



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
GABINETE DA PROCURADORIA FEDERAL

AV. FRANCISCO MOTA, 572, CAMPUS LESTE, BAIRRO PRESIDENTE COSTA E SILVA, MOSSORÓ/RN, CEP 59.625-900.

PARECER nº 00363/2021/GAB/PF-UFERSA/PGF/AGU

NUP: 23091.013550/2021-55

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO.

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

EMENTA: 1. ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. PARECER. PROAD. CONSULTA. PONTO FACULTATIVO. SERVIDORES. TERCEIRIZADOS. CONCESSÃO. MEDIANTE COMPENSAÇÃO. *JUS VARIANDI*. EXISTÊNCIA. EMPREGADOR. OBSTÁCULOS PROCEDIMENTAIS. 2. MEDIDA ADEQUADA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADES. PARCIAL OU TOTAL. ECONOMICIDADE. PRETENSÃO. REGULARIDADE. OBSERVÂNCIA. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

1. RELATÓRIO.

1. Trata-se de dúvida jurídica acerca da possibilidade legal de dispensa, mediante obrigatória compensação, dos terceirizados quando da ocorrência de ponto facultativo para os servidores públicos, devidamente encaminhado para apreciação desta Procuradoria Federal na UFERSA, em obediência ao disposto no artigo 10, *caput*, da Lei no 10.480/2002^[1]. Além disso, o TCU, no Acórdão/Plenário nº 3.241/2013, já se manifestou nestes termos:

[...]

Conforme dispõe o artigo 2º, inciso II, alínea “b”, c/c artigo 11, inciso VI, alínea “a”, da Lei Complementar 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia Geral da União), e orientação normativa da Advocacia Geral da União, expressa nas Notas DECOR/CGU/AGU Nº 007/2007- SFT e 191/2008-MCL, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo são de competência exclusiva da Advocacia-Geral da União, dentre as quais se inclui a emissão de parecer prévio e obrigatório sobre a aprovação de minutas de contratos e de convênios a que alude o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Assim, tais atribuições não podem ser substituídas pelas opiniões emitidas pelos adjuntos jurídicos, assessores jurídicos civis e militares bacharéis em Direito, sendo-lhes facultado, no máximo, auxiliar os trabalhos jurídicos dos membros do AGU.

[...]

2. Os autos virtuais, encaminhados a esta Procuradoria em **08.11.2021**^[2], estão instruídos com os seguintes elementos:

Anex1

(a) Capa do processo nº 23091.013550/2021-27, emitido em **04/11/2021**;

Anex2

(b) Memorando eletrônico nº 994/2021, tratando-se da possibilidade de compensação de horário de trabalho (terceirizados) no dia 01/11/2021, emitido em **02/11/2021**;

Anex3

(c) Memorando eletrônico nº 230/2021, informando que as horas não trabalhadas pelos servidores terceirizados, devem ser compensadas, emitido em **27/10/2021**;

Anex4

(d) Nota técnica nº 66/2018 - MP;

Anex5

(e) Ofício nº 155/2021, solicitando emissão de parecer jurídico, emitido em **08/11/2021**.

3. É o relatório. Passa-se, pois, a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

4. Preliminarmente, urge esclarecer que a análise da pretensão levantada não deve adentrar nos aspectos eminentemente afetos à seara administrativa^{[3]-[4]}, haja vista a falta de competência desta Procuradoria Federal para tal encargo, o que não afasta a análise das nuances fáticas ensejadoras do presente procedimento, em termos mais claros, abstraindo-se do *mérito administrativo*, a presente análise restringe-se, unicamente, ao âmbito dos ditames legais em vigor e demais consectários fático-jurídicos. Feito este esclarecimento, passa-se ao objeto da consulta.

5. No âmbito da Administração Pública vige o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, de maneira que, constado qualquer fato passível de causar danos ao patrimônio público material ou imaterial, o que inclui a ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB, artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999 e artigo 11, da Lei nº 8.429/1992), impõe-se a identificação dos agentes causadores do evento danoso e a aferição de sua culpabilidade, observada a prescrição ou a decadência, quando configuradas, para fins de aplicação de penalidades, bem como os responsáveis pela preservação do bem violado e/ou pela manutenção da ordem dos bens postos em custódia, uma vez que a culpa *in vigilando* também enseja a devida reprimenda legal, conforme as circunstâncias de cada caso, do servidor envolvido; já o Estado, por sua vez, responde de forma objetiva, isto é, independentemente de culpa aferível daquele (artigo 37, § 6º, da CRFB). Na consulta em apreço, deseja-se apenas expedir atos administrativos consentâneos com as normas legais cogentes ou, conforme o caso, **dirimir dúvida quanto à possibilidade de dispensa, mediante [obrigatória] compensação, de terceirizados quando da ocorrência de ponto facultativo para os servidores públicos**, bem como observar toda a principiologia reinante no nosso ordenamento, tudo bem concertado, como quer a harmonia dos sistemas jurídicos coerentes e razoáveis.

