

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS SOBRE CONCORRÊNCIA

Thiago Zagatto
@thzagatto

Advogado e Engenheiro Civil. Auditor do TCU, onde exerce a função de assessor de Ministro. Mestrando em Direito Econômico - PUCPR. Especialista em Terceirizações.

RESUMO

A conta-depósito vinculada e o pagamento pelo fato gerador são mecanismos acautelatórios instituídos pelo governo federal para mitigar os riscos de a Administração Pública ser responsabilizada subsidiariamente por débitos trabalhistas inadimplidos pelas empresas que contrata. Trata-se de retenções parciais mensais nos pagamentos às empresas para liberação futura com o objetivo de reduzir as chances de que estas deixem de pagar os seus funcionários e a Administração venha a responder por tais débitos. O artigo discute a eficiência desses mecanismos e os seus impactos na concorrência e nos preços pagos pela Administração.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A responsabilidade subsidiária da Administração Pública – 3 Conta-depósito vinculada e pagamento pelo fato-gerador – 4 Breve análise econômica da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato gerador – 5 Riscos à concorrência – 6 Considerações finais

1 - INTRODUÇÃO

Um dos grandes dilemas vivenciados pela Administração Pública é a necessidade de conciliar eficiência com o aparato burocrático utilizado na implementação de políticas públicas e prestação de serviços públicos, que

justificam a sua própria existência. No universo das contratações públicas isso não é diferente¹. Contudo há nele uma grande aliada, e que não deve nunca ser menosprezada: a concorrência.

A maximização da concorrência por meio da ampliação da competitividade contribui também para o atingimento de outros objetivos, como a economicidade e isonomia. Nesse intento, só para darmos alguns exemplos, a Administração Pública abraçou de vez o pregão eletrônico como modalidade licitatória preferencial (Decreto Federal 10.024/2019). Mais ainda, hoje já falamos em *marketplace* das contratações públicas². O intuito é claro: aumentar a concorrência, reduzir os custos de transação³, mudar a instituição contratações públicas para um modelo mais dinâmico e próximo do mercado privado.

Paradoxalmente, a Administração Pública convive com controles burocráticos que, em alguma medida, colocam em risco os objetivos retromencionados. Neste artigo buscamos demonstrar a maneira como a construção da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas de suas contratadas tem onerado a fiscalização dos contratos administrativos, desviado o foco da avaliação do que realmente constitui objeto dos contratos - os serviços prestados. Especificamente abordaremos dois institutos criados no afã de salvaguardar a Administração, a conta-depósito vinculada e o pagamento pelo fato gerador.

¹ Isso é externado, por exemplo, no art. 3º da Lei 8.666/1993, quando diz que a licitação destina-se, dentre outros, à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração; na cobrança de aferição de desempenho na gestão e fiscalização contratual, cf. art. 40, II, Normativa 5/2017, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atual Ministério da Economia).

² O governo federal já realizou audiência pública com vistas à estruturação de plataforma na qual as empresas possam oferecer os seus produtos e serviços a órgãos e a entidades governamentais. [online], disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/eventos/1331-audiencia-publica-marketplace-contratacoes-publicas>, acesso em 6/8/2020.

³ Os custos de transação são os custos de se especificar o que está sendo trocado e os custos de execução dos acordos consequentes. NORTH, Douglas Cecil. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antônio José Maristello Porto. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez.

2 – A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 71, §1º da Lei 8.666/1993 é expresso: “A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...)”. No entanto já há muito o Tribunal Superior do Trabalho Superior do Trabalho (TST) negava aplicação ao dispositivo⁴, considerando-o inconstitucional, em disfarçada ofensa à Súmula Vinculante n. 10 do STF (da reserva de plenário para afastar a aplicação da Lei, no todo, ou em parte)⁵. Até que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16/2007), que o dispositivo é de fato constitucional, mas que remanesce a possibilidade de a Administração ser responsabilizada por débitos trabalhistas da contratada caso evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização do contrato administrativo.

Atendendo à decisão do Supremo, o TST alterou o teor da sua Súmula 331, incluindo a necessidade da conduta culposa para responsabilizar a Administração. E em 2017, o STF avançou sobre o assunto, e fixou tese segundo a qual a responsabilidade da Administração não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada⁶. Entretanto perdeu a oportunidade de dar mais especificidade ao tema, de dizer o que se espera da Administração Pública para afastar a sua culpa na fiscalização contratual⁷.

