

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PRISCILLA CAVALCANTE E. GRINTZOS

**ESTUDO SOBRE A LEGALIDADE DA ADOÇÃO DA CONTA VINCULADA
EM CONTRATOS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS**

**BRASÍLIA
NOVEMBRO 2020**

PRISCILLA CAVALCANTE E. GRINTZOS

**ESTUDO SOBRE A LEGALIDADE DA ADOÇÃO DA CONTA VINCULADA
EM CONTRATOS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito pelo
Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
Orientador: Prof. José Trindade

**BRASÍLIA
NOVEMBRO 2020**

PRISCILLA CAVALCANTE E. GRINTZOS

**ESTUDO SOBRE A LEGALIDADE DA ADOÇÃO DA CONTA VINCULADA
EM CONTRATOS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação
como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito pelo
Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
Orientador: Prof. José Trindade

Professor José Trindade Monteiro Neto
Professor Orientador

Professor Flávio José Roman
Membro da Banca Examinadora

Professor Antônio Rodrigo M. de Sousa
Membro da Banca Examinadora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS LIMITES	12
1.1 Instruções Normativas Como Instrumento do Poder Normativo.....	17
1.2 Formas de Controle dos Excessos ao Poder Normativo.....	20
2 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS ESPECIFICIDADES	24
2.1 Os Contratos de Terceirização dos Serviços Públicos	26
2.2 A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Terceirização	30
3 GARANTIAS ATRELADAS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	35
3.1 As novas garantias instituídas no âmbito da IN 05/2017	39
4 A CONTA-DEPÓSITO VINCULADA BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO À LUZ DA IN 05/2017.....	44
4.1 A Conta-Depósito Vinculada bloqueada para movimentação como nova modalidade de garantia: excesso aos limites do poder regulamentar	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

RESUMO

Esse trabalho discorre sobre a legalidade da adoção da conta vinculada como forma de garantia e proteção aos trabalhadores, no âmbito dos contratos de serviços terceirizados, sob a análise do princípio da legalidade preceituado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. O questionamento a respeito da legalidade da adoção de tal instituto, surge a partir da análise das modalidades de garantias dos contratos administrativos, previstos na Lei nº 8.666/93, bem como da adoção da conta vinculada como uma nova forma de garantia, não prevista em lei, com vistas à proteção aos trabalhadores. Assim, à luz dessa pesquisa, uma vez instituída por uma norma infralegal, resultado de um ato normativo derivado, a IN 05/2017, não poderia, por regra geral, criar obrigações aos particulares, sob pena de grave violação ao princípio da legalidade.

Palavras-Chave: Poder normativo. Contratos administrativos. Serviços terceirizados. Responsabilidade subsidiária. Garantias contratuais. Conta vinculada.

ABSTRACT

This paper discusses the legality of the adoption of the linked account as a form of guarantee and protection for workers in the scope of outsourced service contracts, under the analysis of the principle of legality, prescribed in article 5, item II, of the Brazilian Federal Constitution. The questioning about the legality of the adoption of such institute arises from the analysis of the modalities of guarantee of the administrative contracts for seen in Law 8.666 / 93, as well as the adoption of the linked account as a new form of guarantee, not provided by law, with the aim on the protection of workers. Therefore, once instituted by an infralegal rule created from a derived normative act, IN 05/2017 could not, in general, create obligations to individuals, under the penalty of serious violation of the principle of legality.

Key-Words: Normative power. Administrative contracts. Third party services. Subsidiary liability. Contractual guarantees. Linked account.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, objetiva analisar a legalidade da adoção da conta vinculada, bloqueada para movimentação, como nova forma de garantia aos contratos administrativos de serviços terceirizados, sob o ponto de vista do princípio da legalidade, preceituado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹

O questionamento, a respeito da legalidade da adoção de tal instituto, surge a partir da análise das modalidades de garantias dos contratos administrativos, previstos na Lei nº 8.666/93, uma vez que, segundo a referida legislação, existem apenas três espécies de garantia atreladas à execução dos contratos administrativos, que visam resguardar a Administração em caso de inadimplemento contratual: 1) a caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, 2) o seguro-garantia e a 3) a fiança bancária.

Nesse contexto, a conta vinculada bloqueada para movimentação, instituída pela Instrução Normativa nº 5/2017², configurar-se-ia como novo instrumento, utilizado para garantir o cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas, no âmbito dos contratos de serviços terceirizados firmados, pela Administração, em caso de inexecução das obrigações assumidas pela contratada, o que poderia, caso se confirme essa tese, representar extrapolação aos limites do poder normativo exercido pela administração pública³.

A conta vinculada, bloqueada para movimentação, de acordo com as definições e conceitos trazidos no bojo da Instrução Normativa nº 05/2017, é uma forma de

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

² A Instrução Normativa nº 05/2017, que revogou a antiga Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, é ato normativo secundário, expedido pelo Poder Executivo, com vistas a regulamentar os procedimentos para contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (vide capítulo 3.1)

³ BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. Diário Oficial da União. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.

pagamento diferenciada, em que a Administração está autorizada a reter parte do valor devido à contratada, com vistas a assegurar os recursos necessários para o pagamento pela empresa de algumas verbas trabalhistas, tais como férias, 1/3 constitucional de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias.

Segundo o caderno de Logística do Ministério do Planejamento⁴, atual Ministério da Economia, essa previsão tem por justificativa mais relevante o fato de que, as garantias previstas em Lei não foram suficientes para evitar que a Administração Pública sofresse com os prejuízos advindos da inexecução de seus contratos.

Além disso, sabe-se que, grande parte dos prejuízos, suportados pela Administração, advêm da contratação de serviços terceirizados, objeto de constante preocupação pelos gestores públicos, face à dificuldade, muitas vezes encontradas pelas empresas contratadas, no cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas dos empregados, alocados na prestação dos serviços, ocasionando insegurança jurídica dos gestores e fiscais de contrato, diante da possibilidade de responsabilidade da Administração em caso de inadimplemento por parte da contratada. Isso sem contar os direitos dos trabalhadores, tais como os de alimentação, moradia, educação, saúde, vestuário, lazer, previdência, transporte, segurança e tantos outros, que são inevitavelmente violados, quando a empresa se mostra irresponsável com suas obrigações trabalhistas.

A respeito da responsabilidade da Administração Pública, na contratação de serviços, executados mediante a cessão de mão-de-obra, além dos riscos de inexecução dos serviços prestados, cumpre destacar os riscos do inadimplemento, relativos aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, por parte da contratada, em que a Administração poderá responder de forma solidária ou

⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea "a" do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 10. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

subsidiária, a depender do tipo de encargo inadimplido, conforme veremos ao longo do desenvolvimento do presente trabalho.

Assim, é nesse contexto— de mitigação de riscos nas contratações de serviços terceirizados, e de modo a evitar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública— que a conta vinculada bloqueada, para movimentação, foi criada.

É, portanto, nesse sentido, que este trabalho será desenvolvido, de modo a demonstrar que, de fato, a conta vinculada constitui nova modalidade de garantia contratual, fazendo-se necessário, em face dessa conclusão, analisar a legalidade do instituto, uma vez que instituído por uma norma infralegal (Instrução Normativa (IN)) que, como ato normativo derivado, não poderia, por regra geral, criar obrigações aos particulares, sob pena de grave violação ao princípio da legalidade, preceituado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Para dar subsídio à análise, será necessário fazer breve introdução a respeito do Poder Normativo da Administração Pública, trazendo seus conceitos, requisitos e limites, à luz do princípio da legalidade.

Ainda no âmbito da atuação do poder normativo, será abordada a natureza jurídica das instruções normativas e suas finalidades, bem como, se discorrerá sobre os instrumentos de controle, em caso de excessos da norma expedida por autoridade competente.

O segundo capítulo, por sua vez, aborda a adoção da conta vinculada, como uma nova forma de garantia e proteção aos trabalhadores, uma vez que foi instituída por uma norma infralegal, e como ato normativo derivado, não poderia, regra geral, criar obrigações aos particulares, sob pena de grave violação ao princípio da legalidade.

A partir do terceiro capítulo será feita breve contextualização a respeito dos serviços de terceirização, e os motivos pelos quais houve a necessidade de sua regulamentação por ato normativo secundário, nos termos do que dispõe o artigo 6º da Lei 8.666/93.

Em seguida, será tratado a respeito da Responsabilidade Subsidiária da Administração, em caso de inadimplemento de encargos por parte do particular contratado, e os posicionamentos atuais dos Tribunais Superiores em matéria trabalhista, sobretudo, no que se refere ao entendimento dado à Súmula 331 do TST.

Antes de adentrar nas garantias atreladas aos contratos administrativos, tornou-se necessário tecer alguns comentários a respeito de suas especificidades, não só como espécie de acordo ato bilateral firmado entre a Administração Pública e terceiros, mas também como ato em que se verifica a chamada “supremacia do interesse público”, em que a exigência de garantia é vista como uma das “cláusulas exorbitantes”, inerentes aos contratos administrativos.

Após, será feita então a abordagem sobre as espécies de garantias previstas na Lei de Licitações, e, em seguida, serão trazidos para discussão os novos instrumentos, utilizados para garantir a execução dos contratos, sob a luz da IN 05/2017.

E, por fim, será analisada a natureza jurídica da conta-vinculada, sua forma de operacionalização, percentuais de retenção e objetivos a que se destina, demonstrando-se com isso, todos os excessos do Poder Normativo, que ao tentar regulamentar as disposições contidas na Lei, foi muito além— trouxe novas espécies de garantias não previstas na legislação.

Sob o ponto de vista metodológico, o presente estudo, por estar relacionado à observação detalhada da legalidade da adoção da conta vinculada como forma de garantia e proteção aos trabalhadores, sob a análise do princípio da legalidade preceituado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, tem como objetivo o estudo descritivo.

Deste modo, a abordagem realizada é qualitativa, uma vez que se submete a analisar de forma subjetiva o referido instituto em discussão. Significa dizer que, o estudo não se preocupará em trazer à discussão qualquer representatividade numérica, uma vez que os dados foram trabalhados buscando seu significado, tendo como base, a percepção do fenômeno dentro do seu contexto.

