

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Público

MARCIA LOVANE SOTT

**A (IR)RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Brasília – DF

2007

MARCIA LOVANE SOTT

**A (IR)RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Público, sob a orientação do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília – DF

2007

MARCIA LOVANE SOTT

**A (IR)RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA PELO PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES
TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como exigência parcial à obtenção do grau de Especialista em Direito Público.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco
Presidente

Integrante

Integrante

Aos professores do Instituto
Brasiliense de Direito Público, com
os quais tive a grata convivência em
mais um ano de estudo em meu
modesto caminho jurídico.

Ao meu esposo e família,
incentivadores constantes.

“Tudo o que escrevo é sempre uma
meditação sobre mim mesmo.”

Rubem Alves

RESUMO

O presente trabalho busca realizar um confronto entre o inciso IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o § 1º do art. 71 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sopesando os entendimentos doutrinários mais abalizados, com a finalidade de apurar a existência de responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada em relação aos seus empregados nos contratos de terceirização, além de investigar se esta prática caracteriza um fenômeno de flexibilização no âmbito das garantias constitucionais trabalhistas. Para tanto, é indispensável o aprofundamento acerca do desenvolvimento histórico da legislação que trata da terceirização, assim como, dos conceitos atribuídos na seara trabalhista e administrativa, expondo seus elementos caracterizadores, sem menosprezar as hipóteses em que é permitida ou refutada, culminando, por fim, com o exame da responsabilidade do Estado e das precauções que devem ser implementadas pelos entes públicos e pelos gestores dos contratos administrativos, celebrados na esteira terceirizante.

ABSTRACT

The present work searches for an understanding between the proposition IV of the Statement nº 331 of the Superior Court of the Work and § 1º of article 71 of the Federal Law nº 8,666, of 21 of June of 1993, considering the principals doctrinal agreements, with the purpose to select the existence of responsibility from the Public Administration for the breach of contract of the working obligations of the contracted one in relation to its employees in outsourcing contracts, beyond investigating if this practical characterizes a phenomenon of flexibility of the working in the scope of constitutional guarantees. For in such a way, the deepening concerning the historical development of the legislation is indispensable that deals with the outsourcing, as well as, of the concepts attributed in the scope of working and administrative, displaying its characteristic elements, without disrespect the hypotheses where it is allowed or refuted, culminating, finally, with the examination of the responsibility of the State and the precautions that they must be implemented by the public administrations and the managers of administrative contracts, celebrated in the outsourcing way.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. Evolução histórico-legislativa da terceirização e do emprego de seu vocábulo.....	11
1.1 Evolução legislativa da terceirização.....	11
1.2 Evolução do tratamento conferido à terceirização no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – TST.....	14
1.3 O conceito de terceirização no Direito Administrativo.....	17
1.4 O conceito de terceirização no Direito do Trabalho.....	18
1.5 A terceirização como forma de flexibilização das relações trabalhistas.....	20
2. A terceirização na Administração Pública.....	24
2.1 Limites à terceirização.....	24
2.1.1 Da terceirização para atividades do quadro de pessoal...	24
2.1.2 Os princípios da Administração Pública como limitadores da terceirização.....	25
2.1.3 Dos limites de gestão da terceirização no serviço público.....	27
2.2 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim.....	28
2.3 Terceirização lícita e terceirização ilícita.....	30
2.4 A terceirização na Lei de Responsabilidade Fiscal.....	31
3. Da (ir)responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada.....	33
3.1. O art. 71 da Lei de Licitações e Contratos e sua (in)constitucionalidade.....	33
3.2. O Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.....	34
3.3. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 <i>versus</i> o En. nº 331 do TST.....	35
3.4. A extensão e a natureza da responsabilidade da Administração Pública.....	41
3.5. O Enunciado nº 331 frente ao Enunciado nº 363 do TST.....	44
3.6 A responsabilidade do executor do contrato administrativo.....	46
Conclusão.....	49
Referências.....	52

INTRODUÇÃO

A terceirização na Administração Pública é um tema que instiga maiores investigações, mormente por estar afeita a dois ramos da Ciência jurídica, qual seja, o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, sem desconsiderar a extrema importância constitucional do assunto, como pretendemos expor ao longo do presente trabalho.

O tema nos instiga por acirrar amplas discussões na doutrina e jurisprudência, em que ataques violentos ao instituto convivem com defesas apaixonadas do mesmo, redundando num debate de antagonismos.

Ao trazer este enfoque específico da terceirização na Administração Pública, buscamos trazer à lume a discussão sobre sua repercussão nos direitos trabalhistas, considerando os princípios da Administração Pública, ambos arrolados e assegurados pela Constituição da República, em contraposição aos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Para tanto, trazemos à baila a contraposição entre o que dispõe o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e o inciso IV do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que ambos têm atuado como paradigma nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o tema em foco, sendo que o dispositivo legal orienta no sentido da ausência da responsabilidade suscitada, enquanto que o verbete sumular é taxativo, no sentido de concluir pela responsabilização subsidiária da Administração Pública, quando do inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada nos contratos de terceirização.

Neste compasso, insta questionar acerca da existência da responsabilidade aventada, mesmo tendo sido concretizado processo idôneo de licitação pública.

Considerando que a sociedade não se esgota ou cristaliza, mas está sim, em constantes mudanças e adaptações sociais, perquirimos se a terceirização enquadra-se como uma dessas manifestações, brilhantemente sintetizada por Savigny como “a revolta dos fatos contra os códigos”, sem descurar-se da análise acerca da possibilidade de tal fato caracterizar-se como uma expressão voluptuosa de flexibilização dos direitos trabalhistas, conferindo

elasticidade às garantias sociais traçadas pela Constituição Federal e reiteradas na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Por este caminhar, impende ressaltar a trajetória histórica de tal instituto, bem como, a conceituação que o mesmo recebe junto à doutrina mais respeitada no âmbito trabalhista e no âmbito administrativo, trazendo à baila as características por eles expressadas para que a terceirização caracterize-se lícita ou ilícita.

Por fim, tratamos da responsabilidade, enquadrando suas características fundamentais, para concluir por sua caracterização ou não na seara da Administração Pública, nos contratos de terceirização, bem como da responsabilização do gestor destes contratos administrativos.

Neste compasso, sapientes de que o presente estudo constitui-se como apenas mais um “grão de areia” no acintoso debate acerca do assunto, sem jamais pretender esgotá-lo, mas na ânsia de ventilar os posicionamentos predominantes na doutrina, nosso objetivo principal é tratar da existência da conclamada responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas da contratada nos contratos administrativos de terceirização (como denominada no Brasil) ou de externalização (como o instituto é denominado em outros países).

Por derradeiro, destacamos que contrapor o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho no que se refere ao assunto em comento é desafio que nos inspira, dada a importância que ambos assumem na sociedade moderna, considerando, principalmente que ambos trazem as diretrizes e princípios delineados pela Constituição da República. Assim, sopesando-os, buscamos chegar a um consenso sobre a contraposição e aplicabilidade de ambos, inspirando-nos, primordialmente, na sábia afirmação de Ripert: “se o direito ignora a realidade, a realidade se vingará, ignorando o direito”.

Debater novas possibilidades, novas idéias, atendendo a exigências que a sociedade suscita, e, assim, viabilizar uma melhor condição humanitária é um dos princípios fundamentais da aplicação e criação do Direito.

Com vistas a esses aspectos aqui destacados, é que buscamos levantar a abordagem jurídico-doutrinária da questão em análise, sob o límpido enfoque dos contratos de terceirização na Administração Pública.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO E DO EMPREGO DE SEU VOCÁBULO

1.1 Evolução legislativa da terceirização

A terceirização teve origem, no contexto globalizado, com a Segunda Guerra Mundial, pois a demanda europeia por armamentos mostrou-se bastante intensa, de forma que as indústrias americanas tiveram que buscar parcerias com outras empresas, transferindo-lhes atividades que não se mostravam essenciais, para que assim pudesse atender a procura do mercado. Nesse contexto, verifica-se que o nascimento da terceirização remonta às últimas décadas do Século XX¹.

Já no Brasil, a terceirização instalou-se com a entrada das multinacionais, na década de 50, no século XX, a partir do governo de Juscelino Kubistchek. Com a abertura do mercado ao capital internacional, muitas empresas vieram instalar-se em nosso país, sendo que muitas já adotavam a terceirização para expandir sua produtividade, obrigando as empresas locais a adotar tal modelo, como forma de sobrevivência no mercado altamente competitivo. Apesar de já marcar presença há algum tempo no cenário nacional, somente nas últimas três décadas do século XX é que a terceirização passou a integrar uma realidade significativa na conjuntura nacional².

Ante a realidade que se fazia presente nas relações trabalhistas, e, com a ausência de regulamentação específica sobre a matéria, aos poucos foi surgindo alguma legislação esparsa sobre a terceirização (ainda não designada por tal epíteto nessa época), que, não raras vezes, tratava de casos

¹ A Segunda Guerra Mundial foi eleita como marco histórico da terceirização por vários autores. Nesse sentido, posicionamento de MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16 e FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 37 p.

² FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e evolução jurídica. In HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

isolados, de forma que não houve a promulgação de uma legislação ampla e sistemática sobre o assunto.

Neste contexto, a primeira previsão, mesmo que indireta, foi erigida no art. 455, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), e que trata do contrato de subempreitada e da responsabilidade do subempreiteiro pelo pagamento das obrigações trabalhistas, cabendo, no entanto, o direito de demandar o empreiteiro principal, quando houver o inadimplemento daquele.

