

RESUMO

O tema proposto tem como objetivo o estudo da terceirização no âmbito da Administração Pública, abrangendo a doutrina e a jurisprudência trabalhista. Optou-se por dividir a pesquisa em sete capítulos. O primeiro capítulo apresenta alguns dos conceitos da doutrina, bem como apresenta um breve relato histórico do fenômeno da terceirização. O segundo capítulo apresenta um panorama legal da terceirização no segmento público. O terceiro capítulo trata dos limites legais e dos princípios constitucionais que regulam a terceirização de serviços públicos. O quarto capítulo enfoca a responsabilização patrimonial da Administração Pública pelos haveres trabalhistas da empresa contratada, com ênfase no entendimento dominante da jurisprudência trabalhista acerca da responsabilidade subsidiária da entidade estatal nas terceirizações ditas lícitas. O quinto capítulo trata da inclusão dos valores dos contratos e terceirização nos limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Por fim, o sexto capítulo enfoca a importância da fiscalização do contrato de terceirização pelo agente público como prevenção da responsabilização patrimonial da Administração Pública pelos encargos trabalhistas da contratada.

Palavras-chave: Terceirização de Serviços, Administração Pública, Licitação, Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública, Jurisprudência Trabalhista, Responsabilidade Subsidiária, Lei de Responsabilidade Fiscal.

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO.....	7
1. TERCEIRIZAÇÃO – CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL.....	9
2. PANORAMA NORMATIVO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
3. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO – LIMITES LEGAIS E PRINCIPIOLÓGICOS.....	17
4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINSTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS.....	22
5. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO SETOR PÚBLICO E LIMITE DE DESPESAS COM PESSOAL.....	34
6. AGENTE PÚBLICO – FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	37
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS.....	43

INTRODUÇÃO

É inegável que a terceirização de serviços é uma eficiente técnica de diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou serviço, de modo a tornar a empresa mais competitiva, alavancando assim o seu crescimento, ainda que em meio há um mercado cada vez mais voraz, por conta da globalização.

Não há como deixar de reconhecer, ainda, que com o aparecimento do fenômeno da terceirização houve um significativo aumento na demanda de empregos, em razão do surgimento de um novo segmento empresarial, no caso, formado pelas empresas prestadoras de serviço.

A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), que há tempos vinha recomendando a supressão progressiva das agências de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos (Convenção nº 34, de 1933, Convenção nº 96, de 1949, e a Convenção nº 122, de 1965), na Convenção nº 161 – ratificada e promulgada em nosso país pelo Decreto nº 127, de 23 de maio de 1991, ao falar sobre serviços de saúde do trabalho, no seu artigo 7º, permitiu que estes serviços sejam organizados para uma só ou para várias empresas, o que em última análise implica na terceirização pelas empresas das atividades de assistência médica.

Na atualidade não só as atividades tidas como acessórias, como por exemplo limpeza e conservação, telefonia, alimentação, transporte de funcionários, vigilância, ou atividades-meio, tais como manutenção de máquinas, contabilidade, departamento pessoal etc, são terceirizadas, mas também as atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como por exemplo acontece na indústria automobilística, que apenas se encarrega da montagem do automóvel, delegando às outras empresas a fabricação das peças.

Todavia, não há como negar que a terceirização no âmbito do Direito do Trabalho, trata-se de um mecanismo anômalo de contratação de força de trabalho, que foge à fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, retratada nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

E o que dizer então da terceirização na Administração Pública, setor em que a contratação de servidores para as atividades de cunho permanente é

precedida tanto de uma autorização legal, que criou os cargos ou os empregos públicos, quanto da exigência legal prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, consistente na realização de concurso público para o seu preenchimento, cabendo as instituições privadas participar tão somente com as atividades acessórias - que não existam dentro da organização administrativa do órgão ou entidade pública - de apoio ao desenvolvimento de atividades próprias da Administração.

Essa restrição ao processo terceirizante no setor público, no entanto, não impediu a utilização desvirtuada e irregular pelos vários órgãos da Administração Pública direta e indireta do instituto da terceirização. Isto é, empregados de empresas privadas que desempenham atividades, de cunho permanente, nas dependências do órgão público.

De outro turno, como fica a situação do trabalhador não concursado que despendeu sua força de trabalho em prol da Administração Pública? Deverá ser indenizado, ainda que não possível o reconhecimento do vínculo de emprego com o ente público? Ou simplesmente não receberá nenhuma contraprestação, haja vista a nulidade do contrato de trabalho, em razão do não cumprimento da exigência constitucional da prévia aprovação em certame público.

Não bastasse isso, há também aquelas situações em que embora formalmente lícita a terceirização, a empresa responsável pela locação de mão-de-obra acaba por não cumprir com suas obrigações trabalhistas.

Isso tudo tem implicado em número cada vez maior de indenizações trabalhistas, e o cotidiano do Judiciário Trabalhista demonstra que a responsabilidade do inadimplemento pelas prestadoras de serviços, na maioria das vezes acaba sendo suportado apenas pelo Estado.

Não é demais lembrar que no serviço público a terceirização, além de ser utilizada como forma de viabilizar uma maior concentração na prestação dos serviços essenciais e de racionalizar toda a estrutura, coloca-se também como uma necessidade premente de diminuição dos custos.

Entretanto, na busca de alternativas para diminuição dos gastos, a terceirização no serviço público tem se mostrando uma enganosa solução para o problema.

Nesse panorama, o presente estudo tem por objetivo apresentar uma revisão bibliográfica acerca das vantagens e desvantagens da terceirização na administração pública, com ênfase na realidade vivenciada, até agora, pelo Judiciário Trabalhista, pois muito embora a terceirização já remonte nossa história, ela ainda não sofreu a devida regulamentação.

1. TERCEIRIZAÇÃO - CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CULTURAL

Maurício Godinho Delgado explica que a expressão terceirização tem sua origem na palavra terceiro, compreendido como intermediário, terceiro, interveniente.¹

Ainda, no dizer desse autor, terceirização é um neologismo construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.²

Nesse sentido também aponta Pedro Vidal Neto, quando diz tratar-se a terceirização de um neologismo que designa a divisão do processo produtivo entre a empresa que o promove e outras que fornecem parte dos componentes ou serviços necessários à obtenção do produto final e à sua colocação no mercado.”³

Para Cavalcanti Junior a terceirização é vista como, “(...) um processo através do qual uma empresa repassa a outra empresa um determinado serviço ou a produção de um determinado bem, objetivando alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos.”⁴

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed., São Paulo: Ltr, 2006, p. 428.

² Idem.

³ VIDAL NETO, Pedro. “A terceirização perante o direito do trabalho”. In MALLETT, Estevão & ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim, coord. **Direito e processo do trabalho**: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo. LTr, 1996. p. 91.

⁴ CAVALCANTI JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: Ltr, 1996. p. 10.

Já Sergio Pinto Martins conceitua-a como sendo, “(...) um método de gestão em que uma pessoa jurídica pública ou privada transfere, a partir de uma relação marcada pela mútua colaboração, a prestação de serviços ou fornecimento de bens a terceiro estranho aos seus quadros.”⁵

Ainda, no entender deste autor, o fenômeno da terceirização, sob o ponto de vista jurídico, pode ser entendido como, “(...) uma das formas adotadas para flexibilizar as relações laborais, sacrificando, em nome da busca de uma maior eficácia econômica, os direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.”⁶

Historicamente, o processo da terceirização surge com a participação dos Estados Unidos da América na segunda guerra mundial, momento em que o setor industrial bélico norte americano viu-se obrigado a se concentrar exclusivamente na atividade principal de desenvolvimento e produção de armas e assim passou a delegar algumas atividades para empresas prestadoras de serviços, consolidando-se na década de 50, principalmente na indústria.⁷

No Brasil, o fenômeno da terceirização, começa a ser praticado a partir da vinda das empresas multinacionais, em especial as do setor automobilístico, nas décadas de 50, impulsionada no final da década de 60 no setor de serviços, em grande parte pelas empresas de limpeza e conservação e de segurança bancária.⁸

Em razão disso, Maurício Godinho Delgado conclui que “(...) a terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil.”⁹

De certa forma, isso explica o porquê de a Consolidação das Leis do Trabalho, em sintonia com o modelo econômico e social vigente no Brasil da década de quarenta, época de sua edição, ter se mantido fiel ao modelo clássico de relação empregatícia bilateral, com menção de apenas duas formas de subcontratação de mão de obra, empreitada e subempreitada.

