

**MARCOS AURÉLIO PEREIRA LISBOA LOPES**

**A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ASPECTOS JURÍDICOS QUE  
AUTORIZAM A UTILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA NAS  
EMPRESAS PÚBLICAS.**

**BRASÍLIA,  
MARÇO/2014**

**A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ASPECTOS JURÍDICOS QUE  
AUTORIZAM A UTILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA NAS  
EMPRESAS PÚBLICAS.**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo na linha de pesquisa da Administração Pública, no Curso de pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

**BRASÍLIA,  
MARÇO/2014**



**A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ASPECTOS JURÍDICOS QUE  
AUTORIZAM A UTILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA NAS  
EMPRESAS PÚBLICAS.**

Trabalho apresentado como requisito à obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo na linha de pesquisa da Administração Pública, no Curso de pós-graduação de Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília-DF, 28 de março de 2014.

---

**Professor:**

**Professor Orientador**

---

**Professor:**

**Membro da Banca Examinadora**

---

**Professor:**

**Membro da Banca Examinadora**

Agradeço a Deus em primeiro lugar, pois sempre que pensava em desistir rezava pra que pudesse completar minha jornada, pois jamais deixei alguma coisa ou sonho sem realizar e não seria essa a primeira vez. Ao meu amado pai “*in memoriam*” que me ensinou a ser um homem honrado e trilhasse o caminho da bondade e da justiça. Como esquecer a minha grandiosa mãe pelo incentivo frequente, que nunca deixou de acreditar em minha capacidade. Agradecimento especial aos meus tios Onecina e José Santana pelo abrigo protetivo e apoio durante o percurso até aqui. À minha esposa Tatiane, e à minha filha Laura Fabian, pela paciência e parcial ausência. Ao meu querido irmão, Marcelo. Às minhas irmãs Marcilene e Flávia pelas palavras de incentivo. Aos Mestres e Professores, pela imensa sabedoria compartilhada, que me conduziram ao longo caminho do aprendizado. Por fim, aos meus amigos, pela compreensão e eterno incentivo.

““ *In dúbio pro societate*”, princípio geral do Direito que justifica a existência profissional daqueles que um dia buscarão concretizar a justiça dos homens”.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a terceirização de serviços públicos na Administração Pública buscando-se delinear de forma exemplificativa os aspectos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada nas empresas públicas. O tema em questão possui grande relevância, pois a mão de obra é a principal fonte de transformação e evolução de toda e qualquer sociedade. Nessa acepção, será dado enfoque à terceirização das atividades típicas de Estado, sintetizando o contexto histórico, abordando os conceitos e definições sobre o tema, levando-se em consideração os recentes entendimentos de respeitáveis doutrinadores, julgados e demais aspectos técnicos e legais. Elabora-se então, estudo de caso sintetizado baseado na Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil a NOVACAP, empresa pública do Governo do Distrito Federal condenada na esfera trabalhista em obrigação de não fazer, ou seja, vedação quanto à terceirização da mão de obra atinente ao seu objeto social. Para resolução do problema hipótese, será realizada análise comparativa para verificação da vantajosidade econômica, relatando a pertinência do objeto social no Estatuto, a composição do quadro de empregos permanentes e demais aspectos. A relevância jurídica será pautada na compreensão dos fundamentos sobre o tema, visando propiciar ao autor, agentes públicos e aos leitores em geral, fonte de pesquisa para subsidiar suas escolhas, quando na contratação de serviços com utilização de mão de obra terceirizada, especificamente em empresas públicas. Portanto, busca-se a autoafirmação do conhecimento e agregação de novos conceitos, aprimorando a prática vivenciada pelo autor, ao tempo em que serão dadas respostas aos questionamentos existentes, visando contribuir de forma significativa para as boas práticas nas terceirizações da Administração Pública, mais especificamente, nas empresas públicas.

**Palavras-chave:** Terceirização, Administração Pública, Empresa Pública, Serviço Público e NOVACAP.

## ABSTRACT

This paper aims to assess the outsourcing of public services in the Public Management and it seeks to outline and give examples of the legal aspects, which grant the use of outsourced labour in public companies. The topic we are presenting here is of great relevance because the labour is the main source of transformation and evolution of each and every society. In this context we shall focus on the outsourcing of the typical activities in this country, synthetizing the historical context, approaching the concepts and definitions about the topic herein, taking into account the recent understandings of respectable indoctrinators, courts as well as further legal and technical aspects. Therefore this case study is synthetized and based on NOVACAP (Urbanization Company of the New Capital of Brazil), public company belonging to the local Government of the Federal District in Brasília, which was convicted not to do any restriction to outsourcing of labour regarding its corporate purpose. In order to solve the hypothesis problem, a comparative analysis will be carried out as to verify the economic advantage, thus reporting the pertinence of the corporate purpose in the Statute, the composition of permanent jobs and further aspects. The legal relevance will be guided in understanding the fundamentals of the subject, seeking to provide a source of research to the author, public agents and readers in general which could subsidize their choices when hiring outsourced labour, particularly in public companies. Thus, this research seeks self-assertion of knowledge and addition of new concepts, in a manner, which will enhance the practice experienced by the author providing answers to the existing questions aiming to contribute in a meaningful way for the good practices in the outsourcing of Public Administration, more specifically, in the public companies.

**Keywords:** Outsourcing, Public Administration, Public Company, Public Service and NOVACAP.

**LISTA DE TABELAS**

<b>Tabela 1-</b> Comparativo de Salários.....	37
<b>Tabela 2-</b> Custo Equipamento Empresa Terceirizada.....	48
<b>Tabela 3-</b> Salários e Encargos Sociais Terceirizada.....	49
<b>Tabela 4-</b> Custo Equipe Terceirizada.....	50
<b>Tabela 5-</b> Custo Equipamentos NOVACAP.....	51
<b>Tabela 6-</b> Salários e Encargos Sociais NOVACAP.....	51
<b>Tabela 7-</b> Custo Equipe NOVACAP .....	52

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>ABNT</b>	Associação Brasileira de Normas Técnicas;
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade;
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal;
<b>NOVACAP</b>	Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil;
<b>TCU</b>	Tribunal de Contas da União;
<b>CLT</b>	Consolidação das Leis do Trabalho;
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil;
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça e
<b>MPOG</b>	Ministério de Planejamento Orçamento e Gestão.
<b>TST</b>	Tribunal Superior do Trabalho
<b>GDN</b>	Grupos de Natureza de Despesa

**SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. HISTÓRICO, CONCEITOS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TERCEIRIZAÇÃO, CONCEITOS DE ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO E SUAS DIFERENÇAS, A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO (ADC 16) E ANÁLISE DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ...</b>	<b>15</b>
<b>1.1- HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2- CONCEITOS DE TERCEIRIZAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2-1. Conceitos de Serviços Públicos .....</b>	<b>19</b>
<b>1.3- DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA.....</b>	<b>21</b>
<b>1.4- CONCEITOS E DIFERENÇAS: ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO ..</b>	<b>23</b>
<b>1.5- RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO .....</b>	<b>25</b>
<b>1.5-1. DA CULPABILIDADE DO ESTADO.....</b>	<b>30</b>
<b>1.6- DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA .....</b>	<b>31</b>
<b>1.6-1. As Súmulas nº 256 e nº 331 do TST.....</b>	<b>31</b>
<b>1.6-2. Dos Recentes Julgados no TCU .....</b>	<b>34</b>
<b>1.6-3. Da Ação Direta de Constitucionalidade Nº 16.....</b>	<b>37</b>
<b>2. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA NOVACAP- COMPANHIA URBANIZADORA DA NOVA CAPITAL DO BRASIL.....</b>	<b>40</b>
<b>2.1- CARACTERÍSTICAS PREPONDERANTES DAS EMPRESAS PÚBLICAS</b>	<b>40</b>
<b>2.1-1. Regime Jurídico .....</b>	<b>41</b>
<b>2.1-2. Regime Fiscal e Trabalhista.....</b>	<b>42</b>
<b>2.2- SOBRE A NOVACAP.....</b>	<b>42</b>
<b>2.2-1. Principais Atividades.....</b>	<b>43</b>
<b>2.3- ANÁLISE SINTETIZADA DA SENTENÇA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 10ª REGIÃO .....</b>	<b>43</b>
<b>2.3-1. Do Recurso ao Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>46</b>

<b>2.4- DOS REFLEXOS SOCIAIS E POLÍTICOS NA TERCEIRIZAÇÃO NA NOVACAP .....</b>	<b>47</b>
<b>2.5- OUTROS CASOS ANÁLOGOS À NOVACAP .....</b>	<b>49</b>
<b>3. ASPECTOS JURÍDICOS QUE AUTORIZAM A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM EMPRESAS PÚBLICAS .....</b>	<b>51</b>
<b>3.1- 1º ASPECTO: DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS NO ESTATUTO SOCIAL ..</b>	<b>52</b>
<b>3.2- 2º ASPECTO: EXISTÊNCIA DE CARGOS EXTINTOS NO QUADRO DE EMPREGOS PERMANENTES.....</b>	<b>53</b>
<b>3.3- 3º ASPECTO: VANTAJOSIDADE ECONÔMICA .....</b>	<b>54</b>
<b>3.4- 4º ASPECTO: NÃO INCIDÊNCIA DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL (LRF) .....</b>	<b>62</b>
<b>3.5- 5º ASPECTO: AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE .....</b>	<b>65</b>
<b>3.6- VANTAGENS E DESVANTAGENS .....</b>	<b>67</b>
<b>3.7- A TERCEIRIZAÇÃO NA INICIATIVA PRIVADA .....</b>	<b>69</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>

A Administração Pública é responsável pela execução das atividades típicas de Estado, as quais visam prover as necessidades da sociedade, cujas garantias encontram-se previstas na Constituição Federal de 1988. Tais atividades são denominadas serviços públicos, os quais podem ser realizados de forma direta, ou seja, através de mão de obra existente nas entidades estatais, ou ainda, de forma indireta com a contratação de terceiros pertencentes à iniciativa privada, através do instituto da terceirização.

O estudo da terceirização é complexo em todos os aspectos, desta forma, torna-se imprescindível a abordagem de alguns aspectos, visando obter uma compreensão mais aprofundada do assunto e contribuir de forma efetiva para a resolução das controversas sobre o tema. Assim, o referido estudo será baseado nos aspectos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada na Administração Pública. No entanto, levando-se que o tema é demasiadamente amplo, este terá por base, a realidade vivida pelo autor no desempenho profissional de suas atividades no âmbito da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil-NOVACAP, para que haja o enriquecimento da pesquisa deixando a leitura mais agradável aos olhos dos estudiosos e demais leitores.

A NOVACAP é uma empresa pública de economia mista e de capital fechado, criada pela Lei nº 2.874, de setembro de 1956, sob a forma de sociedade por ações, tendo como acionistas o Governo do Distrito Federal e a União com 56,12% e 43,88%, respectivamente. É integrante da administração indireta do Distrito Federal, possui personalidade jurídica própria e regida pela Lei nº 5861, de 12 de dezembro de 1972, pela Lei nº 4.545, de 10 de dezembro de 1964 e, subsidiariamente pela legislação das sociedades por ações. Dentre as atividades desenvolvidas de forma indireta, destacam-se a execução de obras e serviços de engenharia, bem como, a manutenção e conservação de áreas verdes, vias e demais espaços públicos em todo o Distrito Federal.

O estudo em questão terá como ponto de partida a abordagem do contexto histórico do surgimento do instituto da terceirização no Brasil de forma sintetizada. O contexto político abordará a história, pois ambos se fundem numa análise frutífera de caráter acadêmico. Serão abordados também, os conceitos de terceirização sob o enfoque doutrinário e também na legislação aplicável ao tema.

No capítulo I, a pesquisa é voltada para a abordagem histórica, conceitos de terceirização e definição dos conceitos de atividade fim e atividade meio, muito utilizada como forma de caracterizar a terceirização com licita ou ilícita. Assim, os conceitos de

respeitáveis doutrinadores serão a base para o entendimento de sua aplicação no campo da hermenêutica jurídica, buscando caracterizá-los como um dos requisitos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada nas empresas públicas. Na mesma esteira, a responsabilização do Estado não poderia deixar de ser abordada, pois foi tema de Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 16) ajuizada pelo Governo do Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal, devido às constantes condenações como responsável subsidiário na condição de tomador dos serviços do inadimplemento de encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários nas contratações de terceiros especializados. Do mesmo modo, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho ganha relevância no presente estudo, vez que a Justiça do Trabalho não reconhecia a vigência do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666, de 16 de junho de 1993, resultando nas condenações subsidiárias do Estado.

No capítulo II será abordado um sintetizado estudo de caso da NOVACAP sobre o tema, vez que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal manteve sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, referente à Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Procuradoria do Trabalho da 10ª Região) que vedou a terceirização de atividades relacionadas a seu objeto social, mais precisamente quanto aos serviços de execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal, caracterizados como sua atividade fim. Para tanto, serão abordadas as principais características jurídicas das empresas públicas, bem como, as principais atividades desenvolvidas pela NOVACAP. A sentença supra será sintetizada visando subsidiar as condicionantes do problema hipótese, culminando com a análise dos reflexos políticos e sociais da terceirização no caso concreto. Por derradeiro, serão abordados demais casos análogos de forma sintetizada.

No capítulo III, como forma de resolução do problema hipótese, busca-se identificar os aspectos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada nas empresas públicas, sob os diversos prismas, dentre os quais: a disposição estatutária, a composição do quadro de empregos permanentes, a vantajosidade econômica baseada num estudo comparativo entre os custos de mão de obra de determinada atividade terceirizada no âmbito da NOVACAP, em relação aos custos efetivos de uma equipe efetiva, requisitos estes denominados pré-contratuais. Serão abordados ainda, o aspecto da não incidência dos limites de gastos com pessoal, previstos na Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, a chamada “Lei de Responsabilidade Fiscal” e também, a ausência de subordinação de pessoalidade, denominados requisitos pós-contratuais.

O tema em questão é tratado por diversos e respeitáveis doutrinadores do ramo do direito administrativo, enriquecendo as discussões acerca do problema hipótese e também o nível de conhecimento do autor, levando-se em conta que este desempenha suas atividades no âmbito da Administração Pública, na condição de empregado público do Governo do Distrito Federal, possuindo além do interesse, total familiarização com o tema, o que certamente trará maior qualidade aos objetivos da pesquisa.

No âmbito teórico, a pesquisa é relevante, pois abrange a discussão atual e sistêmica da terceirização, sob os diversos prismas, possuindo a clareza contextual necessária para esclarecer o campo de aplicação e sobretudo, sua relevância dentro do contexto social. Assim, os conflitos jurídicos decorrentes da relação trabalhista entre o Estado e terceiros contratados para execução de serviços, serão objeto do presente estudo, através das decisões e julgados sobre o tema, buscando identificar os requisitos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada pela Administração Pública nas empresas públicas, com ênfase ao breve estudo de caso da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil.

Portanto, o presente estudo inicia-se com a abordagem histórica do tema, até a forma contemporânea dos dias atuais, visando propiciar ao autor e aos leitores, a possibilidade de aprofundar a discussão sobre as diversas interpretações sobre o tema, seja no âmbito doutrinário, quer seja nos entendimentos de julgados sobre o tema.

## **1. HISTÓRICO, CONCEITOS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TERCEIRIZAÇÃO, CONCEITOS DE ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO E SUAS DIFERENÇAS, A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO (ADC 16) E ANÁLISE DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.**

A concepção do Estado Brasileiro está diretamente ligada á formação dos Estados Unidos da América. Assim, para melhor compreensão do tema, torna-se imprescindível analisar sua formação e organização, nas concepções dos respeitáveis doutrinadores. Nessa linha, de acordo Pedro Lenza “a forma federativa de Estado tem sua origem nos EUA, e data de 1787”<sup>1</sup>. Ele afirma ainda:

Dizem os autores, que a formação da Federação dos EUA se deu através de um movimento centrípeto, de fora pra dentro, ou seja, Estados soberanos cedendo parcela de sua soberania. Veremos que no Brasil a formação se deu através de um movimento centrífugo, do centro pra fora, ou seja, um Estado unitário centralizado descentralizando-se<sup>2</sup>.

Nessa acepção podemos afirmar que a República Federativa do Brasil adotou a “tripartição dos poderes”, teoria lançada por Aristóteles em sua obra Política e de acordo com Pedro Lenza:

[...] o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas a o caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos<sup>3</sup>.

Ainda de acordo com ele, citando o respeitável Celso R. Bastos, o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através dos órgãos que exercem suas funções. Assim temos:

- a) poder: uno e indivisível, um atributo do Estado que emana do povo;
- b) função: “ a função constitui pois, um modo particular e caracterizado de o Estado manifesta a sua vontade”;<sup>2</sup>
- c) órgão: “os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar sua funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Poder que a embasa”.<sup>3,4</sup>

<sup>1</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.p.247.