Mais tarde, temos o advento da Lei nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, que trata da representação comercial autônoma, e os Decretos-Leis nº 1.212 e 1.216, de 1966, que autorizavam a contratação dos serviços de segurança bancária a serem prestados por empresas particulares.

Especificamente para o âmbito estatal, intentando uma reforma administrativa que estimulava a descentralização, foi editado o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que em seu art. 10, *caput*, prevê que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, surgindo, mais tarde, a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que exemplifica no seu art. 3º, parágrafo único, quais seriam os serviços passíveis de terceirização³. O objetivo era propiciar a contratação por empresas interpostas para a realização de serviços de apoio, instrumentais e de mera execução. Da análise do § 7º do art. 10, do primeiro diploma infere-se o incentivo à descentralização, como se vê:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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, a execução indireta*, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.(Grifamos)

Em 1968, é editado o Decreto nº 62.756, que regulamentou o funcionamento das agências de colocação ou intermediação de mão-de-obra, seguido pelo Decreto-Lei nº 1.034, de 21 de outubro de 1969, que determinou medidas de segurança para o funcionamento das empresas de segurança bancária, caixas econômicas e cooperativas de crédito, admitindo a

³ “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 1967.”

contratação de empresas especializadas para os elementos necessários a sua vigilância.

Neste compasso, em 03 de janeiro de 1974, foi promulgada a Lei nº 6.019, que regulamentou o trabalho temporário no âmbito privado, o qual foi definido em seu artigo 2º como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços”. Esta lei foi a primeira que, efetivamente, tratou de terceirização e foi inspirada na Lei Francesa nº 72-1, de 03/01/1972, que tratava do trabalho temporário. Se o objetivo foi regular o trabalho temporário, sem que se fizesse concorrência com o trabalho permanente. Posteriormente, foi regulamentada pelo Decreto nº 73.841, de 13 de março de 1974⁴.

Após, temos a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância e transporte de valores no setor financeiro e revogava o Decreto nº 1.034, de 1969. Posteriormente, foi alterada pelas leis nº 8.863, de 28 de março de 1994 e 9.017, de 30 de março de 1995, que autorizavam a terceirização para o funcionamento e contratação de serviços de vigilância, incluindo a vigilância patrimonial, de pessoas físicas e transporte de qualquer outro tipo de carga, além de valores.

Temos ainda a Lei nº 7.290, de 19 de dezembro de 1984, que permite a terceirização nos serviços de transporte rodoviário e a Lei nº 8.949 de 09 de dezembro de 1994, que inseriu o parágrafo único ao art. 442 da CLT e que traz a previsão de que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”, apresentando uma obviedade que já era defendida pelos doutrinadores, uma vez que se a cooperativa desempenha seu papel lícitamente, não haverá a configuração da relação de trabalho, pois todos os seus integrantes atuam de forma cooperada e não como seus empregados⁵. Deixamos, porém, esta

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17

⁵ “Cooperativa – Relação de Emprego. Quando o fim almejado pela cooperativa é a locação de mão-de-obra de seu associado, a relação jurídica revela uma forma camuflada de um verdadeiro contrato de trabalho (TRT/SP, Ac. 029950210648, 1ª T., Rel. Juiz Floriano C. Vaz da Silva, DOE/SP, 7-6-1995, p.41). ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT Comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 176

discussão para um momento mais oportuno, uma vez que este trabalho não ambiciona entrar na acirrada discussão acerca do caráter que assumem as cooperativas no Brasil e as suas decorrentes formas de contratação.

Verificamos ainda o Decreto-lei 2.300/86, que foi sucedido pela lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e que fundamentou o contrato entre a Administração Pública e suas prestadoras de serviços.

Por fim, adveio o Decreto Federal nº 2.271, de 07 de julho de 1997, que prevê em seu artigo 1º que “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”. E no § 1º, do mesmo artigo,, enumera atividades passíveis de execução indireta, citando as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Pelo exposto, verificamos que a legislação acerca da terceirização no Brasil foi elaborada de forma pontual, com referências incipientes, não existindo um regramento sistemático e geral acerca do tema. Esta, aliás, é uma das maiores reivindicações daqueles que militam na seara trabalhista, uma vez que o laconismo em torno de tão importante fenômeno sócio-jurídico, não raras vezes, dá abertura à burla dos direitos sociais dos trabalhadores.

1.2 Evolução do tratamento conferido à terceirização no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho – TST

Neste ponto, pretendemos tratar do enfoque conferido pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, no que pertine à evolução consagrada em suas súmulas de jurisprudência uniforme, destacando que esta Egrégia Corte Trabalhista aproximou-se da questão com grande resistência, que foi, no entanto, sendo vagarosamente trabalhada, no sentido, de conferir maior flexibilidade no tratamento da questão.

O Enunciado⁶ nº 239 do TST foi aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 1985 (publicada no DJU de 9/12/1985) e equipara a bancários os empregados das empresas de processamento de dados que prestam serviço para o grupo financeiro. Verifica-se aí o reconhecimento do vínculo de emprego aos trabalhadores de processamento de dados que prestam serviço às instituições bancárias, com os direitos daí decorrentes.

A seguir, temos o Enunciado nº 256, que vedava a contratação por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com a tomadora. Tal enunciado foi aprovado pela Resolução Administrativa nº 04/1986, publicada no DJU de 30/09/1986 e retificada no mesmo veículo em 10/10 e 04/11, do mesmo ano e dispunha que “salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Pelo que dispunha o enunciado, verifica-se que a mesma não fazia exceção às contratações implementadas pela Administração Pública, taxando-as, desde já, de ilegais. Some-se a isso a previsão do art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal de 1988, que vedava a admissão de trabalhadores sem concurso público por entes estatais.

Ocorre que esta disposição foi revista pelo Enunciado nº 331, salientando, por fim, que a Resolução Administrativa nº 121, de 28/10/2003, publicada no DJ de 19/11/2003, o cancelou.

Cite-se ainda o disposto no Enunciado nº 257, que dispõe que “o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”.

Por fim, surge o Enunciado nº 331, aprovado pela Resolução Administrativa nº 23/93, de 17/12/1993, publicada no DJU de 21/12/1993. Trazia originalmente uma previsão⁷, que foi alterada posteriormente pela Resolução Administrativa nº 96, de 11/9/2000, dando nova redação ao item IV,

⁶ Destaca-se que, atualmente, a denominação conferida pelo Tribunal não é mais de Enunciado, mas sim Súmula. No entanto, optamos pela utilização da antiga denominação, pois à época em que foram editados recebiam esta nomenclatura.

⁷ Antes da alteração efetuada pela Resolução Administrativa nº 96, de 11/9/2000, o item IV do Enunciado nº 331 possuía a seguinte redação: “...IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que tenham participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

e conferindo a seguinte redação final, a qual pedimos vênha para transcrever, dada a sua importância para o presente trabalho:

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – INCISO IV ALTERADO PELA RES. 96/2000, DJ 18.09.2000

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 n. 6.019, de 3.1.1974). 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 n. 7.102, de 26.6.1983) 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, 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 (art. 71 – da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

Como pode se verificar pela simples leitura do item IV do Enunciado, até o ano de 2000 não havia previsão quanto à responsabilidade da Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações pelo contratado. A partir da Resolução Administrativa nº 96, no entanto, a Administração passou a figurar como passível de responsabilização por tal inadimplemento.

Ademais, o Enunciado nº 331 erigiu a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, bem como a diferença entre terceirização lícita e ilícita, culminando com a extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas.

Com base nesses dados captados na evolução legislativa e jurisprudencial, pretendemos dar enfoque a possibilidade positiva ou negativa de atribuição de responsabilidade à Administração Pública ou ao seu administrador, conforme o comportamento estatal adotado.

1.3 O conceito de terceirização no Direito Administrativo

A preocupação com a terceirização na seara do Direito Administrativo tem aumentado consideravelmente nos últimos anos. Isto porque juntamente com o crescente número de contratos de terceirização que têm sido implementados, o Enunciado nº 331 do TST trouxe à baila a

responsabilização do Estado em caso de inadimplemento do contratado, no que pertine às obrigações trabalhistas.

Há autores, como Di Pietro (2006, p. 230), que afirmam que a terceirização, considerada em sentido amplo, constitui uma das formas de privatização, de que vem se socorrendo o Estado, na ânsia de diminuir sua estrutura. A mesma autora entende ser a terceirização inseparável da idéia de parceria, em que há a transferência de algumas atividades para terceiros, ficando a contratante concentrada apenas nas principais atividades em que atua⁸.

A administrativista esclarece que são características da terceirização com parceria que

a empresa contratada é legalmente constituída para atuar no ramo da atividade terceirizada e deve possuir capacidade técnica e administrativa para executar o serviço, sem a necessidade de interferência da empresa contratante; a mão-de-obra operacional é especializada, adequadamente remunerada, subordina-se exclusivamente à empresa contratada, com os direitos trabalhistas respeitados, atua motivada e produz com a qualidade esperada⁹.

Já o Dicionário Aurélio (1999, p. 1946)¹⁰ consagra a definição de terceirização como “o ato ou efeito de terceirizar”, que define como “transferir a terceiros (atividade ou departamento) que não faz parte de sua linha principal de atuação”.