⁴ A Súmula 331 do TST, em sua redação original, considerava objetiva a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de suas contratadas.

⁵ VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto 2.271/1997, a Instrução Normativa n. 02/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula 331 do TST. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 37-57.

⁶ Recurso Extraordinário 760931

⁷ Trecho do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 760931/DF: “Presidente, eu quero dizer que eu concordo também, para evitar o impasse, mas gostaria de registrar que, se nós não explicitarmos, ainda que em obter dictum, o tipo de comportamento que se exige da Administração Pública, o problema vai continuar. Portanto, eu diria, pelo menos em obiter dictum, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade.”

Não se trata de definição negligenciável, já que o ônus de comprovar a inexistência de culpa é da Administração. A lacuna vindo sendo preenchida por instruções normativas e regulamentos internos dos órgãos. A exemplo, o art. 39 da Instrução Normativa n. 5/2017 MPDG, institui a chamada “fiscalização administrativa”, obrigatória nos contratos com “dedicação exclusiva de mão de obra⁸”. Seu objetivo específico é o de verificar a regularidade nos pagamentos dos direitos aos trabalhadores. Trata-se de setor ou de, pelo menos, um servidor público designado especificamente para vigiar a regularidade nos pagamentos das verbas trabalhistas por parte da empresa, realizando os protocolos previstos no Anexo VIII-B da IN 5/2017 – MPDG.

Nada obstante, dois institutos criados no intuito de proteger a Administração nos chamam a atenção, e serão detalhados no capítulo seguinte, pelas externalidades específicas que causam. Trata-se da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato gerador⁹. Ambos são espécies de retenção parcial no pagamento das empresas para liberação futura mediante a comprovação, por parte da empresa, do efetivo dispêndio da parcela com direitos trabalhistas de seus funcionários.

3 – CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO-GERADOR

O art. 18 da IN 5/2017 – MPDG instituiu os mecanismos acautelatórios da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato gerador, por meio do qual são retidos das empresas valores a serem dispendidos com o pagamento de direitos dos respectivos funcionários (por exemplo: férias, 13º salário, verbas rescisórias)¹⁰. Partindo do pressuposto de que tais itens representam custos

⁸ Segundo o art. 17 da IN 5/2017, são as contratações que preenchem os seguintes requisitos: “I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos.”

⁹ Previstos no art. 18 da IN 5/2017 – MPDG.

¹⁰ As retenções referem-se a gastos pontuais das empresas, que não ocorrem todos os meses. Por exemplo, férias, 13º salário e verbas rescisórias. Ao invés de as empresas fazerem as suas provisões e reservas para custear esses eventos episódicos, a Administração opta por retê-los, descontando-os das faturas.

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS SOBRE CONCORRÊNCIA

Thiago Zagatto

esporádicos para as empresas, a Administração é autorizada a pagar os respectivos valores apenas mediante a comprovação de que o evento aconteceu naquele mês ou período. Para o então MPDG, os valores retidos não representam direitos do contratado, eis que eles só nascem quando os eventos dos custos ocorrem¹¹. Contudo, para nós, tais retenções assemelham-se a uma alternativa de garantia de execução contratual fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei 8.666/1993, portanto, de licitude duvidosa¹². Além de não ter a sua eficiência comprovada¹³.

Não obstante, e sem maiores aprofundamentos sobre as externalidades envolvidas, ambos os institutos foram incorporados ao Decreto Federal 9.507/2018 (que regulamenta as terceirizações no âmbito da União)¹⁴.

Felizmente, na versão do Projeto da Nova Lei de Licitações e Contratos, em análise para sanção presidencial no momento da confecção deste artigo, ao menos se concedeu a faculdade e emprego de um dos dois mecanismos. É o que se observa da leitura do art. 121, §3º do Projeto de Lei, especialmente dos trechos a que acresci negrito:

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

¹¹ Em Brasil. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Pagamento pelo fato gerador / Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Gestão. -- Brasília: MP, 2018. (Caderno de Logística). 80 p.: il. Orientações básicas para operacionalização do Pagamento pelo Fato Gerador nos termos da alínea “b” do item 1.1 do Anexo VII-B - Diretrizes Específica para elaboração do Ato Convocatório, da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017.