<sup>2</sup> Ibidem.p.247.

<sup>3</sup> Idem.p.291.

<sup>4</sup> Idem.p.293.apud BASTOS, Celso R. Curso de direito administrativo.p.340.

Diante dos referidos entendimentos podemos afirmar que a prestação jurisdicional de serviços públicos se dá através de seus órgãos em atendimento ao disposto nos artigos 5º ao 17 da CF/88 e também ao disposto nos artigos 193 a 232 da referida Carta. No presente estudo, será dada ênfase às atuações de forma indireta das empresas públicas, órgãos pertencentes ao Poder Executivo da Administração Indireta.

### **1.1- HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

O ciclo do direito trabalhista decorre essencialmente dos rumos históricos da sociedade moderna. No Brasil, a transformação é decorrente dos diversos modelos advindos das intensas transformações ocorridas nos demais continentes, principalmente da Europa, onde a Revolução Industrial foi ponto inicial da regulação das relações de trabalho. Essa transformação social do trabalho é fruto da evolução da sociedade, a exemplo, na idade média a sociedade era dividida em feudos, cuja riqueza era centralizada nas mãos de poucos senhores, com o acúmulo de riquezas e aquisição de mais terra, dentre outros fatores, houve a necessidade de pagar a mão de obra com a própria colheita ou seja, com a própria terra. Assim surgia a expansão da valoração da mão de obra e abertura do comércio aos exteriores da sociedade da época. Tal fato culminou com a ocorrência do êxodo rural, surgindo a necessidade de comercializar a produção excedente, pois os escambos não mais supriam as necessidades da sociedade da época. Surgia a partir de então, a evolução do direito trabalhista que culminou com a chamada “Revolução Industrial”. A organização trabalhista anterior à revolução industrial não possuía qualquer controle de jornada de trabalho e sequer preocupação com a segurança no ambiente do trabalho, a título exemplificativo e certamente contribuiu para a evolução dos principais direitos sociais adquiridos pela classe trabalhadora em vigor nos dias atuais. O Direito do Trabalho foi consolidado a partir do Tratado de Versailles no ano de 1919, que deu origem à Organização Internacional do Trabalho, culminando numa nova fase de igualdade e regulamentação dos valores sociais do trabalho.

Sobre a evolução do direito do trabalho, Helder Santos Amorim, preconiza:

O Estado moderno nasceu da conjuntura da primeira Revolução Industrial (1780-1820) que, inicialmente na Inglaterra, instaurou a grande indústria em torno da máquina a vapor e do tear, difundindo a produção por meio do transporte ferroviário, organizando-se sobre as bases de uma relação social até então pouco usual: a relação de compra e venda da força do

trabalho, um trabalho assalariado e subordinado por conta de um terceiro, o detentor do capital<sup>5</sup>.

O passado da sociedade reflete de forma significativa no direito trabalhista. Destacando sua importância, o respeitável doutrinador Sérgio Pinto Martins preceitua que “ao se estudar o passado é possível compreender o desenvolvimento de um certo instituto ou tema no decorrer dos anos, o que se mostra uma necessidade premente”<sup>6</sup>. Em sentido amplo, ele explica que “surge a terceirização a partir do momento em que há desemprego na sociedade”<sup>7</sup>.

Ele cita ainda:

No Brasil, a noção da terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e fazendo a montagem final do veículo<sup>8</sup>.

Quanto à história da transformação do direito trabalhista, Antonieta Pereira Vieira et al citando GIOSA, introduz que o início da transformação da força de trabalho também teve sua origem após a Segunda Guerra Mundial:

A terceirização teve sua gênese em um contexto de crise econômica, nos Estados Unidos, após eclosão da Segunda Guerra Mundial, tendo se consolidado na década de 1950. Segundo Giosa (1997, p. 12) “As indústrias bélicas tinham como desafio concentrar-se no desenvolvimento da produção de armamentos a serem usados contra as forças do Eixo, e passaram a delegar algumas atividades de suporte a empresas prestadoras de serviços mediante contratação”<sup>9</sup>.

Ainda segundo ela, “O modelo foi trazido para o Brasil nas décadas de 1950 e 1960 pelas empresas multinacionais de automóveis, tendo se expandido ao longo dos anos para todos os setores, inclusive para a Administração Pública”<sup>10</sup>.

A primeira possibilidade de terceirização de serviços surgiu através da Lei nº 6.019/74 que instituiu o regime de trabalho temporário. A referida lei implantou limites

---

<sup>5</sup> AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional** – São Paulo: LTr, 2009.p.23-24.

<sup>6</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**.12.ed.rev.ampl. São Paulo: Atlas 2012.p.1.

<sup>7</sup> Ibidem.p.2.

<sup>8</sup> Idem.p.2.

<sup>9</sup> VIEIRA, Antonieta Pereira et al. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática**.5.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p.28.

<sup>10</sup> Ibidem.p.28.

rígidos, a exemplo do curto prazo de duração do contrato de trabalho temporário com relação a um mesmo empregado<sup>11</sup>. A partir de então, surge a segunda possibilidade de terceirização de serviços através da Lei nº 7.102/83, que permite a contratação de vigilante por parte de estabelecimento financeiro através de empresa prestadora de serviços especializados<sup>12</sup>.

Desse modo, a terceirização surgiu para descentralizar a realização de atividades tidas como acessórias pela Constituição Federal de 1988, regulamentadas pela legislação de reorganização do Estado, desenhadas no bojo do objeto social de cada entidade ou órgão da Administração.

## 1.2- CONCEITOS DE TERCEIRIZAÇÃO

De acordo com os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, “alguns autores preferem o tema em razão de que o setor terciário da atividade produtiva seria o setor de serviços, pois o primário corresponderia à agricultura e o secundário à indústria”<sup>13</sup>.

Segundo ele, “Terceirização deriva do latim tertius, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente”<sup>14</sup>. Na mesma linha, afirma que em espanhol, usa-se a expressão *arrendamiento de servicios*. Em italiano, *sucontrattazione*. No Direito português usa-se *subcontratação*”<sup>15</sup>.

Num conceito mais estrito, Sérgio Pinto Martins afirma que:

consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários<sup>16</sup>.

Para Marçal Justen Filho, “a terceirização consiste num contrato de prestação de serviços por meio do qual um sujeito transfere a outrem o dever de executar uma atividade determinada, necessária à satisfação de um dever”<sup>17</sup>.

Para Diogo Palau Flores dos Santos:

A expressão terceirização corresponderia ao termo inglês **outsourcing**, que significa suprir fontes externas, representando a decisão da

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm). Acesso em 18.02.2014.

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7102.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm). Acesso em 18.02.2014.

<sup>13</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Op.cit.,p.6.

<sup>14</sup> Ibidem.p.6.

<sup>15</sup> Idem. op. cit., p.6.

<sup>16</sup> Idem.p.10.

<sup>17</sup> FILHO JUSTEN, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Editora: Fórum, Belo Horizonte 2012.p.447.

organização no sentido de utilizar transações de mercado em vez da utilização de transações internas, visando atingir determinados fins, em regra, propósitos econômicos<sup>18</sup>.

Percebe-se que a grande maioria dos doutrinadores entende que a terceirização consiste num repasse de atribuições acessórias, antes exclusivamente reservadas ao Estado a um particular, que passa a executá-las como se Estado fosse.

Para Marçal Justen Filho, no sentido estrito, a “Administração Pública transfere a um particular, de modo permanente, formal e contínuo, o desempenho material de certas atividades-que continuam a ser administrativas e subordinadas ao regime próprio de direito público”<sup>19</sup>. No entanto, no sentido amplo, ele afirma “pode-se aludir à terceirização para indicar qualquer prática pelo Estado de contratações administrativas para execução de obras, serviços e fornecimentos por particulares”<sup>20</sup>. Deste modo, não haveria distinção entre a execução de atividades transitórias e as demais de caráter continuado.

Na mesma linha, Helder Santos Amorim, preconiza:

A terceirização é caracterizada pela transferência, a terceiras empresas, de etapas ou atividades inerentes ao processo produtivo. É uma manifestação do complexo movimento contemporâneo de reengenharia produtiva difusamente denominado de pós-fordismo, que se alastrou pelo mundo capitalista a partir da década de 1970 na esteira de uma radical transformação no modelo de acumulação econômica<sup>21</sup>.

Diante de tais fatos, evidencia-se que a terceirização é fruto das intensas transformações econômicas, sociais e políticas do mundo moderno, principalmente com a insurgência do modelo capitalista e a globalização da economia, tendo como fator principal o acúmulo de riquezas em detrimento do bem estar social. Constata-se ainda, que no Brasil, a terceirização é fruto da reorganização do Estado visando maior eficiência na prestação jurisdicional de seus deveres.

### **1.2-1. Conceitos de Serviços Públicos**

A terceirização propiciada pela Administração Pública visa o atendimento de determinada finalidade social, ou seja, a prestação de serviço público decorrente das

---

<sup>18</sup> DOS SANTOS, Diogo Palau Flores apud CABRAL, Sandro. **Terceirização de Processos Industriais sob a Ótica da Economia dos Custos de Transação**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002. p.16.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.800.

<sup>20</sup> Idem.p.799.

<sup>21</sup> AMORIM, op. cit., p.23.

garantias originariamente previstas á sociedade. Diante disso, é imprescindível entender os conceitos doutrinários e legais acerca de “serviço público”.

A Constituição Federal de 1988 é taxativa ao estabelecer a competência na prestação de serviços públicos, é o que se extrai do artigo 175, *in verbis*:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos<sup>22</sup>.

O artigo 6º, inciso II da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conceitua da seguinte forma:

Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais<sup>23</sup>;

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”<sup>24</sup>.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho, afirma que “é toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”<sup>25</sup>.

Ele cita ainda, conceitos de diversos doutrinadores dentre os quais destacamos o de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que considera serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”<sup>26</sup>.

No entendimento de Alexandre Santos de Aragão, na sua concepção ampla:

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.112.

<sup>23</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em 22.02.2014.

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª ed.atual. até Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.p.387.

<sup>25</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**.25.ed.rev.ampl.e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.p.321.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, op.cit.,p.80 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**.9.ed.São Paulo: Atlas, 2012.

[...] as atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, as funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade do Estado<sup>27</sup>.

Na sua concepção restrita de serviço público, Alexandre Santos de Aragão afirma que “abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e sua fruição quantificada, sendo remunerada ou gratuita”<sup>28</sup>. O conceito adotado segundo ele, inferível da Constituição Federal de 1988 é o seguinte:

serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade<sup>29</sup>.

Nesse contexto, constata-se que os conceitos doutrinários referentes ao serviço público convergem para o entendimento de que se trata de atividades desempenhadas pelo Estado visando prover as necessidades da sociedade e que podem ser executadas de forma direta e indireta, sendo esta última, objeto do presente estudo.

### **1.3- DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA**

A República Federativa do Brasil, em pleno regime de governo militar iniciou sua reforma administrativa com a edição do Decreto-Lei 200/67, cujo objetivo era descentralizar as atividades meramente acessórias do Estado. Para tanto, buscou-se realizá-las de forma indireta, através do instituto da terceirização, conforme artigo 10, do referido Decreto, senão vejamos:

A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] § 7º 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<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.363.

<sup>28</sup> ARAGÃO, op.cit.,p.363.

<sup>29</sup> Ibidem.p.367-368.

<sup>30</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 01.02.2014.

O Decreto em referência visava conceder maior autonomia à Administração indireta do Estado com a conseqüente estagnação do crescimento da máquina pública, visando diminuir os custos do processo produtivo com flexibilização e eficiência.

Vários anos após as intensas transformações políticas ocorridas no Brasil com o golpe militar de 1964, entrou em vigor o Decreto nº 2.271, de 10 de julho de 1997 dispondo sobre as atividades que poderão ser objeto de execução indireta, mediante terceirização pela Administração Pública, conforme artigos 1º e 2º, *in verbis*:

No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

[...] § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta<sup>31</sup>.

Na mesma linha, o referido Decreto especificou as atividades que não poderão ser terceirizadas, conforme podemos aduzir do artigo 1º, §2º, *in verbis*:

[...] § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal<sup>32</sup>.

O Estado dando prosseguimento à política de descentralização de suas atividades, editou recentemente, a Instrução Normativa 02/98 que tratou o tema de forma mais específica, indicando que os serviços de apoio das atividades essenciais, poderiam ser objeto de terceirização, conforme podemos aduzir do artigo 6º, *in verbis*:

Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97<sup>33</sup>.

Na mesma linha, o artigo 7º, especificou as atividades que poderão ser objeto de terceirização:

As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia,

<sup>31</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm). Acesso em 02/02/2014.

<sup>32</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm). Acesso em 02/02/2014.

<sup>33</sup> Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 05.03.2014.

telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

[...] § 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98<sup>34</sup>.

No entanto, o artigo 9º da referida instrução, vedou a terceirização de atividades dos cargos abrangidos no plano de cargos de órgão ou entidades, enumerando-as:

É vedada a contratação de atividades que: I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal; II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como: a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas; b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações; c) atos de inscrição, registro ou certificação; e d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos<sup>35</sup>.

Constata-se que a normatização da terceirização acompanhou a evolução da organização da Administração Pública Brasileira em razão do surgimento de novas diretrizes do Estado, decorrentes principalmente de modelos organizacionais de outros países principalmente os capitalistas, sob o prisma da competitividade de mercados. Desta forma, evidencia-se que a realização de serviços públicos pelo Estado, de forma indireta, está vinculada às transformações de ordem social e política.

#### **1.4- CONCEITOS E DIFERENÇAS: ATIVIDADE FIM E ATIVIDADE MEIO**

Os conceitos de atividade-fim e atividade-meio são determinantes para caracterizar a legalidade ou ilegalidade da terceirização, fato que poderá definir os limites da responsabilidade do tomador dos serviços caso não haja o cumprimento de determinadas exigências legais. Assim, torna-se imprescindível abordar os referidos conceitos visando melhor compreensão do problema hipótese.

De acordo com o entendimento do respeitável doutrinador Sérgio Pinto Martins, “a atividade fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a

<sup>34</sup> Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 05.03.2014.

<sup>35</sup> Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 05.03.2014.

produção de bens ou serviços, a comercialização etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social”<sup>36</sup>. Ainda segundo ele, “ para o Direito Comercial, atividade-fim é a que consta do objeto do contrato social. É a atividade principal”<sup>37</sup>.

De acordo com o previsto no §2º do artigo 581 Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional. [\(Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976\)](#)<sup>38</sup>

Quanto à atividade meio, Sérgio Pinto Martins preceitua:

A atividade meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio a determinados setores da empresa ou complementar.

No conceito de Helder Santos Amorim, [...] atividades-meio, assim consideradas as atividades externas ao fluxo estritamente produtivo, tais como tarefas de transporte, segurança, alimentação, manutenção, limpeza, conservação etc”<sup>39</sup>. Quanto às atividades-fim acrescenta que são aquelas “nucleares ao processo produtivo, passando a se destacar a subcontratação de mão-de-obra para tarefas de supervisão, organização, venda, logística, gerência, inspeção de qualidade, entre outras”<sup>40</sup>.

A doutrina é bem específica quanto às diferenças existentes entre atividade-fim e atividade-meio, vejamos a opinião do respeitável Marçal Justen Filho:

A diferença entre atividade-fim e atividade-meio está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da entidade. A atividade-fim é aquela para a qual se vocaciona a sociedade de economia mista ou empresa pública. Considera-se todo o resto como atividade-meio<sup>41</sup>.

Para o instituto da terceirização levando-se em conta os conceitos doutrinários referenciados, faz mister compreender a razão finalística dita por Marçal Justen Filho acima, ou seja, o Estatuto Social da empresa pública bem como, seu planejamento estratégico deverão orientar quais são suas atividades preponderantes na atividade-meio, quanto àquelas ditas finalísticas. Nesse caso, a diferença entre ambas

---

<sup>36</sup> MARTINS, op. cit., p.130.

<sup>37</sup> Ibidem. p.130.

<sup>38</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 07.03.2014

<sup>39</sup> AMORIM, op. cit., p.36.

<sup>40</sup> Ibidem.p.36.

<sup>41</sup> FILHO JUSTEN, op. cit., p.29.

reside no fato de que as atividades-meio são auxiliares das atividades-fim, ou seja, as primeiras poderão ser objeto de prestação de forma indireta, enquanto a segunda de forma indireta, sendo esta última objeto do Estatuto Social, deverá ser executada exclusivamente pelo ente.

### **1.5- RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO**

A responsabilidade é a obrigação de reparação de dano patrimonial de outrem, sendo cabível nas situações em que o agente público no exercício de suas atribuições cause danos a terceiros. O Código Civil de 2002 estabelece em seu artigo 43, que “ as pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”<sup>42</sup>.