Jacoby Fernandes (2002, p. 71), eminente doutrinador no âmbito das licitações públicas, explica que a terceirização, ao lado de outros instrumentos, constitui uma possibilidade para a redução da participação do Estado no exercício de atividades impróprias¹¹.

Para Oliveira Ramos (2001, p. 116), a terceirização se constitui na “mera transferência de atividade material acessória cuja execução esteja a cargo da própria Administração direta. É uma forma de introduzir a participação do particular no exercício da atividade, sem lhe transmitir a gestão dessa atividade”.¹²

Dos conceitos acima expostos, verificamos que a terceirização tem despertado um olhar mais minucioso dos administrativistas, principalmente

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. p. 230.

⁹ *Id. ibid.* p. 230.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. p. 1946.

¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Comentando as Licitações Públicas. Série Grandes Nomes*. p. 71.

¹² RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. p. 116.

no que se refere à responsabilização da Administração Pública em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas por esse permissivo legal. No entanto, ainda há muito a se construir na seara do Direito Administrativo, uma vez que há autores que sobre este tema não escrevem nenhuma linha sequer, o que é lamentável, pois a construção do debate é fundamental para que aponte para um sistema legiferante que contemple a terceirização de um modo geral e, em específico, na Administração Pública.

1.4 O conceito de terceirização no Direito do Trabalho

A terceirização ganha contornos menos econômicos e mais sociais no Direito do Trabalho, de forma que os doutrinadores assumem posições mais rígidas, tudo com o intuito de conferir maior proteção ao trabalhador, em estrita observância aos princípios norteadores das relações trabalhistas.

Nesse sentido, Valentim Carrion (2006, p. 307)¹³, ao comentar o art. 455 da CLT, que trata do contrato de subempreitada, define a terceirização como “o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa outra tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta realize habitualmente com empregados desta”.

Já Delgado (2007, p. 430)¹⁴, chama a atenção para o surgimento de uma nova relação trilateral no Direito do Trabalho, que surge com o advento da terceirização, afirmando que para esse ramo da Ciência Jurídica a “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”. O autor chama a atenção para o surgimento de uma nova relação de trabalho, que desafia a hegemonia clássica da relação de trabalho bilateral, disposta no art. 2º, *caput*, da CLT, salientando que a inexistência de uma legislação sistematizada sobre o assunto atua no alargamento desse fenômeno, que cresce à margem de qualquer esforço de normatização heterônoma estatal,

¹³ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. p. 307

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 430

redundando, inclusive, num certo desajuste teórico do legislador. Nesse sentido, o eminente doutrinador cita a Lei do FGTS (8.036/90) como exemplo em que o legislador buscou agrupar num único conceito a relação típica de trabalho e a relação trilateral¹⁵, como se vê no art. 15, § 1º e 2º, que seguem:

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

Pela dificuldade que o legislador encontrou na definição dos termos, fundindo conceitos que não se confundem, ora tratando da relação bilateral de trabalho, ora tratando da relação trilateral acima esposada, verificamos que o sincretismo dos dispositivos representa a dificuldade encontrada pela ordem jurídica para absorver o sistema terceirizante instalado no mundo fático.

Na terceirização, a relação de trabalho passa a não se constituir por apenas dois pólos, estando de um lado aquele que presta serviços, dispondo de seu vigor para o trabalho e, de outro, aquele que se beneficia desse labor, em contrapartida a uma remuneração. A terceirização caracteriza-se exatamente no envolvimento de um terceiro, intermediando essa relação. Desse modo, os sujeitos dessa relação passam a ser o empregado, a empresa tomadora e a empresa intermediária ou interposta. Há quem designe a empresa tomadora e a empresa interposta de locadora e locatária¹⁶.

Rodrigues Pinto e Pamplona Filho (2000, p. 500)¹⁷ definem a terceirização como “a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.

Assim, a terceirização caracteriza-se como o processo pelo qual a empresa ou a Administração Pública contrata terceiros para a realização de atividades que não constituem o seu objeto principal, que não caracterizam a

¹⁵ *Id. ibid.* p. 437

¹⁶ ASSE, Vilja Marques. Terceirização no Serviço Público. *Revista Justiça do Trabalho*. p. 35-52.

¹⁷ RODRIGUES PINTO, José Augusto; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertórios de Conceitos Trabalhistas*. p. 500.

sua razão social. No caso específico da Administração Pública, o conceito de atividade-meio e atividade-fim também poderá ser utilizado, porém, trataremos deste tema com maior especificidade nos capítulos que seguem.

1.5 A terceirização como forma de flexibilização das relações trabalhistas

Para a agressividade do mercado atual, impulsionada pela globalização, a terceirização é uma forma de atender as expectativas econômicas. A concorrência no mundo globalizado está tão acirrada que levou o Presidente da multinacional Siemens a afirmar que “o vento da concorrência tornou-se tempestade e o verdadeiro furacão está por vir”.¹⁸

É transparente que já data de muito tempo a luta dos empresários para que haja maior flexibilidade nas obrigações trabalhistas. Na maioria das vezes, seu discurso gira em torno da alta competitividade que encontram no mercado, principalmente com multinacionais, que quebram as barreiras de mercado e adentram em qualquer lugar do mundo. Geralmente, estas empresas mantêm seus pólos produtivos em países em que os salários são mais baixos, assim como há certa flexibilidade quanto às obrigações trabalhistas, como na China, por exemplo.

Diante dessa realidade econômica, muitos empresários, na ânsia de aniquilar seus custos de produção, buscam as mais variadas formas de achatamento dos custos. E, a terceirização, sem dúvida, tem demonstrado ser uma das formas mais utilizadas por esses agentes econômicos, que vêem nela a possibilidade de aumento de seus lucros, transferindo a um terceiro o desempenho de atividades que, não constituem seu objeto principal e, não raras vezes, demandam uma grande equipe de trabalho e de tempo.

No entanto, a doutrina trabalhista tem refutado a terceirização, fundamentando seus protestos no argumento de que na terceirização, os empregados perdem a oportunidade de acesso a carreira e ao salário da categoria. Some-se a isso o argumento de que se o empresário contrata uma

¹⁸ Dita por Heinrich Von Pierer, presidente da Siemens. Der Spiegel apud MARTIN, Hans – Peter; SCHUMANN, Harald. *Armadilha da globalização*. São Paulo: Globo, 1996 p. 17.

empresa terceirizada, com vistas à diminuição de seus custos e, considerando que a empresa intermediária não atuará gratuitamente, é lógico que este se apropria de parte do capital destinado à melhor remuneração do trabalhador. Afinal, o empresário não iria terceirizar suas atividades para pagar mais pelo mesmo serviço.

Não restam dúvidas quanto à redução do núcleo produtivo e do capital imobilizado pelas empresas, como também da supressão das atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto, reduzindo o custo operacional. Entretanto, como pontos negativos para o trabalhador e, conseqüentemente para a sociedade, revela-se o aumento da rotatividade de trabalhadores, induzindo graves seqüelas sociais, além do incentivo à redução das retribuições trabalhistas e o fomento do subemprego e do mercado informal.

Pamplona Filho trata da questão e afirma que neste ambiente social, enquanto há empresas sérias que atuam na terceirização, também há empresas que atuam de modo nefasto, como é o caso das falsas cooperativas, a que ele denomina “fraudoperativas”, ou “laranjas” e que são usadas para maquiar a exploração de mão-de-obra, sem qualquer responsabilidade social.¹⁹

Martins explica que a flexibilização consiste exatamente na menor rigidez legislativa, o que redundará em adaptações no trabalho, advindas das alterações sociais e econômicas²⁰.

Grande problema reside no fato de que na terceirização, não raras vezes, o trabalhador é visto como mera mercadoria. Por conseqüência, há uma intensa degradação das condições de trabalho, detectando-se uma perda significativa de postos de trabalho, com uma demissão em grande escala de empregados, além de uma significativa redução da massa salarial e o aumento do número de “autônomos”. Neste contexto, a força de trabalho fica precarizada, resultando em alta rotatividade da mão-de-obra e reduzidos investimentos na capacitação dos empregados.

Não obstante as considerações acima tecidas, Ferraz Hazan (2004, p. 273-319)²¹, em brilhante texto sobre a saúde e segurança no trabalho,

¹⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº 11, fev. 2002.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. p. 40

²¹ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. Saúde, segurança, medicina do trabalho e a terceirização: redução ou migração dos índices de acidente de trabalho e de doenças profissionais? In:

chama a atenção para a migração dos índices de acidentes do trabalho e doenças profissionais para as empresas terceirizadas, salientando que as pesquisas não consideram essas migrações, o que conduz à falsa impressão de que esses riscos diminuiriam.

A flexibilização oriunda da terceirização também surte efeitos no âmbito dos sindicatos, que se vêem amplamente afetados em vários aspectos, conforme manifestação de Pinto Martins (2005, P. 41)²²:

Os sindicatos, porém, não simpatizam com a terceirização, pois há perda de postos de trabalho, inibição do sindicalismo, com a desagregação dos filiados da categoria, o que pode afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão da categoria e a representatividade do sindicato. O sindicato tem perda de receitas, tanto em relação à mensalidade dos associados, que deixam de sê-lo, como a menor cobrança de contribuição confederativa, sindical e assistencial.

