

INTERESSE PÚBLICO

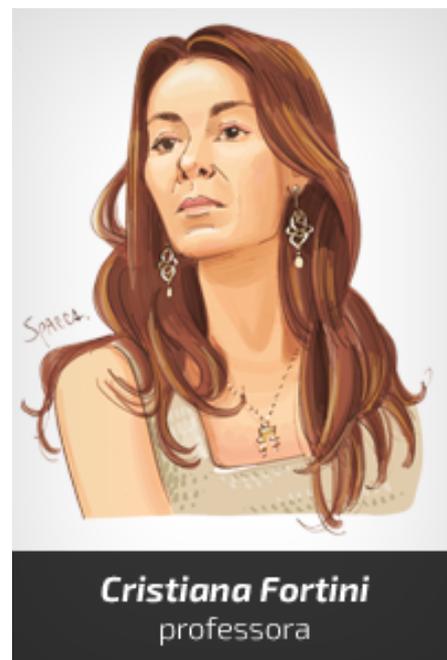
## Contratos de prestação continuada na nova Lei de Licitações e Contratos

8 de abril de 2021, 8h01

Por Cristiana Fortini

O perfil da recente Lei de Licitações e Contratos é marcado, entre outros fatores, pela nacionalização de regras federais. O legislador incorporou experiências consideradas exitosas ao novo marco legal, ciente do papel das leis nacionais como instrumento indutor de comportamentos [\[1\]](#). Sabe-se que a pretensão encontrará resistência e ressuscitará a discussão sobre o conceito de normas gerais, que marcou a vigência da Lei 8.666/93 [\[2\]](#) [\[3\]](#).

A nacionalização de regras federais se manifesta, entre outros dispositivos, nos que abordam os contratos de prestação continuada de serviços que se caracterizam pela centralidade do trabalho humano. Contrata-se determinada empresa que alocará mão de obra para a satisfação de demanda da entidade contratante e que deverá zelar para que o serviço seja prestado em consonância com o disposto no contrato e seus anexos, em especial se existir acordo de níveis de serviços. Cumpre ao contratante fiscalizar a atuação da empresa contratada não apenas com vistas a checar se a métrica contratual está observada quanto à qualidade da execução, mas ainda quanto ao efetivo respeito à legislação no que toca ao pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias.



A aparente singeleza do objeto dos referidos contratos esconde uma série de questões relativas ao peculiar mecanismo de reajuste e a peculiar necessidade de fiscalização eficiente, inclusive com vistas a minimizar os riscos de responsabilidade subsidiária.

A efervescência de contratos desse porte remonta à década de 1990, quando a lógica de transferir atividades à iniciativa privada levou ao Decreto Federal nº 2.271/97, cujo §1º do

artigo 1º previa um rol de atividades que deveriam ser, de preferência, objeto de execução indireta. O decreto citado foi uma das inúmeras consequências do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. De lá pra cá, o número de normas federais sobre o tema cresceu de forma exponencial, impulsionado pela tentativa de salvar os cofres públicos afetados pelas inúmeras condenações provenientes da Justiça do Trabalho, que ignoravam o teor do que preconizam o *caput* e o §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93. Apesar de a lei estabelecer que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais *não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento*, a Súmula 331 do TST pronunciava o entendimento oposto.

O reconhecimento da constitucionalidade do *caput* e do §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 pelo STF levou à alteração da Súmula 331 [4]. Nova redação foi conferida ao inciso IV e foram inseridos incisos V e VI, assim redigidos:

*"V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.*

*VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral".*

Entre as normas federais editadas ao longo dos anos para melhor planejamento, gestão e fiscalização dos contratos, merecem realce o Decreto 9.507/2018 e a IN 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

O Decreto 9.507/2018 estabelece que as contratações deverão ser precedidas de planejamento, bem como que o objeto da contratação será definido de forma precisa no edital, projeto básico ou termo de referência e no contrato como exclusivamente de prestação de serviços. Tais contratos possuem cláusulas obrigatórias previstas no artigo 8º, assim como exigências mínimas para os contratos de prestação de serviços continuados que envolvam disponibilização de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua (artigo 9º). Dispõe ainda o decreto sobre critérios para repactuação e reajuste (artigos 12 e 13).