Essa interpretação decorreu da Constituição Federal de 1988, especificamente no § 6º do artigo 37, que preconiza:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa<sup>43</sup>.

Segundo Alexandre Santos Aragão a fundamentação não é apenas no artigo supra, senão vejamos:

[...] o caráter objetivo da responsabilidade pela prestação de serviços públicos em sentido estrito (não qualquer atividade administrativa) pode fundamentar-se hoje, não apenas no art. 37, §6º, CF, mas também, pelo simples fato de serem serviços, no art. 12 do CDC (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço) e no art. 927, parágrafo único, do Código Civil (responsabilidade objetiva das atividades de risco)<sup>44</sup>.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, o referido artigo, “Não se referiu contudo, aos agentes das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. Nesse caso, referem-se também as “empresas públicas e sociedade de economia mista”, assim como as “exclusivamente privadas, que respondem também objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros”<sup>45</sup>. Conceitualmente ele afirma que a “Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe á Fazenda Pública a

<sup>42</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 03.02.2014

<sup>43</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.55.

<sup>44</sup> ARAGÃO, op.cit.,p.558.

<sup>45</sup> MEIRELLES, op. cit.,p.742.

obrigação de compor o dano a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”<sup>46</sup>.

Nesse sentido, nas contratações realizadas pelo Estado em que há utilização de mão de obra, a responsabilização deve obedecer ao disposto no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis<sup>47</sup>.

De acordo com o disposto na Ação Direta de Constitucionalidade 16 do Distrito Federal, o referido artigo é constitucional, logo, há impossibilidade jurídica da condenação do Estado de forma subsidiária, salvo comprovada culpa do Estado. De outro modo, o Superior Tribunal do Trabalho contrário à previsão do artigo 71, § 1º, firmou entendimento condenando a Administração Pública Direta e Indireta de forma subsidiária, quanto ao pagamento dos débitos trabalhistas nos atos decorrentes desse tipo de contratação, através da Súmula 331, IV, que assim dispunha:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial<sup>48</sup>.

O respeitável Marçal Justen Filho concorda com a interpretação dada pelo julgamento da ADC 16, afirmando que deve haver a comprovação de culpa *in vigilando* para caracterização da responsabilidade subsidiária do Estado, senão vejamos:

No julgamento da ADC nº 16, o STF reputou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666 e estabeleceu que, nas hipóteses em que a empresa terceirizada não satisfizer as verbas trabalhistas devidas, poderá haver a responsabilização da Administração Pública mediante comprovação de omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo contratado<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> MEIRELLES, op. cit., p.737.

<sup>47</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm) Acesso em 03.02.2014

<sup>48</sup> Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulascomindice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulascomindice/Sumulas_Ind_301_350.html) Acesso em 14.02.2014.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.803.

Quanto às teorias, para Alexandre Santos Aragão, a responsabilização do Estado vai mais além, ou seja, para ele o risco é integral, vejamos sua opinião:

O ponto extremo da responsabilidade civil estatal é a teoria do risco social ou risco integral, em que o Estado é responsável até por danos não imputáveis ao seu comportamento independentemente até mesmo de nexos de causalidade, sem possibilidade de causas de exclusão (caso fortuito, força maior, culpa de terceiros, da própria vítima etc.)<sup>50</sup>.

De acordo com Hely Lopes Meirelles a teoria vigente quanto à responsabilização do Estado é a do risco administrativo. Segundo ele “Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público”<sup>51</sup>.

Quanto à classificação, segundo a doutrina, existem dois tipos de responsabilidade, a solidária e a subsidiária. As definições da primeira decorrem da analogia com o artigo 264 do Código Civil de 2002 que preconiza “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda” e também com o artigo 265 do mesmo diploma que prevê “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”<sup>52</sup>.

O respeitável doutrinador Sérgio Pinto Martins possui o mesmo entendimento, senão vejamos:

há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor<sup>53</sup>.

A opinião da maioria dos doutrinadores é que somente a partir da comprovação de culpa seja *in elegendo* ou *in vigilando*, poderá ocorrer a condenação do Estado de forma subsidiária.

No concernente à responsabilidade subsidiária, de acordo com Sérgio Pinto Martins, a origem da palavra subsidiária “vem do latim, e significa *subsidiarius*”<sup>54</sup>.

Ainda segundo ele, “[...] Não pagando o devedor principal no caso a empresa prestadora dos serviços, paga o devedor secundário, no caso, a empresa tomadora dos serviços”<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> ARAGÃO, op. cit., p.561.

<sup>51</sup> MEIRELLES, op. cit., p.739.

<sup>52</sup> Disponível em :[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 05.02.2014.

<sup>53</sup> MARTINS, op. cit. p.135.

<sup>54</sup> MARTINS, op. cit. p.137.

<sup>55</sup> Idem.p.137.

Nesse mesmo sentido, afirma:

A responsabilidade subsidiária trabalhista decorre do fato de que o terceirizante tem culpa in elegendo ou in vigilando, por ter escolhido mal seu parceiro, que é inidôneo, ou por não fiscalizá-lo quanto ao recolhimento das verbas trabalhistas de seus empregados<sup>56</sup>.

De acordo com Helder Santos Amorim “a responsabilidade subsidiária seria aquela que reforçaria uma outra responsabilidade dita principal<sup>57</sup>”.

Para Antonieta Pereira Vieira et al, à partir de “novo entendimento da Súmula nº 331 do TST:

a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não será decorrente de mero inadimplemento da contratada em relação a suas obrigações trabalhistas, mas será possível apenas após evidenciada a sua conduta, ainda que culposa, na fiscalização dos contratos, nos termos da Lei nº 8.666/93<sup>58</sup>.

Tal afirmação é evidenciada na nova redação dada à Súmula nº 331 nos itens IV, V e VI, do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

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 [...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral<sup>59</sup>.

Constata-se que houve o acréscimo do item V e VI preconizando a possibilidade de responsabilização subsidiária desde que o órgão contratante não realize a

<sup>56</sup> MARTINS, op.cit.,61.

<sup>57</sup> AMORIM, op. cit.,p.59.

<sup>58</sup> VIEIRA, op. cit.,p.44-45.

<sup>59</sup> Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html)  
Acesso em 14.02.2014.

devida fiscalização dos encargos devidos pelos prestadores de serviços, nesse caso, ocorrendo a culpa *in vigilando*, conforme já citado.

Por fim, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “Será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado”<sup>60</sup>.

A distinção básica entre os institutos legais reside no fato de que a responsabilidade subsidiária pressupõe o esgotamento das possibilidades de execução contra o devedor principal, cujo reflexo legal refuta ao tomador através do vínculo direto, que passa a ser o devedor e pode ter direito de regresso não oponível ao empregado. Seus pressupostos de aplicabilidade residem quanto à verificação da culpa *In eligendo* e culpa *In vigilando*, que em suma, ocorrem na prática quando a Administração concorre para a ocorrência da inadimplência do prestador dos serviços.

Abordando a diferença entre as hipóteses de responsabilização Helder Santos Amorim, afirma:

A responsabilidade dita “subsidiária prevista na Súmula é apenas uma porção mais restrita da responsabilidade solidária: é solidária porque ao tomador do serviço é imputada a integralidade da dívida (Código Civil, art. 264), mas é subsidiária porque limitada por um benefício de ordem “processual” conferido ao tomador, á semelhança do benefício de ordem que a lei confere ao fiador demandado pelo pagamento da dívida (à luz do art. 827 do Código Civil) ou ao sócio em relação à sociedade (à luz do art. 496 do Código de Processo Civil)<sup>61</sup>.

No entanto, para Sérgio Pinto Martins, a principal diferença entre os institutos reside no fato de que “A subsidiariedade não tem previsão em lei, nem no Código Civil. Se o devedor não pagar a dívida, paga o responsável secundário, subsidiário. A solidariedade tem fundamento na lei ou na vontade das partes”<sup>62</sup>.

Constata-se que o entendimento doutrinário e legal quanto à responsabilização do Estado é que esta ocorre de forma subsidiária, mas para tanto deverá ser comprovada a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, aplicando analogia em relação ao artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, somente existe a responsabilidade subsidiária na ocorrência de inadimplemento do devedor principal e nesse caso, a Administração deverá ter participado da relação processual.

<sup>60</sup> CARVALHO FILHO, op. cit.,p.564.

<sup>61</sup> AMORIM, op. cit.,p.193.

<sup>62</sup> MARTINS, op. cit.,p.135.

### **1.5-1. DA CULPABILIDADE DO ESTADO**

A *Culpa In eligendo* é aquela decorrente da culpa do Estado frente à escolha errônea do contratante possibilitando a ocorrência de inadimplemento da contratada perante seus empregados, referente às obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Conceitualmente, em relação aos institutos, segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*)<sup>63</sup>.

Nesse sentido, a denominada *culpa in eligendo* somente se verificaria em casos de fraude no procedimento licitatório, e, portanto, deveria restar comprovada em cada caso, e não de forma genérica.

Quanto á *Culpa In vigilando*-se, esta é decorrente da culpa do Estado quanto à sua omissão frente às falhas decorrentes da ineficaz fiscalização possibilitando a ocorrência de requisitos de vínculo empregatício, ou seja, a subordinação e pessoalidade, dentre outros fatores que poderão ensejar a condenação subsidiária da contratante. No mesmo sentido, de acordo com Helder Santos Amorim, caracteriza-se [...] “(por imitir-se em fiscalizar adequadamente o cumprimento dessas obrigações pela empresa contratada)”<sup>64</sup>. Ele afirma ainda, que:

evidenciado o descumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta a responsabilidade subsidiária à contratante, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais, em típica culpa *in vigilando*<sup>65</sup>;

Nesse contexto, faz-se mister discorrer sob as práticas a serem adotadas visando evitar a ocorrência da culpabilização supracitada. O artigo 68 da Lei nº 8.666/93 determina a existência de preposto visando evitar a ocorrência da subordinação, senão vejamos:

O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> CARVALHO FILHO, op. cit.,p.554.

<sup>64</sup> AMORIM, op.cit.,p.220.

<sup>65</sup> Idem.p.127.

<sup>66</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em 12.03.2014.

Para Antonieta Pereira Vieira, a fiscalização deverá ser pautada tanto no Edital quanto nas demais disposições legais:

Observa-se que a fiscalização de que trata o inciso V da súmula é relativa ao cumprimento pela contratada das obrigações contratuais e legais. Em síntese, a fiscalização será realizada sobre as obrigações que o contratante dispôs no ato convocatório e anexos, em especial, as cláusulas contratuais expressas, conforme o art. 55 da Lei nº 8.666/93 e as exigências legais inerentes execução do objeto, incluindo todo o arcabouço jurídico que incide na contratação de forma direta e indireta<sup>67</sup>.

No entanto, Hely Lopes Meirelles cita o artigo 68 da Lei nº 8.666/93 que exige a figura do preposto visando evitar a ocorrência da subordinação e conseqüentemente a culpa *in vigilando*, senão vejamos:

Para evitar a subordinação dos terceirizados à Administração Pública (tomadora dos serviços), a Lei nº 8.666/93, em seu art. 68, estabelece a figura do preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representa-lo na execução do contrato<sup>68</sup>.

Nesse aspecto, evidencia-se que a ocorrência da Culpa *In eligendo* é passível de ser evitada antes da contratação, vez que é decorrente da má escolha no processo licitatório, enquanto a culpa *In vigilando* é verificada de omissão ou má fiscalização. Assim, podemos afirmar que ambas possibilitam a condenação da Administração de forma subsidiária.

## **1.6- DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA**

### **1.6-1. As Súmulas nº 256 e nº 331 do TST**

A Súmula nº 256 preconizava que salvo as disposições legais a terceirização é ilegal, senão vejamos:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços<sup>69</sup>.

Esta é também a interpretação do respeitável Sérgio Pinto Martins:

No Acórdão que deu origem à Súmula citada, ficou evidenciado que a contratação de empresa interposta só poderia ser admitida em casos excepcionais, pois a locação da força de trabalho é ilícita, visto que os

<sup>67</sup> VIEIRA, op.cit.,p.45.

<sup>68</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.47.

<sup>69</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.112.

homens não podem ser objeto desse tipo de contrato, apenas as coisas. Verifica-se que o TST proibia a intermediação de mão de obra tanto na atividade-fim como na atividade-meio, salvo nas hipóteses do trabalho temporário e da Lei nº 7.102<sup>70</sup>.

Ele afirma que, “a Jurisprudência deveria considerar a interpretação de forma exemplificativa e não taxativa, havendo, portanto, a necessidade de sua revisão, que foi feito pela Súmula 331 da mesma Corte”<sup>71</sup>.

Ainda no mesmo sentido, afirma que a Súmula nº 331 é resultado da revisão da Súmula nº 256, e esta possui a seguinte redação:

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  
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).  
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).  
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.  
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.  
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.  
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral<sup>72</sup>.

Na interpretação de Marçal Justen Filho, a Súmula nº 331 firmou “entendimento da inviabilidade de reconhecimento de vínculo trabalhista entre a Administração Pública e prestadores de serviço não concursados”<sup>73</sup>, sendo vedado à Administração promover a contratação destes. Ademais, “a terceirização seria cabível

<sup>70</sup> MARTINS, op.cit.,p.114.

<sup>71</sup> Ibidem.p.122.

<sup>72</sup> Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html)  
Acesso em 14.02.2014.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, op.cit.,p.800.

apenas às atividades-meio”<sup>74</sup>. Afirmar ainda, “a Justiça do Trabalho não é competente para determinar a amplitude de autonomia das decisões dos agentes públicos relativamente à contratação de particulares para a prestação de serviços”<sup>75</sup>. Ele explica que “somente a Constituição e a Lei podem estabelecer limites nesse campo”<sup>76</sup>. Ele cita a seguinte Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1.Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não podem ser apreciados pela Justiça do Trabalho. 3. A existência de pedido de condenação do ente local ao pagamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS não torna a Justiça do Trabalho competente para o exame da ação” (Rcl nº7.039-AgRg, Pleno.Rel.Min. Carmém Lúcia.Julg.2.4.2009.DJe, 7 maio 2009)<sup>77</sup>

Para Helder Santos Amorim, a Súmula nº 331 divide a terceirização de duas formas: a lícita e a ilícita, vejamos suas considerações:

Esta orientação interpretativa está construída sobre dois raciocínios específicos. Primeiramente, sobre uma **presunção**: a de que a terceirização praticada na atividade-meio do tomador do serviço constitui forma de organização flexível da empresa, teoricamente legitimada na teoria do foco ou da focalização, sendo, portanto, compatível com a fruição dos direitos sociais dos trabalhadores, diferentemente da terceirização em atividade-fim, que constitui veículo de burla ao regime de proteção social dos trabalhadores, uma forma de comercialização de mão-de-obra (*marchandage*) repudiada pelo Direito, porque em desprezo ao valor-trabalho.

[...]

O segundo raciocínio da Súmula, por sua vez, apresenta-se como um **raciocínio substantivo**: de que, sendo lícita a terceirização em atividade-meio, o tomador dos serviços deve responder pelos danos que a empresa prestadora causar aos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados, em face (a) da noção do “risco empresarial” atribuído pela CLT ao empreendedor (CLT, art. 2º)<sup>78</sup>, (b) da noção civilista de “abuso de direito”, à luz da qual o direito de terceirizar não pode ser exercido fora da sua finalidade social, e (c) da noção de “prevalência hierárquica das normas constitucionais protetivas do valor-trabalho sobre as demais normas que garantem os direitos de caráter civil e comercial”<sup>78</sup>.

Constata-se que a Súmula em questão taxou a impossibilidade de reconhecimento de vínculo entre o terceirizado e o Estado que se dá somente via concurso público nos termos na CF/88. Do mesmo modo, admitiu sua culpabilização pela conduta

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, op.cit., p.800.

<sup>75</sup> Ibidem, p.801.

<sup>76</sup> Idem, p.801.

<sup>77</sup> Idem, p.801.

<sup>78</sup> AMORIM, op.cit., p.180.

na escolha da contratada ou na fiscalização. Ademais, prevaleceu o entendimento da terceirização apenas das atividades-meio.

### **1.6-2. Dos Recentes Julgados no TCU**

O Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que a contratação de mão de obra para realização das obrigações do Estado preconizadas na Constituição Federal de 1988 deve ser pautada no princípio da isonomia, que em regra, obtém-se com a realização de concurso público, senão vejamos:

A contratação de trabalhador pela Administração Pública com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros para atuação na área-fim representa burla a exigência constitucional do concurso público<sup>79</sup>.