Segundo nos ensina Triviños⁵, o uso da descrição qualitativa foca não somente a aparência do fenômeno, mas também seus fundamentos, buscando explicar sua origem, relações e modificações, e tentando presumir as consequências.

Portanto, verifica-se que a abordagem qualitativa possui uma melhor adequação ao tema em estudo, haja vista sua abordagem atual no sistema jurídico brasileiro, e a necessidade de atenção para futuros debates. Sendo assim, a presente pesquisa possui, principalmente, uma natureza argumentativa e teórica, para a busca da solução do problema-hipótese.

Segundo Castro⁶, as pesquisas científicas podem ser classificadas em três tipos: exploratória, descritiva e explicativa, sendo que, cada uma trata o problema de maneira diferente. Assim, o objetivo do presente trabalho consistirá, essencialmente, no caráter exploratório do problema, induzindo à reflexão mais específica sobre o tema demonstrado.

Considerando o propósito desta pesquisa, podemos enquadrá-la como uma pesquisa descritiva, pois, segundo Selltiz⁷, a pesquisa descritiva objetiva descrever uma situação ou ocorrência em detalhe, principalmente, aquele que ainda está ocorrendo, permitindo abordar, com precisão, as qualificações de um indivíduo, uma situação, ou grupo, bem como, revelar as relações entre os eventos.

Por fim, a pesquisa do trabalho terá como base o eixo metodológico sócio jurídico, com pesquisas doutrinárias, material bibliográfico, jurisprudências e normativos a respeito do tema, relacionando-os com as características do sistema jurídico brasileiro, tendo por finalidade, o estudo da legalidade da criação de novas obrigações, por meio de atos infralegais e/ou normativos secundários de regulação.

⁵ TRIVIÑOS, A. N. S. **A pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

⁶ CASTRO, C. M. Estrutura e apresentação de publicações científicas. São Paulo: McGraw-Hill, 1976.

⁷ SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. **Métodos de pesquisa das relações sociais**. São Paulo: Herder, 1965.

1 O PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS LIMITES

O Poder normativo, que abrange o poder regulamentar, é a prerrogativa conferida a Administração Pública para editar atos de caráter geral, de modo a complementar as leis editadas pelo Poder Legislativo e, assim, permitir sua fiel execução e efetiva aplicabilidade.

Nesse contexto, o poder regulamentar, segundo ensinamentos de Di Pietro, é inserido como:

[...] uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.⁸

Trata-se, portanto, de um mecanismo de complementação das leis, por meio da edição de atos normativos secundários, tais como regulamentos, instruções, portarias, resoluções, regimentos, etc. E possui como fundamento o artigo 84, IV, da Constituição Federal que dispõe ser de competência privativa do Chefe do Poder Executivo “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.⁹

Essa necessidade de complementação da norma, ocorre porque, ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que essas sejam automaticamente executadas. Assim, cumpre à Administração criar tais instrumentos, de modo a suprir eventuais lacunas e garantir que as leis sejam, de fato, cumpridas.

Essa é a base do poder regulamentar, que possui natureza de direito público, dado ser de competência dos órgãos que fazem a gestão dos interesses públicos.

Nesse contexto, importante ressaltar que a prerrogativa do poder regulamentar, conferida à Administração, é apenas para completar a lei, não sendo a ela autorizado, sob a égide do poder normativo, alterar o conteúdo dessa, inovando no ordenamento

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 261.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

jurídico. Isso ocorre porque “o regulamento, além de inferior, subordinado, é ato dependente de lei”¹⁰.

Inovar no ordenamento jurídico, pressupõe a instauração de uma situação jurídica nova, por meio de ato legislativo, independente do conteúdo do ato normativo. Significa dizer, segundo ensinamentos de Di Pietro, que:

Os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade.¹¹

Quando o Poder Executivo edita ato normativo, com vistas à regulamentar uma determinada disposição legal, e tal ato extrapola o conteúdo da lei regulamentada, restará configurado o abuso do poder regulamentar, não só por uma intervenção, além daquela legalmente permitida, mas também por invasão de competência de função, que é precípua do Poder Legislativo, qual seja, a de editar leis que constituem atos de natureza originária (ou primária), emanada diretamente da Constituição. É o que nos ensina Mello:

[...] graças ao princípio da legalidade da Administração, “que não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de Poderes e pressupõe que a Administração age embasada na lei e que o legislador não expede, sob forma de leis, atos administrativos.”¹²

Verifica-se, portanto, haver limites ao poder regulamentar, e por essa razão, o artigo 49, inciso V da Constituição Federal autoriza o Congresso Nacional a sustar os atos normativos que extrapolem o poder regulamentar, conforme a seguir:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 352.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 91

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 353.

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”¹³

Em sentido diverso, o poder regulamentar tradicional se difere do poder de regulação do estado, uma vez que, o poder regulador, conferido a certas entidades autárquicas, tem por função criar normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais, não para simplesmente completar a lei, mas com vistas a regular atividades de setores específicos¹⁴.

Nesse contexto, Di Pietro, defende que o Poder de regulação, apesar de envolver grande parcela da função administrativa propriamente dita (polícia administrativa, intervenção e fomento), “se traduz tanto na função administrativa como legislativa, jurisdicional e de controle, que, segundo seu entendimento, “são típicas de outros Poderes do Estado, porém atribuídas a entes administrativos dentro do sistema de freios e contrapesos”.¹⁵

Por sua vez, os atos de regulamentação (lei em sentido material), divergem também das leis *strito sensu* (lei em sentido formal), pelo fato de que, além de serem dotadas de caráter de generalidade e abstração, lhe faltam a novidade, já que, conforme dito, os regulamentos não inovam (ou não deveriam inovar) no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o poder regulamentar, fruto concreto do exercício do poder normativo, inerente à Administração Pública, é caracterizado como função típica do Poder Executivo, e se processa basicamente pela seguinte forma— por meio da expedição de decretos e de regulamentos, cabendo ao chefe do referido poder a edição de tais atos normativos, nos termos do que estabelece o inciso IV do artigo 84 da CF/88.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 447.

Há, contudo, quem defenda que, as atividades que envolvem o poder normativo, por parte da Administração, como por exemplo a regulação, são tidas como função atípica da Administração, conforme defendido por Di Pietro:

Quanto à regulação, trata-se de atividade que envolve poder normativo por parte da Administração Pública (**portanto, função atípica da Administração Pública**), polícia, fomento, intervenção, com a peculiaridade de que todas essas atribuições se concentram em um mesmo ente (as agências reguladoras, ainda que nem todas tenham essa denominação). (grifo meu)¹⁶

No âmbito da função normativa, seja em caráter atípico do poder de legislar pelo Executivo, seja no exercício típico da função administrativa, verifica-se a possibilidade de atos normativos serem editados por outras autoridades, que não o Chefe do referido Poder, como por exemplo, quando Ministros de Estado expedem Instruções Normativas, resoluções, portarias e etc. Verifica-se que tais instrumentos possuem uma abrangência de aplicação mais restrita, contudo, dotada de generalidade e abstração, tal como os atos normativos de primeiro grau, conforme nos ensina Carvalho Filho:

Embora, em regra, o poder regulamentar expresso por atos de regulamentação de primeiro grau seja formalizado por decretos e regulamentos, existem situações especiais em que a lei indicará, para sua regulamentação, ato de formalização diversa, embora idêntico seja seu conteúdo normativo e complementar. Nesse caso, o que importa realmente é a natureza do ato: sendo normativo e visando a complementar e minudenciar as normas da lei, terá ele a natureza de ato regulamentar de primeiro grau, produzido no exercício do poder regulamentar.¹⁷

Importa observar, contudo, que todos esses atos normativos, editados por autoridades, que não o chefe do Poder Executivo, segundo entendimento de Di Pietro, “têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance, nem a mesma natureza, que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo”¹⁸.

Em qualquer dos casos, o poder regulamentar, por resultar em atos derivados subjacentes à lei, deve-se pautar segundo os limites desta, já que tem por pressuposto a existência da própria norma que se deseja regulamentar. É por esse motivo que, o

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 165.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94

poder regulamentar não pode contrariar a lei, nem pode criar direitos e obrigações não previstas nessa, sob pena de grave violação do princípio da legalidade:

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF)¹⁹.

Na mesma linha de entendimento, há ainda que se mencionar as lições de Hely Lopes Meirelles: “como ato inferior a lei, o regulamento não pode contrariá-lo ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade²⁰.

Trata-se da obediência ao princípio da legalidade, que significa a submissão e respeito à lei em sentido material (aquele que envolve todos os atos de caráter normativo que tenham sido editados como resultado do poder de legislar, independentemente de sua origem), e também do respeito à lei em sentido formal (*strito sensu*), ou seja, da necessidade de observância da reserva legal que estabelece que, a regulamentação de determinadas matérias seja realizada necessariamente por lei formal, editada pelo Poder Legislativo, com a consequente exclusão de quaisquer outras fontes normativas.²¹

Nesse contexto, importante observar sutil diferença, existente entre os conceitos da reserva legal e da legalidade: aquela requer que o ato normativo seja necessariamente editado pelo poder legislativo, esta significa uma mera atuação dentro da esfera estabelecida pelo poder normativo.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 61.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 925.

²¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Limites do poder regulamentar. **Revista Justiça**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em: 11 out. 2020.

Vale mencionar ainda que, segundo entendimento Jose Afonso Da Silva²², a reserva legal possui categorias distintas de exigência de normatização por meio de lei formal, a saber: 1) em razão do órgão competente (como exemplo matérias privativas do Congresso Nacional); 2) em razão da natureza da matéria (ex. matérias reservadas a Lei Complementar ou mesmo as matérias proibidas de serem tratadas por medida provisória); 3) em razão do vínculo imposto ao legislador (as de caráter absoluto—matéria a ser integralmente regida por lei ou as de caráter relativo— a lei disciplina aspectos gerais e admite a complementação por normas específicas).

Ainda em relação aos limites do poder regulamentar, Geraldo Ataliba²³, nos indica características que devem conter qualquer norma regulamentadora, entre elas: ser veiculada por decreto ou outro ato normativo secundário; ter natureza de ato administrativo infralegal; não ser autônoma nem se referir a leis auto executáveis; não poderá ser *ultra, citra e/ou extra legem*; não poderá inovar no ordenamento jurídico; só poderá, regulamentar lei cuja execução seja de competência do poder executivo, e que trate de matéria exclusivamente administrativa; e, ainda, não poderá dispor sobre a relação entre particulares.