¹² ZAGATTO, Thiago Anderson. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados. Revista JML Licitações e Contratos / JML Consultoria e Eventos. – v. 13, n.51 (abr./jun.2019) – Curitiba: JML Editora, p. 181; p. 4-12.

¹³ No Acórdão TCU 2.328/2015 – Plenário foi recomendado ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: “9.1.2. elabore estudo de avaliação de custo-benefício e de riscos relacionados à utilização da conta vinculada e, com base nos resultados obtidos, verifique as possibilidades de manter, ou não, o procedimento e de prever a adoção de outras formas de controle, como, por exemplo, aquelas suscitadas no [Acórdão 1.214/2013-Plenário](#)”.

¹⁴ Constam no art. 8º, V, “a” e “b” do Decreto Federal 9.507/2018.

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS SOBRE CONCORRÊNCIA

Thiago Zagatto

(...)

III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

(...)

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

A conta-depósito vinculada e o pagamento pelo fato gerador diferenciam-se sobretudo em três aspectos: a) na conta, como o próprio nome indica, existe uma conta bancária, cuja criação em banco oficial é solicitada pelo órgão contratante no início do contrato. Nela, as verbas provisionais da empresa contratada são depositadas; no pagamento pelo fato gerador não existe conta, os valores são retidos e ficam no tesouro do ente; b) o pagamento pelo fato gerador abrange algumas verbas além das consignadas na conta, como as provisões para a cobertura de ausências dos funcionários; e c) ao final do contrato, no caso da conta, se a contratada comprovar a quitação das verbas trabalhistas dos funcionários ou a alocação destes em outra prestação de serviço, ter-lhe-á liberado o saldo eventualmente existente na conta, ao passo que no pagamento pelo fato gerador não há essa possibilidade – se até o final da execução contratual o fato-gerador não tiver ocorrido, não há o que pagar à empresa posteriormente.

4 – BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DA CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E DO PAGAMENTO PELO FATO GERADOR

Uma análise econômica pode revelar a ineficiência dos aludidos mecanismos para tratar dos riscos de responsabilização subsidiária da Administração Pública¹⁵. Nossa avaliação reconduz-se ao embate regulação x

¹⁵ Método utilizado para tentar prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica do próprio ordenamento jurídico. A abordagem econômica serve para compreender qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos. Toda escolha pressupõe um trade-off, um custo de oportunidade. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. O que *licitacaoecontrato.com.br*

responsabilização, na lição de Steven Shavell¹⁶. O autor compara situações em que a regulação seria mais indicada do que a mera aposta na responsabilização para minimizar eventos indesejados, e vice-versa.

Para fazer tal diferenciação o autor baseia-se em quatro determinantes, muito importantes para o nosso contexto: 1) conhecimento diferente entre os riscos envolvidos – as partes privadas normalmente têm mais informações; 2) as partes privadas podem ser incapazes de pagar pelo dano causado na integralidade; 3) as partes privadas não enfrentarão o risco de uma demanda judicial decorrente do dano causado; e 4) os custos envolvidos na regulação e não na responsabilização.

Para Shavell, o reconhecimento do primeiro e do quarto determinantes, ou, ao menos, a sua preponderância, indicariam solução pela responsabilização, enquanto a proeminência dos segundo e terceiro determinantes, levariam à conclusão pela necessidade de regulação. De todo modo, ele reconhece que as possibilidades não são mutuamente excludentes, e que a solução ao problema envolve, normalmente, a combinação de ambas¹⁷.

Analogamente, o emprego da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato gerador constituem, na matéria examinada, a regulação prévia do Estado para evitar o risco. E a responsabilização seria a obrigação da própria empresa contratada de pagar pelos débitos trabalhistas em eventual ação judicial caso não tenha cumprido as suas obrigações ordinárias. E a falha no modelo de responsabilização resultaria na necessidade de a Administração Pública arcar com os débitos, subsidiariamente.

