem de tais verbas para viver, dada a natureza alimentar de muitas das prestações trabalhistas, bem como o patrimônio da Administração, que de outra forma poderia ser ver compelida a pagar duas vezes a mesma dívida: uma para empresa, que, faltosa de suas obrigações, não repassaria aos empregados, e outra aos empregados, em sede de futura ação judicial.

Por fim, deve ser abordada a melhor forma de se efetivar o futuro contrato, que substituirá aquele rescindido: se por meio da contratação emergencial, hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, ou da contratação da segunda colocada no certame, hipótese prevista no inciso XI do mesmo dispositivo legal.

A melhor forma de se celebrar um contrato, segundo o direito positivado, é por meio de licitação, constitucionalmente erigida ao patamar de “regra” das contratações públicas, configurando os procedimentos de dispensa e inexistência exceções à regra geral (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

Isso por considerar o constituinte que a licitação representa as melhores chances de se alcançar os melhores preços, por simular as condições de competitividade do mercado, além de potencialmente materializar, com maior grau de efetividade, o princípio da igualdade entre os administrados, ou seja, o princípio da isonomia nas contratações públicas.

Diante disso, a alternativa mais segura para o Administrador contratar sempre será mediante licitação, salvo as hipóteses em que esta não seja possível, pela inexistência de tempo hábil, no contexto de um determinado caso concreto.

Dentre essas alternativas, a que mais se coaduna com a hipótese do enunciado é aquela prevista no art. 24, inciso XI, abaixo transcrito:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida à ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

Tal preceito dispensa de licitação a contratação de remanescente de serviço, com a segunda colocada, em casos de rescisão contratual, desde que a nova empresa aceite as condições pactuadas com a contratada anterior.

Assim, se a segunda colocada nesta licitação aceitar as condições pactuadas, inclusive quanto ao preço, então a Administração estará dispensada da licitação. Isso, porém, caso não haja tempo hábil para realização de um novo certame, como é a regra geral.

Atendidos os requisitos formais do parecer e abordados todos os pontos acima, o candidato atingiria nota máxima.

Melhores Respostas

Marcelo Capistrano Cavalcante, de Fortaleza/CE:

Processo Administrativo nº:

Parecer nº:

Solicitante:

Assunto: contrato de terceirização de serviços de limpeza

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA. EMPRESA QUE ENCERROU QUE APRESENTA DIFICULDADES FINANCEIRAS IMPOSSIBILITANDO O PAGAMENTO DE SEUS TRABALHADORES. POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA PARA FAZER FACE ÀS VERBAS TRABALHISTAS DEVIDAS. NOVA CONTRATAÇÃO POR LICITAÇÃO DISPENSÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO MESMO QUADRO DE PRESTADORES DE SERVIÇO COM A EVENTUAL NOVA CONTRATADA.

I- Relatório.

Cuida-se de consulta formulada pela administração do Município X acerca de contrato de terceirização dos serviços de limpeza entabulado com a empresa Y, especializada neste tipo de serviço, no qual não ocorreria, no mês corrente, pagamento dos prestadores de serviço do seu contrato, sendo informado à Administração que a empresa não detinha fundos para realizar o pagamento, em razão de dificuldades financeiras.

Ciente da situação, a administração suspendeu o pagamento devido à empresa Y e enviou consulta à procuradoria do município para ser esclarecido como evitar a situação de não recebimento dos recursos pelos prestadores de serviço, trabalhadores de baixa remuneração, além de questionar quais as providências cabíveis para cortar a relação contratual com a empresa que, agora sabe, passa por dificuldades que estão atrapalhando a execução do contrato.

Éo relatório.

II- Fundamentação.

a) Do pagamento dos salários e eventuais direitos trabalhistas.

A respeito do contrato administrativo de prestação de serviços outrora firmado entre o Município e a empresa, tem-se que o inciso IV, da Súmula 331, do TST, apregoa que 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. Nada obstante, o inciso V esclarece que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, somente caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade, repise-se, não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Referido entendimento foi objeto de discussão pelo Plenário do STF da ADC 16, confirmando a constitucionalidade do art. 71, da Lei 8.666/93, que exime a Administração Pública da responsabilização pelo inadimplemento das obrigações do contratado. Repise-se que a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei Geral de Licitações não significa a total impossibilidade de responsabilização da Administração Pública. Segundo a Suprema Corte, a Administração Pública poderá ainda ser responsabilizada quando falhar no cumprimento de seu dever de fiscalizar o contratado no que tange à observância de suas obrigações. Porém, o STF alijou a responsabilização incondicional da Administração Pública, sendo permitida tão somente quando detectada conduta culposa.

Logo, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa "in vigilando", forçosa a precaução no sentido de buscar medidas acauteladoras do erário, como, por exemplo, realizando a retenção do pagamento de verbas outrora devidas a empresa inadimplente, haja vista ter esta dado causa ao atraso súbito do pagamento dos salários de seus empregados e encerramento precoce de suas atividades.

Destarte, possível contornar a situação momentânea de inadimplemento das verbas trabalhistas com a retenção dos recursos que seriam destinados à contratada como contraprestação pelos serviços prestados à municipalidade. Em virtude do referido inadimplemento, e ancorado no posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, revela-se possível tal retenção e, caso haja previsão editalícia, o imediato pagamento levado a cabo pela Administração municipal.

b) Das providências cabíveis a serem tomadas.