⁵ MARTINS, Sergio Pinto, **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 122.

⁶ Ibidem, p. 39.

⁷ LEIRA, Jerônimo Souto, SARATT, Newton Dornelles, **Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial**. 8. ed. São Paulo: Gente, 1995. p. 22.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto, *Op. Cit.*, p. 15/16.

⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 429.

No setor público, a prática da terceirização começa a ganhar mais prestígio a partir da derrocada do Estado de Bem-Estar Social e com o surgimento da proposta do Estado mínimo, idéia que encontrou eco na opinião pública, que cansada da ineficiência dos serviços, da corrupção generalizada em todo o aparelho estatal, do nepotismo e do desperdício do dinheiro público, exigiu uma reformulação do Estado, o que culminou com o renascimento do Estado Liberal.¹⁰

Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos, esse processo tem início na década de 80 na Grã-Bretanha, por meio do programa neoliberal introduzido por Margaret Thatcher, e, nos Estados Unidos, através do governo republicano de Ronald Reagan.¹¹

Ainda, de acordo com essa autora, a estrutura-mestra dessa reforma consistia em retirar do Estado a responsabilidade pela execução direta do papel de produtor de bens e serviços, aumentando, assim, a participação do setor privado na vida pública:

“A diminuição do tamanho do Estado é a tônica do discurso privatizante inserido no contexto da reforma. Objetiva-se edificar um Estado ‘enxuto’, reduzindo ao máximo o exercício por ele de atividades econômica. Essa reforma atinge também a prestação de serviços públicos que são repassados à iniciativa privada. O mundo assiste, assim, a venda de ativos do Estado e ao renascimento das concessões de serviços públicos. Busca-se, dessa forma, no caso das economias do Terceiro Mundo, fazer com que o Estado esteja capacitado a atrair capitais internacionais a ser investidos no setor produtivo. Agências multilaterais de desenvolvimento têm condicionado a liberação de recursos à adoção de ajustes estruturais no aparelho estatal”.¹²

A privatização, em seu sentido amplo, significa toda medida adotada pelo Estado para diminuir o seu tamanho, com vistas à agilização de suas atividades, que devem restringir-se ao desempenho de funções típicas do poder público.

Ressalva-se que não há unanimidade na doutrina, quanto ao conceito de privatização que, aliás, é um conceito em evolução como assinalam os estudiosos. Mas, pode-se dizer que, em seu sentido genérico, ela abrange a desregulação, a desestatização, a desmonopolização, a concessão ou permissão de serviço

¹⁰ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo. Ltr, 2001, p. 36.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

público e a parceria com o setor privado, por meio de convênios ou contratos para execução de obras e serviços. Em seu sentido restrito, a privatização significa transferência de ativos ou do controle acionário de empresas estatais para o setor.

No Brasil, por sua vez, o programa de reformas timidamente ensaiado desde o final da década de 70, com o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979 e Decreto nº 86.215, de 15 de julho de 1981), é implementado apenas nos anos 90, a partir do Programa Nacional de Desestatização - Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.¹³

Posteriormente, presente a idéia de privatização em seu sentido amplo ou genérico e acompanhando a mesma tendência verificada em outros países da América Latina, o governo Fernando Henrique edita a Medida Provisória nº 841, de 19 de janeiro de 1995, dispositivo legal que incorporou ao conceito de desestatização, a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

Através desses instrumentos, inicia-se no Brasil um intenso processo de desestatização. Busca-se com isso uma sensível diminuição da máquina administrativa. Para tanto, ao lado da venda de ativos do Estado, o governo passa a promover diversas formas de parceria que buscam aproximar os setores público e privado.

Sedimenta-se, assim, no setor público, o fenômeno da terceirização, e se para os tecnocratas isso era visto apenas como uma consequência natural do modelo político-econômico mundial vigente - crise do Estado Social de Direito e globalização da economia, sob o ponto de vista dos operadores do direito em geral, a terceirização ainda é vista com certa desconfiança, pois a prática tem demonstrado que são muitos os casos em que, sob o manto da terceirização, empresas inidôneas se escondem para se livrarem dos encargos trabalhistas, bem como para não cumprir com suas obrigações previdenciárias e fiscais.

2. PANORAMA NORMATIVO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira, *Op. Cit.* p. 37.

Embora a terceirização, na sua gênese, tenha sido concebida como uma forma de reorganização administrativa destinada ao setor privado, as primeiras normas voltadas para a terceirização no Brasil dizem respeito ao segmento estatal: Decreto-lei n. 200/67 - que estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa, entre as quais a descentralização das atividades da Administração Federal através da contratação junto à iniciativa privada de serviços meramente executivos, e operacionais (art. 10, § 7º); e Lei 5.645/70 - que exemplificou de forma expressa algumas hipóteses de “tarefas executivas” passíveis de terceirização (atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpezas e outras assemelhadas - art. 3º).

Ari Pedro Lorenzetti assevera que isso ocorreu porque, “(...) enquanto na esfera privada os contratos de prestação de serviços ainda sofriam restrições, no âmbito da Administração Pública, a partir do final da década de sessenta, o legislador passou a estimulá-los, visando, com isso, conter o crescimento da máquina administrativa.”¹⁴

Observe-se, entretanto, que antes da edição do Decreto-lei nº 200/67, já havia regulação normativa da terceirização no mercado privado através dos Decretos-leis nº 1.212 e 1.216, de 1966, substituídos mais tarde, pelo Decreto-lei nº 1.034/69. No entanto, referida legislação era restrita à vigilância bancária.

O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que como visto tratou da Administração Federal, bem como estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa, incluindo a administração direta, autarquias e empresas públicas federais, assim dispôs acerca da matéria:

Art. 10. A execução das atividades da Administração deverá ser amplamente descentralizada.

...

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato,

¹⁴ LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2003, p. 269.

desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada e desempenhar os encargos da execução.

Como se percebe do dispositivo legal acima, o Decreto-lei n. 200/67 acabou por não definir quais atividades poderiam ser terceirizadas, o que fez com que o legislador editasse a Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970, cujo art. 3º, parágrafo único, assim dispôs:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Sergio Pinto Martins esclarece que as atividades descritas no parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645 têm caráter apenas exemplificativo, pois a lei usa a expressão “e outras atividades assemelhadas”. Logo, segundo esse autor, “(...) outras atividades poderiam ser contratadas mediante execução indireta.”¹⁵

Já no entender de Maurício Godinho Delgado¹⁶, o rol lançado pelo referido diploma normativo, não obstante ser meramente exemplificativo, consignava tão somente atividades de apoio, meramente instrumentais ou as chamadas atividades-meio.

A posterior Lei nº 5.845, de 6 de dezembro de 1972, em seu § 2º do art. 2º, vedou a “contratação, ou respectiva prorrogação, de serviços, de qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no § 7º do art. 10 do Decreto 200, de 25-2-67, bem como a utilização de colaboradores eventuais, retribuídos mediante recibo, para execução de atividades compreendidas no Grupo de Serviços Auxiliares”.