Ainda no mesmo sentido, recomenda que a Administração Pública regulamente o instituto da terceirização:

Crie normas internas dispondo sobre a política de terceirização de serviços, onde deve constar, obrigatoriamente, a proibição de terceirizar serviços afetos a sua área-fim. Realize a análise de custo/benefício em cada processo de contratação, relacionado à terceirização de serviços de sua área-meio, para aferir se é mais vantajoso terceirizar o serviço ou executá-lo com empregados do próprio quadro, tendo em vista os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, insculpidos nos arts. 37, caput, e 70, caput, da Constituição Federal de 1988<sup>80</sup>.

Nessa concepção, em dezembro de 2013, o Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão nº 1214/2013<sup>81</sup>, baseado em representação formulada pela extinta ADPLAN, à partir de trabalho realizado por grupos de estudos de diversos órgãos visando implementar melhorias nos procedimentos licitatórios e de execução de contratos continuados, sob o argumento de que a Administração Pública vem enfrentando diversas dificuldades na execução de contratos de terceirização, refletindo nas interrupções na prestação dos serviços, causando prejuízos para a administração e para os trabalhadores, além de estar gerando potenciais danos financeiros para o erário, em decorrência da responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas não pagas pelas empresas

<sup>79</sup> BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 391/2009, Plenário. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2048104.PDF>. Acesso em 15.02.2014.

<sup>80</sup> BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 341/2009, Plenário. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>. Acesso em 15.02.2014.

<sup>81</sup> Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1214&>. Acesso em: 22.03.2014.

contratadas, conforme Enunciado de Súmula 331/TST<sup>82</sup>. Nesse aspecto, o referido Acórdão recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento a incorporação de alguns aspectos à IN/MP 2/2008. Assim, foi editada a Instrução Normativa N° 6, de 23 de dezembro de 2013 que altera a Instrução Normativa n° 2, de 30 de abril de 2008, e seus Anexos I, III, IV, V e VII e inclui o Anexo VIII.

A referida instrução trouxe importantes modificações que poderão ser aplicadas antes, durante e após a contratação dos serviços, visando o uso de melhores práticas na Administração Pública em se tratando de terceirização de serviços e consequentemente, contratos continuados. Dessa forma, serão enumerados alguns aspectos mais importantes correlacionados com o problema hipótese do presente estudo.

Dentre as alterações da referida instrução, algumas são aplicáveis antes da contratação, ou seja, no escopo do Edital licitatório. Nesse caso, constata-se as alterações específicas às condições de habilitação econômico-financeira, conforme podemos aferir no artigo 19, inciso XXIV, á seguir *in verbis*:

disposição prevendo condições de habilitação econômico-financeira nos seguintes termos:

a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral – LG, Liquidez Corrente – LC, e Solvência Geral – SG superiores a 1 (um);

b) Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante)

de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social; (retificado em 30 de dezembro de 2012 – publicado no DOU n° 252, Seção 1, pg.840.)

c) comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta; (retificado em 30 de dezembro de 2012 – publicado no DOU n° 252, Seção 1, pg.840.)

d) declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VIII, de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c”, [...] <sup>83</sup>

<sup>82</sup> Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces?anoAcordao=2013&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1214&>.

<sup>83</sup> Disponível em: <http://www.audin.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em: 22.03.2014.

A Instrução dispõe ainda, sobre exigência de conta vinculada para depósito de valores referentes a encargos sociais, visando assegurar o pagamento de verbas rescisórias, conforme artigo 19-A, á seguir *in verbis*:

O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa;

No tocante às exigências a serem observadas durante a execução contratual, destaca-se a alteração do artigo 30-A, parágrafo 2º, que dispensa a pesquisa de mercado quando da prorrogação contratual, senão vejamos:

§ 2º A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos de serviços continuados estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, quando o contrato contiver previsões de que:

I - os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei;

II - os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE; e

III - no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP<sup>84</sup>.

A Instrução enumera ainda, a documentação comprobatória a ser exigida pela fiscalização quando da extinção ou rescisão dos contratos, conforme podemos constatar no anexo IV, em seu item 6, á seguir *in verbis*:

6. Fiscalização quando da extinção ou rescisão dos contratos

6.1 A contratada deverá entregar, até 10 (dez) dias após o último mês de prestação dos serviços (extinção ou rescisão do contrato), cópias autenticadas dos documentos abaixo relacionados:

6.1.1 termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;

6.1.2 guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referente às rescisões contratuais;

<sup>84</sup> Disponível em: <http://www.audin.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em: 22.03.2014.

- 6.1.3 extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado; e
- 6.1.4 exames médicos demissionais dos empregados dispensados.
- 6.2 A contratada poderá optar pela entrega de cópias não autenticadas, desde que acompanhadas de originais para conferência no local de recebimento<sup>85</sup>.

No mesmo sentido, autoriza o uso da retenção da fatura da contratada para adimplir obrigações trabalhistas após encerramento do contrato, conforme se abstrai do parágrafo único do artigo 35, e do artigo 19, inciso XIX, alínea “k”, *in verbis* respectivamente:

Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa<sup>86</sup>.” (NR)

k) deverá haver previsão expressa no contrato e seus aditivos de que a garantia prevista no inciso XIX deste artigo somente será liberada ante 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 trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, inciso IV, desta Instrução Normativa. (retificado em 9 de janeiro de 2014 – publicado no DOU nº 6, Seção 1, pg.58/59)<sup>87</sup>.

Constata-se que as alterações trazidas pela Instrução Normativa em questão, visam proteger o Estado de ocorrências indesejáveis que acarretam em prejuízos decorrentes de condenação na esfera trabalhista, tal qual é o caso da NOVACAP.

### **1.6-3. Da Ação Direta de Constitucionalidade Nº 16**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 16 foi ajuizada pelo governador do Distrito Federal perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, a seguir, *in verbis*:

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

<sup>85</sup> Disponível em: <http://www.audin.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em: 22.03.2014.

<sup>86</sup> Disponível em: <http://www.audin.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em: 22.03.2014.

<sup>87</sup> Disponível em: <http://www.audin.mpu.mp.br/audin/IN-SLTI-2013-06-TERCEIRIZACAO-DE-MAO-DE-OBRA-ALTERA-A-IN-SLTI-02-2008.pdf>. Acesso em: 22.03.2014.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. ([Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995](#))<sup>88</sup>

O Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo supracitado, conforme dispõe a Ementa do referido julgado:

**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<sup>89</sup>.

De acordo com o artigo 71, § 1º a responsabilidade pelos encargos decorrentes da relação contratual é exclusiva do contratado, desta forma, a ADI visou cessar as constantes condenações da Administração de em ações na Justiça do Trabalho, vez que, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho em seu item IV, responsabilizava subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado, senão vejamos:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quando os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)<sup>90</sup>.

No entanto, recentemente houve uma reformulação no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho com a modificação do inciso IV e inclusão dos incisos V e VI, da Súmula nº 331, preconizando que somente haverá a responsabilidade subsidiária

<sup>88</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em 15.02.2014.

<sup>89</sup> STF. BRASIL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 15.02.2014.

<sup>90</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 15.02.2014.

caso não haja a devida fiscalização da execução do objeto dos contratos por parte da Administração Pública, conforme se verá adiante.

Quanto ao tema, Sérgio Pinto Martins, citando o voto proferido pelo Ministro Cesar Peluzo taxou:

Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos...isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade de administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos”, não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, pois o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do Poder Público”<sup>91</sup>.

Temos então, que o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 71, da Lei nº 9.666/93 isenta responsabilização da Administração Pública. No entanto, não reconhece o vínculo do empregado terceirizado com a Administração, veda a terceirização de atividade-fim, possibilita a condenação subsidiária da Administração em caso de comprovada culpa *In elegendo* e *In vigilando*. Diante disso, o TCU editou o Acórdão nº 1214/2013 visando a adoção de melhores práticas de terceirização na Administração Pública em face de entendimentos anteriores indicando a necessidade de normatização de tal instituto.

---

<sup>91</sup> MARTINS, op.cit.,p.150-151.

## **2. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA NOVACAP- COMPANHIA URBANIZADORA DA NOVA CAPITAL DO BRASIL.**

A organização do Estado Brasileiro está amplamente difundida na Constituição Federal de 1988. É dever do Estado propiciar os direitos e garantias fundamentais e da Ordem Social nos termos dispostos na referida Constituição, e nesse caso, a prestação jurisdicional é exercida sob a forma de serviços públicos através dos diversos órgãos pertencentes ao Poder Executivo, dentre os quais, as empresas públicas que os executam de forma direta e indireta, sendo esta última objeto do presente estudo.

### **2.1- CARACTERÍSTICAS PREPONDERANTES DAS EMPRESAS PÚBLICAS**

Dentro da concepção da organização do Estado brasileiro, faz-se mister o entendimento quanto á conceituação empresa pública para melhor compreensão do tema. Nessa esteira, de acordo com Marçal Justen Filho:

é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público ou de serviços de apoio ao próprio Estado<sup>92</sup>.

Num conceito mais abrangente, Hely Lopes Meirelles assim define:

Empresas são pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas pelo Poder Público, mediante autorização de lei específica, com capital exclusivamente público, para a prestação de serviço público ou a realização de atividades econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial<sup>93</sup>.

Constata-se que na concepção doutrinária as empresa pública devem ser criadas por lei específica. De acordo com a legislação, especificamente o artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/67 a empresa pública é:

Para os fins desta lei, considera-se: II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de

---

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p.261.

<sup>93</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.430-431.

qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)<sup>94</sup>

Nesse contexto, serão abordadas as principais características atinentes às empresas públicas, visando facilitar a análise do caso concreto.

### **2.1-1. Regime Jurídico**

Segundo definição de Hely Lopes Meirelles, as empresas estatais nestas consideradas as empresas públicas, “são pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica (salvo a exceção mencionada acima), com patrimônio público ou misto, para a prestação de serviço público ou para a execução de atividade econômica de natureza privada”<sup>95</sup>.

O artigo nº 22 da Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao parágrafo 1º, do artigo 173 da Constituição Federal de 1988, redefinindo o regime jurídico das empresas públicas, senão vejamos:

O § 1º do art. 173 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores<sup>96</sup>.

Levando-se em conta que a criação de empresa pública se dá através de Lei específica, constata-se que o seu regime jurídico é privado, justificando pela ausência de privilégios frente à iniciativa privada.

<sup>94</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em 05.03.2014.

<sup>95</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.424.

<sup>96</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm). Acesso em 05.03.2014.

## 2.1-2. Regime Fiscal e Trabalhista

As empresas públicas possuem os mesmos privilégios fiscais, trabalhistas e previdenciários da iniciativa privada, de acordo com Hely Lopes Meirelles, “a Constituição da República já indicou a Justiça Federal como competente para as causas em que as empresas públicas da União forem interessadas (art.109, I), e a Justiça do Trabalho para os litígios trabalhistas (art. 114)”<sup>97</sup>. Desta forma, os dissídios decorrentes da relação de trabalho são julgados pela Justiça do Trabalho conforme dispõe o artigo 114 da Constituição Federal de 1988, á seguir *in verbis*:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)<sup>98</sup>

Constata-se então, que a admissão de pessoal está sujeita a concurso público nos termos da Constituição Federal de 1988, salvo para os cargos ou funções de confiança.

## 2.2- SOBRE A NOVACAP

A Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil- NOVACAP é uma empresa pública prestadora de serviços públicos de forma direta e indireta, dependente de recursos financeiros oriundos do tesouro do Governo do Distrito Federal para despesas com pessoal, custeios gerais e de capital. Está sujeita às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei Geral de Licitações, bem como, à fiscalização de órgãos de controle interno e externo e a admissão de pessoal deverá ser feita através do concurso público. Ademais, é dotada de personalidade de direito privado, o que significa sujeição às mesmas regras aplicáveis à iniciativa privada. Apesar das características atinentes à iniciativa privada, cujo objetivo é o lucro, a NOVACAP devido à sua dependência financeira, encontra-se subordinada à Secretaria de Estado de Obras, órgão da

<sup>97</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.434.

<sup>98</sup> Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 05.03.2014.

Administração Indireta. Desta forma, evidencia uma completa atuação segundo os interesses políticos do Estado, não configurando assim, a competição com a iniciativa privada.

### **2.2-1. Principais Atividades**

De acordo com o Estatuto anterior, a NOVACAP tem por objeto, mediante remuneração a execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal, diretamente ou por contrato com entidades públicas ou privadas, bem como a prática de todos os demais atos concernentes a seus objetivos sociais, devidamente autorizados pela Assembleia Geral. Em 2013, a Diretoria Colegiada e o Conselho de Administração propuseram e aprovaram alterações no Estatuto, cujo objeto é o gerenciamento/execução de obras e serviços de engenharia, arquitetura, urbanização, drenagem pluvial, pavimentação e conservação/limpeza de monumentos e obras de arte especiais, direta ou indiretamente, com entidades públicas e privadas, bem como a prática de todos os demais atos concernentes aos seus objetivos sociais os quais poderão ser executados em qualquer parte do Território Nacional ou no Exterior.

Para o presente estudo será considerado o Estatuto anterior, vez que, este se encontrava vigente durante a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. Nesse caso, as considerações e análises serão restritas às atividades de manutenção de áreas verdes, especificamente poda e erradicação com destocamento e trituração de resíduos vegetais, atividade esta objeto de Contrato de terceirização.

### **2.3- ANÁLISE SINTETIZADA DA SENTENÇA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 10ª REGIÃO**

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Procuradoria do Trabalho 10ª Região) em face da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil, processo nº 588/2003, que por denúncia do SINDSER- Sindicato dos Servidores e Empregados da Administração Pública Direta, Fundacional, das Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do Distrito Federal, alegou que a NOVACAP estaria utilizando mão de obra terceirizada em atividade-fim, através de Contrato de Empreitada e de Gestão com empresas privadas, burlando assim, a exigência constitucional do concurso público. No pedido, o Ministério Público do Trabalho requereu a concessão da tutela antecipada e em caráter definitivo, a decretação da nulidade

contratual com a imediata paralização dos serviços, sob pena de multa diária e condenação da NOVACAP em obrigação de não fazer sob pena de multa, revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

No mérito, a Excelentíssima Juíza Substituta do Trabalho Martha Franco de Azevedo mencionou que “dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, encontra-se os valores sociais do trabalho, sendo a busca pelo emprego, principio da ordem econômica”<sup>99</sup> em relação à terceirização ponderou:

evocado nas modernas inovações do campo empresarial, surgiu a terceirização, tendo com disciplina apenas o artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho e leis nº 6.019/74 e 7.102/83 que deram interpretação ao enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteção ao trabalhador. Por outro lado, os incisos XXX e XXXII da CF/88 asseguram a igualdade entre os trabalhadores e para assegurar tal igualdade, salvo as exceções legais, deve haver submissão ao concurso<sup>100</sup>.

Afirmou que “os trabalhadores somente têm acesso às empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado, mediante concurso público, art. 37, II da CF/88<sup>101</sup>. Segundo ela, a obrigatoriedade em questão “surge como proteção contra apadrinhamentos, dada a grande influência política, naturalmente sofrida desde sua constituição, proteção contra a desqualificação de mão de obra, alta rotatividade e assim por diante<sup>102</sup>”.

O referido juízo cita que “o Estado passa por transformações de ordem social trabalhista em que começa a diversificar suas atividades, copiando o modelo europeu, sobretudo na desconcentração do serviço público”. Alude que a terceirização deve atender aos princípios que regem a Administração Pública e também o mencionado na Sumula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, quais sejam, a contratação de mão de obra em atividade meio e não finalística e a não formação de vínculo direto entre a tomadora de serviços e sobretudo, a ausência de subordinação direta e personalidade. Afirma que observados tais parâmetros, nada há de ilegal na contratação de mão de obra da pessoa interposta.

Importante mencionar, que o contrato objeto da lide preconizava:

Constitui objeto do presente contrato a prestação de serviços, sob o regime de execução indireta de empreitada por preço global para serviços de operação e manutenção de máquinas leves, pesadas e veículos, a serem

---

<sup>99</sup> Disponível nos autos administrativos nº 112.002.148/2003. p.261.

<sup>100</sup> Idem.p.261.

<sup>101</sup> Idem.p.262.

<sup>102</sup> Idem.p.262.

executados no DETRA/DA/NOVACAP, em Brasília-DF, em conformidade com o Edital de Concorrência nº014/98- ASCAL/PRES, que juntamente com a proposta de fls. 246 a 266 do processo nº 112.005.482/98, que passam a fazer parte integrante deste contrato, independentemente de suas transcrições<sup>103</sup>.

O juízo constatou que “os serviços do contrato em questão coincidem com as funções descritas no Quadro de Empregos Permanentes da NOVACAP, e que se tratava de um “contrato de empreitada” fazendo um extenso relato sobre a diferença entre este e o contrato de trabalho”. Aduziu ainda, que “no Edital existia a fixação de jornada de trabalho, com regra de descontos de salário por ausências ao trabalho, recusa ou rejeição de empregados da contratada pela contratante”<sup>104</sup>.