No que tange à Administração Pública, a flexibilização é visualizada no permissivo legal que autoriza o seu emprego em atividades que se configuram acessórias. Quanto à discussão gerada em torno da possível burla ao enunciado do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige o concurso público para a admissão no serviço público, teceremos maiores comentários nos tópicos seguintes do presente trabalho.

Neste contexto, verifica-se que a terceirização tem sido utilizada como uma forma de flexibilização, sendo que seus adeptos utilizam-se das aberturas e possibilidades inscritas no ordenamento legal brasileiro. Conseqüentemente, uma vez que há autorização legislativa para tal prática, não enxergamos óbice à sua utilização, desde que sejam respeitadas as premissas levantadas por este ordenamento, para que assim sejam preservados os direitos e deveres de todos os envolvidos nesse processo, tanto daqueles que se utilizam da terceirização, como da empresa contratada e dos empregados terceirizados.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord). *Terceirização no Direito do Trabalho*. p. 273-319.

²² *Op. Cit.* p. 41.

2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Limites à terceirização

2.1.1 Da terceirização para atividades do quadro de pessoal

Apesar de ser possível a terceirização no âmbito público, esta deve obedecer algumas diretrizes fundamentais, sob pena de afronta direta ao inciso II do art. 37 da Constituição da República que anuncia a exigência de concurso público para ingresso nas carreiras da Administração. Este inciso prevê que

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.

Daí surge uma das maiores discussões que permeiam a terceirização na Administração Pública e que redundam na existência ou não de violação a este dispositivo legal.

Primeiramente, cabe explicitar a previsão do parágrafo único do artigo 64 da Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que autoriza a terceirização apenas para as atividades acessórias, que não constituem a área fim do órgão ou entidade, e que não constituam as atividades inerentes às categorias funcionais daquele órgão, senão vejamos:

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.

O Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997 traz a seguinte redação em seu art. 1º, § 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.

Conseqüentemente, as disposições legais existentes não parecem deixar dúvida acerca da impossibilidade de terceirização para as atividades que constituem o fim do órgão, bem como, para as atividades que já tenham pessoal contemplado em seu plano de cargos do quadro de pessoal.

Uma vez que a terceirização venha a ser efetivada para essas atividades, necessariamente deve-se reconhecer a ilicitude da contratação, sob pena de afronta direta ao citado dispositivo constitucional, de forma que, *in casu*, a Administração deverá ser responsabilizada por tal contratação, sem prejuízo da apuração de responsabilidade do agente que lhe deu causa, imputando-lhe as punições por improbidade administrativa, após regular processo administrativo.

Jacoby Fernandes (2002, p. 69/70)²³ ressalta que

Se a atividade que vai ser executada por terceiro, mesmo sendo material, acessória, instrumental ou complementar, integra o elenco de atividades previstas para um cargo ou emprego, a terceirização será ilegal. O fundamento da antijuridicidade repousa na definição pretérita em outro documento normativo – no caso, lei para os casos de cargos, ou norma interna, inclusa no Plano de Cargos e Salários, para as estatais -, estabelecendo que aquela

²³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal: questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. p. 69/70.

determinada atividade será exercida por agentes ocupantes de determinado cargo ou emprego.

Ao tratar-se do núcleo fundamental, o Estado deve preencher os cargos através de concurso público. E, mesmo nos cargos que não constituem o núcleo fundamental, deve-se sempre atender os princípios da economicidade e moralidade, elevando a supremacia do interesse público como norteador dos contratos de terceirização.

2.1.2 Os princípios da Administração Pública como limitadores da terceirização

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal prescreve os princípios a ser seguidos pela Administração Pública, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, sem prejuízo de outros que encontram-se em leis esparsas e que são arrolados pela doutrina administrativista.

Nos contratos administrativos realizados pela Administração Pública, assim como em todos os demais atos, não há como o poder público afastar-se desses princípios, devendo estrita obediência aos seus postulados e comandos. Dentro da complexa arquitetura do sistema jurídico brasileiro, o desrespeito de quaisquer dos princípios constitucionais é suficiente para o desmoronamento do edifício da legalidade, pois os princípios são as vigas mestras deste.

Nesse sentido, destacando o princípio da legalidade, temos que a Administração somente poderá fazer aquilo que a legislação lhe autoriza, diferentemente do particular, que poderá praticar todos os atos que não sejam proibidos em lei. Daí, verificamos que o poder público só poderá atuar mediante a autorização prévia, conferida pelo ordenamento jurídico.

Destacam-se ainda os princípios da eficiência e da economicidade que, caminham lado a lado na consecução do fim público. Na terceirização, o administrador público deve atuar na conjugação da eficiência e da efetividade, para culminar com a eficácia administrativa.

A citada Oliveira Ramos (2001, p. 140)²⁴ expõe com brilhantismo que

atuando como limite à terceirização, a eficiência não pode ser alcançada tão-só pela contratação de agentes privados para execução de atividades públicas. Longe do mito privatístico de eficiência, a decisão terceirizante deve estar alicerçada em estudos sérios, evidenciadores de que a execução por particulares é a que melhor se coaduna com o interesse público.

Imprescindível ressaltar que, enquanto no âmbito privado as empresas buscam, preponderantemente, a redução de seus custos, na terceirização no âmbito público, a terceirização não deve se ater apenas ao menor custo, uma vez que esta medida poderá resultar na perda da qualidade dos serviços prestado à população, o que afigura-se inadmissível. Não se pode esquecer que no setor público o que se tem sempre em vista é a consecução do bem comum.

Já no que pertine à economicidade, o administrador deve encontrar a solução economicamente mais adequada na gestão da coisa pública, buscando a prevalência da melhor relação custo-benefício. É daí que advém a idéia de terceirização fundada na parceria entre o tomador de serviços (Administração) e a contratada, que devem se unir numa gestão integrada, em uma relação que pressupõe capacidade técnica, lealdade entre os parceiros, incluindo absoluta observância dos direitos trabalhistas.

2.1.3 Dos limites de gestão da terceirização no serviço público

De início, devemos ressaltar que a conceituação de serviço público sofre divergências desde a Escola de Léon Duguit e Geston Jèze até o presente momento. Isto porque há divergências quanto ao enquadramento de atividades como as judiciárias e legislativas na conceituação de serviço público, não esquecendo-se de ressaltar a controvérsia acerca de seus elementos integrativos.

Sem mais delongas sobre este aspecto, considerando que este não constitui o objetivo do presente trabalho, cabe destacar a ponderação realizada por Oliveira Ramos (2001, p 104)²⁵, na passagem que segue:

²⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira Ramos. *Terceirização na Administração Pública*. p. 140

...constata-se ser infrutífera a busca de uma noção substancial de serviço público. É possível, no entanto, apontá-lo como parte da atividade administrativa do Estado, marcada por um caráter prestacional e tendente a satisfazer necessidades de interesse público, sob um regime jurídico total ou parcialmente regido pelo direito público. A identificação das atividades que integram o quadro dos serviços públicos é ditada pelo ordenamento positivo, compreendendo, de qualquer sorte, não só as prestações diretamente usufruídas pelos administrados, como também as atividades administrativas de apoio.

Neste compasso, na terceirização do serviço público, deve-se levar em consideração os três níveis de gestão, quais sejam, a gestão estratégica, a operacional e a execução material. A gestão estratégica refere-se à direção do serviço, à concepção superior de sua prestação e definição de seus objetivos, competindo invariavelmente ao Poder Público, uma vez que a titularidade do serviço público é sempre do Estado. Já a gestão operacional abrange as tarefas ordinárias de regulação e de otimização do serviço, a fim de assegurar sua continuidade, sua logística de operação, incluindo a busca da forma de realizar as atividades pelo melhor custo possível. Esta se transfere, por exemplo, no caso de concessão de serviço público. Por fim, a execução material corresponde à identificação específica daquele que, no plano fático, concretamente executa a atividade de serviço público.

Expostos os níveis de gestão, destaca-se que, nos contratos de terceirização, transfere-se apenas a execução material, sendo que a atividade é prestada em nome do gestor operacional, constituindo-se num segmento do serviço prestado.

Concluimos então que, na “verdadeira” terceirização há apenas a transferência da execução material, sendo que se evidenciada a transferência dos demais níveis de gestão, haverá flagrante burla à atividade-fim da Administração, que não poderá ser terceirizada.

Por fim, salienta-se ainda que os serviços públicos de caráter essencial, nessa seara compreendidos aqueles que dizem respeito à justiça, segurança interna e externa, atividades que implicam restrição a direitos (poder de polícia), planejamento e formulação de políticas públicas, poder de regulamentação, fiscalização e fomento, controle interno e externo da Administração, defesa do patrimônio, dentre outros, não podem ser objeto de terceirização. Já os serviços públicos derivados ou adquiridos, de utilidade pública ou de caráter impróprio, são passíveis de terceirização.

²⁵RAMOS, Dora Maria de Oliveira Ramos. *Terceirização na Administração Pública*. p. 104

2.2 Distinção entre atividade-meio e atividade-fim

O Enunciado nº 331 do TST traçou a diferença entre a atividade-meio e a atividade-fim da empresa, utilizando como critério a essencialidade dos serviços da empresa tomadora dos serviços terceirizados, ou seja, aquelas atividades que integram o objeto social da empresa caracterizam-se como atividade-fim, enquanto que aquelas que não integram o objeto social, caracterizam-se como atividade-meio.

Godinho Delgado (2007, p. 442)²⁶ apresenta a seguinte definição para a atividade-fim e atividade-meio:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.