No entanto, conforme bem observa Sergio Pinto Martins, “Como a Lei Complementar n. 82, de 27 de março de 1995, limita os gastos com servidores a 60% da receita, a terceirização representa uma forma de continuidade da prestação de serviços, não pelo funcionário, mas por empresa terceirizada”.¹⁷

¹⁵ MARTINS, Sergio Pinto, *Op. Cit.*, p. 144.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho, *Op. Cit.*, p. 433.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto, *Op. Cit.*, p. 145.

Com efeito, para o Administrador Público é muito mais descomplicado contratar empresas terceirizadas do que empregados. Caso contrário, precisaria limitar seus gastos com funcionários a 60% da receita.

Soma-se a isso o fato de que nos termos do § 1º do art. 18 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000¹⁸, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como outras despesas de pessoal.

Na Constituição Federal, o artigo 37, inc. XXI, dá o fundamento para que a terceirização, enquanto contrato de prestação de serviços, possa ser viabilizada nos limites do exercício da atividade da Administração Pública. O inciso em questão, especifica que, ressalvados os casos fixados em lei, as obras, serviços, compras e alienações se submetem à contratação mediante processo de licitação pública.

Há que se observar também o que diz Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Referida legislação, no *caput* do art. 1º, estabelece que “(...) 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”. Em seguida, no § 1º, relaciona quais atividades serão, de preferência, objeto de execução indireta, a saber conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Logo, além dos serviços indiretos de vigilância, limpeza e conservação, outras atividades também podem ser objeto de um contrato administrativo de prestação de serviço.

¹⁸ “Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º Os valores dos contratos de

Por outro lado, o § 2º do artigo referido, veda a execução indireta das atividades inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Atualmente, a prestação de serviços por execução direta ou indireta para obras e serviços, poderá se dar por intermédio do processo de terceirização, no amparo dos artigos 6º, II¹⁹, 10²⁰, e 13²¹ da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

No entanto, há hipóteses de contratação de terceiros pela Administração Pública que encontram fundamento na própria Constituição da República, como é o caso da terceirização da Saúde:

“(...) Permite o art. 197 da Lei Maior que a execução das ações e serviços de saúde seja feita tanto diretamente pelo Poder Público, como mediante contratação de terceiros, inclusive por pessoa física ou jurídica de direito privado. O art. 198 indica que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado conforme várias diretrizes, entre as quais a descentralização, com direção única em cada esfera de governo. O § 1º do art. 199 da Lei Maior dispõe que ‘as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativos’. Assim, os serviços podem ser delegados ao particular, como forma de atender à determinação constitucional de descentralização das ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, essa delegação será feita de forma complementar ao sistema de saúde governamental. Pode haver a

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

¹⁹ “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:.....II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”.....

²⁰ “Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - execução direta; II - execução indireta, nos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) (Vetado) (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) d) tarefa; e) empreitada integral. Parágrafo único. (Vetado) (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

²¹ “Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994); IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico; VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

terceirização de serviços de saúde, como de hemocentros, exames médicos, consultas, patologia clínica, serviços de laboratórios etc.”²²

Impende destacar, contudo, que no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra, não tem guarida, nem mesmo com base na Lei nº 6.019, que trata do trabalho temporário.

Isso porque, segundo esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Constituição, no artigo 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público, enquanto que a única hipótese em que se poderia enquadrar a contratação temporária, sem concurso, seria aquela prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, que prevê a “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.²³

Registre-se que o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispunha sobre licitações e contratos na Administração Federal, e bem assim permitia que fosse feita a contratação de terceiros para execução de obras ou serviços, foi posteriormente revogado pela Lei 8.666/93.

A propósito da terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, merece destaque, outrossim, a determinação contida no art. 3º do Decreto 2.271, de 7-7-97, no sentido de que o objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.²⁴

3. TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO - LIMITES LEGAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

²² MARTINS, Sergio Pinto. *Op. Cit.*, p. 155.

²³ DI PIETRO, Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

²⁴ Decreto 2.271/97, artigo 3º: “O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.”.

A Administração Pública quando decide terceirizar deve buscar no setor privado uma empresa idônea, que venha a estabelecer uma relação de colaboração e incremento, sem que isso constitua fraude ao contrato de trabalho.

Para tanto, em primeiro lugar, é necessária a observância do processo licitatório disciplinado na Lei n. 8.666 de 21-6-1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e, por conseguinte, o que dispõe o *caput* do art. 3º, que assim dispõe:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo que lhes são correlatos”.

No entanto, é perfeitamente possível que de um processo licitatório formalmente válido surja um contrato de prestação de serviços cujo objeto, na realidade, revele uma terceirização ilícita.

Isso ocorre porque o procedimento licitatório somente examinará as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse sentido, Dora Maria de Oliveira Ramos, esclarece que:

“A Lei n. 8.666, de 1993, instituidora de normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, e também diploma legal autorizador da contratação junto a terceiros de serviços necessários ao desenvolvimento das atividades administrativas. Ocorre que, a despeito dessas normas de autorização genérica, a terceirização estará, a princípio, vedada se existirem dentro da organização administrativa do órgão ou entidade pública cargos criados para o exercício daquelas atividades passíveis de terceirização.”²⁵

Na Administração Pública, dúvidas serão também colocadas à regularidade do processo se o contrato envolver, por exemplo, a prestação de mão-de-obra cuja atuação coincida com a atividade-fim da tomadora dos serviços:

²⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 132.

Dora Maria Ramos de Oliveira²⁶ cita como exemplo desse quadro a contratação de professores para uma escola ou médicos para um hospital por meio de instrumentos terceirizantes.

Logo, a conclusão a que se chega é que não se pode transformar atos de qualificação ou a simples realização do procedimento licitatório como meios capazes de resolver qualquer patologia de fundo relativa ao próprio objeto do contrato administrativo ou vínculo firmado com o terceiro.

Relevante falar-se então acerca dos limites da terceirização.

Conforme os ensinamentos de Sergio Pinto Martins a terceirização lícita, “(...) é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego.”²⁷ Já a terceirização ilegal ou ilícita, segundo esse mesmo autor, “(...) é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.”²⁸

Consoante exposto anteriormente, a contratação de serviços de terceiros é admissível apenas e tão-somente para atividades acessórias e complementares da Administração Pública, tendo como fundamento o artigo 10º, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67²⁹, bem como os artigos 6º, II, 10 e 13 da Lei nº 8.666/93, combinados com o § 1º do artigo 1º do Decreto nº 2.271/97³⁰ que apresenta exemplificadamente algumas atividades que podem ser objeto de um contrato administrativo de prestação de serviços, como limpeza, segurança vigilância, transportes, informática dentre outros.

²⁶ Ibidem, p. 71.

²⁷ MARTINS, Sergio Pinto, *Op. Cit.*, p. 158.

²⁸ Ibidem, p. 158.

²⁹ Decreto-lei nº 200/67, artigo 10, § 7º: “Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução;”.

³⁰ “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. §1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

Por conseguinte, as atividades que, por força do ordenamento, foram reservadas ao Poder Público, para exercício por servidores efetivos, designadas comumente como atividades-fim da Administração Pública, devem permanecer sob a égide do regime jurídico de direito público, com prestação por órgãos ou por entidades públicas da Administração Indireta.

Dessa forma, a Administração Pública não poderá terceirizar atividade que lhe é essencial ou serviços que lhe são peculiares, como de Justiça, segurança pública, fiscalização, diplomacia, etc.

Relevante sublinhar também que não podem ser objeto de terceirização funções que não tenham correspondentes efetivos na estrutura de cargos e salários, ainda que meramente acessórias.