No mesmo sentido, a IN nº 05/2017 regula as contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta pela Administração Pública federal,

com o mesmo viés do decreto supracitado de demandar critérios objetivos de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato.

Dentro desse grande tema dois pontos centrais merecem destaque para comparação com as regras trazidas pela Lei 14.133/21: 1) os critérios para reajuste e repactuação dos valores dos contratos; e 2) as cautelas em sua gestão, mormente para se evitar responsabilidade subsidiária de seus gestores. Afinal, a lei se inspira nas normas federais, como já salientado.

A Lei 14.133/21 faz expressa referência à repactuação, o que não ocorria na 8.666/93, que aludia ao gênero reajuste. A repactuação é espécie de reajuste pelo que visa à atualização monetária do contrato, considerando, todavia, não índices de mensuração da inflação, mas o processo de negociação entre trabalhadores e empresas. Tais processos alteram as condições de trabalho e são a verdadeira baliza para fins de identificar o impacto do tempo. A razão para uma forma de reajuste distinta para contratos que envolvam dedicação exclusiva ou predominante de mão de obra resulta da importância assegurada pela Constituição da República aos acordos e convenções coletivas [6]. Assim, se de um lado há o reajuste calibrado pelo índice inflacionário aplicável, no que toca aos insumos, quando o contrato também envolve o seu fornecimento, haverá a repactuação focada apenas nos custos decorrentes de mão de obra.

O *caput* do artigo 135 da nova lei menciona a repactuação não só para "*serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*" como também para serviços em que o uso da mão de obra seja preponderante ("*predominância de mão de obra*"), que, curiosamente, não está definido no artigo 6º. O inciso XVI do artigo 6º fornece o conceito de "*serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*", mas compreende-se que a distinção entre eles está exatamente na inexistência do dever de fornecimento de insumos e materiais quando se fala em dedicação exclusiva.

Do conceito de repactuação constante do inciso LIX do artigo 6º da nova lei, chama a atenção a obrigatoriedade de previsão no edital de licitação, de certa forma replicada também no §7º do artigo 25. O artigo 40 da Lei nº 8.666/1993 também previa a obrigatoriedade de previsão no edital dos critérios de reajuste do valor do contrato [7].

O §4º do artigo 135 da nova lei repete o que diz o §2º do artigo 54 da IN, admitindo repactuações em momentos distintos, para variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

Importante ressaltar que há entendimento do Tribunal de Contas da União de que o reajuste é devido *mesmo sem previsão editalícia*, sob pena de enriquecimento ilícito da

Administração Pública e violação ao princípio da boa-fé objetiva. De fato o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos ao prever a obrigatoriedade de se manter *"as condições efetivas da proposta"*.

Entre os importantes precedentes do TCU, nesse sentido cita-se o Acórdão 7184/18 da 2ª Câmara, a despeito de ali tratar-se de outro objeto contratual

***"12) Por certo, não seria a ausência de previsão de reajuste de preços, no edital e no contrato, impedimento à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (artigo 37, inciso XXI), sob pena de ofensa à garantia constitucional inserta no artigo 37, inciso XXI da Carta Maior. Ademais, a execução do contrato, com a recusa no reajustamento dos preços oferecidos à época da proposta, configuraria enriquecimento ilícito do erário e violaria o princípio da boa-fé objetiva, cuja presença no âmbito do direito público é também primordial.***

(...)

***66. Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço"*** (Acórdão 73/2010-Plenário, Acórdão 597/2008-Plenário e Acórdão 2.715/2008-Plenário, entre outros). Trecho extraído do relatório precedente ao Acórdão 2.205/2016-TCU-Plenário, cuja fundamentação foi acompanhada pela relatora, ministra Ana Arraes, em seu voto (grifo da autora).