(...)

Atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo.

A posição majoritária da jurisprudência ainda atua no sentido de conferir legitimidade apenas para a terceirização na atividade-meio da empresa tomadora, sendo que vagarosa e timidamente tem surgido entendimentos que divergem dessa posição, em face das rápidas mudanças a que está sujeito o mercado econômico atual. Tal terceirização chega a ser admitida em setor autônomo do processo produtivo²⁷.

Já na doutrina, vários são os mestres que defendem a possibilidade de terceirização na atividade-fim da empresa tomadora, como é o caso de Sérgio Pinto Martins e Dora Maria de Oliveira Ramos, que citam como exemplo o caso das montadoras automobilísticas, sujeitas a grandes

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 442.

²⁷ TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADE-FIM – Mais do que superficial, d. v. é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrado sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo final. Inexiste, em qualquer processo produtivo, atividade-fim específica. O desenvolvimento da produção é composto de elos que se entrelaçam a formar a corrente final do objeto negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum, não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo. (TRT 3º R, RO 13.812/93, 4º T, Rel. Juiz Antonio F. Guimarães, DJMG 12.02.1994).

mudanças de mercado, e que, conseqüentemente, estão terceirizando, atualmente, atividades-fim que não terceirizavam há alguns anos. Insta salientar que a distinção entre atividade-meio e atividade-fim pode ser relativa, na medida em que se constatam os avanços tecnológicos e as mudanças de focos das empresas, no esforço de se compatibilizar com o novo mercado econômico.

Oliveira Ramos (2001, p. 71)²⁸ chega a afirmar que “alguns autores, com propriedade, afirmam que uma vez presentes os requisitos de especialização do trabalho, direção da atividade pelo fornecedor, idoneidade econômica e inexistência de fraude, é irrelevante que a terceirização atinja a atividade-fim da terceirizante”.

Assim, inobstante entendimentos contrários, detém força a tese de que a terceirização só é possível na atividade-meio da empresa tomadora, assim como da Administração direta, indireta e fundacional.

Nestes termos, em que pese existir alguns entendimentos em sentido contrário, a terceirização somente poderá se realizar na atividade-meio da empresa, de forma que, se implementada na atividade-fim, suscita o surgimento de relação de emprego com o tomador dos serviços, por aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT, bem como pela configuração da fraude prevista no art. 9º do mesmo diploma legal.

Pamplona Filho expõe que o inciso III do Enunciado nº 331, tomou como parâmetro de legalidade um conceito que não é jurídico, mas da Teoria Geral da Administração e da economia, admitindo que hoje há forte doutrina que já admite a terceirização na atividade-fim da empresa.²⁹

No âmbito da Administração Pública, o entendimento é unânime no que toca à impossibilidade de terceirização na atividade determinante do ente público. Tanto tribunais judiciais, quanto os Tribunais de Contas³⁰ posicionam-se de forma contrária à utilização de terceirização como violação à

²⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. p.71.

²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº 11, fev. 2002.

³⁰ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes cita, em seu Vade-Mécum de Licitações e Contratos (2 ed. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, p. 99), decisão do TCU que expressa que, “é, em regra, irregular a contratação de serviços, visando a execução de atividades próprias dos servidores, constantes do plano de cargos. Execução de atividades não previstas inicialmente no contrato de prestação de serviços”. Fonte: TCU. Processo nº 018.252/93-1. Decisão nº 228/1994-Plenário.”

exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

2.3 Terceirização lícita e terceirização ilícita

Sublinhe-se que a configuração da terceirização lícita se dá quando há um contrato sob a forma de prestação de serviços, enquanto que a terceirização ilícita configura-se sob a forma de fornecimento de mão-de-obra. O que torna a terceirização ilícita, também é a subordinação jurídica, que só deve existir entre o trabalhador e a empresa contratada, não devendo existir entre o trabalhador e a Administração. Esclarece-se, no entanto, que é possível que exista subordinação técnica, sem que se caracterize a terceirização ilícita. O que não deve existir é a subordinação hierárquica, econômica, jurídica ou social.

Assim, enquanto que o contrato de trabalho possui caráter *intuitu personae*, na terceirização lícita é irrelevante a identidade de quem desempenha a atividade, pois o fim do ajuste limita-se ao resultado material pactuado. Na terceirização lícita a contratada é empresa especializada que executa determinada atividade com lógica, dinâmica e organização próprias, ao passo que na terceirização ilícita o trabalho em si é o objeto do contrato.

Assente-se que o mero fornecimento de mão-de-obra, que redunde na terceirização ilícita, é também denominada de *marchandage*, onde o intermediário consegue colocação para o trabalhador, em troca de parte de sua remuneração, de forma que constitui mera locação de mão-de-obra. Neste caso, por se tratar de caso de ilegalidade, o vínculo se formará diretamente com o tomador dos serviços.

2.4 A terceirização na Lei de Responsabilidade Fiscal

O § 1º do art. 18, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), prevê que “os valores de

contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”.

Com o fito de conferir maiores esclarecimentos ao dispositivo acima citado, a Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, em seu art. 64, trouxe a seguinte redação:

Art. 64. 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.

Aqui não se trabalha com a possibilidade de a terceirização de mão-de-obra ser legal ou ilegal, mas apenas com o fato de que sendo de uma ou outra forma, a respectiva despesa entra no limite de despesa com pessoal. Por conseguinte, se a terceirização for lícita ou ilícita, uma vez que a Administração tenha que arcar com algum valor, este será enquadrado no limite de despesas previsto acima.

Merecem destaque os incisos I e II do parágrafo único que só permitem a terceirização em atividades acessórias, conforme estamos demonstrando no decorrer do presente trabalho.

Tal regra possui como finalidade precípua vedar que determinado administrador público que tenha extrapolado o limite de despesas de pessoal, recorra a dispensa de servidores que atuam nas atividades-meio, uma vez que na atividade-fim isto não poderá ocorrer, como ressaltado em epígrafe, optando por contratar outras pessoas através dos contratos de terceirização.

Já o art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal traz a previsão acerca dos limites de despesas, os quais entendemos aplicável aos contratos celebrados sob o manto da Lei nº 8.666/93, *ipsis litteris*:

Art. 72 A despesa com serviços de terceiros dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, à do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte.

Evidenciamos que, conforme redação supra, estes limites são globais e aplicáveis aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal cuidou do tema, empregando duas expressões diferentes, pois no § 1º do art. 18, trata dos “contratos de terceirização de mão-de-obra”, e no art. 72, trata dos “serviços de terceiros”.

Por fim, cabe destacar que entendemos que o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal só engloba os contratos que assumirem o caráter de substituição, uma vez que deve ser interpretado de forma restritiva, pois não se refere a contratos de terceirização, mas somente a contratos que assumem o caráter de substituição.

3 DA (IR)RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS PELA CONTRATADA

3.1 O artigo 71 da Lei de Licitações e Contratos e sua (in)constitucionalidade

O art. 71 da Lei de Licitações e Contratos (8.666/93), traz a seguinte redação, *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.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

Podemos verificar que o artigo supramencionado só confere responsabilidade solidária à Administração no caso de inadimplemento das obrigações previdenciárias, em estrita observância ao art. 31 da Lei 8.212/1991.

Trata-se de norma cujo comando é claro, em que o legislador exclui, de modo expresso, qualquer responsabilidade da Administração Pública no que concerne à inadimplência do contratado com os seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, ainda que estes se originem por força da execução do contrato administrativo.

Há posicionamento no sentido de que a inconstitucionalidade do art. 71 reside na violação do princípio da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República. A igualdade substancial consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A doutrina e a jurisprudência tem admitido a discriminação, desde que haja uma justificativa racional e genérica, o que não seria o caso da Administração Pública, que não poderia ser tratada de forma diferenciada, para eximir-se da responsabilidade, pois contra si sopesariam a culpa *in vigilando* e a culpa *in iligendo*.

Chega-se a aventar o argumento de que a Administração Pública não pode livrar-se da responsabilidade subsidiária, pois teria concorrido com a inadimplência dos créditos trabalhistas, na medida em que escolheu mal a prestadora de serviços, devendo ter se informado sobre a idoneidade da empresa vencedora do processo licitatório, e omitiu-se na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada.

Assim, o artigo 71 não se compatibilizaria com o art. 1º, 37, § 6º, 170, 173 e 193, todos da Constituição Federal, pois os mesmos elegem o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade humana, a valorização do trabalho e a ordem social com o objetivo de assegurar o bem-estar e a justiça social. Deste modo, o art. 71 se afiguraria materialmente inconstitucional.

3.2 O Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

A alteração do inciso II do Enunciado se deu em razão do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, suscitado no RR-297.751/96, do qual colhe-se a seguinte passagem, citada por Jubé de Moura (2002, p. 139-146)³¹:

Embora o art. 71 da lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a

³¹ MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da Administração por débitos trabalhistas – Enunciado 331/TST – ilegalidade e inconstitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*. p. 139-146.

aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro das regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.