Observe nessa linha, o que nos informa a lição de Dora Maria de Oliveira Ramos:

“O princípio subjacente à lógica da terceirização é de que existe uma série de tarefas que o Estado pode dirigir sem as executar diretamente. Isso não significa, no entanto, que todas as atividades materiais acessórias possam ser indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas. Nessa hipótese, ainda que constitucionalmente admissível, a terceirização da atividade estará inviabilizada, fugindo ao poder discricionário dos administrados a sua implantação.”³¹

O cuidado que se impõe, portanto, é o de evitar a contratação de empresa privada pelo Poder Público para a realização de serviços os quais consubstanciam atividades inseridas em competências de cargos públicos regularmente providos.

Quando se fala em terceirização ou contratação de empresas para prestarem serviços indiretos, além da legalidade, há de se observar também a eficiência, a eficácia e a efetividade.

Sublinhe-se que eficiência e eficácia são qualidades distintas, enquanto que a efetividade resume-se na soma desses dois fatores:

“A ciência da administração ensina que eficiência não se confunde com eficácia. Enquanto eficiência está relacionada com excelência dos *meios* utilizados para consecução dos objetivos, a *eficácia* refere-se ao

³¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 130.

resultado, aos *fins* efetivamente perseguidos. Da conjugação desses fatores surge o conceito efetividade, obtida com a adequação de meios e fins. Assim a eficiência corresponde a otimização dos meios; a eficácia, à consecução do fim esperado ('fazer a coisa certa') e a efetividade corresponde à conjugação desses dois fatores, 'fazendo a coisa certa de maneira certa'".³²

Dora Maria de Oliveira Campos, ao tratar dos princípios regedores do serviço público, afirma que, "Em linhas gerais, os princípios doutrinariamente apontados como integrantes do regime jurídico dos serviços públicos são o da igualdade, dos usuários perante o serviço, o da continuidade, da mutabilidade do regime, da eficiência, da generalidade e seu corolário, que é o da modicidade."³³

O princípio da eficiência, incluído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, compõe o rol dos princípios constitucionais que regulam a Administração Pública.

Nas palavras de Marino Pazzaglini Filho, o administrador público, "(...) no exercício de ações administrativas, tem o dever jurídico de, ao cuidar de uma situação concreta, escolher e aplicar, entre as soluções previstas ou autorizadas em abstrato pela lei, a medida eficiente para obter o resultado desejado pelo corpo social."³⁴

Atuando como limite à terceirização, a doutrina mais abalizada defende a linha de raciocínio segundo a qual a eficiência da Administração não será obtida tão-só pela adoção de meios privados de gestão.

Nesse sentido, muito importante é a avaliação crítica de Dora Maria de Oliveira Ramos, fazendo remissão aos ensinamentos de John Donahue³⁵ e Gomez Acebo & Pombo³⁶:

³² Ibidem, p. 136.

³³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 105.

³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário. São Paulo: Atlas, 2000, p. 32.

³⁵ DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Trad. José Carlos Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Eitor, 1992, p. 252.

³⁶ GOMEZ ACEBO & POMBO. **Teoria y práctica de las privatizaciones**. Madri: McGraw-Hill, 1997, p. 25.

“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 que se coaduna com o interesse público. Nesse aspecto, muitas vezes a execução direta de dada atividade pela própria Administração não está presa a critérios imediatistas de obtenção de maior vantagem, envolvendo fatores como confiança no prestador do serviço ou proteção de outros valores socialmente relevantes (como o aumento do nível de emprego, por exemplo).”³⁷

Lembra-nos, ainda, a autora, que atualmente na iniciativa privada tem-se observado o fenômeno da “desterceirização”, já que várias empresas perceberam que as desvantagens do processo terceirizante são muito grandes, citando como exemplo o pouco preparo do pessoal terceirizado, o que acaba refletindo diretamente na qualidade do produto.

Não há dúvida de que a eficiência é um princípio que deve ser seguido e aplicado. Todavia, a Administração Pública ao buscar a eficiência não deve sobrepujar os demais princípios, em especial o princípio da legalidade, condição *sine qua non* do Estado de Direito.

Assim, no âmbito da terceirização, o que se espera é que o administrador público esteja sempre atendo a essa coordenação de fatores, atuando para obter, dentro dos limites da lei, o melhor resultado possível para a sociedade.

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS DA PRESTADORA DE SERVIÇOS

No setor privado, a contratação irregular de trabalhador por empresa interposta, hipótese de terceirização irregular, implica geralmente na caracterização do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

No que se refere à Administração Pública tal assertiva não se verifica, na medida em que há disposição expressa na Constituição Federal (art. 37, inc. II) proibindo a mencionada caracterização de vínculo de emprego, sem que antes tenha havido a prévia aprovação em concurso público.

O artigo 1.518 do Código Civil de 1916, já apontava para a responsabilidade solidária da Administração Pública para com a prestadora dos

³⁷ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 140.

serviços, tendo em vista a prática de ato ilícito, disposição esta que restou mantida no atual Código Civil, no artigo 942.

Assim, frente a impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, a solução jurídica repousa na responsabilização solidária desta pelos eventuais direitos trabalhistas sonegados, o que se faz com fundamento no citado art. 942 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 942. Os bens responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

No entanto, para que se reconheça a responsabilidade solidária, é necessário que estejam presentes os requisitos da subordinação e pessoalidade em relação ao tomador, pois segundo a lição de Ari Pedro Lorenzetti, “(...) esses são os verdadeiros requisitos para que se considere ilícita a terceirização, mesmo que efetivada em típica atividade-meio.”³⁸

Dentre esses requisitos o entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula nº 331 do TST destacou a subordinação direta e pessoalidade como determinantes para a caracterização da relação de emprego.³⁹

Essa mesma Súmula, no item II, veda o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública, nos seguintes termos: “(...) A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com a Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II da Constituição Federal da República);”.

Funda-se no entendimento de 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 chamado salário

³⁸ LORENZETTI, Ari Pedro. *Op. Cit.*, p. 288.

³⁹ “Súmula 331.....; III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados, ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

stricto sensu, vale dizer, 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, nos termos do artigo 19-A da Lei 8.036/90 (redação dada pela MP nº 2164-41, de 24.08.2001), que assim dispõe: “É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.”

O entendimento supra tem referência jurisprudencial na Súmula nº 363, C.TST, *verbis*:

"CONTRATO NULO. EFEITOS. 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". (conforme redação da Resolução TST nº 111, de 04.04.2002, DJU 11.04.2005, que revisou o Enunciado nº 363)."

É necessário sublinhar também que o § 2º desse mesmo artigo constitucional estabelece 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.

Portanto, o que se percebe na terceirização ilícita, é que há um efetivo dano causado a um terceiro, assim considerado o trabalhador que esteja agindo de boa-fé.

Diante disso, autorizada está a aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o que importa na responsabilização objetiva da Fazenda Pública pelos danos que seus agentes causarem a terceiros na execução dos serviços concedidos e o conseqüente ressarcimento ao erário pelo agente público diretamente envolvido.

Todavia, não se deve perder de vista que a presunção da fraude deve estar totalmente comprovada.

A esse respeito, Sergio Pinto Martins, adverte o seguinte:

“Não se pode estender a fraude aos preceitos trabalhistas de maneira genérica e aplicada a toda e qualquer hipótese, sem antes serem examinadas as provas de uma situação particular, pois se acompanhássemos esse raciocínio, toda prestadora de serviços, como o guarda contratado por empresa de segurança, seria bancário, contrariando o entendimento do Enunciado 257 TST. Assim, a Súmula 256 do TST não poderia ser aplicada indiscriminadamente, mas, apenas, em casos de fraude, que deveria ser comprovada.”⁴⁰

Há também as hipóteses em que a empresa prestadora de serviço, embora regularmente contratada, não respeita os direitos de seus empregados, quando colocados à disposição de outra empresa ou entidade.