Na presente situação, como a empresa já alegou dificuldades financeiras para o não pagamento das verbas trabalhistas, possível a aplicação de sanção de multa, bem como declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, bem como sagra-se possível a imediata rescisão contratual, com base nos artigos 78, I e 87, II e IV da Lei nº 8.666/93, a qual dispõe que constitui motivo para rescisão do contrato, determinada por ato unilateral e escrito da Administração, o não cumprimento de suas cláusulas contratuais, dentre elas a necessidade de pagamento dos salários a seus empregados.

Há de se observar que, diferentemente da impossibilidade de retenção dos pagamentos pelo Fisco em virtude de irregularidade fiscal, haja vista ausência de previsão legal em tal sentido, no caso em comento, há, efetivamente, permissivo legal previsto no artigo 80, inciso IV, da Lei de Licitações, pois a rescisão contratual autoriza a retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Logo, a sistemática de pagamento de salários e demais verbas trabalhistas deve ser efetivada pela retenção do que seria devido pelo Município à empresa contratada.

Ademais, uma vez caracterizada a hipótese de rescisão contratual deflagrada pela inexecução da avença, um procedimento mostra-se perfeitamente aplicável ao caso em comento, qual seja, o previsto no art. 24, inciso XI, da Lei de Licitações, ao permitir a licitação dispensável no caso de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida à ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

A razão de ser, no caso, da dispensabilidade do procedimento licitatório centra-se no potencial desinteresse de competidores assumirem apenas o restante ou término de uma avença já em execução, ensejando a possibilidade de contratação direta de empresa prestadora de serviços, desde que com a observância de todas as condicionantes previstas no inciso acima destacado.

Logo, uma vez detectado o caso nas situações taxativas de licitação dispensável, cumpre agora explicitar como deve o Município proceder à contratação em referência.

Infere-se da tessitura fática que a rescisão contratual se deu quando já em curso a execução do contrato, concluindo-se, portanto, que a contratação direta é permitida exatamente para complementar o serviço remanescente, não se permitindo, portanto, qualquer alteração no objeto da nova avença. Igualmente, a contratação direta, no caso telado, não permite uma ampla aceitação de contratantes, haja vista a necessidade de se respeitar a ordem de classificação do procedimento licitatório feito à época da contratação da sociedade empresária ora afastada por descumprimento de suas obrigações. Portanto, deverá ser chamada a empresa de colocação seguinte para manifestar seu desejo de celebrar o contrato, para que, caso não aceitando, seja chamada a de classificação seguinte, e assim sucessivamente.

Ademais, não se pode olvidar que a empresa que aceitar a contratação com o Poder Público, a fim de dar seguimento ao serviço remanescente, deve se submeter às mesmas condições estipuladas e oferecidas pela empresa licitante vencedora, mormente no que concerne ao preço contratado, devidamente corrigido.

Adiante, reza o art. 26, da Lei 8.666/93, que a necessária justificativa da necessidade de contratação direta (no caso, aplicação do art. 24, inciso XI, da Lei de Licitações) deverá ser

comunicada, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Por fim, cumpre destacar que outro procedimento viável seria, a depender das peculiaridades do caso, a adoção de licitação dispensável pelo art. 24, inciso V, da Lei de Licitações, ao afirmar que a dispensabilidade quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas, ou, ainda que de difícil configuração, uma contratação emergencial amparada pelo inciso IV, devendo esta opção ser utilizada apenas quando eventual situação calamitosa estritamente assim o exigir.

Por fim, já verificadas as diligências para contratação de nova empresa, mormente pelos incisos V e XI, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, tem-se que não poderá haver a manutenção do mesmo quadro de prestadores de serviço com a eventual nova contratada. É que os trabalhadores, exercentes dos serviços de limpeza, estavam atrelados à empresa inadimplente prestadora de serviço, não havendo nenhum vínculo com a Administração, ainda que na qualidade de tomadora de serviços, consoante referendado pela Súmula 331, inciso II, do TST, até mesmo em obséquio ao princípio da impessoalidade que deve reger as relações insertas no seio da Administração Pública.

Nesta toada, a despeito da exigência de aceitação pela nova contratada das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, é direito daquela utilizar os integrantes de seu próprio quadro, não podendo ser obrigada a manter o mesmo quadro de prestadores de serviço da empresa anterior. Mister consignar que estes receberão pelos salários não pagos pela sociedade empresária inadimplente através da retenção da contraprestação pelo Município, não significando a permanência dos profissionais de limpeza perante o ente federativo, em virtude da inexistência de qualquer vínculo jurídico, este só adquirido em virtude de concurso público (art. 37, inciso II, da CRFB/88).

III- Conclusão.

Ante o exposto, opina-se pela:

- a) realização de medidas acauteladoras do erário, como, por exemplo, retenção do pagamento de verbas outrora devidas a empresa inadimplente, haja vista ter esta dado causa ao atraso súbito do pagamento dos salários de seus empregados;
- b) possibilidade de aplicação de multa, declaração de inidoneidade e rescisão contratual, com esteio nos artigos 78, I e 87, II e IV da Lei nº 8.666/93;
- c) licitação dispensável pelo remanescente do serviço, amparado no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, bem como seu inciso V, e, de forma subsidiária, seu inciso IV.
- d) impossibilidade de manutenção do mesmo quadro de prestadores de serviço com a eventual nova contratada, em virtude da inexistência de qualquer vínculo jurídico que os atrele à Administração.

Éo parecer. À consideração superior.

Local, Data.

Procurador do Município.