Tais características são peculiares dos instrumentos (portarias, regulamentos, instruções normativas, regimentos etc.), colocados à disposição das autoridades responsáveis pela edição das normas, com vistas à execução e regulamentação (quando necessário) das leis.

1.1 Instruções Normativas Como Instrumento do Poder Normativo

As Instruções Normativas, assim como os regulamentos, portarias, resoluções, regimentos, são atos administrativos que têm por objetivo disciplinar ou regulamentar a execução de uma determinada atividade desempenhada pelo Poder Público.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 403.

²³ ATALIBA, Geraldo, [s.d.] apud LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em 11 out. 2020.

Destinam-se, portanto, a explicar de forma mais clara, o conteúdo jurídico de determinada lei já prevista anteriormente no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo definição Silva, o termo Instrução, no âmbito do Direito Administrativo, pode ser definido como um conjunto de regras, utilizadas para se definir a melhor forma de interpretação de determinada norma, prescrevendo por vezes a ordenação dos serviços, para que possam ser executados sem maiores dificuldades, nos termos abaixo transcritos²⁴:

Na técnica do Direito Administrativo, significa as regras, emanadas de uma autoridade hierarquicamente superior, que vêm prescrever a maneira de ser organizada a repartição ou departamento e o modo porque nele se devem executar os serviços que lhe são afetos. Mostram-se, assim, normas de ação ditadas aos funcionários para desempenho de suas funções. Às vezes, prescrevem a ordenação dos serviços, dispendo sobre sua efetivação. Noutras, vêm interpretar textos regulamentares ou mesmo de leis, para que possam, sem qualquer dificuldade, ser postos em execução, isto é, aplicados aos casos concretos.²⁵

As Instruções Normativas, por terem natureza jurídica de ato administrativo, têm por objetivo, detalhar com maior precisão o conteúdo de determinada lei, para a execução de atividades desempenhadas pelo poder Público. Não se destinam, portanto, a criar direitos ou obrigações, mas, tão somente, complementar leis vigentes, interpretar cláusulas abertas, disciplinar procedimentos administrativos, entre outros.

Nesse contexto, importante citar ainda o Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, que, em seu artigo 2º, inciso II, traz o conceito legal de instruções normativas tidas como “atos normativos que, sem inovar, orientem a execução das normas vigentes pelos agentes públicos”.

Ressalta-se ainda que a edição de Instrução Normativa (IN) é uma das competências dos Ministros de Estado atribuída por força da própria Constituição em seu artigo 87, II, nos termos abaixo:

[...]

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

²⁴ SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Atualizador por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1.998.

²⁵ SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Atualizador por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1.998.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

[...]

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.²⁶

Assim, em que pese a Instrução Normativa, ser faculdade constitucionalmente atribuída aos titulares das Secretarias de Estado, em que pese não ser de sua competência exclusiva, estas não devem ser utilizadas arbitrariamente contra, nem *ultra legem*, como toda e qualquer espécie de ato normativo regulamentar, conforme já visto em tópico anterior.

Significa dizer que, a referida competência atribuída aos Ministro de Estado, de igual forma, possui limites, não sendo, portanto, plena, incondicionada e discricionária.²⁷ Deve respeitar certos requisitos para não ser considerada nula, entre eles: a) a existência de ato normativo anterior, cuja execução lhe incumbe regulamentar; b) que este ato normativo requeira de fato regulamentação e c) a matéria regulamentada seja de competência do Ministro de Estado respectivo.

Desse modo, as instruções normativas devem ser inteiramente subordinadas à lei, tanto positiva quanto negativamente, ou seja, não podem contrariá-la, seja para restringi-la, seja para ampliá-la. Sua função primordial é facilitar a execução da lei de modo a torná-la exequível.

Não cabe, portanto, às Instruções Normativas, como instrumento do poder regulamentar, estabelecer, alterar ou extinguir direitos, sob pena de invasão da competência do Poder Legislativo, o que configura abuso de poder.

Por outro lado, verifica-se ser legítima a fixação de obrigações acessórias, diversas das obrigações principais, por meio de atos normativos, quando dotadas de pertinência e necessárias à execução da obrigação principal imposta pela lei. Como por exemplo, quando a lei concede um benefício por lei, mas a documentação comprobatória para recebimento de tal benefício é definida em ato regulamentar,

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

²⁷ ATALIBA, Geraldo, [s.d.] apud LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em 11 out. 2020.

como por exemplo por meio de uma Instrução Normativa expedida por Ministro de Estado.²⁸

No entanto, quando uma norma fixa obrigações não acessórias, contrárias daquelas previstas em lei, e tais obrigações resultem em eventual dano a terceiro, é possível aplicar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em que se deverá reparar o dano causado “quer restituindo-se lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multa inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta”.²⁹

A responsabilidade civil objetiva do Estado é aplicada, também, aos atos normativos da Administração, com efeitos concretos, ao editar regulamentos, instruções, portarias, conforme defendido por Di Pietro³⁰:

Do mesmo modo, o Poder Executivo e outros órgãos administrativos com função normativa, bem como as agências reguladoras, muitas vezes baixam regulamentos, resoluções, portarias, para disciplinar situações concretas. São atos administrativos quanto ao aspecto formal, mas com conteúdo de atos administrativos com efeitos jurídicos concretos. Nesse caso, incide a responsabilidade civil objetiva, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição, fundado no princípio da repartição, entre todos, dos encargos impostos a alguns membros da coletividade.

E quais os possíveis instrumentos de controle de tais atos que exorbitem do poder regulamentar? É o que veremos a seguir.

1.2 Formas de Controle dos Excessos ao Poder Normativo

Se determinado ato administrativo, sob pretexto do poder regulamentar, for editado de forma contrária à lei, ou mesmo projetado de maneira a restringi-la ou ampliá-la, verificar-se-á grave crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, nos termos do julgado do STF abaixo:

Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 734.

secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado 'ultra legem', quer porque tenha permanecido 'citra legem', quer, ainda, porque tenha investido 'contra legem', a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata.

O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. **(ADI 996-MC, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 06.05.1994)**³¹

Nesses casos, verifica-se inadequado, a utilização das ações de controle de constitucionalidade abstrato, previstas no artigo 102, I, "a", da Constituição Federal, em que pese o referido dispositivo faça referência a leis e atos normativos tidos como inconstitucionais.

Isso porque, de modo geral, os atos normativos expedidos por força do Poder Regulamentar, como dito, são atos infralegais, que devem obediência, precipuamente, às leis que o regem, podendo apenas, de modo reflexo, ofender a Constituição de forma direta.

Assim, conforme nos ensina Carvalho Filho³², para que seja viável a utilização da ação direta de inconstitucionalidade – ADI prevista no artigo 102, I, "a", da Constituição Federal, o ato normativo deverá ter qualificação de ato autônomo:

Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos de que deva revestir-se o ato: além de normativo (como o exige a Constituição), deverá ele ser autônomo.³³

Verifica-se, portanto, o descabimento do ajuizamento das ações de controle abstrato quando a pretensão é de confronto entre o ato regulamentar e sua lei de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 608.661 Paraná**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765672>. Acesso em: 15 out 2020.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo, Atlas, 2020, p. 173.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo, Atlas, 2020, p. 173.

regência e não a análise da validade do ato (acima dos limites legais) em face da Constituição. Já há inclusive precedentes sobre a inviabilidade de se realizar controle abstrato face a atos normativos regulamentares³⁴:

O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que se acha materialmente vinculado poderá configurar insubordinação administrativa aos comandos da lei. Mesmo que desse vício jurídico resulte, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da carta magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade meramente reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. **(ADI 1347 MC, Relator (A): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, Julgado Em 05/09/1995, Dj 01-12-1995 Pp-41685 Ement Vol-01811-02 Pp-00241)**

Contudo, se determinado ato normativo for expedido por força do Poder regulamentar, e houver um excesso por parte da autoridade competente, criando obrigações que resultem em eventual dano ao particular, essa indenização poderá ser requerida junto ao Poder Judiciário, concomitantemente ao pedido de reconhecimento de ilegalidade do ato normativo.³⁵:

Se o decreto regulamentar é ilegal, conseqüente de abuso do poder regulamentar, por ultrapassado o limite de atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, os danos que dele resultam para o particular podem ser reclamados desde logo, questionando-se incidentalmente a legalidade do decreto.

[...]

Já os prejuízos decorrentes de atos normativos ilegais podem ser pleiteados desde logo, na mesma ação em que se pede o reconhecimento da ilegalidade, tendo em vista que o juízo de ilegalidade não está sujeito às mesmas exigências impostas ao juízo de inconstitucionalidade.

[...] ³⁶

Observa-se assim, que o controle dos atos ilegais (ou de excesso de poder normativo), praticados pela Administração, deverá ser realizada pela via judicial, em

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Instrução Normativa - Portarias Nº 24/94 e Nº 25/94 do Secretário de Segurança e Saúde No Trabalho - Prevenção Contra Situações de Dano no Ambiente de Trabalho - Controle Médico de Saúde Ocupacional - Ato Desvestido de Normatividade Qualificada Para Efeito de Impugnação em Sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade - Ação Não Conhecida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo15.htm>. Acesso em 08 nov. 2020.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.

que a legalidade do ato será examinada, tão somente, em conformidade com a Lei por ele regulamentada, conforme posicionamento do STF³⁷:

O julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra decreto legislativo que susta, com base no art. 49, V, da CF ("É da competência exclusiva do Congresso Nacional: - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;"), decreto regulamentar do Poder Executivo impõe o exame incidental da conformidade deste decreto com a lei por ele regulamentada, sem o que não se pode saber se o Poder Legislativo exerceu validamente a competência prevista no citado art. 49. Hipótese que não se confunde com aquelas em que o decreto regulamentar figura como o objeto principal da ação direta, o que a jurisprudência do STF não admite sob o fundamento de que, ou o decreto impugnado está de acordo com a lei regulamentada, e então ela é que seria inconstitucional, ou não está de acordo, e o caso seria de mera ilegalidade do decreto.