O posicionamento jurisprudencial dominante em tais casos é pela responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços em relação às obrigações da prestadora de serviços para com os trabalhadores (empregados da contratada).

Nesse sentido, assentou o Tribunal Superior do Trabalho, no item IV da Súmula nº 331:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Res. 96/2000, DJU 18.09.200, p. 290)”.

E releva ressaltar que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública independerá da existência ou não da culpa do administrador. Isso porque o que define a sua responsabilidade não é a ilicitude da intermediação da mão-de-obra, que como visto inexistente, mas sim o fato de a tomadora ter se beneficiado de força de trabalho, que poderia ser por ela contratada diretamente.

É de se destacar, outrossim, que o nosso ordenamento jurídico adota a responsabilidade objetiva do Estado, que segundo o conceito do renomado jurista Celso Antonio Bandeira de Mello, “(...) é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito e ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem.”⁴¹

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. Cit.*, p. 126.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 989/990.

Tem-se, dessa forma, que o posterior inadimplemento da contratada, é requisito suficiente para conduzir à responsabilidade subsidiária da contratante.

De todo pertinente, nesse ponto, mostra-se o comentário de Ari Pedro Lorenzetti:

“A imputação de responsabilidade ao tomador, ainda que a terceirização não seja fraudulenta ou abusiva, não padece de qualquer ilegalidade, por refletir os princípios do Direito do Trabalho, erigidos pelo art. 8º da CLT em fontes formais desse ramo jurídico. (...) Além disso, o Código Civil consagra expressamente a função social do contrato (art. 421). Assim, a parte tem plena liberdade para contratar, desde que não ponha em risco os interesses da coletividade. Relevante salientar, ainda, que o mesmo Código reafirma a prevalência da função social do contrato, mesmo em relação àqueles ajustes que tenham ocorrido antes do início de sua vigência (art. 2.035).”⁴².

Restando presente a hipótese da culpa caracterizada, possível será à Administração reivindicar, em face da pessoa do agente causador do dano, a reposição ao erário dos prejuízos havidos. Neste aspecto, torna-se relevante caracterizar a culpa, ou seja, demonstrar se agente causador do dano agiu com negligência, imperícia ou imprudência, não observando ou não realizando a contento as funções que lhe cabiam na contratação com o particular.⁴³

A Lei nº 8.666/93, no artigo 27, prescreve que é dever do administrador verificar a capacidade jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal, em relação à empresa prestadora. Assim, incumbe ao agente público responsável pelo procedimento licitatório aferir se a empresa que está sendo contratada é idônea, bem como se tem condições financeiras de responder pelas obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e fiscal.

Dessa forma, o agente público que pratica terceirização com empresa inidônea, ainda que tenha firmado a seleção por meio licitatório, comete culpa *in eligendo*.

⁴² LORENZETTI, Ari Pedro. *Op. Cit.*, p. 288.

⁴³ VILELA, Eduardo. **Responsabilidade da Administração Pública na Contratação de Serviços de Terceiros**. Revista Zênite, Curitiba, v. 172, n. 97, p. 5, mar. 2002.

Outro fator a ser considerado é a que se refere a culpa *in vigilando*. O artigo 67 da Lei nº 8.666/93⁴⁴ traz a obrigação para o administrador de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, possibilitando inclusive a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.⁴⁵

Ainda, os parágrafos 1º e 2º desse dispositivo impõem à Administração, através de um representante seu, anotar todas as ocorrências em relação à execução do contrato, bem como tomar todas as medidas cabíveis para a respectiva regularização. Caso a providência necessária exorbite o poder conferido ao representante, este deve solicitá-la, em tempo hábil, aos seus superiores.⁴⁶

Logo, havendo má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos pela entidade estatal, incide a chamada culpa *in vigilando*.

Nesse mesmo sentido, Sergio Pinto Martins apregoa que, “A responsabilidade subsidiária trabalhista decorre do fato de que o terceirizante tem culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por ter escolhido mal seu parceiro, que é inidôneo, ou por não fiscalizá-lo quanto ao recolhimento das verbas trabalhistas de seus empregados. Tem fundamento analógico no art. 455 da CLT, pois o terceirizante é beneficiário da prestação de serviço do terceirizado.”⁴⁷

Dora Maria de Oliveira Ramos, por sua vez, discorda daqueles que sustentam haver culpa *in eligendo* e *in vigilando* quando a Administração Pública descumpre o dever de contratar empresa idônea e o de fiscalizar a execução contratual:

“O exame da matéria, no entanto, demonstra que esse entendimento não merece prevalecer. Com efeito, a responsabilidade civil apresenta três pressupostos: a configuração de um dano, a existência de uma ação ou omissão voluntária e a presença de um liame entre eles, caracterizando uma relação de causa e efeito denominada nexa causal. A caracterização da responsabilidade pressupõe a presença desses três elementos que, identificados, dão origem ao exame dos fundamentos da

⁴⁴ Lei nº 8.666/93, artigo 67: “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.”.

⁴⁵ VILELA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 6.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. Cit.*, p. 69.

responsabilização. A teoria do risco decorre do perigo à sociedade causado pelo exercício de determinadas atividades. Diz-se que a responsabilidade é objetiva porque prescinde da existência de culpa.”⁴⁸

Lembra-nos, ainda, a autora que, “(...) quando se cuida de responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever de agir, levando em conta a conduta omissiva à violação de uma obrigação preexistente.”⁴⁹

Por outro lado, há os que defendem a tese segundo a qual não pode a Administração Pública ser responsabilizada por uma relação que ocorre entre a empresa terceirizada e o empregado desta.

Para tanto, referida corrente vai buscar fundamento no texto do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/71⁵⁰, que expressamente afasta qualquer responsabilidade da administração pública por encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato administrativo, e bem assim no princípio da legalidade.

Os Tribunais do Trabalho, no entanto, já pacificaram o entendimento de que o artigo 71 da lei referida, como por exemplo demonstra o Aresto abaixo transcrito, não pode ter o alcance que muitos pretendem:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS - RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE ENTE PÚBLICO - PREQUESTIONAMENTO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE/STF Nº 10 - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO - Verificado que a questão controvertida foi devidamente analisada, expressando o acórdão clara motivação acerca do caminho percorrido até o destino representado pela conclusão nele exposta, limitando-se a aplicar o entendimento sedimentado na âmbito do C. TST através do inciso IV da Súmula nº 331, que concebe a possibilidade de responsabilização subsidiária de entes públicos, não se pode concluir que a Turma, de forma explícita ou implícita, tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, daí a absoluta impertinência da alegada violação ao disposto no artigo 97 da Carta Magna ou à Súmula Vinculante/STF nº 10, restando completa a prestação jurisdicional”. (TRT 10ª R. - RO 00158-2008-006-10-00-9 - 1ª T. - Rel. Juiz João Luis Rocha Sampaio - J. 14.01.2009).

⁴⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 147.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Lei nº 8.666/93, artigo 71, § 1º: “A inadimplimento 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”.

Sendo o caso de terceirização lícita, a interpretação do artigo 71 da Lei 8.666/93 atualmente mais aceita pelos doutrinadores, juízes e operadores do direito é a de que disposições contratuais somente operam efeitos *inter partes*, não sendo escudo para a isenção de eventual responsabilidade, ante o crédito privilegiado do trabalhador, de cunho alimentar, sendo que tais disposições (contratuais) somente visam a resguardar eventual direito de regresso a ser oposto no Juízo competente, para receber da prestadora de serviços o eventual valor pago nesta esfera judicial.