Di Pietro (2006, p. 231)³² comenta o Enunciado nº 331, afirmando que o mesmo só aceita como válida a terceirização da atividade-meio, pois se esta ocorrer na atividade-fim, haverá o reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços. Expõe ainda que, como regra, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando vínculo entre o tomador e o trabalhador. No entanto, cita duas exceções, em que não haveria o reconhecimento do vínculo, quais sejam, quando a contratação for realizada pela Administração direta, indireta ou fundacional e quando se tratar de contrato de vigilância, de conservação e limpeza ou de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ressaltando que nestes casos não poderão estar presentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Neste ponto, merece destaque o fato de que o Enunciado em comento reconhece a responsabilidade da Administração direta, indireta ou fundacional e não o vínculo do trabalhador com a mesma, pois assim haveria afronta direta à previsão do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Neste aspecto, com o Enunciado reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Administração, parece que TST adotou a sempre lembrada orientação do brilhante Eduardo Couture: “Luta. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Entretanto, reverbera a dúvida que se perpetua em volta da questão de o Poder Judiciário poder imiscuir-se na atividade legislativa através de Súmula.

3.3 O art. 71 da Lei nº 8.666/93 versus o En. 331 do TST

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. p. 231.

Muito se discute sobre a colisão que sofrem o § 1º do art. 71 da lei 8.666/93 e o item IV do En. 331 do TST, uma vez que o primeiro prevê a inexistência de responsabilidade da Administração, em caso de inadimplemento do contratado pelas obrigações trabalhistas, enquanto que o segundo prevê a responsabilidade subsidiária da Administração.

Daí parece límpido haver um conflito entre a norma legal e o entendimento consagrado em Súmula, pelo TST. Isto porque, enquanto a norma legal exclui qualquer responsabilidade, o Enunciado a prevê expressamente.

Há uma corrente doutrinária que é mais favorável aos interesses do trabalhador, e outra que defende a aplicação das disposições do art. 71 da lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Há autores, como Di Pietro (2006, p. 233), que são incisivos em afirmar que realizando uma interpretação sistemática concluiremos que o que aí existe é um mero conflito aparente, uma vez que o Enunciado se referiria ao contrato de fornecimento de mão-de-obra, que não é permitido, por ferir diretamente a exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Carta Magna, enquanto que o dispositivo legal aplica-se aos contratos regidos pela Lei de Licitações e Contratos, dentre os quais não se inclui o contrato de fornecimento de mão-de-obra, que se afigura ilegal. E conclui que o Enunciado não poderia sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional pelos tribunais³³

Machado Neto 1975, p. 213)³⁴ já ensinava que

embora não se possa aceitar o exagero da escola de direito justo de Hermann Kantorowicz que propugnava, em nome da justiça e da espontânea elaboração social do direito, a prática da jurisprudência *contra legem*, também não há negar que, tal como se passa em relação ao costume ab-rogatório, a jurisprudência *contra legem*, sem que possa vir a ser regra, se porém ocorre e logra vigência, ou melhor, eficácia, não há razão para negar-lhe a condição de efetivo direito. Também aqui poderíamos inquirir como da outra feita: qual será o direito de um povo, a lei que ninguém acata ou a jurisprudência, embora *contra legem*, mas que os Tribunais vêm seguindo e acatando?

Cabe questionar o argumento de que a norma do art. 71 somente se aplicaria na hipótese em que o contratado agiu dentro das exigências legais e procedimento normal de desenvolvimento de suas

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. p. 233.

³⁴ MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. p. 213.

atividades, pois ela não dirige-se exatamente à hipótese de inadimplência do contratado?

O ente público não é igual ao privado, porquanto enquanto este contrata quem ele quiser, a Administração só poderá por meio de licitação pública, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, que constituem exceções à exigência de licitação pública.

Não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer lei que obrigue os entes da Administração Pública a fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviço terceirizado. O que existe, sim, é um dispositivo legal que exclui por completo a possibilidade de responsabilização da Administração perante as dívidas trabalhistas assumidas pela empresa contratada. E o art. 5º, inciso II, da Magna Carta prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Neste diapasão, devemos observar, igualmente, que o *caput* do art. 37 do mesmo diploma consagra o princípio da legalidade como basilar da Administração Pública, de modo que a doutrina acaba por nominá-lo de legalidade estrita, onde à Administração só é lícito fazer aquilo que é expressamente previsto em lei. Hely Lopes Meirelles (2000, p. 82)³⁵ explica que

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.

Calcados nessa afirmação, se nos dirigirmos à Constituição da República, veremos que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho é privativa da União (art. 22, inciso I), assim como para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (art. 21, inciso XXIV). Assim, se a Administração, de modo amplo, passa a exigir a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas, estará implementando verdadeira fiscalização do trabalho, que refoge à sua competência, sob pena de imiscuir-se no poder de polícia do Estado.

Hodiernamente, os contratados são obrigados a manter, durante toda a vigência do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame licitatório, conforme exigência disposta no art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/93, e, entre estas, não se encontra qualquer exigência

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 82.

relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas, salvo a comprovação de inexistência da previsão do art. 7º, XXXIII, da CF, que trata da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Além do mais, não podemos deixar de aplicar uma lei sob o argumento de que ela é injusta. A lei deve irrestrito respeito à Constituição Federal, e se não for expurgada do mundo jurídico via ação direta de inconstitucionalidade, ela somente perde a vigência se for revogada ou modificada por outra lei, conforme expressa previsão do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁶.

Uma vez que se desconhece qualquer declaração do Poder Judiciário inquinando o art. 71 como inconstitucional, este é portador de constitucionalidade presumida.

Some-se a isso o fato de que o interesse público deve ser respeitado, considerando que este deve prevalecer sobre o interesse privado, conforme aclara Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 89)³⁷

... a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*.

Entendendo haver a responsabilidade subsidiária, a nosso ver, o Estado passa a atuar como uma espécie de segurador universal das empresas com que contrata, o que também vai de encontro ao interesse da maioria dos trabalhadores que não possuem esta garantia. Esta também é uma forma de fustigar a igualdade para todos, uma vez que os empregados de tais empresas estarão em flagrante privilégio em relação aos seus pares que não laboram nestas empresas. Como o Poder Público não é remédio para todos os males, não deve ser apenas para alguns, dando tratamento diferenciado a uns, em detrimento de outros.

Se aceitarmos a responsabilidade subsidiária da Administração, esta assumirá o comportamento de verdadeiro empregador, com os encargos subseqüentes, exatamente o que se busca vedar que ocorra com a terceirização. Pois assim, melhor seria que a Administração contratasse

³⁶ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 89.

diretamente os empregados para o exercício de sua atividade-meio. Ademais, condenando-se a Administração, estaremos lhe condenando ao pagamento em dobro das mesmas obrigações, vez que os encargos trabalhistas compõem o preço ofertado pelo contratado em sua proposta no certame.

A competência da Justiça do Trabalho não alcança a análise da legalidade do contrato celebrado entre a Administração Pública e a contratada, pois esta constitui matéria administrativa, não lhe tocando competência para declarar qualquer nulidade ou anulabilidade sobre estes instrumentos, com o fim de caracterizar a responsabilidade subsidiária.

Neste compasso, apesar da proteção e tratamento privilegiado que deve ser dispensado ao empregado, o Direito do Trabalho é interpretado de modo a desprezar todo o ordenamento jurídico. O papel da Justiça do Trabalho é atuar na proteção dos direitos trabalhistas no caso de tentativa de sua fraude por parte de seus empregadores.

Quando a Administração age diligentemente na contratação da empresa terceirizada, não deverá ser apenada pelo descumprimento das obrigações dessa mesma empresa, sob pena de a responsabilização ser imposta às terceirizações lícitas do mesmo modo que à ilícitas. A segurança do trabalhador hipossuficiente não pode ser promovida ao arrepio da legislação federal.

Se o tomador dos serviços tiver que exercer a fiscalização das obrigações trabalhistas, este estará se igualando ao empregador, desnaturando a essência do empregador. O que deve ocorrer é uma maior fiscalização no sentido de retirar do mercado as empresas terceirizantes que burlam os direitos trabalhistas, aperfeiçoando e dotando a União de mecanismos para esse controle mais rígido. Neste sentido, deve-se buscar o incentivo à especialização das empresas no mercado, pois aquelas que possuem objeto social extenso, abarcando um enorme rol de atividades como foco, geralmente são as que atuam de modo nefasto, em violação latente aos direitos trabalhistas dos seus empregados.

A proibição do § 1º do art. 71 deve ser entendida como proibição de transferência direta de responsabilidade trabalhista para o ente público contratante, via previsão editalícia ou contratual. A fundamentação para a responsabilização do Estado está no princípio da isonomia ou igualdade, insculpido na Constituição Federal, em seus artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, caput e

I, e 7º, XXXII. Exsurge o argumento de que não é possível que seja conferido tratamento diferenciado a um trabalhador que presta seus serviços em um ente privado e outro que presta seus serviços em um ente público, ambos através de empresa interposta. Isto porque, enquanto o primeiro poderia executar seu tomador, o segundo não poderia, ficando desamparado e gerando desigualdade injusta, que fere frontalmente o mencionado princípio constitucional.

Também nesta seara, levantamos a questão de que a supremacia do direito público deve vigorar na relação que envolve o ente público e o contratado, não atingindo o empregado, que figura como terceiro nessa relação jurídica, e não participou diretamente do ajuste. Assim, a autorização discriminatória da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não deve prosperar no que se refere ao empregado, pois a relação do contratante com ele, rege-se pelas normas do direito trabalhista.

Sobreleva ressaltar que ao contratar com empresa privada, através de licitação, a Administração deve selecionar não só aquela que oferece o menor preço, mas aquela que dispõe do melhor preço, possuindo as condições jurídicas, técnicas e econômicas de fornecer na íntegra o objeto pretendido. Para tanto, os critérios de habilitação, previstos nos artigos 27 a 37 do Estatuto de Licitações devem ser seguido de forma esmerada.