Além do controle judicial, o excesso no exercício do poder normativo também pode sofrer a incidência do controle legislativo, nos termos já mencionados no tópico anterior. De fato, o artigo 49, V, da Constituição Federal, dispõe ser de competência do Congresso Nacional "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa."³⁸

São esses, portanto, os dois caminhos que se podem tomar, visando o efetivo controle do abuso do poder normativo por parte da Administração Pública, quais sejam, o ajuizamento de ação judicial pela via difusa ou por meio do controle legislativo, nos termos do artigo 49, inciso V, da CF/88.

³⁷ CABRAL, Francisco de Assis. **Do cabimento do controle de constitucionalidade de decreto regulamentar à luz da jurisprudência do STF**: Decreto regulamentar e o controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59488/do-cabimento-do-controle-de-constitucionalidade-de-decreto-regulamentar-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

2 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SUAS ESPECIFICIDADES

Contrato Administrativo, em seu sentido amplo, pode ser definido como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”³⁹.

O conceito de contrato administrativo está também disposto no parágrafo único, Art. 2º, Lei no 8.666/93:

Art. 2º: As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão **necessariamente precedidas de licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (Grifo meu)⁴⁰

Verifica-se assim, que contrato administrativo é todo e qualquer acordo de vontades firmado entre a Administração Pública e terceiros. Isso não quer dizer que todo ajuste ou acordo firmado entre a Administração e um particular será sempre um contrato administrativo, pois para tanto, faz-se necessária a presença dos elementos previstos no § ÚNICO do artigo 2º citado acima, quais sejam: a) consenso para formação do vínculo (acordo de vontades); b) obrigações recíprocas; c) licitação prévia à contratação (salvo os casos de dispensa ou inexigibilidade previstos em lei).

Ressalta-se ainda que a expressão contrato administrativo é utilizada também para indicar “um instituto jurídico com características próprias e inconfundíveis”⁴¹.

Entre as características diferenciadas dos contratos administrativos, vale mencionar que, ao contrário dos contratos regidos exclusivamente por normas de direito privado, o regime jurídico administrativo, adotado nas contratações públicas,

³⁹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017; p.187.

⁴⁰ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.rl-1.12.

confere à Administração a chamada “supremacia do interesse público” em que lhe são atribuídas certas prerrogativas extraordinárias com vistas ao atendimento do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

Nesse contexto, como característica inerente ao regime-jurídico administrativo, tem-se as “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos, previstas no artigo 58 da Lei 8.666/93, em que a Administração é posta em situação de superioridade em relação ao particular contratado⁴².

Entre essas prerrogativas especiais, das chamadas “cláusulas exorbitantes”, cita-se a possibilidade de modificar e rescindir unilateralmente o contrato firmado, exigir garantias, fiscalizar lhe a execução, impor sanções por inadimplemento, ocupar cautelarmente instalações, bem como utilizar pessoal e serviços atrelados ao contrato.⁴³

Contudo, importante observar que, segundo preceitos do artigo 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos “regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.⁴⁴

Por sua vez, os instrumentos contratuais, firmados entre a Administração e particulares, devem prever as cláusulas obrigatórias previstas no artigo 55 da Lei 8.666/93, quais sejam: o objeto a ser contratado, o regime de execução da obra, o preço e as condições de pagamento, os critérios de reajustamento e atualização monetária, os prazos de início, execução, conclusão e entrega do objeto do contrato e bem como as garantias oferecidas para assegurar a execução do objeto, quando necessário.

⁴² AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017; p. 189.

⁴³ FURTADO, Lucas Rocha. **Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela administração pública**. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/934/998>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

2.1 Os Contratos de Terceirização dos Serviços Públicos

O conceito de terceirização não é pacífico na doutrina. Em sentido amplo, terceirizar significa entregar a terceiros, mediante contrato, a execução de serviços que se destinam a atender a certas necessidades do contratante/tomador.

No âmbito da Administração Pública, a terceirização, corresponderia a uma das formas de sua atuação de forma indireta, como espécie de execução indireta *lato sensu*, nos termos do que dispõe o artigo 6º da Lei 8.666/93⁴⁵:

Art 6. Para os fins desta Lei, considera-se: [...]
VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:
[...]
Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:
I - execução direta;
II - execução indireta, nos seguintes regimes:
[...]

O fenômeno da terceirização no serviço público surgiu como uma necessidade de modernização e reestruturação das relações jurídicas de trabalho, imputando ao Estado diversas exigências, com vistas a se obter novos padrões de qualidade, flexibilidade, produtividade e competitividade.

Nesse contexto da globalização, segundo nos ensina Doetzer,⁴⁶ a terceirização surge como uma forma de descentralização de determinadas atividades estatais, para destiná-las a terceiros interpostos, delegando sua gestão e execução, com a finalidade de permitir ao tomador de serviços a dedicação à sua atividade principal, e ao controle e à gestão do seu próprio negócio. Com isso, a Administração deixa de se envolver diretamente com as questões relativas às atividades meramente acessórias, trazendo então uma ideia de maior eficiência na execução dos serviços:

A prática da terceirização de serviços tem adquirido, atualmente, dimensões bastante representativas. Considerada como um efeito da globalização sobre a descentralização das atividades, ela permite que uma organização delegue

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁴⁶ DOETZER, Isis Chamma. Terceirização – Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. **Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos**, n. 56, p. 165, fev. 2007.

a um terceiro, serviços não essenciais à atividade para a qual se destina. Por sua vez, a dedicação do terceiro e sua especialização propiciam à organização que terceirizou o serviço uma maior concentração em sua atividade final e se harmoniza com a tendência de especialização conferida as atividades mais variadas e com a ideia de eficiência.⁴⁷

Como modelo administrativo, observam-se então algumas vantagens da terceirização, dentre as quais podem ser citadas: a racionalização dos recursos, a redução dos níveis hierárquicos, dos custos administrativos e dos controles, o aumento da flexibilidade, o foco na atividade principal com maior especialização dos serviços e o aumento da eficiência na execução de serviços especializados realizados por terceiros.

As vantagens trazidas por esse novo modelo de gestão administrativa, acabou por influenciar a normatização da terceirização no âmbito da Administração Pública, no bojo da reforma administrativa promovida pelo Decreto-Lei 200/67.

Nesse contexto, o artigo 10, §7º, do mencionado diploma, determinou aos entes públicos o emprego prioritário de seus recursos materiais e humanos na realização de suas atividades finalísticas, entregando a terceiros todas as demais atividades tidas por acessórias, executivas ou meramente instrumentais (atividades-meio), nos seguintes termos⁴⁸:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

No mesmo sentido, manifesta-se interpretação dominante da Justiça do Trabalho, que legitima a terceirização de atividades-meio, do tomador dos serviços, contanto que não haja personalidade e subordinação direta dos terceirizados,

⁴⁷ DOETZER, Isis Chamma. Terceirização – Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. **Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos**, n. 56, p. 165, fev. 2007.

⁴⁸ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

conforme se depreende da leitura do inciso III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

SUMULA 331 – TST

[...]

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 personalidade e a subordinação direta.⁴⁹

Em síntese, a Justiça do trabalho tem admitido a terceirização, mesmo em face da Administração Pública, desde que não caracterize ilegalidade ou burla na contratação de servidores mediante a realização de concurso público, uma vez inexistentes elementos que caracterizam relação de emprego, quais sejam a personalidade e a subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços (a Administração Pública).

É o que nos demonstra os ensinamentos de Delgado:

A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento. Assim estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada [...] desde que inexistente a personalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a personalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.⁵⁰

Julgado recente do STF (de 2018),⁵¹ decidiu pela constitucionalidade da terceirização para contratação de trabalhadores, com vistas a execução de atividades-

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST** - 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: Inciso III. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso: 20 nov. 2020.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 414.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**.- I - É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - A terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TCC&tese=5900>. Acesso em: 08 nov. 2020.

fim das empresas privadas. Como reflexo dessa decisão, foi editado o Decreto 9.507/2018, em que o Governo Federal regulamenta novas regras para a terceirização nos serviços públicos, ampliando as atividades que podem ser objeto de terceirização pela Administração Pública.

Ainda, sobre os serviços terceirizados, o artigo 1º da Instrução Normativa nº 5, de 26/05/2017 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 e estabelece⁵²:

As contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber:

- I - as fases de Planejamento da Contratação, Seleção do Fornecedor e Gestão do Contrato;
- II - os critérios e práticas de sustentabilidade; e
- III - o alinhamento com o Planejamento Estratégico do órgão ou entidade, quando houver.⁵³

Segundo o artigo 17 da IN 05/2017, dois elementos, presentes na execução do objeto contratado, caracterizam o contrato de terceirização, quais sejam: 1) a prestação de serviços de natureza continuada; 2) a execução dos serviços mediante cessão de mão de obra pela pessoa jurídica contratada.

Nesse contexto, os serviços de natureza continuada são serviços auxiliares e necessários à execução das atividades da Administração, cujo interrupção poderá

⁵² BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.

⁵³ BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.

comprometer a continuidade de suas atividades essenciais⁵⁴. Tal conceito tem amparo na própria IN 05/2017, em seu artigo 15, conforme abaixo:

Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.⁵⁵

Corroborando com o conceito trazido pela IN 05/2017, Gasparini⁵⁶, nos indica os dois elementos caracterizadores dos serviços de natureza continuada: a perenidade e a essencialidade ou necessidade de sua prestação, sob pena de não atendimento do interesse público:

Serviço de execução continuada é o que não pode sofrer solução de continuidade na prestação que se alonga no tempo, sob pena de causar prejuízos à Administração Pública que dele necessita. Por ser de necessidade perene para a Administração Pública, é atividade que não pode ter sua execução paralisada, sem acarretar-lhe danos. É, em suma, aquele serviço cuja continuidade da execução a Administração Pública não pode dispor, sob pena do comprometimento do interesse público.⁵⁷

Outra questão que merece destaque não é apenas a relação meio/fim, mas sim a relação prevista no art. 3º IV, do Decreto nº 9.507/2018, que é a impossibilidade de haver burla às competências previstas para determinado cargo, não podendo haver a chamada usurpação de função.

2.2 A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública na Terceirização

⁵⁴ REQUI, Erica Miranda dos Santos. **Serviços contínuos**: caracterização. Blog Zenite. Contratos Administrativos, 06 maio 2013. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/servicos-continuos-caracterizacao>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.