Interessante, neste ponto, citar os ensinamentos de Maurício Delgado, que ao tratar da responsabilização do tomador de serviços, na segunda edição da prestigiada obra Curso de Direito do Trabalho, assim expôs:

"Se o Direito - enquanto fenômeno sociocultural - aspira à efetividade; e se os direitos trabalhistas prevalecem sobre os patrimoniais civis e comerciais, não pode o ramo juslaboral negar efetividade aos direitos que regulamenta, em vista de cenários e teias engenhosos produzidos no mercado econômico e laborativo. Nesse plano, a responsabilidade subsidiária surge como a adequada medida e mecanismo para viabilização de efetividade dos direitos laborais provocados pela dinâmica interempresarial. Ao contratar obra ou serviço, básicos à sua dinâmica negocial, a empresa detona e leva à reprodução relações laborais no âmbito da outra empresa contratada, tendo, em decorrência, responsabilidade subsidiária em face dos direitos trabalhistas dali advindos."⁵¹

Nesse mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros apregoa que, "(...) se cabe ao particular responder pelos danos advindos da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*, com mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores."⁵²

Em suma, o entendimento pacificado na jurisprudência é no sentido de que a terceirização da realização de serviços pela Administração Pública, ainda que precedida de regular processo licitatório, não exime a tomadora de serviços da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços aos empregados que os executaram e deram cumprimento

⁵¹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo: Ltr, 2003, p. 479

⁵²BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 507.

ao contrato celebrado entre aquela e esta. Esta é a inteligência do item IV da Súmula nº 331 do TST.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8666/93 - O art. 71 da Lei nº 8666/93 tem em mira exonerar a administração pública da responsabilidade principal ou primária, atribuída ao contratado, afastando a possibilidade de vinculação de emprego em desacordo com o art. 37 da Lei Maior. Não a exime, contudo, da responsabilidade subsidiária. O referido dispositivo legal, em verdade, ao isentar a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, levou em conta a situação de normalidade e regularidade de procedimento do contratado e do próprio órgão público contratante. Assim sendo, posterior inadimplemento do contratado deve conduzir à responsabilidade subsidiária da contratante, em decorrência mesmo de culpa in vigilando. Admitir-se o contrário - como enfatiza recente decisão do Pleno desta Corte, por conduto de voto do eminente Ministro Moura França - "seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica". Recurso de Revista não conhecido. (TST - RR 679897 - 2ª T. - Rel. Min. José Simpliciano Fernandes - DJU 07.02.2003).”.

Sublinhe-se que o questionamento em torno dessa responsabilidade ressurgiu em virtude do ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, segundo a qual se pretende que seja declarado constitucional o dispositivo que determina que a Administração Pública não é responsável pelos débitos trabalhistas dos terceirizados, nos exatos termos em que vaticina o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações.

É importante destacar também que a teor do item IV da Súmula nº 331 do TST referido, “(...) há responsabilidade *subsidiária* da entidade tomadora de serviços em face de quaisquer verbas contratuais concernentes ao obreiro colocado à disposição, caso verificado mo inadimplemento das respectivas obrigações (...)”⁵³

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 477.

Ainda, registre-se que na responsabilidade subsidiária, na eventualidade de inexistir o pagamento da dívida pela empresa prestadora de serviço (devedora principal), a quitação dos haveres ficará a cargo da Administração Pública (segundo devedor).

Todavia, o empregado da empresa prestadora de serviços somente poderá pleitear frente à Administração pública o pagamento dos seus direitos de ordem trabalhistas, caso a tenha incluído no pólo passivo da relação processual, ou em outras palavras, a partir do momento em que a Administração constar também do título judicial executivo, conforme assim dispõe o entendimento jurisprudencial consubstanciado no item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Há também aquelas situações em que essa indenização pode ser atenuada ou mesmo afastada. Isso ocorre quando comprovado que a suposta vítima do prejuízo contribuiu em parte ou totalmente para o ocorrido.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos lembra que em se tratando de culpa da vítima, “(...) há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, O Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima”⁵⁴.

Pode ocorrer também de todos os contratantes incidirem em culpa. Como exemplo disso, cite-se a hipótese em que empresa, entidade da Administração e trabalhador ajam em conluio a fim de se locupletar as custas do erário.

Por outro lado, não é demais lembrar que havendo contrato lícito entre as partes, com o devido pagamento das verbas trabalhistas dos empregados, não se poderá falar em responsabilidade solidária, nem subsidiária da entidade estatal.

Cabe, portanto, ao Agente Público, nas tratativas que antecedem a assinatura do contrato administrativo de prestação de serviços, verificar a idoneidade econômica da empresa prestadora e se os pagamentos dos obreiros que lhes prestam serviços por meio da empresa contratada foram feitos corretamente, para que não ocorram problemas.⁵⁵

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. Cit.*, p. 569.

⁵⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. Cit.*, p. 142.

Quem contende com a Administração Pública também deve observar que o Ente Estatal quando é parte em uma ação judicial, usufrui de certos privilégios processuais não reconhecidos aos particulares.

Dentre esses privilégios da Administração Pública, encontramos os chamados prazos dilatados, cuja previsão legal encontra-se no artigo 188 do CPC, que prevê que a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em quádruplo pra contestar e em dobro para recorrer, e bem assim o artigo 10 da Lei nº 9.469, de 10-7-97, que estendeu igual benefício às autarquias e fundações públicas.⁵⁶

Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio das pessoas jurídicas de direito público interno, que não explorem atividade econômica, aqueles elencados nos incisos do artigo primeiro do Decreto-lei nº 779, de 21 de agosto de 1969⁵⁷, que dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas à União Federal, aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica.

Cite-se, ainda, o duplo grau de jurisdição, previsto no artigo 477, incisos I e II do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 26-12-01, que determina estar sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública.

Na fase de execução, por sua vez, o artigo 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62 de 9-12-2009, estabelece

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Op. Cit.*, p. 657

⁵⁷ Decreto-lei nº 779/69: "Art. 1º Nos processos perante a Justiça do Trabalho, constituem privilégio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica: I - a presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão de seus empregados ainda que não homologados nem submetidos à assistência mencionada nos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho; II - o quádruplo do prazo fixado no artigo 841, *"in fine"*, da Consolidação das Leis do Trabalho; III - o prazo em dobro para recurso; IV - a dispensa de depósito para interposição de recurso; V - o recurso ordinário *"ex officio"* das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias; VI - o pagamento de custas a final salva quanto à União Federal, que não as pagará."

processo especial de execução contra as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais.⁵⁸

Ainda, conforme previsto no § 1º do artigo referido, esse processo especial de execução também se aplica aos débitos de natureza alimentícia, que nos termos desse dispositivo compreendem aqueles, “(...) decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, (...)”⁵⁹

Todavia, os débitos de natureza alimentícia referidos serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo, que assim dispõe:

“Art. 100.....§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.”

No que concerne aos débitos de pequeno valor devidos pela Fazenda Pública, o artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe, *in verbis*:

“Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Op. Cit.*, p. 658

⁵⁹ *Idem.*

facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)."

Da leitura do *caput* do dispositivo em comento, Carlos Henrique Bezerra da Silva entende que por meio de lei superveniente os entes da Federação poderão estabelecer valores diferentes, para mais ou menos, dos fixados transitoriamente nos incisos I e II do art. 87 da ADCT, (...) uma vez que assim dispõe a parte permanente da CF (art. 100, § 3º)"⁶⁰

É importante sublinhar, por fim, que de acordo com o artigo 790-A, acrescentado à CLT, pela Lei nº 10.537/02, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas que não explorem atividade econômica estão isentos do recolhimento das custas processuais.

5. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO SETOR PÚBLICO E LIMITE COM DESPESAS DE PESSOAL

Além da indispensável observância dos princípios regedores da Administração Pública, outros limites existem à transferência a terceiros de atividades públicas.

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou o art. 169 da Constituição Federal, impõe limite de gastos com pessoal na Administração Pública, com o destino de conter os subterfúgios que possam comprometer o equilíbrio das contas públicas.

Nos termos fixados no diploma legal referido, cada ente da Federação não poderá gastar com pessoal valores que superem 50% (no caso da União) e 60% (Estados e Municípios) da receita corrente líquida (artigo 19).

⁶⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 1009.

O legislador tratou também de incluir as despesas com as contratações de serviços terceirizados dentro do limite de gastos com a folha de pagamento, e assim o fez no art. 18 do diploma legal referido:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

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

Da análise do dispositivo acima transcrito, tem-se que os contratos de terceirização firmados para atividades que antes eram exercidas por servidores públicos, que tiveram seus cargos, empregos ou funções, extintos para dar origem à contratação terceirizada, sem dúvida, encontram-se incluídos nesse limite de gastos, haja vista seu inquestionável caráter de substituição.⁶¹

E o que dizer daquelas contratações que não assumem o caráter de substituição a que se refere a lei em comento. Nesse aspecto, é relevante mencionar o posicionamento de Dora Maria de Oliveira Ramos:

"A dúvida surge, no entanto, em relação a outros tantos contratos que se multiplicam no setor público, relativos a serviço de limpeza, vigilância, zeladoria etc, em que o Poder Público nunca teve aqueles cargos criados, preferindo utilizar-se de mão-de-obra contratada. Nesses casos parece não ser a hipótese de inclusão nos limites de gastos. Interpretação outra que se queira dar para incluir todos os contratos de serviço terceirizados não se mostra razoável."⁶²

E continua:

"(...) Se o legislador quisesse incluir todos os contratos de terceirização no limite de gastos com pessoal bastaria ter dito que 'os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal'. Se preferiu incluir apenas os que

⁶¹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 153.

⁶² *Idem.*

assumem caráter de substituição, há que se interpretar a norma de forma a restringir sua abrangência”.⁶³.

Maria Silva Zanella di Pietro também apresenta sua contribuição sobre o tema:

“Logo que foi promulgada a emenda Constitucional nº 19, as autoridades administrativas apressaram-se em socorrer-se de contratos de fornecimento de mão-de-obra ou de locação de serviços, para atender a suas necessidades de pessoal. Para impedir esse tipo de contratação, que apenas substitui o item orçamentário em que se enquadra a despesa, o artigo 18, § 1º, da lei veio estabelecer que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal”. Não é qualquer despesa com terceirização que se inclui no limite de despesa com pessoal, mas apenas a que é feita com o evidente intuito de colocar pessoal de empresas terceirizadas para exercer atribuições próprias de servidores, especialmente quando estes estão organizados em carreiras ou existem cargos, empregos ou funções específicos criados em lei”.⁶⁴

Com efeito, a terceirização de serviço público não se confunde com a terceirização de mão de obra substitutiva de servidor público de que trata o § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, para efeito de computar as despesas dela decorrente no limite global de despesas com pessoal. E a dificuldade está em precisar quais os ajustes que se amoldam a essa característica.”⁶⁵.

De mais a mais, não devemos perder de vista que, na realidade, esse tipo de terceirização, além de infringir as normas constitucionais sobre ingresso no serviço público, ainda constitui forma de burlar o limite de despesa previsto no artigo 169 da Constituição.⁶⁶

De outro turno, há também quem entenda que quando o art. 18, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal fala em “serviço”, este deve ser interpretado em sentido amplo:

“(…) Posto isto, é de ver-se que esse dispositivo, inserido como está na LRF, tem muito clara sua natureza jurídica de Direito Financeiro; quer isso significar que, nesse caso, a pretensão específica e exclusiva do

⁶³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p.522.

⁶⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 522.

legislador é evitar que, sob o rótulo da 'terceirização', sejam contabilizadas despesas tipicamente de pessoal, porque essenciais para o bom e próprio desenvolvimento do serviço, em rubrica diversa, como se fazia até então, burlando os limites impostos na lei. Isso e apenas isso; qualquer outra discussão reside ou na absoluta falta de trato com a ciência das finanças ou na deliberada tentativa de procurar 'chifre em cabeça de cavalo'".⁶⁷

A despeito da existência de pontos polêmicos, em especial no que se refere a sua interpretação, temos consciência que a Lei de Responsabilidade Fiscal de um modo geral veio preencher lacuna quanto a medidas punitivas contra o mau administrador, que a partir da sua vigência passou a sofrer uma maior fiscalização, e doravante poderá ser responsabilizado por seus atos.

Enfim, a Lei Complementar n. 101/2000, ao lado dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e Judiciário, constitui um importante instrumento para garantir a eficiência na gestão de recursos, e, em consequência, os propósitos de uma Administração Pública saudável.

6. AGENTE PÚBLICO – FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

A lei n. 8.666/93 ao dispor sobre a contratação e operacionalização do contrato, por inúmeras vezes trata especificadamente do administrador público, e bem assim das obrigações e deveres respectivos no tocante à contratação com o particular.

A razão disso se encontra na possibilidade que tem o Poder Público de fazer ressarcir os prejuízos suportados pelo erário, através da responsabilização do agente causador do dano a terceiro, ou seja, o legislador ao disciplinar os procedimentos adotados na eleição da contratada e na execução do contrato, também procurou resguardar o eventual direito de regresso, o que, como visto, encontra amparo no art. 942 do Código Civil.⁶⁸

Nesse contexto, é de suma importância que o Administrador Público

⁶⁷ LINO, Pedro. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**: Lei complementar n. 101/2000. São Paulo: Atlas, 2001, p. 83.

⁶⁸ "Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação."

fiscalize ostensivamente os procedimentos trabalhistas adotados pela contratada.

Isso porque, *a priori*, somente se poderá falar em exclusão da responsabilidade do Agente Público, caso este observe as regras contidas nos artigos 58, III⁶⁹, 67⁷⁰ e 76⁷¹ da Lei n. 8.666/93, que lhe atribui o dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, bem como lhe confere a prerrogativa de rejeitar o serviço fornecido ou executado em desacordo com as cláusulas do contrato administrativo.⁷²

Todavia, não há artigo de lei que obrigue a empresa prestadora de serviços a comprovar, perante a tomadora, a regularidade dos procedimentos trabalhistas adotados, mesmo porque tal procedimento incumbe à Fiscalização do Trabalho.

O Administrador Público deve buscar a solução na própria Lei de Licitações, diploma legal que como visto lhe confere a prerrogativa de verificar a capacidade jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal, e bem assim exigir o cumprimento da legislação trabalhista.

Com base nesse poder-dever, o Agente Público responsável, para viabilizar uma fiscalização mais eficaz, deverá buscar subsídios jurídicos que informem qual a documentação periodicamente exigida das empresas pelo órgão fiscalizador responsável.⁷³

A Instrução Normativa n. 3, de 29.8.97, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário, no art. 5º elenca os documentos que, primordialmente, deverão ser observados pelo Agente de Fiscalização do Trabalho:

⁶⁹ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:.....III - fiscalizar-lhes a execução;”.....

⁷⁰ “Art. 67. 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.”.

⁷¹ “Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.”.

⁷² VILELA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 6.

⁷³ *Idem*.