6. Inicialmente, cumpre transcrever a consulta promovida, nesses termos:

[...]

a) A legalidade da dispensa, mediante obrigatória compensação, dos terceirizados quando da ocorrência de ponto facultativo para os servidores públicos. Em caso afirmativo, ainda há o que se falar em desconto de vale-transporte ou auxílio-alimentação, mesmo as horas sendo compensadas e, assim, a carga-horária mensal (estabelecida contratualmente) cumprida ?

b) A administração pode decidir sob a concessão de ponto facultativo para uma parcela/fração dos postos terceirizados, com obrigatória compensação, mediante análise da oportunidade e conveniência devidamente motivados pelo fiscal/gestor do contrato ?

[...]

7. Desde logo, cumpre destacar que a situação encartada nos autos é de suma importância para promover uma gestão mais racional dos contratos administrativos com fornecimento de mão de obra exclusiva, porquanto a ociosidade das atividades dos terceirizados gera custo à Administração Pública. Dito isso, cumpre destacar os imperativos do artigo 5º, inciso VII, da Instrução Normativa MPDG/SEGES nº 05/2017, nestes termos:

Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

[...]

VII - **conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.**

8. Dessa maneira, a problemática se restringe à **possibilidade legal de dispensa de atividade na IFES, mediante [obrigatória] compensação, pelos terceirizados quando da concessão de ponto facultativo aos servidores.** Na hipótese, não há qualquer dúvida de que não é possível a concessão de ponto facultativo para servidor terceirizado, **todavia, não existindo expediente obrigatório para o servidor público, a dispensa do terceirizado (suspensão de atividades) poderá ser concedida em função da economicidade no custeio da Universidade, ressalvada a situação em que o serviço prestado seja essencial, a exemplo dos serviços de vigilância, que, por regra, não pode ser dispensado.** Nesse ponto, resulta importante transcrever um ligeiro excerto da Nota Técnica nº 66/2018-MP, nestes termos:

6.2. Por seu turno, os dias considerados de “ponto facultativo”, por atingir tão somente aos agentes públicos, não dispensam de imediato a realização da atividade laboral dos prestadores de serviços. Há necessidade de se considerar algumas situações. Senão vejamos: (i) se haverá ou não expediente; (ii) se o serviço é essencial, a exemplo dos serviços de vigilância, que tem por natureza proceder à vigilância patrimonial dos estabelecimentos públicos, o que por regra não podem ser dispensados; e (iii) a não descontinuidade da prestação do serviço público, a qual tem como vértice, dentre outros, a regularidade na sua prestação.

9. De todo modo, é preciso deixar claro que os terceirizados não terão ponto facultativo, mas sim uma suspensão de atividades por ordem da gestão do contrato administrativo pertinente, aliás, **essa é uma decisão do gestor do contrato e não do fiscal do contrato**, prescindindo-se de qualquer alteração contratual. Aplica-se, na hipótese, a mera compreensão de que a suspensão das atividades, por períodos específicos, decorre, tão somente, pelo fato dessas atividades não serem necessárias. Ademais, vale salientar que isto não significa ingerência da administração, até porque não há concessão de qualquer ponto facultativo aos terceirizados, o que poderia causar dilemas procedimentais aos empregadores e, ainda, possíveis desdobramentos na relação de emprego,

inclusive, pelo regular exercício do *jus variandi* do empregador. Nesse ponto, cumpre destacar um ligeiro excerto da Instrução Normativa acima mencionada, nestes termos:

12. Ante o exposto, sugere-se o envio da presente Nota Técnica à Imprensa Nacional, em resposta ao Ofício-SEI nº 280/2017/DG/IN/CC-PR, com as seguintes considerações desta unidade técnica, observado ainda os itens 7 e 8 desta Nota Técnica:

(i) pela plausibilidade da redução **dos serviços prestados pelas empresas terceirizadas**, consoante e pleito do consultente, **desde que observado em especial o item 4 desta Nota Técnica e seus subitens**, que tratam do desconto do auxílio alimentação e transporte quando o empregado alocado **não labora em dias de ponto facultativo ou de recesso dos servidores, sem prejuízo da sua remuneração;**

(ii) que as alterações no contrato que gerem economicidade, melhoria na gestão e na alocação de recursos, a exemplo do ventilado pelo consultente, s.m.j., **não caracteriza ingerência da Administração**, posto que não concede "ponto facultativo" ou "recesso", mas na realidade **suspende/reduz parte dos serviços prestados pelas empresas terceirizadas, por questões de redução efetiva do expediente administrativo, o que torna infrutífera a manutenção nesses períodos de todo o efetivo terceirizado;** e

(iii) **não** se pode associar a concessão de "**ponto facultativo**" ou de "**recesso**" (benefícios esses exclusivos de servidores públicos), **com** a possibilidade de redução/suspensão das atividades rotineiras que são prestadas por empresas terceirizados, tendo em vista o não funcionamento do órgão ou entidade ou pelo expediente reduzido.