Passamos agora a alocar os quatro determinantes de Shavell no caso. Quanto ao nível de conhecimento dos riscos, o primeiro deles: a empresa possui

é Análise Econômica do Direito: Uma introdução. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. P. 17-25. Fórum. Belo Horizonte: 2011.

¹⁶ SHAVELL, Steven. Liability for Harm versus Regulation of Safety, 13 J. Legal Stud. 357, 374 (1984). P. 362-368.

¹⁷ SHAVELL, op. cit., p. 365

maiores condições de saber dos seus deveres trabalhistas e antever os riscos de demandas judiciais do que o órgão contratante. Quanto à capacidade de pagamento pelos danos, o segundo: em regra estes estão circunscritos aos valores de verbas trabalhistas devidas pela empresa, as quais são fruto da remuneração do contratante. Trata-se, pois, de valores compatíveis com o fluxo de faturamento da empresa, e não um montante excessivamente desproporcional frente à sua capacidade econômica.

Aliás, durante o processo de seleção das empresas, na licitação, são fixadas exigências de qualificação econômico-financeira, como, por exemplo, a comprovação de patrimônio líquido mínimo de dez por cento do valor da contratação¹⁸. Para as contratações que envolvem dedicação exclusiva de mão de obra, em específico, exige-se também a comprovação de capital circulante líquido de 16,66% do valor estimado da contratação¹⁹. Ou seja, ao menos em tese as empresas contratadas possuem condições econômico-financeiras que as habilitam a arcar com o ônus de eventual demanda trabalhista, o que responde negativamente ao segundo determinante de Shavell quanto à necessidade de medida regulatória.

Quanto ao terceiro determinante - o risco de o privado ser demandado judicialmente é manifesto. A responsabilidade primária e imediata pelo pagamento dos direitos trabalhistas é do empregador. A Administração Pública responderia, na hipótese, apenas em grau de subsidiariedade e caso não demonstre ter agido de forma diligente dentro de suas possibilidades. Adicione-se aí o fato de que além de responder judicialmente pelos débitos trabalhistas, a empresa seria sancionada contratualmente, podendo, inclusive, ter o contrato rescindido e ficar impedida temporariamente de participar de novas contratações com a Administração Pública²⁰.

¹⁸ Autorizadas nos arts. 27 e 31 da Lei 8.666/1993.

¹⁹ Conforme art. 11.1, "b", Anexo VII-A, da IN 5/2017 – MPDG.

²⁰ Conforme as regras previstas no Anexo VII-F da IN 5/2017 – MPDG.

Quanto ao quarto condicionante, os custos administrativos da regulação. Podemos iniciar falando dos regulatórios diretos já demandados - os esforços para a construção de manuais de operacionalização²¹. Junte-se aí os custos de capacitação e treinamento dos servidores públicos envolvidos na gestão desses institutos, considerando ainda o alto índice de *turnover* nas funções. A utilização de qualquer um deles implica o conhecimento detalhado da folha de pagamento dos funcionários das empresas, início e fim de períodos aquisitivos de férias, por exemplo. Envolve procedimentos de análise e cálculo para as retenções mensais e para as liberações dos valores retidos quando solicitados.

Ademais, a dispensa desses instrumentos não representaria o relaxamento do controle e da vigilância da Administração sobre os direitos dos terceirizados. Por obrigação regulamentar, a fiscalização dos contratos de prestação de serviços já possui um roteiro extenso de medidas a serem adotadas nesse sentido. A exemplo, exigir da empresa, ainda no início do contrato, a relação de todos os empregados, respectivas carteiras de trabalho, exames médicos admissionais, entre outros. Periodicamente, exigir que a contratada entregue dos extratos de pagamento do FGTS e INSS, cópia da folha de pagamento, dos contracheques dos funcionários, prova da entrega de benefícios etc²².

Na mesma linha, quando da rescisão contratual, o art. 65 da IN 5/2017 – MPDG autoriza a retenção de faturas em aberto ou da garantia do contrato até que a empresa comprove o pagamento das verbas rescisórias dos respectivos funcionários ou demonstre que eles serão realocados em outra atividade de prestação de serviços. E nesse específico propósito, importa registrar também que o seguro-garantia, uma das modalidades acautelatórias admitidas pela Lei 8.666/1993 como garantia de execução do contrato²³, deve cobrir também as

²¹ Esses manuais são disponibilizados no site do Ministério da Economia: [online], disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/cadernos>, acesso em 6/8/2020.