“Art. 5º Cabe à Fiscalização do Trabalho, quando da inspeção na empresa de prestação de serviços a terceiros ou na contratante, observar as disposições contidas nesta Instrução Normativa, especialmente no que se refere a:

a) registro de empregado - deve permanecer no local da prestação de serviços, para exame do contrato do trabalho e identificação do cargo para qual o trabalhador foi contratado, salvo quando o empregado tiver cartão de identificação, tipo crachá, contendo nome completo, função, data de emissão e número do PIS/PASEP, hipótese em que a Fiscalização fará a verificação do registro na sede da empresa prestadora de serviços, caso essa sede se localize no município onde está sendo realizada a ação fiscal;

b) horário de trabalho - o controle de jornada de trabalho deve ser feito no local da prestação de serviços. Tratando-se de trabalhador externo (papeleta), esse controle deve permanecer na sede da empresa prestadora de serviços a terceiros;

c) atividade do trabalhador - o agente de inspeção do trabalho deve observar as tarefas executadas pelo trabalhador da empresa prestadora de serviços, a fim de constatar se estas não estão ligadas às atividades-fim e essenciais da contratante;

d) o contrato social - o agente de inspeção do trabalho deve examinar os contratos sociais da contratante e da empresa prestadora de serviços, com a finalidade de constatar se as mesmas se propõem a explorar as mesmas atividades-fim;

e) contrato de prestação de serviços - o agente de inspeção do trabalho deve verificar se há compatibilidade entre o objeto do contrato de prestação de serviços e as tarefas desenvolvidas pelos empregados da prestadora, com o objetivo de constatar se ocorre desvio da função de trabalhador.

Parágrafo único. Presentes os requisitos configuradores da relação de emprego entre a contratante e os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros ou desvio da função destes, lavrar-se-á, em desfavor da contratante, o competente auto de infração, pela caracterização do vínculo empregatício.”

Importante mencionar que a relação acima não tem caráter exaustivo, uma vez que nos termos do artigo 630, §§ 3º e 4º, da CLT, o Agente de Fiscalização do Trabalho pode, ainda, solicitar outros documentos a fim de aferir o correto procedimento adotado tanto pela prestadora quanto pela tomadora.

Agindo assim, a Administração Pública estará amenizando os riscos de responsabilização por eventuais descumprimentos das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços contratada.

8. CONCLUSÃO

O artigo 37, inciso II, da Constituição da República, cuidou de não permitir a caracterização de vínculo de emprego com a Administração, sem a competente realização de concurso público.

O artigo 1.518 do Código Civil de 1916, já previa a responsabilidade solidária da Administração Pública para com a prestadora dos serviços, tendo em vista a prática de ato ilícito, preceito este que restou mantido no atual Código Civil, no artigo 942.

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal delimita uma responsabilidade de ordem objetiva que determina ao Poder Público a reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros.

A Lei 8.666/93 deixou claro que a terceirização em regra se perfaz através de preceito licitatório.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000, por sua vez, impôs à Administração Pública limites aos gastos com despesas de pessoal, e, para tanto, incluiu no limite de gastos com a folha de pagamento, os valores dos contratos de terceirização firmados para a substituição de servidores públicos.

É certo, portanto, que as normas contidas na legislação vigente que tratam da matéria querem garantir à Administração o perfeito tratamento com a coisa pública.

Soma-se a isso o fato de a terceirização no setor público sujeitar-se às limitações impostas pelos princípios constitucionais reguladores da Administração Pública, como legalidade, finalidade pública, impessoalidade, moralidade, eficiência, finalidade.

No entanto, nesse processo de escolha da melhor empresa, muitas vezes o administrador, seja por ações ou omissões ocorridas tanto na eleição da empresa prestadora de serviços quanto durante a execução desse contrato, acaba por inviabilizar o processo de terceirização.

Ciente disso, por meio das inúmeras ações no âmbito da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, confirmou o entendimento utilizado

pelos juízes e tribunais trabalhistas, no sentido de que, em observância do princípio da responsabilidade objetiva e da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, deve-se reconhecer a responsabilidade trabalhista da Administração Pública, de forma subsidiária, em decorrência de contratos de prestação de serviços com ela pactuados.

A responsabilidade do Estado, enquanto tomador de serviços terceirizados, prestigia a vocação maior do Direito do Trabalho que é tutelar a força de trabalho que é colocada à disposição daquele que dela se aproveita, na medida em que impõe a fazenda pública a obrigação de compor prejuízo sofrido pelo obreiro, em caso do inadimplemento da contratada.

Nossos administradores públicos, por incompetência ou má vontade na condução correta e eficiente do serviço público, ou por qualquer outra razão vêm promovendo a terceirização das atividades administrativas ao arrepio das normas legais e constitucionais vigentes, e bem assim em total desrespeito aos princípios reguladores da Administração Pública.

Na atualidade, a responsabilização do ente estatal pelo descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora é considerado um dos principais fatores de aumento nos gastos públicos, pois, no final das contas, quem acaba duplamente onerado é a própria Administração Pública, em que pese o direito de regresso, consistente na possibilidade que tem o Poder Público de fazer ressarcir os prejuízos causados ao erário pelo Agente Público responsável pelo dano.

Diante desse quadro, a conclusão mais acertada a que se chega é a de que a terceirização no setor público cada vez mais se distancia da proposta inicial de viabilizar o serviço público por meio do repasse à iniciativa privada das atividades materiais consideradas acessórias, objetivando com isso reduzir a folha de pagamento, bem como melhorar a qualidade do serviço público essencial.

Ademais, não podemos perder de vista a lição de que em se tratando de serviço público, eficiência e eficácia da atividade não devem ser mensuradas apenas pela redução dos custos.

O processo de terceirização, quando implementado no setor público, não pode descurar-se da consecução do bem comum, ainda que para isso seja necessário trilhar o caminho inverso.

Não há como negar que existe uma grande diferença entre a terceirização que é feita no setor privado com aquela realizada pelo Poder Público, como exemplo disso podemos citar as inúmeras limitações impostas pela legislação pertinente quando se fala em contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública

De mais a mais, em se tratando de serviço público, eficiência e eficácia da atividade não devem ser medidas exclusivamente em face da redução de custos, pois nem sempre o que é mais vantajoso sob o ponto de vista econômico, também conjunga os anseios da coletividade, destinatária final desse serviço.

E caso a terceirização se mostre efetivamente necessária, ao agente público cabe uma rigorosa e intensa fiscalização no que se refere à execução do contrato, exigindo da contratada, periodicamente, a documentação que possa comprovar o correto procedimento da empresa prestadora de serviços no tocante à legislação trabalhista, o que em contrapartida trará à Administração Pública a garantia necessária para que no futuro não venha a ser penalizada, ainda que apenas de forma subsidiária.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.
- CAVALCANTI JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: Ltr, 1996.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed., São Paulo: Ltr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed., São Paulo: Ltr, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- DONAHUE, John D. **Privatização**: fins públicos, meios privados. Trad. José Carlos Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- GOMEZ ACEBO & POMBO. **Teoria y práctica de lãs privatizaciones**. Madri: McGraw-Hill, 1997, p. 25.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 1009.
- LEIRA, Jerônimo Souto, SARATT, Newton Dornelles, **Terceirização**: uma alternativa de flexibilidade empresarial. 8. ed. São Paulo: Gente, 1995.
- LINO, Pedro. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**: Lei complementar n. 101/2000. São Paulo: Atlas, 2001.
- LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2003.
- MARTINS, Sergio Pinto, **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**: agentes públicos, discricionariedade administrativa,

extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário. São Paulo: Atlas, 2000.

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

VIDAL NETO, Pedro. "A terceirização perante o direito do trabalho". *In* MALLET, Estevão & ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, coord. **Direito e processo do trabalho**: estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano. São Paulo. LTr, 1996.

VILELA, Eduardo. **Responsabilidade da Administração Pública na Contratação de Serviços de Terceiros**. Revista Zênite, Curitiba, v. 172, n. 97, mar. 2002.