⁵⁶ GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=346>. Acesso em 17 dez. 2019.

⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=346>. Acesso em 17 dez. 2019.

Em que pese todos os benefícios inerentes a terceirização de serviços pela Administração, não se pode negar a existência de certos riscos envolvidos. É certo que todo e qualquer negócio jurídico envolve riscos ao contratante, como por exemplo o risco de inexecução do objeto, que se busca mitigar por uma fiscalização presente e efetiva.

Contudo, há duas possibilidades de risco que são inerentes apenas aos contratos de terceirização da Administração Pública. A primeira delas é a possibilidade de responsabilização solidária do ente público contratante por encargos previdenciários inadimplidos pelo contratado, prevista expressamente no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/93⁵⁸: “A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991”.

Nesses termos, a Lei de Licitações e Contratos, prevê a responsabilização solidária somente nos casos de que trata o art. 31 da Lei 8.212/91– Lei de Custeio da Previdência Social. Trata-se da retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal dos serviços executados mediante cessão de mão de obra, a título de antecipação de contribuição previdenciária.

A segunda possibilidade de risco se refere à responsabilização subsidiária da Administração em razão do inadimplemento de encargos trabalhistas por parte da empresa por ela contratada, em que somente é permitida a responsabilidade do tomador dos serviços quando esgotadas todas as possibilidades de cobrar da empresa contratada a dívida trabalhista inadimplida e judicialmente reconhecida.

Esse entendimento, que ia de encontro ao texto do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 que estipula que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a

⁵⁸ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

responsabilidade por seu pagamento [...]”, ficou consolidado na Súmula 331 do TST, item IV, cuja redação original era a seguinte⁵⁹:

IV - 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 haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.⁶⁰

O posicionamento jurisprudencial sobre a questão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em matéria trabalhista, estava consolidado nos moldes da redação original da Súmula 331 do TST supracitada. Contudo, haja vista o julgamento pelo STF da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC-16), proposta pelo Governador do Distrito Federal, que pediu ao Tribunal para declarar constitucional o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas e verbas rescisórias dos trabalhadores por parte da contratada deixou de ser automática para ser aplicada somente no caso de omissão na fiscalização, ou seja, se demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração na fiscalização do contrato ou mesmo se demonstrada uma culpa *in eligendo* no processo licitatório.

Isso quer dizer que, ao julgar a ADC-16, o STF declarou constitucional o referido dispositivo da Lei de Licitações e Contratos e vedou a responsabilização subsidiária de modo automático, conforme ementa transcrita abaixo:

⁵⁹ O entendimento jurisprudencial sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública estava consolidado até 24/10/2010, quando o STF julgou procedente a ADC-16, após inúmeras Reclamações propostas contra decisões do Judiciário Trabalhista que aplicavam a Súmula 331 de forma automática, condenando a Administração pelo simples fato de ser tomadora de serviços, comprovado pelos respectivos contratos administrativos firmados. Ao julgar procedente a ADC-16, declarou-se constitucional o artigo 71, §1º, inquinado da Lei de Licitações e Contratos, proibindo-se a responsabilização subsidiária de modo automático (**ADC 16, julgamento 24.10.2010; DJe 08-09-2011**).

BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁶⁰ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Artigo 71. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.⁶¹

Julgado recente, o STF sedimentou tese, em sede de repercussão geral, que o inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da empresa contratada não transfere de forma automática tais encargos à Administração, conforme excerto abaixo transcrito:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.⁶²

Em relação ao novo entendimento a ser dado ao item IV da Súmula 331 do TST, é importante destacar que, em que pese tenha sido reconhecido que a mera inadimplência da prestadora de serviços não transfere a responsabilidade pelo adimplemento de forma automática à Administração, não há impedimento para que a Justiça do Trabalho reconheça sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pela contratada quando comprovada omissão na fiscalização dos contratos administrativos, nas próprias palavras do Ministro Cezar Peluso:

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere à responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: **mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade.** É outra matéria. [...]

Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da

⁶¹ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**: Dispõe sobre o valor do salário-mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, 29 abr. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>. Acesso em: 08 nov. 2020.

causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos.” (destaques não constam no original).⁶³

Assim, a partir do julgamento da ADC nº 16, o TST alterou a redação da Súmula 331, de modo a obrigar que os juízes fizessem análise da conduta culposa do estado, de maneira a verificar se, no caso concreto, houve, de fato, culpa *in eligendo*, quando há uma má escolha da contratada no processo licitatório, ou culpa *in vigilando*, quando há falha ou omissão na fiscalização do contrato administrativo:

Súmula 331 do TST.

[...]

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. 8.666/93, 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.⁶⁴

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de constitucionalidade 16 Distrito Federal**. Relator: Min. Cezar Peluso; Reqte. (S): Governador do Distrito Federal; Adv. (Ms): PGDF - Roberta Fragoso Menezes Kaufmann E Outro(A/S). Ementa: Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. E constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 08 nov. 2020.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST** - 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: Inciso III. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso: 20 nov. 2020.

3 GARANTIAS ATRELADAS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Com vistas a garantir que o licitante terá total condição de executar satisfatoriamente o objeto do contrato e, assim, eliminar riscos de insucesso da contratação, o legislador previu a possibilidade de a autoridade competente estabelecer, no edital de licitação, a prestação de garantia a ser constituída no ato de assinatura do contrato, como forma de proteção ao interesse público.

A garantia para os Contratos Administrativos, seja para contratação de obra, serviços ou fornecimento, está prevista no artigo 56 da Lei 8.666/93, podendo ser exigida do contratado por conveniência e oportunidade do gestor público, desde que prevista, não somente no contrato, mas também no Edital de Licitação.

Cita-se ainda a Súmula 275 do Tribunal de Contas da União que prevê a possibilidade de exigência de garantia tanto no momento da licitação quanto no momento da contratação dos serviços:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços”.

Verifica-se que a função básica das garantias contratuais é assegurar a efetiva execução do contrato de modo a minimizar riscos associados ao inadimplemento contratual.

Para tanto, o gestor deverá avaliar, caso a caso, a conveniência e oportunidade dessa exigência, uma vez que, certamente, trará uma maior onerosidade às propostas dos licitantes. Significa dizer que tais custos terão reflexos no valor total da contratação, indo de encontro, portanto, aos princípios da economicidade e competitividade tanto buscado pela Administração Pública.

Assim, “antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto”.⁶⁵

Nesse contexto, vale traçar breve diferença entre as garantias de natureza técnica, a garantia contratual, prevista no artigo 56 da Lei de Licitações, e aquela exigível durante a fase de licitação, por força do artigo 31, inciso III e §2º da citada lei.

A garantia técnica está prevista no artigo 69 da Lei 8.666/93 que estabelece que “o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados”.⁶⁶

Trata-se de instrumento jurídico autônomo, de natureza acessória, e desvinculada do contrato (já que possui previsão legal), em que o contratado assume um compromisso de garantir o bom funcionamento do objeto (sob os aspectos da qualidade, segurança, durabilidade e desempenho), por certo período de tempo, conforme conceito trazido pelo dicionário da língua portuguesa, HOUAISS, que define garantia técnica como “a integridade de um produto vendido e/ou a boa qualidade ou durabilidade de um serviço prestado, e que obriga o fabricante a consertar ou substituir a mercadoria com defeito e o prestador de serviço a refazê-lo se insatisfatório”⁶⁷.

Nesses termos, a garantia técnica, também denominada garantia do objeto, é um serviço que pode ser acionado sempre que o objeto contratado apresentar vício ou defeito, resultando no reparo ou substituição do objeto, sem prejuízo de indenização em caso de perdas e danos advindos de inexecução.

Ressalta-se ainda que, a garantia técnica do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado do contrato administrativo, não se enquadrando, portanto, no

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 738.

⁶⁶ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁶⁷ Dicionário Houaiss Eletrônico da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

conceito de “obrigações futuras” do §4º do art. 62 da Lei no 8.666/93⁶⁸. O referido dispositivo estabelece que é obrigatório o termo de contrato para qualquer contratação que resulte em obrigações futuras, inclusive assistência técnica⁶⁹.

Por sua vez, as garantias relativas à qualificação econômico-financeiras previstas no artigo 31 da Lei de Licitações, bem como aquelas previstas no artigo 56 da referida legislação, têm por objetivo, respectivamente, garantir a participação no processo licitatório e a execução do objeto, após a assinatura do instrumento contatual, conforme Jurisprudência consolidada do TCU⁷⁰:

Sobre a exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia da proposta, verifico que, em verdade, o respondente demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de **exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação**, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado. (Grifo meu).

Observa-se, portanto, que as garantias do artigo 56 da Lei de Licitações, têm por finalidade principal, evitar prejuízos ao patrimônio público, exigindo-se do contratado meios capazes de assegurar a indenização por eventuais danos causados pelo inadimplemento (total ou parcial) do objeto contratado.

Conforme dito, a instituição de garantia confere vantagens à Administração à medida que minimiza os riscos ocasionados por eventual inexecução contratual, protegendo, assim, o interesse público.

⁶⁸ ABREU JÚNIOR, Cláudio J. **O prazo de garantia técnica integra o prazo de vigência do contrato?** Blog Zenite. Contratos Administrativos, 01 fev. 2016. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-prazo-de-garantia-tecnica-integra-o-prazo-de-vigencia-do-contrato/>. Acesso em 19 nov. 2020.

⁶⁹ ALVES, Jakson Barbosa. **Contratos Administrativos**: Temas Avançados. ESMPU. 2018. p. 62.

⁷⁰ Brasil. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 710/2018**. Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/710%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=2768aa40-2c62-11eb-b583-a5e3ea9653df>. Acesso em: 19 nov. 2020.

Por outro lado, pode acarretar impactos indesejáveis à contratação, impedindo a livre participação de interessados que, embora em condições de honrar com os compromissos assumidos, não disponham de recursos disponíveis para arcar com os custos (muitas vezes elevados) da garantia.

Tal fato, pode reduzir significativamente o número de licitantes e/ou acarretar a elevação dos custos da contratação, já que, provavelmente, a formação dos preços irá contemplar os encargos advindos da garantia a ser instituída.