Citando o Estatuto social, afirmou que “as atividades contratadas são estritamente ligadas à sua finalidade social” e que “tanto são essenciais que a própria Ré assim reconhece, alegando em sua defesa que a paralização traria prejuízos incalculáveis”<sup>105</sup>. Aduziu ainda, que a razão da existência da NOVACAP são suas atividades constantes no Estatuto Social.

Salienta que “a poda de gramas e poda de árvores, fazem parte da conservação de áreas urbanizadas, cuja execução deve ser empreendida pelo pessoal permanente, a não ser em caso de necessidade de maior contingência, em período específico do ano, não justificável sua contratação contínua e indeterminada. Afirma ainda, que as provas de que não há distinção entre o trabalho do pessoal concursado e aqueles fornecidos pela Ipanema, trabalhando os referidos com pessoalidade e subordinação na NOVACAP<sup>106</sup>.

Por todo o exposto, o juízo entendeu que houve terceirização da atividade fim da NOVACAP, senão vejamos:

Embora não contratando diretamente os empregados, está mascarada na figura da terceirização manifesta fraude à lei (art. 9º da CLT), sendo as contratadas (Ipanema e ICS) fornecedoras de mão de obra em atividade fim da segunda, identificando o real empregador na contratante. Pois empregador é aquele que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços subordinados, consoante artigos segundo e terceiro da CLT<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Disponível nos autos administrativos nº 112.002.148/2003,p.265.

<sup>104</sup> Idem.p.267.

<sup>105</sup> Idem.p.267.

<sup>106</sup> Idem.p.268.

<sup>107</sup> Idem.p.268.

Em uma última abordagem, o juízo citou a Súmula nº 331, inciso II para afirmar que sua inobservância, especificamente quanto “aos incisos II e III do artigo 37 da CF/88 implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”<sup>108</sup>.

O juízo acatou o argumento da NOVACAP o qual afirmava que a paralização imediata das atividades poderia acarretar em consequente e inevitável comoção pública, não somente à população do Distrito Federal, mas também aos trabalhadores das contratadas, que dependem do trabalho para seu sustento. O referido argumento sustentou ainda, que não haveria tempo hábil para realização de concurso público, por estas razões, foi estipulado um prazo para regularização das contratações com adequação às normas constitucionais, senão vejamos:

Declaro nulas as relações jurídico-trabalhistas entre a NOVACAP e os empregados da Ipanema Empresa de Serviços Gerais e Transportes Ltda e com o Instituto Candango de Solidariedade ICS, determinando sejam paralisados, no prazo de 240 dias a contar do trânsito em julgado da presente, os serviços de tais trabalhadores à Ré, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)<sup>109</sup>.

Por fim, a Excelentíssima Juíza Substituta do Trabalho Martha Franco de Azevedo, condenou a NOVACAP em obrigação de não fazer, conforme se extrai da sentença, á seguir *in verbis*:

Condeno a NOVACAP em obrigação de não fazer, consistente na contratação de pessoal, por qualquer empresa ou entidade interposta, deixando de terceirizar atividades relacionadas a seu objeto social (execução de obras e serviços de urbanização e construção civil de interesse do Distrito Federal, art. 4º de seu Estatuto Social), assim como aquelas que integram as categorias funcionais abrangidas por seu plano de cargos e salários, no limite de vagas ali previstas, sob pena de multa no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revertida ao FAT por trabalhador encontrado em situação jurídica em afronta ao disposto no art. 37, II da Constituição Federal<sup>110</sup>.

### **2.3-1. Do Recurso ao Supremo Tribunal Federal**

Inconformada com o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal do Trabalho que manteve a sentença supracitada, a NOVACAP interpôs Recurso Extraordinário com

<sup>108</sup> Disponível nos autos administrativos nº 112.002.148/2003.p.268.

<sup>109</sup> Ibidem.p.270.

<sup>110</sup> Disponível em : <http://www.trt10.jus.br/index.php>. Acesso em 26/01/2014.

Agravo **ARE 663381**, perante o Supremo Tribunal Federal, cujo Relator Ministro Ayres Brito, proferiu Decisão Monocrática negando seguimento cujo sob a seguinte alegação:

[...] 2. Da leitura dos autos, observo que a instância julgante de origem manteve decisão que entendeu pela procedência de ação civil pública para determinar a observância do art. 37 da Constituição Republicana, isso porque *“concluiu pela ilegalidade na intermediação de mão-de-obra pela NOVACAP, porque contratados os empregados para suas atividades essenciais, com defasagem salarial em relação aos empregados permanentes e concursados, a revelar intenção de burlar a exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público”* (fls. 412 e verso).

3. Pois bem, a parte recorrente aponta violação ao § 8º do art. 37 e ao inciso II e § 3º do art. 173 da Magna Carta de 1988.

4. Tenho que insurgência não merece acolhida. Isso porque a Administração Pública direta e indireta, ao prover seus cargos e empregos públicos, deve obediência à regra do concurso público. Admitem-se somente duas exceções, previstas constitucionalmente: as nomeações para cargo em comissão e a contratação destinada ao atendimento de necessidade temporária e excepcional (incisos II e IX do art. 37 do Magno Texto).

5. De mais a mais, entendimento diverso do adotado pela instância julgante de origem exigiria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos (súmula 279/STF) e a interpretação de cláusulas contratuais (Súmula 454/STF). Providências vedadas neste momento processual.

6. Incide, à derradeira, a Súmula 282/STF.

Ante o exposto, e frente ao *caput* do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso<sup>111</sup>.

Constata-se que o recurso interposto não atendeu a todos os critérios de admissibilidade, razão pela qual apesar da importância do tema, o Ministro Relator foi bastante sucinto quanto ao mérito do julgado, se atendo à previsão Constitucional do concurso público, declarando incabível determinadas providências naquela fase processual.

#### **2.4- DOS REFLEXOS SOCIAIS E POLÍTICOS NA TERCEIRIZAÇÃO NA NOVACAP**

O ingresso de mão obra terceirizada através de empresas interpostas acarreta algumas interações e distorções sociais indesejáveis, geralmente originárias da ligação política existente entre seus representantes legais ou sócios, e os agentes políticos, pois quase sempre tais empresas são doadoras das campanhas destes últimos.

Este acontecimento não é exclusivo na Administração Pública dos Estados de acordo com a citação de acordo com Helder Santos Amorim citando Lúcio Vaz:

---

<sup>111</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4167184>. Acesso em 26.01.2014.

Noticiou-se, em reconhecido periódico da imprensa nacional, que no pleito eleitoral de 2006 as empreiteiras, ou seja, empresas terceirizadas contratadas pelo Poder Público, foram as principais doadoras das campanhas eleitorais vitoriosas de deputados e senadores dos maiores partidos políticos do país, destinando mais de R\$ 24 milhões a 254 deputados federais e 15 senadores eleitos, quase metade das vagas que estavam em disputa em ambas as casas do Legislativo Federal<sup>112</sup>.

Como exemplo de tais distorções cita-se a discrepante diferença salarial existente entre o empregado público da NOVACAP e aqueles das empresas terceirizadas, conforme quadro abaixo:

<b>TABELA 01-COMPARATIVO DE SALÁRIOS</b>			
<b>FUNÇÃO</b>	<b>SALÁRIOS TERCEIRIZADA*</b>	<b>SALÁRIOS NOVACAP</b>	<b>DIFERENÇA VERIFICADA</b>
	<b>2012</b>	<b>2012</b>	
Encarregado Jardinagem/Agente Operacional	R\$ 2.195,40	R\$ 4.915,72	223%
Motorista Veículo Pesado/Agente Operacional	R\$ 1.805,62	R\$ 4.915,72	272%
Operador Motosserra/Motopoda/Agente Operacional	R\$ 1.472,99	R\$ 4.915,72	333%
Servente/Auxiliar de Serviços Gerais	R\$ 1.115,19	R\$ 4.929,13	441%
	<b>DIFERENÇA MÉDIA</b>		<b>317,25%</b>
<b>CUSTOS SALARIAIS TERCEIRIZADAS</b>			
INCLUSOS: ENCARGOS SOCIAIS : <b>72,11%</b>			
*** Convenção coletiva de trabalho 2011/2012 Sindicato dos Empregados de Asseio, conservação, Trabalho Temporário, Prestação de Serviços e Serviços Terceirizados do DF - SINDSERVIÇOS/DF <sup>113</sup> .			
<b>CUSTOS SALARIAIS NOVACAP</b>			
INCLUSOS: ENCARGOS SOCIAIS : <b>81,38%</b>			
* Salários Base Plano de Cargos e Salário de 2006 e Acordo Coletivo 2011/2012 SINDSER-Sindicato dos Servidores e Empregados da Administração Direta, Fundacional, das Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do Distrito Federal <sup>114</sup> .			

Constata-se na Tabela acima, que o salário base médio do trabalhador terceirizado representa em média 33,49% do salário médio do empregado da NOVACAP para o desempenho da mesma função. Logo, o custo médio de um empregado da NOVACAP, levando-se em conta os encargos sociais é em média superior a 3 vezes o salário de um empregado terceirizado, sem considerar outros benefícios sociais.

<sup>112</sup> AMORIM, op.cit.,p.76. apud VAZ, Lúcio. Maiores doadoras a candidatos eleitos no Congresso são empreiteiras. Folha de S. Paulo, 11.11.2006, Cad. A.p.4.

<sup>113</sup> Disponível em: <http://sindiservicodf.org.br/portal/Documentos/CC2011.pdf>. Acesso em 04.03.2014.

<sup>114</sup> Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR069952/2011>. Acesso em 20.03.2014.

Essa constatação encontra amparo também na doutrina, senão vejamos o que diz Helder Santos Amorim citando anotação do respeitável Jacoby Fernandes:

Há vários registros de casos em que os empregados da contratada chegam a receber até quatro vezes os salários dos servidores em cargos equivalentes; em outros, a Administração tem se tornado refém do contratado, pela dependência técnica e ausência de cláusulas contratuais de transferência de tecnologia, ensejando que os gestores públicos fiquem forçados a encontrar meios de burlar o processo licitatório para manter determinado contrato<sup>115</sup>.

Além da constatação da Tabela acima, na NOVACAP existe discriminação decorrente das distorções salariais e também de benefícios sociais, a exemplo, o tíquete alimentação, plano de saúde, os pontos facultativos e alguns feriados da Administração Pública que não são estendidos aos terceirizados.

Este também é o entendimento de Helder Santos Amorim:

O permanente clima de "ameaça" de novas terceirizações e o natural temor de avanço da terceirização em direção às atribuições dos cargos efetivos tendem a tornar perversa a relação entre efetivo e terceirizado, marcada pelo choque de interesses, fazendo com que os efetivos não se identifiquem como membro da mesma classe que os terceirizados e estes, por sua vez, assumam a condição de subtrabalhadores "(124).

Este contrachoque de posições favorece, inclusive, um ambiente de profunda discriminação. Embora prestando sua força de trabalho em benefício de um único empreendimento de caráter coletivo om finalidade social trabalhadores efetivos e terceirizados são segregados em direitos para que o erario possa usufruir da máxima produtividade<sup>116</sup>.

Quanto aos fatores políticos, por se tratar de empresa executora de obras públicas, é inevitável a interferência política ocasionada pela inserção de empregados comissionados e terceirizados a serviço de interesses escusos, que ocasiona os indesejáveis fatores discriminatórios de ordem social e econômica.

## 2.5- OUTROS CASOS ANÁLOGOS À NOVACAP

A condenação da NOVACAP em obrigação de não fazer, ou seja, a não contratação de mão de obra terceirizada de sua atividade fim não é um caso isolado, conforme podemos constatar nos autos do processo nº 00810-2006-017-10-00-7, da 17ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, referente a ação civil pública ajuizada pelo Ministério

---

<sup>115</sup> AMORIM, op.cit.,p.82 apud FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Lei de Responsabilidade fiscal e terceirização. Boletim de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal, São Paulo, NDJ, ano III, n.32,p.897-898.mar.2003/2004.

<sup>116</sup> AMORIM, op.cit.,p.79.

Público do Trabalho em face da União, cuja Decisão homologou Termo de Conciliação Judicial apresentado pelas partes litigantes, á seguir *in verbis*:

Homologo o Termo de Conciliação Judicial apresentado pelas partes, no qual a UNIÃO se compromete a contratar serviços terceirados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pela Decreto nº 2.271/97, sob pena de pagamento de multa a ser revertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT<sup>117</sup>.

Amorim:

[...] o órgão julgador determinou á Cemig, em suma: a) que se abstenha de terceirizar as tarefas relacionadas, situadas em sua atividade-fim, mediante a contratação de empregados públicos selecionados por meio de concurso público, no prazo de no meses, sob pena de multa; (b) que a empresa estatal observe as normas legais de proteção à saúde e segurança dos seus próprios empregados, assim como, as que disciplinam a limitação de jornada de trabalho e outros tantos aspectos irregulares, sob pena de multa; e (c) que recolha ao Fundo de Amparo ao Trabalhador a indenização por danos morais coletivos<sup>118</sup>.

Segundo entendimento do respeitável Marçal Justen Filho, a possível burla ao concurso público frente afirmada pelo TCU, não prospera, diante do poder discricionário da Administração, senão vejamos:

A orientação do TCU não encontra respaldo na CF/88. Existe competência discricionária para a Administração escolher entre execução direta e execução indireta de atividades necessárias à satisfação de suas necessidades. Verificada a conveniência e a economicidade na contratação de terceiros, essa orientação pode manter-se indeterminadamente. Não existirá violação à exigência de concurso. No caso, a exigência constitucional envolve a prévia licitação<sup>119</sup>.

Como podemos perceber o combate à terceirização está sendo exercido de forma plena pela Justiça do Trabalho. No caso específico das empresas públicas a autorização de terceirização de atividade fim esbarra no regime jurídico-trabalhista com a iniciativa privada, contrariando o artigo 173, II, da Constituição Federal de 1988.

<sup>117</sup> Disponível em <http://www.trt10.jus.br/index.php#f>. Acesso em 20.02.2014.

<sup>118</sup> AMORIM, op.cit.,p.171.

<sup>119</sup> JUSTE FILHO.op.cit.,p.803.

### 3. ASPECTOS JURÍDICOS QUE AUTORIZAM A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM EMPRESAS PÚBLICAS

A opinião da doutrina é divergente em relação à configuração da terceirização no serviço público, ou seja, se a execução de atividades típicas de Estado por particulares configura terceirização ou não. Na opinião de Marçal Justen Filho, a contratação de uma empresa para prestar serviços à Administração Pública não configura “terceirização”<sup>120</sup>. Pois segundo ele, “ a terceirização pressupõe a existência de uma *subcontratação*, em que o sujeito contratado para executar um objeto promove a contratação de outrem para executar esse objeto”<sup>121</sup>.

De acordo com Helder Santos Amorim:

[...] os bens jurídicos protegidos contra os efeitos da terceirização no âmbito das empresas estatais são: (a) “a dignidade da pessoa humana” e “a proteção social do trabalho” terceirizado; (b) “a impessoalidade” na admissão de empregados públicos; e (c) “a igualdade de regimes jurídicos” de terceirização entre as empresas estatais e as empresas da iniciativa privada<sup>122</sup>.

Segundo Sérgio Pinto Martins, “A autorização da terceirização para o serviço público poderia gerar, num primeiro momento, casos de corrupção, principalmente pelo fato de inexistir concurso público”. No entanto, segundo ele “não se pode esquecer que haverá, entretanto, concorrência pública para contratação dos serviços”. E que o Estado beneficia-se também da terceirização ao contratar “pessoas mais competentes na prestação de serviços, podendo fazê-la por um custo menor, sendo até mesmo uma forma de diminuir o déficit estatal, racionalizando sua estrutura”<sup>123</sup>.

Divergindo de si mesmo, Sérgio Pinto Martins, afirma “ Não há dúvida de que a terceirização de serviços pode ser feita na Administração Pública. Entretanto, não se pode fazer a terceirização de mão de obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência de concurso público”<sup>124</sup>.

A terceirização como visto nos capítulos anteriores é fruto da modernização do Estado, sendo assim, é perfeitamente cabível na prestação de serviços para a sociedade, no entanto, é imprescindível identificar os aspectos que autorizam a utilização de mão de

---

<sup>120</sup> JUSTEN FILHO, op.cit.,p.801.

<sup>121</sup> Ibidem. p.803.

<sup>122</sup> AMORIM, op.cit.,p.226.

<sup>123</sup> MARTINS, op.cit., p.142.

<sup>124</sup> Ibidem.p.144.

obra terceirizada na Administração Pública, visando implementar melhores práticas de gestão nas contratações públicas.