Ademais, o preço ofertado deve ser utilizado para aferir a possibilidade de a empresa cumprir com suas obrigações, atentando-se para a observância de questões como o piso salarial da categoria e preços que permitam o cumprimento de todas as demais obrigações da empresa.

Por fim, mesmo com todas as precauções apresentadas acima, é salutar que nos atentemos para o fato de que existe a possibilidade de fraude documental na comprovação das obrigações da contratada e que, não raras vezes, poderá existir. Neste caso, entendemos que a Administração não responderá subsidiariamente por tais obrigações, recaindo tal responsabilidade apenas sobre a contratada, que deverá responder por todas as implicações legais decorrentes deste ato ilícito.

3.4 A extensão e a natureza da responsabilidade da Administração Pública

A responsabilidade subsidiária é aquela que reforça a principal, desde que essa não seja suficiente para atender aos imperativos da obrigação assumida. Assim, para que a segunda responsável seja acionada, indispensável a comprovação da inadimplência ou da insolvência do devedor principal.

Há entendimento de que no caso de terceirização ilícita, o contrato de trabalho com a Administração Pública, embora inválido, em virtude da irreversibilidade do labor prestado e para que se evite o enriquecimento ilícito por parte do empregador, geraria direito apenas ao salário-mínimo e ao FGTS correspondente. No entanto, o que se tem aplicado, na seara dos tribunais trabalhistas, é a responsabilização do Estado por todas as verbas devidas em razão da relação de emprego cerrada entre o empregado e a empresa contratada.

O art. 8º da CLT prevê a aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho das regras dispostas no Direito Comum, na falta de disposições legais ou contratuais, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais daquele. A responsabilidade civil está regulada nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

O § 6º do art. 37 da Carta da República dispõe que “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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O parágrafo citado adota a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, posicionando-se pela teoria do risco administrativo, que deve resultar de ação ou omissão dos agentes estatais, independentemente de dolo ou culpa, exigindo-se tão-somente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e os atos comissivos ou omissivos dos agentes públicos, garantido ao Estado o

direito de regresso contra estes. José Afonso da Silva (2006. p. 349)³⁸ explica que

o terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo para lhe socorrer o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova: basta que comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada.

Conforme posicionamento da doutrina, a responsabilidade objetiva pressupõe também conduta comissiva, o que não se apresenta no inciso IV do En. nº 331, pois este pressupõe a conduta omissiva, que se imporia pelo dever de a Administração fiscalizar o prestador de serviços.

A culpa *in iligendo* e/ou *in vigilando* vêm a ser espécies de culpa ou responsabilidade subjetiva, caracterizadas pela imprudência, negligência ou imperícia, que por sua vez dizem respeito a ato de outrem, de terceiro, significando a falta de fiscalização e a má escolha do preposto, empregado ou representante. Isto quer dizer que somente a teoria subjetiva admite se falar em culpa; e, contrariamente, a teoria objetiva inadmitte culpa. Desta forma, por se tratar de instituto eminentemente de direito privado, não é extensiva ao âmbito da administração pública, a qual sequer possui legitimação passiva para responder por culpa subjetiva, frise-se, vez que a Constituição Federal (art. 37, § 6º), apenas concebeu responsabilidade da administração pública, em qualquer circunstância, de forma objetiva. Assim, podemos concluir que o inciso IV do Enunciado 331 do TST, é flagrantemente ilegal e inconstitucional, pois não se coaduna com os artigos 186 do Código Civil, 455 da CLT e com o Enunciado nº 363 do TST, bem como choca-se com os incisos II e XXI do art. 37, e o próprio artigo invocado para fundamentar a aplicabilidade do Enunciado 331 do TST, ou seja, art. 37, § 6º, ambos da Constituição Federal.

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária à Administração, com fulcro na culpa *in vigilando*, salientando que a ela caberia a obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais do contratado, sob pena de se desprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado, bem como os princípios norteadores da Administração Pública, em autêntica ação omissiva.

Opina-se pela inexistência de culpa *in vigilando* da Administração, pois o poder de polícia para a fiscalização das obrigações trabalhistas compete à União, e esta obrigação de fiscalizar não decorre de nenhuma norma legal,

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. p. 349.

como não decorre de previsão contratual. Carlos Ari Sundfeld (2001, p. 182)³⁹ leciona que

...quando está em pauta a responsabilidade por comportamento negativo, o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas; não se sua inação for ilícita. É que o conceito de omissão, em direito, está ligado ao de ilicitude. Sob o ponto de vista jurídico, a mera inação não configura omissão; esta só se apresenta quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte.

A responsabilidade da Administração é fundamentada no dever de gestão dos contratos. Na verdade, cria-se a presunção de negligência da Administração, ante o inadimplemento das obrigações, apoiando-o e fundamentando-o no dever de fiscalizar atribuído à Administração, que não que toca às obrigações trabalhistas, não está prevista em lei.

Remanesce ainda a necessidade de afirmarmos, que, a nosso ver, uma vez inadimplida qualquer obrigação trabalhista, o empregado deverá ajuizar ação contra sua empregadora, ou seja, a empresa contratada. Em caso de inexistência de possibilidade econômica de tal empresa para honrar com seus compromissos, o empregado deverá pleitear a desconsideração da personalidade jurídica da mesma, o que possibilitará a execução do patrimônio dos sócios que a integram.

Marçal Justen Filho (2004, p. 544)⁴⁰, ao comentar o artigo 71 da Lei nº 8.666/93, explicita:

Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

E, sobrevindo eventual condenação da Administração, esta poderá agir regressivamente contra a contratada. Por esta razão, é de grande importância a exigência de garantia real no momento da assinatura do contrato, pois, se ainda existir tempo, a Administração poderá retê-la e, assim, garantir o direito de regresso. Por esta possibilidade, é fundamental que o executor acompanhe sistematicamente a validade da garantia contratual, principalmente por ocasião de eventuais renovações contratuais, que podem passar despercebidas no que se refere à exigida renovação também da garantia real, apresentada, de início, pela contratada.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. p. 182.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 544.

Cabe destacar que o art. 27 da Lei nº 8.666/93, exige que

Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Mais adiante, no art. 29, inciso IV, quando trata da documentação relativa à comprovação da regularidade fiscal, prevê a apresentação da “prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei”.

Conseqüentemente, estas são as únicas exigências legais pertinentes às obrigações trabalhistas, que deverão ser exigidas pela Administração Pública. A não ser que se dê ampla interpretação à expressão “demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei”, não se teria como visualizar a responsabilização da Administração Pública. No entanto, a expressão citada parece referir-se muito mais à questão tributária, no pagamento dos encargos instituídos por lei.

Por fim, e com abalizado fundamento, cabe citar o entendimento de Carlos Ari Sunfeld (2001, p. 181)⁴¹, já referido acima, ao interpretar o nó górdio da responsabilização objetiva do Estado:

Pouco importa que o Estado tenha agido rigorosamente dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Se causa um prejuízo a alguém, ao aplicar o direito, é porque este é indispensável ao atendimento de certo interesse público: seria contrário à isonomia um indivíduo suportar sozinho o prejuízo gerado no interesse de todos.

3.5 O Enunciado nº 331 frente ao Enunciado nº 363 do TST

Neste aspecto, é imprescindível que tratemos da previsão do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que leciona que “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 ou exoneração”.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. p. 181.

Adiante, o § 2º traz a previsão de que “a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

O comando constitucional é taxativo, no sentido de, excetuadas as nomeações para os cargos em comissão de livre nomeação, exigir a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, coroando, assim, os princípios da moralidade e da igualdade, consagrados na Carta Constitucional.

Neste diapasão, tomando como base a previsão do item IV do Enunciado nº 331 do TST, cabe perquirir como este se amolda à previsão do Enunciado nº 363 da Egrégia Corte Trabalhista, que prevê que “a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

Este Enunciado confere direito ao trabalhador que laborou em contrato de trabalho declarado nulo, o direito à percepção dos salários do período, assim como dos depósitos de FGTS.

Sobressalta aos olhos questionar porque a Colenda Corte reconhece em um de seus entendimentos sumulares a obrigação de a Administração pagar ao trabalhador que laborou em contrato declarado nulo, o direito à percepção de salários e FGTS, enquanto que ao trabalhador que nunca teve nenhum vínculo com a Administração, reconhece o direito à percepção de todas as verbas trabalhistas?

Há de se convir que tanto o trabalhador que foi contratado irregularmente, quanto aquele que sequer foi contratado pela Administração Pública, devem receber igual tratamento do Judiciário. No máximo, poderíamos admitir que o item IV do En. nº 331, obrigasse o pagamento apenas dos salários não pagos e do FGTS.

Não parece haver dúvidas que tanto aquele que firmou contrato de trabalho nulo com a Administração, quanto o que prestou serviços a ela através de empresa contratada por meio de licitação pública, estão em absoluta condição de igualdade perante a mesma e, conseqüentemente, devendo receber igual tratamento.

3.6 A responsabilidade do executor do contrato administrativo

Considerando que os Tribunais têm adotado entendimento no sentido de decidir pela culpa *in vigilando* da Administração, consubstanciando-a no dever de gestão dos contratos, a atuação do executor do contrato revela-se imprescindível, no sentido de implementar a fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações pela contratada.