Segundo a Lei 8.666/93, existem três espécies de garantia para os contratos administrativos, quais sejam 1) a caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, 2) o seguro-garantia e 3) a fiança bancária⁷¹, sendo que o §2º, do artigo 56 da Lei nº 8.666/93 estabelece os percentuais máximos dos valores a título de garantia, que poderá ser de 5% (cinco por cento) até 10% (dez por cento) do valor do contrato, a depender da complexidade técnica e risco financeiro envolvido na contratação.

Caução é espécie de garantia real que “se caracteriza pela vinculação de um determinado bem ou direito, de titularidade do devedor principal ou de terceiros, para a satisfação do crédito inadimplido do credor”.⁷² A Lei permite a caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, devendo ser restituído ao particular quando do encerramento do contrato.

O seguro-garantia é uma espécie de contrato firmado entre o particular, responsável pelo pagamento dos custos da apólice de seguro, e uma instituição financeira, que se comprometerá com os riscos de eventual inadimplemento relativos à contratação com a Administração Pública.

Ainda em relação ao seguro-garantia, o art. 757 do Código Civil, dispõe que: “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a

⁷¹ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.rl-1.12.

garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”.⁷³

Por sua vez, a fiança é também considerada espécie de contrato acessório em que “uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”, conforme disposições contidas no artigo 818 do Código Civil⁷⁴.

Observa-se que, uma vez prevista no Edital de Licitação e, portanto, no contrato administrativo, é dever do gestor público, exigir da contratada, a prestação das garantias contratuais indicadas, sob pena de responder pelos prejuízos decorrentes de sua omissão, bem como às penas previstas nos artigos. 57 e 58 da Lei 8.443/1992⁷⁵.

3.1 As novas garantias instituídas no âmbito da IN 05/2017

A Instrução Normativa nº 05/2017, que revogou a antiga Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, é ato normativo secundário, expedido pelo Poder Executivo, com vistas a regulamentar os procedimentos para contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

As disposições regulamentadas por força da IN 05/2017 têm por objetivo ainda a prevenção e mitigação dos riscos associados à gestão dos contratos administrativos de serviços terceirizados, sobretudo no que diz respeito às possíveis inadimplências e/ou inobservâncias dos pagamentos das verbas trabalhistas, previdenciárias, fiscais,

73 BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Vide Lei nº 13.777, de 2018). Institui o Código Civil. Art. 757. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 out. 2020.

74 BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Vide Lei nº 13.777, de 2018). Institui o Código Civil. Art. 818. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 out. 2020.

75 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.467/2017 – Plenário**. rel. Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2467%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ad14d000-18bd-11eb-bd0d-1584a5d121bc. Acesso em: 26 out. 2020.

comerciais, entre outras, e de modo a proteger a Administração de possíveis ações judiciais trabalhistas.

A referida norma infralegal trata-se, portanto, de uma remodelagem no processo de contratação de serviços terceirizados de modo a simplificar processos e procedimentos por meio da padronização de modelos de documentos para a instrução processual, bem como para uma melhor execução e acompanhamento dos serviços contratados⁷⁶.

Nesse novo contexto da IN 05/2017, buscou-se reformular diretrizes a serem seguidas, com vistas a propiciar a obtenção de resultados mais efetivos, e por consequência, a otimização de uma melhor relações custo-benefício nas contratações públicas.

A visão trazida pela norma está intimamente ligada a alocação eficiente de recursos públicos, que leva em consideração toda a cadeia produtiva em que as contratações públicas estão inseridas. Trata-se de procedimentos administrativos, que envolvem tanto a etapa pré-licitatória, licitatória e pós-licitatória, em que há a efetiva formalização da contratação por meio da assinatura do instrumento contratual. É, então, nessa fase que se inicia a efetiva execução do contrato, demandando do gestor público conhecimentos e habilidades, capazes de mitigar os riscos previstos (e imprevistos), indicados na fase inicial do planejamento da contratação.

Entre os principais riscos previstos, conforme já mencionado anteriormente no presente estudo, cita-se a responsabilidade subsidiária do poder público nos contratos de terceirizados, nos casos em que houver a inadimplência da empresa contratada, em relação às verbas trabalhistas, associada à deficiência na fiscalização pelo Estado.

⁷⁶ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 30 out. 2020.

Assim, a referida IN, a par de tudo que já consta na Lei 8.666/93, buscou regulamentar, entre outros pontos, as disposições referentes às garantias, atinentes aos contratos de serviços terceirizados, com vistas à mitigação dos riscos envolvidos.

Para tanto, estabeleceu uma série de novas disposições sobre as garantias dos contratos administrativos⁷⁷, tais como, além da execução da garantia legal já constituída (previstas no artigo 56 da Lei 8.666/93): 1) a possibilidade de pagamento direto a ser feito pela Administração aos trabalhadores do contratado, no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual; 2) a possibilidade de se descontar das faturas relativas a um mês de serviço do contrato, para pagamento direto dos salários ou verbas rescisórias, caso a empresa não o realize, além da 3) instituição da conta vinculada, bloqueada para movimentação, atrelada ao contrato, a fim de fazer provisões para o pagamento das férias, 1/3 constitucional de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias.

A possibilidade da execução das garantias previstas no artigo 56 da Lei de Licitações, foi regulamentada por meio da IN 05/2017, como espécie de requisito a ser observado nas Minutas dos Contratos a serem firmados, conforme abaixo⁷⁸:

ANEXO VII-F - MODELO DE MINUTA DE CONTRATO

[...]

3.1. Exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 90 (noventa) dias após término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:

j) Deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no subitem 3.1 acima somente será liberada mediante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que, **caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas**

⁷⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 15 dez. 2019.

⁷⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 30 out. 2020.

trabalhistas, conforme estabelecido na alínea "c" do subitem 1.2 do Anexo VII-B, observada a legislação que rege a matéria; (grifo meu).⁷⁹

No que se refere à previsão de pagamento direto aos trabalhadores, bem como sobre a possibilidade de retenção das faturas, a IN 05/2017 estabelece que, caso o fiscal administrativo, observe quando da rescisão contratual, que a contratada não comprovou o recolhimento das verbas rescisórias devidas ao trabalhador, este deverá reter os pagamentos devidos à contratada, até que essa regularize a situação:

Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:

I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e

II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondente sem valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, **a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato** (grifo meu).⁸⁰

As referidas disposições são ainda complementadas como diretrizes quando da elaboração do ato convocatório (Anexo VII-B), nos seguintes termos:

1. Dos mecanismos de controle interno:

[...]

d) 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;** (grifo meu).⁸¹

⁷⁹ BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Art. 56. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁸⁰ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Artigo 65. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁸¹ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Anexo VII-B. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/>

E por fim, além das possibilidades acima descritas, a IN 05/2017, avançou ainda mais na regulamentação das garantias específicas atreladas aos contratos administrativos: criou o instrumento denominado conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação, cujo conceito e características veremos a seguir.

4 A CONTA-DEPÓSITO VINCULADA BLOQUEADA PARA MOVIMENTAÇÃO À LUZ DA IN 05/2017.

Instituída em meados de 2008 pela então Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, atual Ministério da Economia, a Conta-depósito Vinculada, bloqueada para movimentação, também denominada conta-vinculada, configura-se como um instrumento de gestão, utilizada para mitigar os riscos nas contratações de serviços terceirizados, com dedicação exclusiva de mão de obra.

Como dito, serve como uma forma de proteção do trabalhador, de modo a garantir a existência de recursos financeiros, em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas, por parte das empresas. Nesse sentido, verifica-se também, como uma forma de proteção do tomador de serviço, em casos de condenação subsidiária da Administração Pública, conforme conceito abaixo transcrito⁸²:

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

A Conta Vinculada, bloqueada para movimentação, é aberta por instituição financeira oficial, em nome da contratada, mediante solicitação do órgão contratante. Tem por objetivo, o provisionamento de valores com vistas ao pagamento, de acordo com sua ocorrência, das verbas trabalhistas e respectivos encargos previdenciários, tais como férias, 1/3 constitucional de férias, 13º salário e verbas rescisórias.

⁸² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea “a” do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 9. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em 01 nov. 2020.

Os percentuais a título de contingenciamento variam de acordo com o grau de risco ambientais do trabalho (SAT de 1%, 2% ou 3%),⁸³ chegando a provisões mensais no valor de até 33,25% sobre a remuneração relativas a verbas trabalhistas.

Destina-se, portanto, ao pagamento de encargos previdenciários incidentes sobre as verbas citadas, bem como dos valores devidos, em caso de pagamento de multa sobre o saldo do FGTS, na demissão sem justa causa dos colaboradores da empresa contratada, que se encontram alocados em determinado órgão.

Importante destacar que, a conta vinculada não é considerada um tipo de fundo de reserva, uma vez que os recursos provisionados serão liberados gradualmente, desde que com expressa autorização do órgão contratante e mediante comprovação das despesas por parte da empresa.

A adoção da conta vinculada nos contratos de serviços terceirizados teve parecer favorável inclusive da Advocacia-Geral da União (AGU), conforme excertos transcritos abaixo⁸⁴:

29. Diante do exposto, conclui-se que:

[...]

b) a Conta Vinculada é uma forma diferida de pagamento à Contratada, pois antecipa o pagamento de evento futuro, que só possibilita a utilização do recurso com o aperfeiçoamento do evento (pagamento de férias, 13o salário, multa fundiária) e deve atender o disposto nos art. 40, XIV e art. 55, III ambos da Lei 8.666/93;

c) que os depósitos a serem transferidos para a Conta Vinculada, em nome da contratada, deverão ser efetuados respeitando os mesmos prazos definidos para o pagamento da fatura/nota fiscal, sob pena de serem devidos os encargos previstos no edital e no contrato para os pagamentos em atraso; e

⁸³ O SAT - Seguro Acidente de Trabalho é a contribuição destinada ao financiamento do benefício concedido em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, conforme previsão do inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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/L8212rep.htm. Acesso em 01 nov. 2020.

⁸⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea “a” do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 10. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em 01 nov. 2020.

d) para implementação da Conta Vinculada, a Administração deve observar se estão sendo respeitados os princípios da economicidade e da eficiência.