### **3.1- 1º ASPECTO: DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS NO ESTATUTO SOCIAL**

É imprescindível que a empresa pública defina no seu Estatuto o objeto social de forma taxativa, visando a não incidência de conflito jurídico no tocante à possibilidade de terceirização da mão de obra.

Nessa linha, para Helder Santos Amorim, a terceirização de atividade fim é ilícita devido à inexistência de impessoalidade, senão vejamos:

Sendo a terceirização praticada em atividade finalística do ente público, a licitação ainda vem substituir indevidamente o concurso público, revelando-se instrumento inadequado para resguardar a impessoalidade. [...] a terceirização em atividade finalística dos órgãos públicos fragiliza primeiramente o exercício das competências estatais, desprofissionalizando o serviço público e esgotando os quadros de carreira<sup>125</sup>.

De acordo com Antonieta Pereira Vieira, a Administração, para decidir de forma licita a contratação dos serviços continuados, deverá observar a seguinte situação:

1. Saber qual a missão institucional do órgão;
2. Separar quais são as atividades-fim e meio do órgão;
3. A Administração só poderá contratar os serviços para as atividades-meio, visto que as atividades-fim devem ser necessariamente realizadas por servidores concursados;
4. Observar que, ainda que a contratação de terceiros não se refira à área-fim, e sim à área-meio, os terceirizados não devem desempenhar atividades a execução orçamentária e financeira, ou até mesmo atividades relativas a controle de dados na área de informática, por exemplo<sup>126</sup>.

A Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 02 em seu artigo 9º, inciso II, estabelece também vedação à contratação de atividades que “constituam a missão institucional do órgão ou entidade”<sup>127</sup>.

Constata-se que a doutrina converge quanto à exigência de definição finalística da empresa pública no seu Estatuto Social, mas no entanto, os conceitos de atividades-meio e atividades-fim são conflitantes, restando como alternativa o aspecto autorizativo objeto do presente estudo.

<sup>125</sup> AMORIM, op.cit.,p.230-231.

<sup>126</sup> VIEIRA, op.cit.,p.38.

<sup>127</sup> Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 05.03.2014.

### 3.2- 2º ASPECTO: EXISTÊNCIA DE CARGOS EXTINTOS NO QUADRO DE EMPREGOS PERMANENTES

A regra geral para ingresso em emprego efetivo nas empresas públicas é o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal *in verbis*:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração<sup>128</sup>;

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “O objetivo do concurso público é evitar escopos politiquieiros, perseguições eleitoreiras em razão da conveniência política”<sup>129</sup>.

Nesse aspecto, como exceção á referida regra, a terceirização somente será possível mediante existência de cargo extinto total ou parcialmente, conforme se abstrai do entendimento disposto no parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto n.º 2.271/1997 que preconiza tal legalidade, senão vejamos:

Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal<sup>130</sup>.

No mesmo sentido o artigo 2º da Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998 preconiza:

As atividades correspondentes aos cargos extintos ou em extinção, constantes dos Anexos desta Lei, poderão ser objeto de execução indireta, conforme vier a ser disposto em regulamento<sup>131</sup>.

De acordo com Antonieta Pereira Vieira, para que a Administração decida de forma licita a contratação dos serviços continuados, deverá “[...] 5. Obsevar que a contratação é para cargos extintos, seja total ou parcialmente, do quadro de pessoal, nos termos do Decreto nº 2.271, de 07.07.1997”<sup>132</sup>;

<sup>128</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.52.

<sup>129</sup> MARTINS, op.cit.,p.147.

<sup>130</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm). Acesso em 02/03/2014.

<sup>131</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9632.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9632.htm). Acesso em 02.03.2014.

<sup>132</sup> VIEIRA, op.cit.,p.38.

Não é permitido terceirizar atividades inerentes às categorias existentes no órgão contratante, de acordo com o disposto na Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 02 em seu artigo 9º, inciso I, *in verbis*:

É vedada a contratação de atividades que:

I- sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal<sup>133</sup>;

Diante de tais fatos, constata-se que a interpretação atual é no sentido que existindo vagas a serem preenchidas, não poderá a Administração Pública burlar tal preceito, vez que, a terceirização de serviços pressupõe o atendimento de atividades acessórias imbuídas de responsabilidade acerca de informações confidenciais do Estado. Tal requisito ganha maior importância quando se trata de empresa pública, cujo objetivo é prestar serviços à sociedade de forma concorrencial à iniciativa privada. Nesse contexto, podemos afirmar que o aspecto autorizativo permite a obtenção de melhores práticas de terceirização na Administração Pública.

### **3.3- 3º ASPECTO: VANTAJOSIDADE ECONÔMICA**

A análise de custos operacionais da terceirização em relação aos custos da execução direta executada pelo Estado representado neste tópico será baseada no custo real mensal de 01 (uma) equipe terceirizada e também de 01 (uma) equipe de empregados efetivos da NOVACAP, que executam a mesma atividade, ou seja, a execução de serviços de conservação de arborização urbana em todo o Distrito Federal. Os custos de equipamentos e materiais necessários para a execução dos serviços servirão apenas para representar o custo total da equipe. Cabe ressaltar, que as planilhas financeiras de um modo geral, tem como função primordial, além do parâmetro para a estimativa de custos no ato de apresentação das propostas, representar fielmente as condições de execução bem como, a repactuação ou reequilíbrio econômico do contrato.

Este também é o entendimento de Antonieta Pereira Vieira:

As planilhas de custos e formação de preços são de suma importância nas contratações de serviços continuados. Estas se apresentam não só para se ter noção dos custos da futura contratação, servindo de base na estimativa dos custos, no momento da apresentação das propostas, como também

---

<sup>133</sup> Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPOG/2008/2.htm>. Acesso em 05.03.2014.

para efeito comparativo, no momento da solicitação por parte da empresa contratada, da repactuação ou reequilíbrio econômico dos contratos<sup>134</sup>.

Do mesmo modo, ela destaca a importância desta composição quanto ao cômputo de todos os custos, inclusive encargos sociais, conforme descrito abaixo:

Assim, independentemente do modelo de planilha utilizado, mais importante é a Administração saber o que é preciso para compor os custos da mão de obra a ser contratada, pois nesses custos deverão ser computados todos os valores correspondentes como: o salário da categoria, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho, os adicionais pertinentes à legislação trabalhistas e outros adicionais que porventura venham a existir, resultando no valor da remuneração, seguido pelos componentes dos encargos sociais, previdenciários e trabalhistas<sup>135</sup>.

A formação dos preços em questão foi realizada através de pesquisa de mercado, ou seja, em se tratando de mão de obra a referência de mercado é o Acordo ou Convenção Coletiva da categoria profissional objeto da contratação. Para o estudo em questão levaremos em consideração apenas os custos inerentes à mão de obra que é um dos objetivos do problema hipótese, nesse caso, os custos com equipamentos serão mantidos de forma igualitária. Ressalta-se, que alguns benefícios com auxílio alimentação, vale transporte etc.; não foram considerados na análise.

Para o estudo em questão, as planilhas de custos da mão de obra terceirizada em relação aos empregados efetivos contratados através de concurso público, têm como parâmetros os mesmos cargos e serviços de mesma natureza e complexidade, conforme será demonstrado nas tabelas a seguir:

---

<sup>134</sup> VIEIRA, op.cit.,p.295.

<sup>135</sup> Ibidem.p.298.

<b>TABELA 02- CUSTO MENSAL EQUIPAMENTO EMPRESA TERCEIRIZADA</b>			
<b>1 - Máquinas/Equipamentos</b>	<b>QTD</b>	<b>Equipamento Fornecido</b>	
		<b>Empresa</b>	
		<b>Preço</b>	<b>Valor</b>
		<b>Unitário</b>	<b>Total</b>
<b>1.1 - Caminhão Carroceria 8T Garda Alta</b>			
1.1.1 - Combustível		R\$ 3.238,40	R\$ 3.238,40
1.1.2 - Manutenção		R\$ 1.475,57	R\$ 1.475,57
1.1.3 - Depreciação		R\$ 1.366,27	R\$ 1.366,27
1.1.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 1.639,53	R\$ 1.639,53
1.1.5 - Seguro	1	R\$ 491,86	R\$ 491,86
<b>Total</b>			<b>R\$ 8.211,63</b>
<b>1.2 - Caminhão Carroceria 8T (casinha)</b>			
1.2.1 - Combustível		R\$ 3.238,40	R\$ 3.238,40
1.2.2 - Manutenção		R\$ 1.475,57	R\$ 1.475,57
1.2.3 - Depreciação		R\$ 1.366,27	R\$ 1.366,27
1.2.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 1.639,53	R\$ 1.639,53
1.2.5 - Seguro	1	R\$ 491,86	R\$ 491,86
<b>Total</b>			<b>R\$ 8.211,63</b>
<b>1.3 - Motosserra</b>			
1.3.1 - Combustível		R\$ 400,58	R\$ 1.201,73
1.3.2 - Manutenção		R\$ 15,46	R\$ 46,38
1.3.3 - Depreciação		R\$ 28,63	R\$ 85,88
1.3.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 17,18	R\$ 51,53
1.3.5 - Seguro	3	R\$ 5,15	R\$ 15,46
<b>Total</b>			<b>R\$ 1.400,97</b>
<b>1.4 - Motopodadores</b>			
1.4.1 - Combustível		R\$ 400,58	R\$ 400,58
1.4.2 - Manutenção		R\$ 15,46	R\$ 15,46
1.4.3 - Depreciação		R\$ 28,63	R\$ 28,63
1.4.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 17,18	R\$ 17,18
1.4.5 - Seguro	1	R\$ 5,15	R\$ 5,15
<b>Total</b>			<b>R\$ 466,99</b>
<b>Total Equipamentos</b>			<b>R\$ 18.291,21</b>

Na tabela em referência foram considerados todos os custos operacionais referentes aos equipamentos necessários para a execução das atividades mencionadas, cujos valores são oriundos da mesma data-base referente à mão-de-obra, mas para a discussão do problema hipótese em questão não terá nenhuma relevância, salvo quanto à noção exata do custo total por equipe.

Na Tabela abaixo, encontram-se dispostos os custos salariais de profissionais atinentes á empresa terceirizada, baseada em Convenção Coletiva.

<b><u>TABELA 03- SALÁRIOS E ENCARGOS SOCIAIS TERCEIRIZADA</u></b>			
Função	Salários *	Encargos **	Total de Encargos
	2012	%	R\$
Encarregado Jardinagem	R\$ 1.275,58	72,11	R\$ 919,82
Motorista Veículo Pesado	R\$ 1.049,11	72,11	R\$ 756,51
Operador Motosserra/Motopoda	R\$ 855,84	72,11	R\$ 617,15
Servente	R\$ 647,95	72,11	R\$ 467,24

O salário base de cada profissional da Tabela supra é o mínimo da categoria constante na Convenção coletiva de trabalho 2011/2012 do Sindicato dos Empregados de Asseio, conservação, Trabalho Temporário, Prestação de Serviços e Serviços Terceirizados do DF - SINDSERVIÇOS/DF<sup>136</sup>. Quanto aos encargos Trabalhistas utilizou-se os percentuais máximos aplicáveis pelo Ministério Público Federal, ou seja, 72,11% para a referida contratação<sup>137</sup>.

Levando-se em conta o custo mensal total dos equipamentos e de pessoal nas Tabelas supra, a Tabela abaixo representará o custo mensal total de uma equipe de profissionais terceirizada, cuja data-base dos valores salariais é o ano de 2012.

<sup>136</sup> Disponível em: <http://sindiservicodf.org.br/portal/Documentos/CC2011.pdf>. Acesso em 04.03.2014.

<sup>137</sup> Disponível em: [http://www.audin.mpu.gov.br/audin/terceirizacao/limitesaceitaveis\\_de\\_encargos\\_sociais\\_2.xls](http://www.audin.mpu.gov.br/audin/terceirizacao/limitesaceitaveis_de_encargos_sociais_2.xls), Acesso em : 22.03.2014.

**TABELA 04- CUSTO MENSAL EQUIPE TERCEIRIZADA**

2 - Pessoal	QTD		
		Preço Unitário	Valor Total
<b>2.1 - Operador Motosserra/Motopoda</b>			
2.1.1 - Salário		R\$ 855,84	R\$ 2.567,52
2.1.2 - Encargos		R\$ 617,15	R\$ 1.851,44
2.1.3 - EPIs		R\$ 21,14	R\$ 63,43
2.1.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		R\$ 80,65	R\$ 241,95
2.1.5 - Tiquete refeição	3	R\$ 352,00	R\$ 1.056,00
		<b>Total</b>	<b>R\$ 5.780,33</b>
<b>2.2 - Encarregado</b>			
2.2.1 - Salário		R\$ 1.275,58	R\$ 1.275,58
2.2.2 - Encargos		R\$ 919,82	R\$ 919,82
2.2.3 - EPIs		R\$ 21,14	R\$ 21,14
2.2.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		R\$ 55,47	R\$ 55,47
2.2.5 - Tiquete refeição	1	R\$ 352,00	R\$ 352,00
		<b>Total</b>	<b>R\$ 2.624,01</b>
<b>2.3 - Motorista de veículo pesado</b>			
2.3.1 - Salário		R\$ 1.305,01	R\$ 2.610,02
2.3.2 - Encargos		R\$ 941,04	R\$ 1.882,09
2.3.3 - EPIs		R\$ 11,05	R\$ 22,09
2.3.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		R\$ 53,70	R\$ 107,40
2.3.5 - Tiquete refeição	2	R\$ 352,00	R\$ 704,00
		<b>Total</b>	<b>R\$ 5.325,60</b>
<b>2.4 - Serventes</b>			
2.4.1 - Salário		R\$ 647,95	R\$ 3.887,70
2.4.2 - Encargos		R\$ 467,24	R\$ 2.803,42
2.4.3 - EPIs		R\$ 11,05	R\$ 66,28
2.4.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		R\$ 93,12	R\$ 558,74
2.4.5 - Tiquete refeição	6	R\$ 352,00	R\$ 2.112,00
		<b>Total</b>	<b>R\$ 9.428,14</b>
		<b>Total de Mão de Obra</b>	<b>R\$ 23.158,08</b>
		<b>Subtotal</b>	<b>R\$ 41.449,29</b>
<b>3 - BDI</b>	<b>29,19%</b>		<b>R\$ 12.099,05</b>
		<b>Total Geral Equipe</b>	<b>R\$ 53.548,34</b>

Constata-se que o custo mensal total de 01 (uma) equipe de Poda de Árvores terceirizada é de **R\$ 53.548,34** ( cinquenta e três mil quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e quatro centavos), inclusos mão de obra, equipamentos e

lucratividade da contratada estimada em 29,19%, através do chamado BDI, Bonificação de Despesas Indiretas.

Á partir da Tabela abaixo serão quantificados os custos operacionais mensais de 01 (uma) equipe de execução de serviços de conservação de arborização urbana em todo o Distrito Federal, utilizando para tanto, os mesmos parâmetros, ou seja, utilizando a mesma composição de pessoal a equipamentos.

<b>TABELA 05- CUSTO MENSAL EQUIPAMENTO NOVACAP</b>			
<b>1 - Máquinas/Equipamentos</b>	<b>QTD</b>	<b>Equipamento Fornecido</b>	
		<b>Empresa</b>	
		<b>Preço</b>	<b>Valor</b>
		<b>Unitário</b>	<b>Total</b>
<b>1.1 - Caminhão Carroceria 8T Garda Alta</b>			
1.1.1 - Combustível		R\$ 3.238,40	R\$ 3.238,40
1.1.2 - Manutenção		R\$ 1.475,57	R\$ 1.475,57
1.1.3 - Depreciação		R\$ 1.366,27	R\$ 1.366,27
1.1.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 1.639,53	R\$ 1.639,53
1.1.5 - Seguro	1	R\$ 491,86	R\$ 491,86
<b>Total</b>			<b>R\$ 8.211,63</b>
<b>1.2 - Caminhão Carroceria 8T (casinha)</b>			
1.2.1 - Combustível		R\$ 3.238,40	R\$ 3.238,40
1.2.2 - Manutenção		R\$ 1.475,57	R\$ 1.475,57
1.2.3 - Depreciação		R\$ 1.366,27	R\$ 1.366,27
1.2.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 1.639,53	R\$ 1.639,53
1.2.5 - Seguro	1	R\$ 491,86	R\$ 491,86
<b>Total</b>			<b>R\$ 8.211,63</b>
<b>1.3 - Motosserra</b>			
1.3.1 - Combustível		R\$ 400,58	R\$ 1.201,73
1.3.2 - Manutenção		R\$ 15,46	R\$ 46,38
1.3.3 - Depreciação		R\$ 28,63	R\$ 85,88
1.3.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 17,18	R\$ 51,53
1.3.5 - Seguro	3	R\$ 5,15	R\$ 15,46
<b>Total</b>			<b>R\$ 1.400,97</b>
<b>1.4 - Motopodadores</b>			
1.4.1 - Combustível		R\$ 400,58	R\$ 400,58
1.4.2 - Manutenção		R\$ 15,46	R\$ 15,46
1.4.3 - Depreciação		R\$ 28,63	R\$ 28,63
1.4.4 - Custo Financeiro Equipamento		R\$ 17,18	R\$ 17,18
1.4.5 - Seguro	1	R\$ 5,15	R\$ 5,15
<b>Total</b>			<b>R\$ 466,99</b>
<b>Total Equipamentos</b>			<b>R\$ 18.291,21</b>

Na tabela abaixo, encontra-se disposto o custo individual de profissionais concursados da NOVACAP, ressaltando-se que trata-se dos mesmos cargos atinentes à empresa especializada, cuja data-base dos valores salariais é o Acordo Coletivo do ano de 2012.