²² Obrigações previstas no Anexo VIII-B da IN 5/2017 – MPDG.

²³ Conforme art. 56 da Lei 8.666/1993, as demais modalidades de garantia são a caução em dinheiro e a fiança bancária.

“obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada” (item 3.a, “b.4”, Anexo VII-F, IN 5/2017 – MPDG).

Dizemos, com isso, que o afastamento dos mecanismos pode ser compensado por diversos procedimentos de fiscalização já existentes, ou, pelo menos, cotejados a eles a fim de verificar quais seriam mais eficientes. Afinal, também o controle deve ser racional²⁴. Nessa linha, conforme Chioato e Santos²⁵, a implementação de tais mecanismos deve ser precedida de adequada gestão de riscos, requerendo o reconhecimento das probabilidades, impactos, custos e benefícios. Em sintonia com o proposto pelo Ministro Augusto Sherman, relator do Acórdão TCU 2.328/2015 – Plenário, quando tratou da conta-vinculada – o controle pode se tornar demasiadamente oneroso embora forneça ao gestor maior segurança no gerenciamento do contrato.

Ao quarto determinante a resposta é, portanto: existem custos administrativos de elevada materialidade envolvidos no uso de tais mecanismos. Com o agravante de que inadvertidamente passam a mensagem para a justiça trabalhista de que esse é um procedimento normal, exigível, sem o qual a Administração estaria atuando culposamente.

A seguir, congregados ao quarto determinante, trataremos dos impactos na concorrência e nos custos das contratações públicas.

5 – RISCOS À CONCORRÊNCIA

Além do incremento nos custos administrativos relacionados à gestão de contratos, importa agora atravessar o olhar para o lado oposto do balcão, e tentar vislumbrar o comportamento do mercado ante a aplicação dos referidos institutos.

²⁴ Decreto-Lei 200/1967, art. 14: “O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

²⁵ CHIOATO, Tania Lopes Pimenta; SANTOS, Franklin Brasil. Subsídios para gestão de riscos em terceirização: estatística de contratos federais. Disponível em http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html, acesso em 24/3/2021.

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS SOBRE CONCORRÊNCIA

Thiago Zagatto

No nosso caso, os reflexos imediatos dos procedimentos da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato-gerador são os seguintes: a) redução do capital de giro das empresas, que terão parte do faturamento retido e conseqüente aumento do custo financeiro; b) insegurança jurídica quanto à efetiva liberação dos valores retidos, que dependerá de avaliação do agente fiscal do contrato – eventuais atrasos decorrentes de contratempos serão suportados pelas empresas e elas sabem disso; d) aumento do risco de não recebimento pelos serviços prestados; e) incremento nos custos de transação para contratar com a Administração Pública, caracterizado pela complicação dos procedimentos a serem realizados pelo particular para o efetivo recebimento de sua contraprestação contratual; f) indisposição da empresa para tolerar a posição paternalista da Administração, diante da invasão de sua gestão financeira e administração de seus custos e despesas.

Tais fatores repercutem mais fortemente nas micro e pequenas empresas, com baixo capital de giro e carência de estrutura e de profissionais hábeis a militar nos labirintos burocráticos das contratações públicas. São, assim, contraditórios ao próprio interesse do Estado brasileiro de incentivar as micro e pequenas empresas, materializado, por exemplo, nos institutos do empate ficto, licitação exclusiva e lote reservado previstos na Lei Complementar 123/2006.

Como consequência imediata dos fatores retrocitados, para a Administração Pública resultam duas externalidades graves: a) fuga do mercado e redução da concorrência e b) aumento dos preços pagos, gerado tanto pelo incremento dos custos de transação quanto pela redução da concorrência.