Em sua acepção originária, a conta vinculada é considerada como “forma de pagamento diferida”, nos termos do documento que aprovou a Nota nº 020/2011/DEAEX/CGU/AGU:

De fato, consoante consignado na referida Nota, as exigências contidas no art. 36 § 1o, da Instrução Normativa SLTI Nº 02, de 30 de abril de 2008, não encontram óbices para seu efetivo cumprimento desde a publicação da mencionada Instrução Normativa.

De igual modo, correto o entendimento de que a Conta Vinculada, de que trata o ar. 19-A, I, da Instrução Normativa SLTI no 02, de 2008, **não configura uma garantia contratual, mas apenas uma forma de pagamento diferida**, pois os valores ali creditados os são em nome da contratada para honrar compromissos salariais dos seus respectivos trabalhadores quando necessário for.

Por fim, conforme registrado a Nota no 020/2011/DEAEX/CGU/AGU-JCO, há de haver expressa previsão editalícia e contratual para viabilizar a existência da Conta Vinculada. (grifou-se).

Ocorre que, em que pese a nomenclatura utilizada, se referir a uma simples forma de pagamento “diferida”, pode-se dizer que estamos diante de uma garantia do contrato administrativo, haja vista os objetivos e finalidades a que se propõe.

Como visto, a exigência de garantia na execução dos contratos administrativos, nos termos previstos no artigo 56 da Lei de Licitações, tem por objetivo conferir segurança às contratações públicas, uma vez que se destina a assegurar o pleno cumprimento do contrato administrativo e, assim, evitar prejuízos à Administração, em caso de inexecução do contrato.

Assim, a conta-vinculada, por já ter sido, desde sua origem, instituída para cumprir as funções de, garantir os recursos necessários para pagamento de verbas trabalhistas previstas em contrato e, assim, permitir sua fiel execução, se coaduna ao próprio conceito de garantia, ou seja, como instrumento garantidor da contratação em caso de inadimplemento de verbas trabalhistas e previdenciárias.

As próprias disposições contidas nos normativos que a instituiu, bem como nas cartilhas de orientações básicas para sua operacionalização, citam, a todo momento,

o termo “garantia” para se referir aos objetivos da conta vinculada, nos seguintes termos:⁸⁵

A Conta-Depósito Vinculada – Bloqueada para Movimentação foi criada com o objetivo de **garantir os recursos necessários** para o cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas em caso de inadimplemento da contratada.

[...]

O art. 19-A, da IN 2, de 2008, prevê que o Edital deve estabelecer regras para **a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado**, cuja movimentação ficará restrita exclusivamente para o pagamento daquelas obrigações, na forma do artigo supracitado.

[...]

Assim, Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação ou Pagamento pelo Fato Gerador são **instrumentos obrigatórios de utilização como garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra**. Podendo, inclusive, ser um dos elementos de tratamentos de riscos não previstos no rol do art. 25 da IN nº 5, de 2017⁸⁶.

[...]

A possibilidade de utilização facultativa da CV e FG como instrumentos de tratamento dos riscos (Art. 18, IN nº 05/2017), **não afasta a sua obrigatoriedade como garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra.** (grifo meu)

Desse modo, ao se considerar a conta vinculada, bloqueada para movimentação, como nova modalidade de garantia, instituída por ato normativo secundário, estar-se diante de uma possível ilegalidade da IN 05/2017, vez que trouxe novas obrigações ao particular, não previstas anteriormente em lei.

4.1 A Conta-Depósito Vinculada bloqueada para movimentação como nova modalidade de garantia: excesso aos limites do poder regulamentar

Verifica-se que a IN 05/2017 não só regulamentou as diretrizes e procedimentos para contratação de serviços terceirizados, no âmbito da Administração Pública, foi além, concedeu à Administração o poder de, independente de intervenção judicial, realizar pagamento de salários direto aos trabalhadores, reter

⁸⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Cartilha sobre conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos do art. 19-A e Anexo VII da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2, de 30 de abril de 2008, com alterações posteriores / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. – Brasília, 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/209987/Cartilha-conta-vinculada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 nov. 2020.

⁸⁶ BRASIL. Portal de Compras do Governo Federal. **Instrução Normativa nº 05, de 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/instrucao-normativa-de-servicos-in-no-5-de-2017>. Acesso em: 19 nov. 2020.

faturas e, sobretudo, impôs uma severa limitação, maior que o previsto na própria legislação (que prevê um limite de até 5% a título de garantia), para garantir o pagamento dos direitos trabalhistas dos terceirizados.

Nesse contexto, apesar de haver posição jurisprudencial em contrário, a referida Corte de Contas firmou entendimento que, a retenção de valores no âmbito dos contratos administrativos é ilegal, por constituir garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/93. Destacou ainda os custos adicionais envolvidos, bem como problemas operacionais relacionados à gestão da conta vinculada, em que a Administração estaria interferindo diretamente na gestão da empresa, nos seguintes termos⁸⁷:

II.g – Conta vinculada

[...]

69. A respeito desse procedimento, cumpre destacar que o TCU já se manifestou sobre a questão, conforme Acórdãos nos 1937/2009-2ª Câmara e 4.720/2009-2ª Câmara. Na primeira oportunidade, orientou o Banco do Brasil a respeito da pertinência de se reter parte das faturas como garantia de pagamento de verbas trabalhistas. Na segunda, em grau de pedido de reexame interposto pela instituição bancária, o TCU **compreendeu que a retenção desses valores é ilegal, pois constitui garantia excessiva àquela fixada pela Lei nº 8.666/93.**

70. Além do aspecto legal do problema, há que se considerar que o processo de operacionalização dessas contas **representa acréscimos ainda maiores aos custos de controle dos contratos terceirizados**, pois são milhares de contas com infindáveis operações a serem realizadas. Os riscos são altos, especialmente para os servidores responsáveis por essas tarefas – é comum que os fiscais dos contratos não possuam os conhecimentos do sistema bancários necessários para o desempenho dessa atribuição.

Portanto, dada sua ilegalidade por infringir as disposições contidas em lei, e considerando ainda os riscos e altos custos envolvidos na adoção da conta vinculada, o TCU conclui que:

A gestão dos contratos deve ser realizada da forma menos onerosa possível para o erário; compatível com os conhecimentos dos fiscais desses contratos [...] nesse sentido, a utilização da conta bancária vinculada prevista na IN/SLTI/MP 02/2008 não é indicada.⁸⁸

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 00615620118**. Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 22/05/2011. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ... Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315863810/615620118/inteiro-teor-315863868?ref=serp>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 00615620118**. Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 22/05/2011. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE

Cumprе salientar a inexistência de dispositivo legal que autorize, ou mesmo preveja, a retenção de verbas de quaisquer naturezas, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, rescisórias, tributárias, entre outras.

Assim, a IN 05/2017, ao prever nova garantia, realizada por meio de retenções de pagamentos devidos à contratada, extrapola o poder normativo, conferido ao Poder Executivo, contrapondo-se ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁸⁹.

O princípio da legalidade pressupõe que, ao Estado, e, portanto, à Administração Pública, só é permitido realizar aquilo que a lei, em sentido estrito e formal, autoriza, não lhe sendo facultado proibir ou impor obrigações a particulares por meio de atos normativos secundários, tais como resoluções, portarias, instruções, regulamentos, conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo seja em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.⁹⁰

Assim, quando o regulamento vai além de servir como instrumento de interpretação e elucidação da Lei, introduzindo determinadas obrigações, deveres ou restrições, que não estejam previstos de forma expressa, na Lei que se deseja regulamentar, verifica-se um excesso de poder, caracterizado pela inovação na ordem jurídica e inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada⁹¹.

TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ... Disponível em:
<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315863810/615620118/inteiro-teor-315863868?ref=serp>.
Acesso em: 19 nov. 2020.

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 369.

Pior ainda quando a inovação no ordenamento jurídico se dá por meio de Instrução Normativa, expedida por autoridade subalterna do Chefe do Poder Executivo, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem as receber para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.⁹²

Por tudo isso, verifica-se que a instituição da conta vinculada, como espécie de garantia, dotada de novos contornos, distintos daqueles previstos em Lei, e designados por meio de Instrução Normativa, dotada de ilegalidade, extrapola os limites do Poder Regulamentar e, mais ainda, estabelece restrições ao planejamento financeiro das empresas.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, é possível concluir que, todos esses mecanismos criados pela IN 05/2017, em especial a instituição da conta vinculada, bloqueada para movimentação, constituem novas formas de garantia, para que os empregados não sejam lesados em sua relação contratual, e também para conferir uma maior proteção do trabalhador no que se refere a seus direitos básicos, como alimentação, moradia, educação, saúde, vestuário, lazer, previdência, transporte, segurança e tantos outros.

Além do mais, visa proteger, também, a Administração Pública, responsabilizada inúmeras vezes pela omissão de empresas contratadas perante seus trabalhadores, evitando, assim, sua responsabilidade subsidiária.

Ocorre que, essas novas formas de garantir a contratação, trazidas pela IN 05/2017, em que pese sua nobre finalidade, inovam no direito, conflitando, portanto, com princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁹³.

Além disso, extrapolam o poder normativo da Administração, vez que vão muito além da mera expedição de ato para a “fiel execução e interpretação da Lei”, pelo contrário, cria instrumento de garantia muito superior àquela prevista na Lei de Licitações, que é, em regra, limitada a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

Observa-se que, a garantia do contrato administrativo, realizada sob a forma de retenção de pagamentos em conta vinculada, ganhou contornos *ultra legem* e *contra legem* em desfavor da empresa contratada. Os limites das garantias previstos no art. 56 da Lei de Licitações foram aumentados, ainda que ao arpejo da lei, de 5% para mais de 30%, sob a forma de desconto no valor mensal da contratação, conforme orientações contidas na IN nº 05/2017.

Nesse contexto, observa-se que uma Instrução Normativa, caracterizada como ato oriundo do Poder Regulamentar, não poderia, sob o pretexto de resguardar

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

direitos dos trabalhadores, e proteger a própria Administração contra as possíveis omissões e negligências de seus contratados, se contrapor a princípios constitucionais, como o da legalidade, para fortalecer a garantia de uma contratação.

Em que pese sua intenção seja a melhor possível, este instrumento não encontra respaldo legal, constituindo, na verdade, uma severa restrição na economia do contrato, vez que gera encargo, que possivelmente será refletido nos custos da contratação.