<b>TABELA 06- SALÁRIOS E ENCARGOS SOCIAIS NOVACAP</b>			
<b>Função</b>	<b>Salários *</b>	<b>Encargos **</b>	<b>Total Encargos</b>
	<b>2012</b>	<b>%</b>	<b>R\$</b>
Encarregado Jardinagem/Agente Operacional	R\$ 2.710,18	81,38	R\$ 2.205,54
Motorista Veículo Pesado/Agente Operacional	R\$ 2.710,18	81,38	R\$ 2.205,54
Operador Motosserra/Motopoda/Ag. Operacional	R\$ 2.710,18	81,38	R\$ 2.205,54
Servente/Auxiliar de Serviços Gerais	R\$ 2.717,57	81,38	R\$ 2.211,56

Os Salários base dos profissionais acima é o mínimo da categoria no Plano de Cargos e Salário de 2006 e Acordo Coletivo 2011/2012 SINDSER- Sindicato dos Servidores e Empregados da Administração Direta, Fundacional, das Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do Distrito Federal<sup>138</sup>. Quanto aos Encargos Sociais, utilizou-se os valores vigentes na NOVACAP no período de elaboração do projeto.

<sup>138</sup> Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR069952/2011>. Acesso em 20.03.2014.

<b>TABELA 07- CUSTO MENSAL EQUIPE NOVACAP</b>			
2 - Pessoal	QTD	Equipamento Fornecido	
		Empresa	
		Preço Unitário	Valor Total
<b>2.1 - Operador Motosserra/Motopoda</b>	3		
2.1.1 - Salário		R\$ 2.710,18	R\$ 8.130,54
2.1.2 - Encargos		R\$ 2.205,54	R\$ 6.616,63
2.1.3 - EPIs		R\$ 21,14	R\$ 63,43
2.1.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		-R\$ 30,61	-R\$ 91,83
2.1.5 - Tiquete refeição		R\$ 870,47	R\$ 2.611,41
		<b>Total</b>	<b>R\$ 17.330,18</b>
<b>2.2 - Encarregado</b>	1		
2.2.1 - Salário		R\$ 2.710,18	R\$ 2.710,18
2.2.2 - Encargos		R\$ 2.205,54	R\$ 2.205,54
2.2.3 - EPIs		R\$ 21,14	R\$ 21,14
2.2.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		-R\$ 30,61	-R\$ 30,61
2.2.5 - Tiquete refeição		R\$ 870,47	R\$ 870,47
		<b>Total</b>	<b>R\$ 5.776,73</b>
<b>2.3 - Motorista de veículo pesado</b>	2		
2.3.1 - Salário		R\$ 2.710,18	R\$ 5.420,36
2.3.2 - Encargos		R\$ 2.205,54	R\$ 4.411,09
2.3.3 - EPIs		R\$ 11,05	R\$ 22,09
2.3.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		-R\$ 30,61	-R\$ 61,22
2.3.5 - Tiquete refeição		R\$ 870,47	R\$ 1.740,94
		<b>Total</b>	<b>R\$ 11.533,26</b>
<b>2.4 - Serventes</b>	6		
2.4.1 - Salário		R\$ 2.717,57	R\$ 16.305,42
2.4.2 - Encargos		R\$ 2.211,56	R\$ 13.269,35
2.4.3 - EPIs		R\$ 11,05	R\$ 66,28
2.4.4 - Vale transporte (com desconto 6%)		-R\$ 31,05	-R\$ 186,33
2.4.5 - Tiquete refeição		R\$ 870,47	R\$ 5.222,82
		<b>Total</b>	<b>R\$ 34.677,55</b>
		<b>Total de Mão de Obra</b>	<b>R\$ 69.317,71</b>
		<b>Subtotal</b>	<b>R\$ 87.608,93</b>
<b>3 - BDI</b>	<b>29,19%</b>		<b>R\$ 25.573,05</b>
		<b>Total Geral Equipe</b>	<b>R\$ 113.181,97</b>

O custo mensal total de 01 (uma) equipe de Poda de Árvores composta pelos mesmos profissionais é de **R\$113.181,97** (cento e treze mil cento e oitenta e um reais e noventa e sete centavos).

As Tabelas acima demonstram que, desprezados demais fatores quantitativos e qualitativos, o custo total de 01 (uma) equipe terceirizada é de R\$ **53.548,34 ( cinquenta e três mil quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e quatro centavos)**, enquanto o custo total de (uma) equipe da NOVACAP é de **R\$113.181,97 (cento e treze mil cento e oitenta e um reais e noventa e sete centavos)**, inclusos encargos sociais. Desta forma, o custo mensal por equipe da NOVACAP é superior aproximadamente **2,11 vezes** o custo mensal da empresa terceirizada. Significa dizer que há vantajosidade econômica na terceirização de tais serviços. Ressalta-se que os valores acima referenciados condizem com os dados do Projeto Básico para Contratação de Firma (s) especializada (s) em Execução de Serviços de Poda e Erradicação de Exemplos Arbóreos de Pequeno, Médio e Grande Porte.com Remoção e Trituração de Resíduos Vegetais e Destocamento Mecanizado, em Área Urbana do Distrito Federal. (De Acordo com a Decisão nº 1357/2012 do Tribunal de Contas do Distrito Federal), objeto do processo administrativo nº 112.002.742/2011.

#### **3.4- 4º ASPECTO: NÃO INCIDÊNCIA DOS LIMITES DE GASTOS COM PESSOAL (LRF)**

No presente estudo, outro aspecto autorizativo verificado é o não enquadramento das despesas com as contratações terceirizadas como despesas de pessoal, nos termos da Lei Complementar nº 101/00, a chamada Lei de Responsabilidade fiscal, em seu artigo 18, §1º, *in verbis*:

Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal"<sup>139</sup>.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, a lei em questão permite a terceirização:

O § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 4-5-2000, admite a terceirização no serviço público, pois menciona que “os valores dos

<sup>139</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso 12.03.2014.

contratos de terceirização de mão de obra que se referem á substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados com “Outras Despesas de Pessoal”. Isso mostra que a lei permite a terceirização<sup>140</sup>.

Para Helder Santos Amorim, se a terceirização é “ilícita” deverá ser caracterizada como outras despesas de pessoal, mas no entanto, segundo ele, mesmo sendo lícita, se ela for substitutiva de cargos ou empregos públicos extintos, seu custo também deverá figurar dentre as “outras despesas de pessoal”<sup>141</sup>. Afirma ainda, que mesmo no âmbito dessa licitude há “camuflagem das despesas com pessoal próprio” o que propicia o “desmonte das carreiras públicas”<sup>142</sup>.

Nesse contexto, vejamos o entendimento de Antonieta Pereira Vieira, quanto ao conceito de terceirização lícita:

A contratação lícita é entendida como aquela que respeita não só os ditames legais, mas outros requisitos que a compõem, como: qualidade na prestação dos serviços, sustentabilidade e especificidade<sup>143</sup>.

Para melhor compreensão das políticas aplicadas ao controle de gastos com pessoal, importante destacar o artigo 64, da Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001 e dá outras providências, que trata dos gastos com a terceirização, a seguir *in verbis*:

O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos. Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;
- II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente<sup>144</sup>.

Ainda no mesmo contexto, importante também a análise do artigo nº 86, da Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2014 e dá outras providências. O referido artigo dispõe que as

<sup>140</sup> MARTINS, op.cit.,p.144.

<sup>141</sup> AMORIM, op.cit.,p.133.

<sup>142</sup> Ibidem.p.133.

<sup>143</sup> VIEIRA, op.cit.,p.41.

<sup>144</sup> Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9995.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9995.htm). Acesso em 25/03/2014.

despesas de pessoal da terceirização não estão inclusas em despesas de pessoal, salvo, contratação de pessoal por tempo determinado e terceirização para substituição de servidores e empregados públicos, senão vejamos:

Para fins de apuração da despesa com pessoal, prevista no [art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal](#), deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da [Lei no 8.745, de 1993](#), bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, observado o disposto no § 3o deste artigo.

§ 1o As despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado a que se refere o **caput**, quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, deverão ser classificadas no GND 1, salvo disposição em contrário constante de legislação vigente.

§ 2o O disposto no § 1o do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1<sup>145</sup>.

Nesse caso, de acordo com o § 2o do artigo 7º da mesma lei, o GND se refere às despesas de pessoal:

Os Grupos de Natureza de Despesa (GND) constituem agregação de elementos de despesa de mesmas características quanto ao objeto de gasto, conforme a seguir discriminados:  
I - pessoal e encargos sociais (GND 1)<sup>146</sup>;

Nessa linha, há vantajosidade para o Estado, vez que no desempenho de suas atividades próprias, nesse caso empresa pública, poderá executá-las de forma indireta sem ultrapassar os limites de gastos da referida lei, não incidindo o agente na responsabilização por improbidade administrativa. Na análise das Leis de Diretrizes Orçamentárias dos anos 2001 e 2014, constata-se em síntese, que na primeira as despesas com a terceirização lícita não seriam despesas de pessoal, enquanto na última, a classificação da despesa se tornou ainda mais restrita, aplicando somente á substituição de empregados e servidores e contratação de pessoal por tempo determinado, ainda dentro do conceito de terceirização lícita.

---

<sup>145</sup> Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm). Acesso em 25.03.2014.

<sup>146</sup> Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm). Acesso em 25.03.2014.

### 3.5- 5º ASPECTO: AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO E PESSOALIDADE

Havendo necessidade de terceirizar determinadas atividades que não as finalísticas, deverão ser observadas previamente, as ausências de subordinação e pessoalidade, requisitos legais que caracterizam a existência de vínculo empregatício.

Em relação á subordinação, Sérgio Pinto Martins afirma que a Consolidação das Leis do Trabalho denomina dependência, termo não adequado. Ainda, preconiza que a palavra dependência significa “Subordinação vem do latim *subordinatione* ou de *subordinatio, onis*, significando submissão, sujeição. A submissão ou sujeição não podem, porém, levar o trabalhador à escravidão<sup>147</sup> .

Quanto à validade da terceirização, Sérgio Pinto Martins afirma que “Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho do terceirizado, principalmente o elemento subordinação”. Logo segundo ele, “O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas realizado por intermédio de outras pessoas”<sup>148</sup> .

Levando-se em conta o entendimento quanto aos requisitos de validade da terceirização, logo não seria adequada a ocorrência dos requisitos da relação de emprego, conforme disposto em seus comentários sobre a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 3º, “Considera-se empregado toda pessoa física (1) que prestar serviços de natureza não eventual (2) a empregador, sob a dependência (3) deste e mediante salário (4)”<sup>149</sup> .

Quanto á pessoalidade, ideal é a configuração citada por ele afirmando que: “[...] O empregador conta com certa pessoa específica para lhe prestar serviços. Se o empregado faz-se substituir constantemente por outra pessoa, como por um parente, **inexiste** o elemento pessoalidade na referida relação”(grifo nosso)<sup>150</sup> .

A opinião de Helder Santos Amorim é no mesmo sentido, senão vejamos:

A “justa medida” da terceirização nas atividades permanentes de apoio (não-burocráticas) deve ser construída interpretativamente, considerando que, diante dos gravames que esta terceirização enseja ao princípio da impessoalidade (reduzida em efetividade na figura da licitação) e ao princípio da proteção do trabalho (reduzida em garantia da efetividade ), ela somente se legitimará, diante da Constituição, se lhe forem agregadas garantias: (a) de total impessoalidade no trato do trabalhador terceirizado

<sup>147</sup> VIEIRA, op.cit.,p.15.

<sup>148</sup> MARTINS, op.cit.,p.162.

<sup>149</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários á CLT**. 14.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p.14.

<sup>150</sup> Idem. p.17.

pela administração pública; e (b) de cumprimento do núcleo essencial dos seus direitos fundamentais<sup>151</sup>.

Maria Sylvia di Pietro também compactua dos entendimentos citados, ao afirmar:

[...] se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades; se a empresa contratada se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão de obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta<sup>152</sup>.

Ainda segundo ela, citando o pensamento de Dora Maria de Oliveira Ramos:

“Com relação à pessoalidade, observa a autora que “o contrato de trabalho, firmável apenas com pessoa física, pressupõe a realização de atividade por sujeito certo e determinado, assumindo o ajuste o caráter *intuitu personae*. Na terceirização lícita, que não representa mera intermediação de mão de obra, ao tomador do serviço é irrelevante a identidade do agente que desempenha a atividade, dado que o fim do ajuste limita-se à obtenção do resultado material pactuado”<sup>153</sup>.

Este aspecto autorizativo encontra amparo nos julgados do Tribunal de Contas da União difundido pela doutrina trabalhista. Hely Lopes Meirelles citando o Acórdão TCU nº 307/2004, Plenário afirma:

9.2.2.3 Se houver a necessidade de subordinação do trabalhador a essa autarquia, assim como de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público para admissão de servidores ou de processo de seleção simplificado para contratação temporária de pessoal, se permitida por lei, ainda que não se trate de atividade fim da contratante<sup>154</sup>;

Por fim, ele sugere a figura do preposto visando evitar a configuração da subordinação:

Para evitar a subordinação dos terceirizados à Administração Pública (tomadora dos serviços), a Lei nº 8.666/93, em seu art. 68, estabelece a figura do preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representa-lo na execução do contrato<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> AMORIM, op.cit.,p.220.

<sup>152</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**.9.ed.São Paulo: Atlas, 2012.p.222.

<sup>153</sup> DI PIETRO, op.cit.,p.222.apud RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública.2001.p.66.

<sup>154</sup> MEIRELLES, op.cit.,p.43-44.

<sup>155</sup> Ibidem.47.

Antonieta Pereira Vieira et tal cita o artigo 10, inciso I da Instrução Normativa SLTI/MP nº 02/2008 para afirmar que deve ser vedada a prática de atos de ingerência nos contratos terceirizados, conforme descrito abaixo:

exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário<sup>156</sup>;

Ainda segundo ela, a Administração deve exigir dos seus contratados que sejam especialistas na prestação do serviço, devendo observar a inexistência da subordinação e pessoalidade:

a) a não subordinação direta do pessoal da empresa à contratante, devendo ser intermediado pela figura do preposto, a quem cabe determinar pontualmente o cumprimento das tarefas diárias pelos terceirizados;

[...]

c) pessoalidade com empregados da empresa; uma relação de pessoalidade nesse tipo de contratação não deve existir, à medida que as atividades devem ser realizadas por qualquer empregado da contratada, de acordo com a relação de empregados disponibilizada para o contrato específico. Não existe nenhum direito da contratante em escolher o empregado que desempenhará suas atividades, assim como a contratante não pode exigir que o empregado permaneça na prestação dos serviços após o término da vigência contratual, nem que este seja aproveitado em outro contrato, o que ocasionalmente tem ocorrido<sup>157</sup>;

Constata-se que aspecto autorizativo em questão é determinante para verificação da culpa *in vigilando* na responsabilidade subsidiária da Administração Pública, razão pela qual nas contratações atinentes ao presente estudo, deverá haver a devida observância ainda na fase de projeto, caso contrário, poderá ocorrer também a culpa *in eligendo*.

### **3.6- VANTAGENS E DESVANTAGENS**

Nos ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, a adoção da terceirização possibilita que “a empresa concentre seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado”<sup>158</sup>. Afirma ainda, que objetiva “uma redução de custos, principalmente dos custos fixos, transformando-os em variáveis, e aumentando os lucros

<sup>156</sup> VIEIRA, Antonieta Pereira et al. op.cit.,p.48.

<sup>157</sup> Ibidem.p.37.

<sup>158</sup> MARTINS, op.cit.,p.32

da empresa, gerando eficiência e eficácia em suas ações, além de economia de escala, com a eliminação de desperdícios”<sup>159</sup>. Do mesmo modo, afirma que “A principal vantagem, sob o aspecto administrativo, seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e também a produtividade. Há a especialização dos serviços”<sup>160</sup>.