O segundo ponto de análise nos contratos de prestação continuada diz respeito às cláusulas obrigatórias. O Decreto 9.507/2013 e a IN 05/2017 revelam a preocupação com o planejamento e a gestão de riscos dos contratos de prestação continuada. A exemplo, o artigo 18 da IN 05/2017 traça como um dos procedimentos de gestão de riscos, obrigatórios para os contratos em que há serviços realizados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, procedimentos para o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada. No mesmo sentido, o Decreto 9.507/2018 exige uma série de medidas de prevenção de riscos a partir da inserção de cláusulas obrigatórias nas avenças contratuais.

A exigência de prestação de garantia da contratada inclusive em relação ao pagamento de suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e com o FGTS, regulada no inciso VI do artigo 8º do decreto, também é replicada na nova lei. O artigo 50 da nova lei também determina que o contratado apresente a comprovação do cumprimento de suas obrigações sempre que solicitado pela Administração Pública, sob pena de multa. No mesmo sentido, a minuta de contrato constante de anexo da IN 05/2017 já menciona garantia, cabendo recordar o caráter impositivo da minuta, conforme prevê o artigo 35.

O artigo 121 da nova lei dispõe que somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários e comerciais resultantes da execução do contrato, sendo a administração pública responsável solidária pelos encargos previdenciários e responsável subsidiária pelos encargos trabalhistas tão somente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Nesse ponto cabe novamente destacar a súmula 331 do TST, que prevê a responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta por encargos trabalhistas quando evidenciada sua conduta culposa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. Também cabe o destaque para a fixação da tese de repercussão geral nº 246 pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do RE 760931:

*"Tema 246, 30/3/2017*

*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 artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".*

Ainda quanto às garantias, o artigo 142 da nova lei diz ser possível que o edital ou contrato preveja pagamento em conta vinculada ou pela efetiva comprovação do fato gerador, à semelhança das normas federais. Aqui há claro espaço para entes subnacionais decidirem pela adoção ou não da medida.

Em síntese, a nova lei inspirou-se nas normas federais passando para o plano nacional regras anteriormente aplicáveis apenas à União. Esse o intuito claro, na nossa visão. Se assim prosperará, não se sabe. Muita água promete rolar ao fundamento de que há limites à competência legislativa conferida à União. Difícil sempre será indicar o parâmetro objetivo, salvo quanto a regras de natureza estritamente procedimentais (o que também não é tão facilmente delimitado), a apartar os dispositivos da nova lei que supostamente seriam normas específicas.

---

[1] FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores. 2021. Disponível em: [http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo\\_detalhe.html](http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html). Acesso em: 3 mar 2021

[2] A separação entre normas gerais ou não nunca foi simples. Falta um critério objetivo indiscutível, assim no fundo a decisão caberá ao STF, que certamente será acionado uma vez mais .

[3] AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos? *Consultor Jurídico*, 22/01/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>>.

[4] Contrariamente ao fixado pelo TST, no julgamento da ADC 16 o STF entendeu ser uma consequência proibida pelo artigo 71 §1º da Lei nº 8.666 a transferência consequente e automática dos encargos trabalhistas à Administração Pública, não possuindo responsabilidade subsidiária como "seguradora universal". Defendeu-se a terceirização como necessária ao serviço público em razão da diminuição do papel do Estado, para torná-lo mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade. Arguiu-se na ADC que o artigo 71 §1º sofria retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, sobretudo do TST, que diuturnamente negava vigência ao comando normativo, inclusive editando a malfadada súmula 331 diametralmente oposta ao enunciado legal.

[5] O artigo 6º da Lei Geral assim prevê: "LVIII – reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais; LIX – repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra".

[6] O artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal, estipula que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

[7] O Decreto Federal nº 9.507/2013 cujo §1º do artigo 13 diz ser "admitida a estipulação de reajuste".

Cristiana Fortini é advogada, professora da Universidade Federal de Minas Gerais e ex-controladora-geral e ex-procuradora-geral-adjunta de Belo Horizonte. Especialista (pós graduação) em mediação, conciliação e arbitragem. Visiting scholar na George Washington University e professora visitante na Universidade de Pisa.

Revista **Consultor Jurídico**, 8 de abril de 2021, 8h01