É certo que as novas disposições previstas na IN 05/2017, sobretudo as relativas ao gerenciamento da conta vinculada, oneram excessivamente o contratado, assim como impactam a Administração, que deverá dispor de infraestrutura física e de mão-de-obra ante a patente, com objetivo de garantir o contrato.

Não se pode deixar de destacar ainda, que haja vista a complexidade da operacionalização e gestão da conta vinculada, o que requer conhecimentos técnicos mais aprofundados, tais atividades podem acarretar um afastamento ainda maior da fiscalização de sua atividade precípua que, mais que preservar os direitos do trabalhadores, é garantir a boa e adequada execução do contrato. Ainda mais em um tempo em que há latente escassez de servidores no quadro da Administração Pública, sobretudo frente ao corte de gastos, cada vez mais severos, realizados nos orçamentos públicos.

Nesse contexto, nota-se um afastamento daquilo que se entende por uma boa prática de gestão dos contratos administrativos, dos princípios que o regem, principalmente no que concerne à legalidade e à economicidade das contratações em que se deve avaliar, além de outros elementos, a relação custo-benefício, que preconiza que "o custo do controle não deve exceder aos benefícios que dele decorram".

Tudo isso sem citar, também, o risco de restar configurada possível relação de emprego entre os trabalhadores e a Administração, haja vista a ingerência da Administração nas operações de recursos humanos da empresa, o que pode resultar em pessoalidade, subordinação, continuidade, alteridade e onerosidade em relação

aos empregados alocados no contrato, todos esses elementos caracterizadores das relações de emprego.

Ante todo o exposto, verifica-se que, a Instrução Normativa nº 05/2017, ao instituir a conta-vinculada, bloqueada para movimentação, criou mecanismo que extrapola o conteúdo da Lei que desejou normatizar.

Muito além dessa nova garantia, que conforme visto, afronta o princípio da legalidade (entre outros), é possível observar que, existem diversos instrumentos legais, conferidos ao gestor público, com vistas a proteção dos direitos do trabalhador, no âmbito dos contratos de serviços terceirizados.

Significa dizer que, a conta vinculada não é (nem deveria ser), o mecanismo mais efetivo para garantir a execução dos contratos de serviços terceirizados, mas sobretudo, o deveria ser uma fiscalização mais efetiva a ser exercida por servidor especialmente indicado, para tanto, a possibilidade de se executar qualquer das 3 modalidades de garantia, já previstas na Lei de Licitações, que já têm por objetivo arcar com eventuais prejuízos relativos ao descumprimento contratual, além da possibilidade de retenção dos pagamentos devidos à contratada, quando da rescisão contratual, até que a empresa comprove o pagamento de todas as verbas devidas no âmbito da contratação.

Por tudo isso, é possível concluir que a adoção da conta vinculada, configura-se como evidente, para não dizer grave, violação aos princípios constitucionais, exercida sob o pretexto do poder regulamentar, devendo suas disposições serem revistas por meio dos instrumentos de controle de legalidade, disponíveis no ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
2. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea “a” do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 10. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.
3. TRIVIÑOS, A. N. S. **A pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.
4. CASTRO, C. M. Estrutura e apresentação de publicações científicas. São Paulo: McGraw-Hill, 1976.
5. SELTZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. **Métodos de pesquisa das relações sociais**. São Paulo: Herder, 1965.
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 261.
7. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 352.
9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 91

10. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 353.
11. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
12. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94
13. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 447.
14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 57
15. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 165.
16. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94
17. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 61.
18. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 925.
19. LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em: 11 out. 2020.
20. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 403.

21. ATALIBA, Geraldo, [s.d.] apud LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em 11 out. 2020.
22. SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Atualizador por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1.998.
23. SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Atualizador por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1.998.
24. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
25. ATALIBA, Geraldo, [s.d.] apud LEONEL, Ricardo de Barros. **Limites do poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/0y3351>. Acesso em 11 out. 2020.
26. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
27. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.
28. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 734.
29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 608.661 Paraná**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2765672>. Acesso em: 15 out 2020.
30. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo, Atlas, 2020, p. 173.

31. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo, Atlas, 2020, p. 173.
32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Instrução Normativa - Portarias Nº 24/94 e Nº 25/94 do Secretário de Segurança e Saúde No Trabalho - Prevenção Contra Situações de Dano no Ambiente de Trabalho - Controle Médico de Saúde Ocupacional - Ato Desvestido de Normatividade Qualificada Para Efeito de Impugnação em Sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade - Ação Não Conhecida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo15.htm>. Acesso em 08 nov. 2020.
33. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.
34. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 732.
35. CABRAL, Francisco de Assis. **Do cabimento do controle de constitucionalidade de decreto regulamentar à luz da jurisprudência do STF: Decreto regulamentar e o controle de constitucionalidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59488/do-cabimento-do-controle-de-constitucionalidade-de-decreto-regulamentar-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 08 nov. 2020.
36. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.
37. AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017; p.187.
38. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

39. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.rl-1.12.
40. AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017; p. 189.
41. FURTADO, Lucas Rocha. **Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela administração pública**. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/934/998>. Acesso em: 20 nov. 2020. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.
42. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.
43. DOETZER, Isis Chamma. Terceirização – Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. **Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos**, n. 56, p. 165, fev. 2007.
44. DOETZER, Isis Chamma. Terceirização – Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. **Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos**, n. 56, p. 165, fev. 2007.
45. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

46. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST** - 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: Inciso III. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso: 20 nov. 2020.
47. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 414.
48. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324**.- I - É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada; II - A terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TCC&tese=5900>. Acesso em: 08 nov. 2020.
49. BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.
50. BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.
51. REQUI, Erica Miranda dos Santos. **Serviços contínuos**: caracterização. Blog Zenite. Contratos Administrativos, 06 maio 2013. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/servicos-continuos-caracterizacao>. Acesso em: 08 nov. 2020.

52. BRASIL. Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26/05/2017. 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. **Diário Oficial da União**. 26 maio 2017, seção 1, p. 90. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 05 out. 2020.
53. GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=346>. Acesso em 17 dez. 2019.
54. GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=346>. Acesso em 17 dez. 2019.
55. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.
56. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.
57. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Artigo 71. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.
58. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**: Dispõe sobre o valor do salário-mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e

dá outras providências. Brasília, 29 abr. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

59. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 246 - Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246#>. Acesso em: 08 nov. 2020.
60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de constitucionalidade 16 Distrito Federal**. Relator: Min. Cezar Peluso; Reqte. (S): Governador do Distrito Federal; Adv. (Ms): PGDF - Roberta Fragoso Menezes Kaufmann E Outro(A/S). Ementa: Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. E constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165_. Acesso em 08 nov. 2020.
61. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331 do TST** - 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: Inciso III. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso: 20 nov. 2020.
62. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 738.
63. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

64. DICIONÁRIO HOUAISS ELETRÔNICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
65. ABREU JÚNIOR, Cláudio J. **O prazo de garantia técnica integra o prazo de vigência do contrato?** Blog Zenite. Contratos Administrativos, 01 fev. 2016. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-prazo-de-garantia-tecnica-integra-o-prazo-de-vigencia-do-contrato/>. Acesso em 19 nov. 2020.
66. ALVES, Jakson Barbosa. **Contratos Administrativos: Temas Avançados**. ESMPU. 2018. p. 62.
67. Brasil. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 710/2018**. Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/710%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=2768aa40-2c62-11eb-b583-a5e3ea9653df>. Acesso em: 19 nov. 2020.
68. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 26 out. 2020.
69. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p.1-12.
70. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Vide Lei nº 13.777, de 2018). Institui o Código Civil. Art. 757. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 out. 2020.

71. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Vide Lei nº 13.777, de 2018). Institui o Código Civil. Art. 818. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 out. 2020.
72. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.467/2017 – Plenário**. rel. Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2467%2520ANOACORDAO%253A2017/DTR-ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ad14d000-18bd-11eb-bd0d-1584a5d121bc. Acesso em: 26 out. 2020.
73. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 30 out. 2020.
74. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em 15 dez. 2019.
75. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 30 out. 2020.
76. BRASIL. Presidência da República; Casa Civil; Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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. Art. 56. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

77. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Artigo 65. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 19 nov. 2020.
78. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 05, 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. Anexo VII-B. Brasília, 26 maio de 2017. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 19 nov. 2020.
79. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea “a” do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 9. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em 01 nov. 2020.
80. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **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/L8212rep.htm. Acesso em 01 nov. 2020.
81. BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos da alínea “a” do item 1.1 do Anexo VII-B e do Anexo XII da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Cadernos de Logística, fev. 2018. p. 10. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/cadernos-de-logistica/midia/caderno_logistica_conta_vinculada.pdf. Acesso em 01 nov. 2020.

82. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. **Cartilha sobre conta vinculada**: Orientações básicas sobre a operacionalização da Conta Vinculada nos termos do art. 19-A e Anexo VII da Instrução Normativa SLTI/MP nº 2, de 30 de abril de 2008, com alterações posteriores / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. – Brasília, 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/209987/Cartilha-conta-vinculada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 nov. 2020.
83. BRASIL. Portal de Compras do Governo Federal. **Instrução Normativa nº 05, de 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/instrucao-normativa-de-servicos-in-no-5-de-2017>. Acesso em: 19 nov. 2020.
84. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 00615620118**. Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 22/05/201. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315863810/615620118/inteiro-teor-315863868?ref=serp>. Acesso em: 19 nov. 2020.
85. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TC 00615620118**. Relator: AROLDO CEDRAZ, Data de Julgamento: 22/05/201. REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELA EXTINTA ADPLAN A PARTIR DE TRABALHO REALIZADO POR GRUPO DE ESTUDOS INTEGRADO POR SERVIDORES DE DIVERSOS ÓRGÃOS. FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS NO INTUITO DE IMPLEMENTAR MELHORIAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E DE EXECUÇÃO DE CONTRATOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS ABORDADOS PELO GRUPO. FORMULAÇÃO DE RECOMENDAÇÕES À SLTI/MP E À AGU. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315863810/615620118/inteiro-teor-315863868?ref=serp>. Acesso em: 19 nov. 2020.
86. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

87. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.
88. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 369.
89. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103.
90. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.