No mesmo contexto, afirma que como desvantagem, “incentiva-se a contratação de trabalhadores por salários inferiores, principalmente mulheres, que se sujeitam a salários mais baixos, aceitando trabalho precário, em tempo parcial ou ocasional”<sup>161</sup>. Além disso, diz que “um dos principais riscos da terceirização é contratar empresa inadequada para realizar serviços, sem competência e idoneidade financeira, pois poderão advir problemas principalmente de natureza trabalhista”<sup>162</sup>.

Na opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as principais vantagens seriam:

Seus principais vantagens seriam a especialização da empresa contratada, a possibilidade de a empresa tomadora do serviço concentrar-se na execução de suas atividades-fim, a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários, com a conseqüente redução do preço do produto ou serviço, a simplificação da estrutura empresarial<sup>163</sup>.

Para Helder Santos Amorim em referência a Márcio Pochmann, no comparativo com empregados efetivos da tomadora “há alta taxa de rotatividade” sendo que 8 a cada 10 empregados terceirizados são substituídos ao final de cada ano de trabalho”<sup>164</sup>, nesse caso, ensejando a desvantagem na contratação. No mesmo sentido, ele afirma ainda:

que o rendimento médio do trabalhador terceirizado, em 2005, foi de apenas 50% da remuneração média do conjunto dos empregados paulistas diretamente contratados (o terceirizado recebe, em média, 2,3 salários mínimos, enquanto o não terceirizado recebe, em média, 4,6 salários), conforme demonstram os dados analisados<sup>165</sup>.

Nesse contexto, conforme comprovado no item 3.3 há vantajosidade econômica na terceirização, no entanto, há imensurável desvantagem de ordem social no tocante á falta de vinculação estatal, dito de outro modo, o empregado terceirizado não possui vínculo empregatício com o Estado, nem tampouco obrigação de conduta originada

---

<sup>159</sup> MARTINS, op.cit.,p.33.

<sup>160</sup> Ibidem.p.32.

<sup>161</sup> Idem.p.34.

<sup>162</sup> Idem.p.36.

<sup>163</sup> DI PIETRO, op.cit.,p.216.

<sup>164</sup> AMORIM, op.cit.,p.37.

<sup>165</sup> Ibidem.p.37.

da vontade estatal, ou seja, não deve obediência aos princípios gerais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### **3.7- A TERCEIRIZAÇÃO NA INICIATIVA PRIVADA**

Na opinião de Helder Santos Amorim, a inserção da terceirização na iniciativa privada foi “impulsionado pela edição da Lei nº 7.102/1983”, que “permitia a prestação, por empresa especializada contratada, de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores (art. 3º, I)”<sup>166</sup>.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “A terceirização de serviços começa até mesmo em nossa própria residência, na contratação de empregada doméstica, de jardineiro, no envio de roupas ao tintureiro, no conserto de sapatos etc.”<sup>167</sup>. Segundo ele “Na Ford, na Bahia, para evitar problemas com a terceirização, o empregados das terceirizadas têm o mesmo salário dos empregados da Ford, a mesma assistência médica, além de outros benefícios.” Ele afirma ainda que “Esse procedimento evita problemas de reivindicações de direitos dos trabalhadores, que são os mesmos, por determinação contratual entre a Ford e as terceirizadas”<sup>168</sup>.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro o Superior Tribunal do Trabalho já se manifestou a respeito na Súmula 256 e posteriormente pela Súmula 331, sendo que na primeira a terceirização é válida somente nas” Leis nº 6.019, de 3-1-74 e 7.102, de 20-06-83”, enquanto na segunda a regra geral “é a de que o fornecimento de mão de obra (contratação de trabalhadores por empresa interposta) é ilegal, tendo como consequência o reconhecimento do vínculo entre o tomador de serviços e o trabalhador”<sup>169</sup>. Segundo ela, há duas exceções para a não formação desse vínculo, “a primeira quando o contratante é a Administração Pública, pois nesse caso, há burla á exigência constitucional do concurso público e a segunda, “quando se trate de contrato de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza ou de serviços especializados ligados á **atividade-meio** do tomador, desde que inexistente a **personalidade** e a **subordinação direta**”<sup>170</sup>. Afirma também:

Resumindo: se a prestação do serviço caracterizar os elementos definidores do contrato de trabalho previstos no art. 3º da CLT, estará configurada a relação de emprego com a terceirizante, aplicando-se o art.

<sup>166</sup> AMORIM, op.cit.,p.110.

<sup>167</sup> MARTINS.op.cit.,p.39.

<sup>168</sup> Ibidem.p.38.

<sup>169</sup> DI PIETRO, op.cit.,p.218.

<sup>170</sup> Ibidem.p.218.

9º, que estabelece a nulidade do ato praticado com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos da Consolidação, podendo incidir a responsabilidade solidária prevista no art. 455<sup>171</sup>.

Em recente julgado sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho declarou o reconhecimento de vínculo empregatício entre o empregado o tomador dos serviços, senão vejamos:

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM. 1. “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n.º 6.019, de 03.01.1974)” (Súmula n.º 331, I, desta Corte superior). 2. A colenda SBDI-I deste Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, consagrou entendimento no sentido de que o serviço prestado na área de call center se insere na atividade-fim das empresas concessionárias de serviços de telecomunicações (E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, redator designado para o acórdão o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, julgado em 08/11/2012, DEJT de 26/03/2013). 3. Nesse contexto, merece ser mantida a decisão proferida pela Corte de origem quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços, em face da caracterização da terceirização ilícita. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento (AIRR-559-80.2012.5.03.0113, data de julgamento 05/02/2014, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa)<sup>172</sup>.

Uma das formas de combater a terceirização é proporcionar a igualdade, de acordo com ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, citando trecho do livro “Oração aos Moços” (Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p.55) de Rui Barbosa, que diz:

a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real<sup>173</sup>.

Constata-se que a terceirização na iniciativa privada sujeita-se às mesmas regras da esfera pública, a diferença entre ambas, reside no fato de que na esfera privada a terceirização ilícita decorre da existência dos requisitos pertinentes á relação de emprego, culminando com o reconhecimento do vínculo empregatício, enquanto na pública, culmina com a responsabilização subsidiária do tomador dos serviços, decorrente da culpa *In*

<sup>171</sup> DI PIETRO, op.cit., p.222.

<sup>172</sup> BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. AIRR-559-80.2012.5.03.0113, da 1ª Turma. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/validador\\_sob\\_codigo\\_100098F89F0E57C053](http://www.tst.jus.br/validador_sob_codigo_100098F89F0E57C053). Acesso em 25.03.2014.

<sup>173</sup> MARTINS, op.cit., p.107.

*eligendo* ou *In vigilando*, dada a impossibilidade de reconhecimento de vínculo entre o empregado e a Administração Pública devido à exigência constitucional do concurso público. A sonhada igualdade citada por Sérgio Pinto Martins dentro do campo poético de Rui Barbosa é inalcançável no âmbito da Administração Pública dada a previsão Constitucional já mencionada. Significa dizer que a defesa dos direitos trabalhistas no campo social deve ser realizada na medida de sua evolução na sociedade moderna, somente assim, será alcançada a desejável justiça social.

## CONCLUSÃO

A pesquisa em questão mostrou que a terceirização no Brasil é oriunda da modernização do Estado, cujo objetivo era descentralizar suas atividades. Visava ainda, estagnar seu crescimento e diminuir seus custos, buscando maior eficiência. Dos conceitos referenciados depreende-se que a terceirização é o repasse contratual de determinadas atividades acessórias a um terceiro detentor de capacidade técnica para realizá-las. Na pesquisa ficou evidenciado que a responsabilização do Estado pelo inadimplemento contratual da empresa terceirizada poderá se dar de forma subsidiária comprovada sua culpa na escolha e conduta falha na fiscalização da realização de suas obrigações. A legislação em geral, autoriza a terceirização sob certos aspectos que foram objeto do presente estudo. Nessa concepção, constatou-se que a utilização de mão de obra terceirizada nas empresas públicas acarreta irreparáveis prejuízos aos trabalhadores e à ordem constitucional vigente, sendo que o impacto principal resultante da terceirização é a grave violação dos direitos sociais dos trabalhadores. Tal violação é visível no caso da NOVACAP onde empregados terceirizados desempenham jornadas de trabalho superiores a 10 horas diárias, imperceptíveis aos olhos dos sindicatos que se omitem diante de tais situações, vez que não fiscaliza e não se compromete com o bem estar do trabalhador.

No caso da NOVACAP, conforme relatado na sentença, constatou-se a ocorrência da personalidade e subordinação na relação contratual com as terceirizadas, caracterizando sua culpa subsidiária quanto ao inadimplemento das primeiras, conforme verificado no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho a partir da Súmula 331, comprovadas a *culpa In vigilando e In eligendo*. No tocante ao caso concreto, verificou-se que o objetivo existencial da empresa pública é a prestação de serviços públicos à sociedade em competição com a iniciativa privada, no entanto, esta não atinge sua eficácia devido à sujeição às regras de direito público para contratação de pessoal e também à regra geral de licitações. No que se refere à primeira restrição, no caso concreto da NOVACAP, a terceirização surgiu como solução para a carência de profissionais especializados, pois o último concurso público realizado pela empresa foi há 16 anos. Temos então, que a carência de profissionais aliada à inobservância das permissões legais atinentes à terceirização, contribuíram de forma significativa para a responsabilização subsidiária da NOVACAP quanto ao inadimplemento contratual referente aos encargos trabalhistas e previdenciários das empresas terceirizadas, tendo por consequência, sua condenação nas diversas ações que tramitam na esfera trabalhista. Diante de tais fatos, é possível afirmar

que houve omissão e má gestão durante todos esses anos, pois mesmo condenada em obrigação de não fazer, optou-se continuar a utilizar a mão de obra terceirizada de forma ilícita, ou seja, sem a devida observância dos aspectos jurídicos que a autorizam. No caso concreto, a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil deverá definir quais funções poderá desempenhar com excelência tais como: elaboração de orçamentos, elaboração e fiscalização de projetos, realização e fiscalização de obras e serviços, gerenciamento de contratos e manutenção e conservação do Distrito Federal, através da elaboração de um novo Estatuto Social que reflita as novas necessidades de prestação de serviço público advinda das demandas da sociedade e do crescimento da estrutura do Estado, somente desta forma, poderá propiciar uma melhor prestação de serviços públicos para a população do Distrito Federal.

Quanto aos aspectos jurídicos que autorizam a utilização de mão de obra terceirizada nas empresas públicas, constatou-se que o principal fator que permite tal utilização é a vantajosidade econômica comprovada pelas análises do item 3.3, do caso concreto. Constata-se que há substancial economia de recursos públicos em detrimento da contratação através do concurso público. Nesse aspecto, entendemos que a existência de vinculação do empregado aos princípios norteadores do Estado empregador é imensuravelmente mais importante que a economia de recursos, ou seja, o empregado terceirizado ciente da não vinculação, não labora de forma temerária quanto à possibilidade de sua responsabilização no trato com a coisa pública e tampouco com os princípios basilares da Administração Pública, características estas intrínsecas ao empregado concursado. Diante de tais fatos, podemos afirmar que apesar dos aspectos mencionados, a terceirização representa uma medida distante dos princípios que regem a Administração Pública, pois possibilita burlar a exigência constitucional do concurso público em detrimento do enriquecimento de poucos indivíduos captadores de mão de obra. De outro modo, constatou-se que no desempenho de suas atividades legais, a empresa pública poderá ser responsabilizada subsidiariamente nos casos em que comprovadamente ocorrer a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Na primeira, quando se comprovar a má escolha por parte da Administração quanto á prestadora de serviços de terceirização e na segunda, decorrente da má fiscalização, conforme dispõe a Súmula nº 331, em seus incisos IV, V e VI.

Portanto, mesmo que o Estatuto Social defina o objeto de atuação da empresa pública, mesmo que a terceirização seja atinente aos cargos extintos total ou parcialmente, ou até mesmo, comprovada a vantajosidade financeira e também ausência de

subordinação e impessoalidade destacadas no presente trabalho, considerando ainda o ganho de eficiência afirmado por doutrinadores, não restam dúvidas que tais aspectos autorizam a utilização de mão de obra nas empresas públicas. No entanto, o vínculo decorrente da exigência constitucional do concurso público não é substituível e nem tampouco poderá ser construído, pois os empregados terceirizados não estão vinculados aos princípios basilares formadores do Estado: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. De outro modo, para o empregado efetivo sua essência intrínseca reside na estabilidade no emprego, ou seja, sua conduta profissional será pautada na ampla observância das normas e dos referidos princípios que norteiam sua atuação no órgão estatal. Nesse aspecto, cabe ressaltar que apesar de não haver previsão da estabilidade na empresa pública devido ao regime trabalhista, no entanto, o processo demissionário requer a observância de certos requisitos legais. Através dos entendimentos doutrinários e prática no acompanhamento de tais situações no caso concreto, podemos constatar que a utilização de mão de obra terceirizada não é recomendável devido à ocorrência costumeira de nepotismo, nomeações e apadrinhamentos políticos. Outro fator agravante é o vínculo amizade existente entre o executor e a contratada, decorrente da longa permanência temporal na fiscalização do contrato, favorecendo a ocorrência de práticas indesejáveis. No caso concreto, a burla à exigência de concurso público é notória, pois desde 1998 não há renovação do Quadro de Emprego Permanente. Assim, conforme destacado na pesquisa, no caso da terceirização de mão de obra é inevitável a existência de pessoalidade e subordinação, fatores que facilitam a ocorrência de práticas fraudulentas com a consequente condenação do órgão na esfera trabalhista, decorrente da culpa *in vigilando*. No caso da NOVACAP, nos contratos terceirizados é prática costumeira a ocorrência de subordinação dos empregados terceirizados, mesmo existindo a presença do preposto, a quem caberia determinar o cumprimento das atividades a serem desenvolvidas. Outro fator determinante para a ocorrência da culpabilização é a inobservância do princípio da impessoalidade, com a ocorrência de indicação de empregados para compor o quadro da contratante ou ainda, a escolha de empregado específico para desempenhar determinada atividade. Levando-se em conta a gestão improba no presente caso, caberia o ingresso de ação regressiva contra aqueles que contribuíram de forma omissiva ou culposa para o evento danoso, sejam eles Agentes Públicos responsáveis pela fiscalização ou Administradores responsáveis por atos de gestão.

Pela análise da sentença condenatória imposta à NOVACAP, podemos afirmar que sua responsabilização e consequente condenação, ocorram devido à má gestão

compartilhada, ou seja, por culpa dos agentes públicos, nesse caso, os executores de contratos e por culpa dos Administradores, nesse caso a Diretoria. Quanto aos primeiros, por omissão e desídia contratual na medida em que permitem a ocorrência dos requisitos de impessoalidade e subordinação e a Diretoria, na medida em que tem conhecimento dos fatos e não elabora atos de gestão visando coibir indesejáveis práticas fiscalizatórias e ainda, da inércia quanto à necessária mudança no Estatuto Social visando separar a atividade-fim da atividade-meio. Por fim, mais grave e danoso é a inércia diante de sentença judicial condenatória em obrigação de não fazer, ou seja, de não realizar a terceirização de suas atividades-fim e mesmo assim, tais contratos vigem à margem da Lei causando má prestação de serviços públicos à população e incalculáveis prejuízos ao erário.

No caso a NOVACAP, sob a responsabilidade de seus Administradores deverá escolher quais atividades serão preponderantes do ponto de vista técnico, definindo num primeiro momento em seu Estatuto suas atividades principais. A partir desse pressuposto, num segundo momento deverá extinguir de forma parcial ou total os cargos do quadro de emprego permanente, visando separar a atividade meio, ou seja, aquelas por razões de mercado não são relevantes para a consecução de seus objetivos daquelas efetivamente preponderantes para sua atividade finalística. O último ato de gestão deverá ser pautado na renovação de seu Quadro de Empregos Permanentes, com posterior regramento da conduta fiscalizatória de seus agentes. Isso tudo contribui de forma significativa para que a empresa pública preste serviços públicos de qualidade segundo seus objetivos e metas, sem causar prejuízos ao erário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. ver. ampl. e atual. Até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 12ª ed. rev. ampl.- São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais**. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional** – São Paulo: LTr, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª ed.atual. até Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12.ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEIRA, Antonieta Pereira. et al. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática**.5.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOS SANTOS, Diogo Palau Flores. **Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Informação e documentação – Sumário – Apresentação: NBR 6027*. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Informação e documentação – Resumo – Apresentação: NBR 6028*. Rio de Janeiro: ABNT, 2003b.

\_\_\_\_\_. *Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação: NBR 14724*. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.