[...]

10. Dessa forma, não resta dúvida de que a pretensão administrativa encontra amparo normativo. Aqui, cumpre destacar que a própria consulta já apresenta os devidos fundamentos da pretensão administrativa, o que expressa maturidade compreensiva sobre a temática, de maneira que o parecer cumpre, tão somente, um reforço na análise jurídica do processo decisório da PROAD. Assim, tendo em vista os esclarecimentos prestados acima, cumpre responder, de modo breve, aos questionamentos levantados, nestes termos:

(a) primeira pergunta - a resposta é positiva. Existindo compensação de horário - que, aliás, não é a medida mais adequada, porquanto pode causar problemas na gestão dos terceirizados pelo empregador/contratado e, claro, possíveis questionamentos sobre a jornada de trabalho em função da compensação -, impõe-se, ainda assim, o desconto de vale-transporte ou auxílio-alimentação, **porquanto esses benefícios possuem uma natureza contraprestacional.** Se o terceirizado não se desloca para o trabalho, não faz sentido o vale-transporte; se não há custo com alimentação em função da jornada de trabalho, por certo, também não faz jus ao benefício. **Defender o contrário seria modificar a natureza dos encargos trabalhistas e, naturalmente, esse não pode ser o propósito da gestão contratual.** No caso, a medida mais adequada seria a suspensão da atividade por ordem do gestor do contrato (**com as deduções já mencionadas acima**), dispensando-se o terceirizado de realizar suas ordinárias atividades, haja vista a economicidade que tal decisão acarreta à gestão da IFES (energia, insumos *etc.*). Aqui, não se trata de caso de interrupção ou suspensão (não se aplica) do contrato de trabalho diante dos pressupostos fáticos defendidos, porquanto essa é uma **decisão exclusiva do empregador/contratado**, mas apenas o reconhecimento da desnecessidade do serviço contratado;

(b) *segunda pergunta - a resposta é negativa*. A gestão não pode promover a concessão de ponto facultativo ou recesso, porque é benesse do regime jurídico-administrativo, mas, tão somente, promover a decisão administrativa de suspensão ou redução das atividades, inclusive, sem a necessidade de compensação de carga horária, em função de desnecessidade do serviço contratado em determinado período, conforme regular juízo analítico da gestão sobre a conveniência ou oportunidade da medida. De qualquer sorte, observando-se as deduções dos encargos trabalhistas de natureza contraprestacional ou indenizatório, bem como a impossibilidade de suspensão de serviços essenciais na IFES.

11. Por fim, se a área administrativa preferir promover a compensação de horário, por certo, deverá ter o devido cuidado com os procedimentos relativos à realização da compensação de carga horária, inclusive, para evitar eventuais questionamentos dos terceirizados com novos encargos trabalhistas, notadamente horas extras *etc.*, bem como ter um prévio acerto com o empregador/contratado, que, simplesmente, poderá opor-se a essa pretensão administrativa. Lembrando-se que, mesmo com compensação, impõe-se a dedução do vale-transporte e do auxílio-alimentação.

3. CONCLUSÃO.

12. Ante o exposto, conclui-se^[5] pela possibilidade da suspensão ou redução das atividades dos terceirizados nos dias de concessão de ponto facultativo aos servidores, observando-se o disposto no item 10 *supra*, conforme o juízo de conveniência ou oportunidade da gestão da IFES, haja vista a economicidade gerada pela medida.

13. Consoante às informações constantes dos autos, é como se opina, salvo melhor juízo. À consulente.

Mossoró/RN, quinta-feira, 11 de novembro de 2021.

Márcio Ribeiro^[6]

Procurador-Chefe da PF/UFERSA

NOTAS

[1] Eis o dispositivo:

"À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial".
[...]

[2] Para fins do disposto no artigo 42, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, cujo teor é o seguinte: "Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo".

[3] Conforme a BPC nº 07:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento (BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4. ed. Brasília: CGU/AGU, 2016, p. 32).

[4] Quer dizer, não se deve adentrar no "sentido político do ato administrativo" (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 146).

[5] Conforme reconhecida passagem doutrinária, nestes termos:

Os pareceres emitidos pelos órgãos consultivos, quanto ao conteúdo, são (i) **de mérito**, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou (ii) **de legalidade**, se devem examiná-la sob o ponto de vista da conformidade ao Direito. Quanto ao grau de necessidade ou influência que a lei lhes irroga, serão (i) **facultativos**, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) **obrigatórios**, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) **vinculantes**, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138).

[6] Procurador-Chefe da PF-UFERSA, conforme Portaria nº 457 da Casa Civil da Presidência da República, de 14 de junho de 2013, com publicação no DOU em 17 de junho de 2013, Seção 2, p. 01.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23091013550202155 e da chave de acesso 203ac20d

Documento assinado eletronicamente por RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 761574978 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA. Data e Hora: 11-11-2021 12:31. Número de Série: 4858664162093621221. Emissor: AC CAIXA PF v2.