Quanto à redução da concorrência, há ainda um risco acentuado da perda de mercado qualificado e da exposição da Administração aos oportunistas. À medida que o modelo contratual se distancia do praticado pelos *players* do mercado, e que a Administração impõe restrições diferenciadas às contratadas, há uma tendência de as empresas mais competitivas e que não dependem de contratos públicos se afastarem. Abre-se mão do melhor do mercado, trabalha-

se com organizações de “segunda linha”. E nesse mesmo sentido, a Administração Pública acaba estimulando uma espécie de paternalismo contratual, em que ela assume responsabilidades que são das empresas, e se afasta cada vez mais da natureza do contrato de serviços terceirizados – a da dissociação entre os vínculos econômicos e justralhistas entre as partes²⁶.

Desse mercado de “segunda linha” colhe-se meras recrutadoras de mão de obra para fornecimento à Administração Pública. Aquelas, sem qualificação, sujeitam-se a quaisquer condicionantes impostas pela Administração. Esta faz tudo mais, gerencia a mão de obra e o pagamento dos direitos trabalhistas dos funcionários daquela. Longe, muito longe, da verdadeira terceirização e dos respectivos benefícios obteníveis.

Por esse motivo questiona-se proporcionalidade²⁷ dos institutos da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato-gerador. A tão só existência e mesmo o grande número de ações trabalhistas contra a Administração Pública por débitos inadimplidos por suas contratadas não justifica tais medidas, ao menos se não for evidenciado que tais custos superam todos os ônus retromencionados.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obrigação de demonstrar a ausência de culpa na fiscalização contratual com a finalidade de evitar a responsabilidade subsidiária não deve ser tal que impeça a Administração de avaliar os demais impactos dos mecanismos que venha a utilizar nesse intento. Medidas demasiadamente restritivas limitam a concorrência e a competitividade, afastam bons competidores, dão ensejo à formação de cartéis setoriais, e, no fim, aumentam os custos. Verificamos que a instituição da conta-depósito vinculada e do pagamento pelo fato gerador não foi

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Em Curso de Direito do Trabalho. 14ª Edição. São Paulo: LTR, 2015. P. 474.

²⁷ Em Robert Alexy, traduzido nos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. ALEXY, Roberto. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição. 3ª Tiragem. Malheiros: São Paulo. 2014.

acompanhada da avaliação de tais fatores. Adotou-se uma postura de deferência à tese da Súmula 331 do TST, colocando a respectiva necessidade de afastar a culpa como um valor absoluto, sem observar as custas envolvidas e os demais princípios colidentes.

7 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHIOATO, Tania Lopes Pimenta; SANTOS, Franklin Brasil. **Subsídios para gestão de riscos em terceirização: estatística de contratos federais**. Disponível em http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html, acesso em 24/3/2021.

COASE, Ronald, H. **The problem of social cost**. *Journal of Law Economics*. V. 3. October, 1960. University of Chicago. [online] Disponível em <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Em Curso de Direito do Trabalho**. 14ª Edição. São P

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução à análise econômica do direito. O que é Análise Econômica do Direito: Uma introdução**. Coord. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN, Vinicius. P. 17-25. Fórum. Belo Horizonte: 2011.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE (GAO). **Fragmentation, Overlap, and Duplication: An Evaluation and Management Guide**. 2015. Disponível em: <http://www.gao.gov/products/GAO-15-49SP>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

NORTH, Douglas Cecil. **Desempenho econômico através do tempo**. Tradução de Antônio José Maristello Porto. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: Contratos empresariais e análise econômica**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 2009.

SHAVEL Steven, **Liability for Harm versus Regulation of Safety**, 13 J. Legal Stud. 357, 374 (1984).

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto 2.271/1997, a Instrução Normativa n. 02/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula 331 do TST. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 37-57.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The economics institutions of capitalism**. New York: The Free Press-Macmillan, 1985.

ZAGATTO, Thiago Anderson. **O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de serviços terceirizados**. Revista JML Licitações e Contratos / JML Consultoria e Eventos. – v. 13, n.51 (abr./jun.2019) – Curitiba: JML Editora, p. 181; p. 4-12.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros. 2016.

Publicado em ____ / ____ / ____

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

ZAGATTO; Thiago. CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS

CONTA-DEPÓSITO VINCULADA E PAGAMENTO PELO FATO GERADOR NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: IMPACTOS SOBRE CONCORRÊNCIA

Thiago Zagatto

SOBRE CONCORRÊNCIA. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br.
Acesso em: dd/mm/aaaa.