A Lei nº 8.666/93 trata, em seu artigo 67 do executor ou gestor dos contratos, estabelecendo que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”.

O art. 6º do Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Federal direta, autárquica e fundacional também traz a previsão de indicação de um gestor, que possui como função o acompanhamento e a fiscalização do contrato.

Daí se infere a exigência de que cada contrato administrativo celebrado conte com a figura de um executor para fiel acompanhamento de sua execução, em homenagem à supremacia do interesse público sobre o privado, assim como à obediência aos princípios norteadores da Administração Pública.

Para o cumprimento de suas obrigações no acompanhamento da execução contratual, o gestor deverá articular-se com todos os atores envolvidos no processo de licitação, desde a elaboração do projeto básico, a esmerada caracterização do objeto, atuando em parceria com o setor jurídico, financeiro e técnico. Granziera (2007, p. 410)⁴² ressalta que não é necessário que o executor tenha amplo conhecimento a respeito de todas essas questões, exigindo-se dele apenas o conhecimento das questões essenciais que circundam o contrato, mas é essencial que ele solicite, em tempo hábil e no

⁴² GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. *Boletim de Direito Administrativo*. p. 410.

momento adequado, a solução de problemas para as áreas específicas e sobre os quais não detém conhecimento.

Destaca-se também que o executor deve ter como premissa que o processo administrativo é formal, não admitindo acertos informais entre a Administração e a contratada. Por conseguinte, o gestor deve documentar todas as ocorrências, providenciando para que conste do processo toda a história probatória. Essas precauções podem ser fundamentais no futuro, quando questionado sobre qualquer coisa do processo, principalmente pelos órgãos de controle. Com este entendimento, a autora supramencionada leciona (2007, p. 413)⁴³:

Nem todas as pessoas ligadas à gestão do contrato têm idéia de que aquele processo vai poder, sim, ser submetido ao controle do Judiciário, ao controle do Ministério Público; então, o gestor tem que pensar de antemão no caso de uma auditoria, no caso de um pedido de esclarecimento de qualquer órgão de controle da Administração Pública. Essa idéia do futuro tem que passar pela atuação do gestor, que deve formalizar, explicar, indicar, seja com ata de reunião, seja com troca de cartas, todas as ocorrências que ensejaram muitas vezes até a alteração do objeto.

No mesmo sentido, o executor deve fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, verificando, por exemplo, se os empregados estão com a carteira de trabalho assinada, se gozaram férias, se estão utilizando os equipamentos de segurança ou de medicina do trabalho, quando necessário, enfim, deve acompanhar a execução do contrato no que se refere às obrigações trabalhistas, assim como às demais responsabilidades. Imprescindível destacar que o executor deve procurar manter contato apenas com o preposto da contratada, evitando tratar com seus empregados, sob pena de futuramente caracterizar-se o vínculo empregatício.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a Administração pode exigir, a cada liberação de pagamento pelos serviços contratados, a apresentação de comprovante de quitação da empresa de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias⁴⁴.

Se o executor desenvolve sua função de forma a não observar o cumprimento das obrigações pelo contratado estará atuando de forma omissiva, gerando a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF.

⁴³ *Id. ibid.* p. 413

⁴⁴ STJ. AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.352. Rel. Min. Edson Vidigal. DJU 9.2.2005.

Jacoby Fernandes (2002, p. 79)⁴⁵ expõe com maestria a situação em que o executor é posto:

Executor do contrato é o agente da Administração responsável pela fiscalização e fiel acompanhamento do ajuste, constituindo-se em verdadeiro preposto. Os órgãos de controle, mais recentemente, têm procurado questionar e responsabilizar os executores dos contratos imperfeitos, de obras inexistentes, de desperdícios e erros na execução. Não raro, é nomeado executor do contrato um agente de escritório que jamais fiscaliza o serviço ou não detém capacidade técnica para promover com eficácia o acompanhamento do ajuste. Alguns órgãos chegaram a criar uma espécie de executor de contratos, como uma função sobre cujo ocupante recairia a responsabilidade de atestar todas as faturas, num verdadeiro absurdo. Atestar uma fatura, como todo ato administrativo, faz atrair a responsabilidade pela regularidade e fidelidade das declarações e coloca o agente que o pratica diante do ônus de arcar com as provas de suas declarações.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no decorrer do trabalho temos que considerar, primordialmente que o Direito, cujo arcabouço teórico não responde mais à complexidade atingida pelas relações sociais do século XXI, tem a árdua tarefa

⁴⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Comentando as Licitações Públicas. *Série Grandes Nomes*. p. 79.

de construir novos modelos para fundamentar as mudanças na seara específica das terceirizações.

Neste caminhar, vimos que a terceirização surgiu como uma forma pioneira de externalização das atividades pela Administração Pública, sofrendo, inicialmente, intensa rejeição da doutrina e dos tribunais trabalhistas. No entanto, com o passar do tempo, considerando que sua prática foi se intensificando, não restou alternativa aos tribunais, senão reconhecê-la, sob o manto da legalidade, desde que atendidos preceitos mínimos, garantidores, fundamentalmente, dos direitos trabalhistas envolvidos em tais contratos.

Na Administração Pública, a terceirização passou a ser utilizada como forma de redução de sua ampla estrutura, uma vez que as atividades-meio passaram a ser terceirizadas, enquanto os entes estatais mantiveram apenas a execução de suas atividades-fim, sendo que a existência de quadro funcional próprio em determinada atividade, atua como impeditivo da terceirização, sob pena de burla à previsão do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, que prevê a necessidade de concurso público para ingresso nos quadros da Administração.

Sendo assim, concluímos que a terceirização consiste no processo, por meio do qual uma tomadora contrata uma empresa prestadora de serviços para o exercício de atividades secundárias, que não constituem seu objeto principal. Poderá ocorrer tanto para a produção de bens como para a prestação de serviços, assumindo em determinadas atividades até a possibilidade de utilização nas atividades-fim.

No âmbito da responsabilização pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, entendemos que essa só deverá ser aplicada no caso de terceirização ilícita, pois aí está presente a pessoalidade e a subordinação do empregado à Administração Pública, características do contrato de trabalho.

Entretanto, se tiver sido implementada licitação pública, que obedeceu a todas as previsões legais, *data máxima vênia* àqueles que defendem entendimento diferenciado, somos da opinião de que não subsiste no atual ordenamento jurídico abertura para a responsabilização do Estado.

Ressaltamos que a obrigação de a Administração Pública fiscalizar se restringe às verbas previdenciárias e ao FGTS, não se referindo às verbas trabalhistas. Outrossim, cabe destacar que em razão das decisões

lavradas pelas Cortes Trabalhistas de todo o país, que fundamentam a responsabilidade subsidiária da Administração na culpa *in vigilando*, com a qual não concordamos, pelos fundamentos esposados no decorrer do presente trabalho, opinamos pela verificação contumaz a ser realizada pelos administradores públicos, mormente os executores dos contratos administrativos, quanto à idoneidade econômica da empresa contratada, exigindo-se, inclusive, a garantia contratual, como forma de prevenção de futuras responsabilizações.

Inferimos ainda que não cabe suscitar a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, pois neste não estão presentes os requisitos da responsabilidade objetiva, prevista no § 6º do art. 37 da Carta Republicana, quais sejam, a configuração de um dano, a existência de uma ação ou omissão voluntária e o liame entre ambos, pois a relação existente é entre a Administração e a empresa contratada e não entre a Administração e o empregado da contratada.

Assim, indispensável ressaltar que a Administração deve sempre buscar a realização dos princípios da Administração Pública, não descurando-se da qualidade do produto final, pois os serviços prestados pela Administração Pública assumem extrema relevância, na medida em que atendem as necessidade da coletividade.

O alerta deste trabalho é focado principalmente na necessidade premente de um arcabouço legal que privilegie o tratamento contumaz da terceirização no estado brasileiro, uma vez que grande parte das controvérsias existentes no âmbito deste instituto são gerados pelos recortes legislativos que foram criados ao longo do tempo. Assim, evitaríamos o confronto de princípios norteadores do Direito e que acabam por colidir-se, gerando instabilidade e fraqueza ao sistema.

Desta forma, pelo que expomos no decorrer das linhas pretéritas, esperamos ter contribuído para acrescentar ao ordenamento jurídico apenas um sinal, uma esperança, de que podemos lutar para mudar a realidade, de que é possível buscar nossas próprias idéias e defender nossa tese (mesmo que achemos que isso é quase uma penúria intelectual), porque o maior favorecido com todas essas colocações e idealizações seremos nós mesmos, na construção de uma sociedade mais justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT Comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ASSE, Vilja Marques. Terceirização no Serviço Público. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 21, nº 250, p. 35-52, out. 2004.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das leis do trabalho*. 31 ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. 2 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Responsabilidade Fiscal: questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo*. 2 ed. rev. atual. ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Comentando as Licitações Públicas. Série Grandes Nomes*. Nº 2. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII. Nº 04. São Paulo: Editora NDJ, abr 2007. p. 409-416.

HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da Administração por débitos trabalhistas – Enunciado 331/TST – ilegalidade e inconstitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*. Brasília, vol. 8, nº 4, p. 139-146, abril 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUES PINTO, José Augusto; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertórios de Conceitos Trabalhistas*. Vol. I. São Paulo: LTr, 2000. p. 500.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. 2 tir. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.