



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

FILIPPE ARAÚJO DE MORAIS

**A DICOTOMIA NA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO ACERCA DOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS E
TRABALHISTAS**

SOUSA | PB

2016

FILIFE ARAÚJO DE MORAIS

**A DICOTOMIA NA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO ACERCA DOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS E
TRABALHISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira.

SOUSA | PB

2016

Ficha Catalográfica

XXXX Morais, Filipe Araújo de.

A dicotomia na responsabilidade da Administração Pública na terceirização acerca dos Encargos Previdenciários e Trabalhistas/Filipe Araújo de Morais. – Sousa, 2016.
66 f.

Trabalho Monográfico (Graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, Sousa: UFCG, 2016.

Curso: Direito.

Orientador: Alexandre da Silva Oliveira.

Terceirização. Responsabilidade. Administração Pública. Empresa Prestadora de Serviços.

CDD: XXXX

FILIFE ARAÚJO DE MORAIS

**A DICOTOMIA NA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA
TERCEIRIZAÇÃO ACERCA DOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS E
TRABALHISTAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira.

Data da defesa: 19 de maio de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira – **Orientador**

Examinador – Prof. Mestre. José Alves de Formiga

Examinador - Prof. Pós-Doutor. Cláudio Pedrosa Nunes

Aos meus pais, **João e Lúcia**, por se fazer sempre presentes, mesmo a distância.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, e, que sempre me iluminou durante a caminhada para a realização deste trabalho.

À minha família, pelo incentivo e carinho em todas as horas.

Ao meu orientador, professor Alexandre da Silva Oliveira, exemplo de profissional, pela orientação e atenção que despendeu para o decorrer do presente trabalho.

Ao meu amor e namorada, Catarina Medeiros Lima dos Santos, por estar sempre ao meu lado independentemente das circunstâncias; pelos abraços apertados e carinhos dados; por fazer dos meus dias, os dias mais felizes.

Aos meus amigos de infância que estão distantes, e pelas amizades que fiz no percurso da vida acadêmica, pois sempre estiveram presentes em todos os momentos, sejam eles de aflição ou de alegria.

Ao Grupo Azul, por proporcionar-me o prazer de lutar em prol dos direitos da classe estudantil do CCJS e do município de Sousa, como também, propiciou-me um crescimento como pessoa e futuro operador do Direito.

E às pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

“Entrega o teu caminho ao Senhor, confia
Nele e o mais Ele fará.”

Salmos 37:5

“Apesar dos nossos defeitos, precisamos enxergar que somos pérolas únicas no teatro da vida e entender que não existem pessoas de sucesso ou pessoas fracassadas. O que existe são pessoas que lutam pelos seus sonhos ou desistem deles. Por isso, desejo sinceramente que você nunca desista dos seus sonhos.”

Augusto Cury

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a dicotomia na responsabilidade da Administração Pública na terceirização. A terceirização é um fenômeno que cresce a nível mundial em razão da globalização e das conseqüentes alterações nos meios de organização empresarial, principalmente na produção de bens e prestação de serviços, em razão do aumento da competitividade entre as empresas, ocasionando grandes impactos nas relações de trabalho. Nesta relação, estão envolvidas as figuras do trabalhador, uma empresa prestadora de serviços e uma empresa ou Administração Pública tomadora de serviços. Analisa-se primeiramente o instituto da terceirização, mediante considerações sobre sua origem histórica, conceito, natureza jurídica e breve apresentação dos seus benefícios e desvantagens na relação de trabalho. A seguir, discorre-se sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública apresentando as suas possíveis hipóteses, a possibilidade de ocorrer a quarteirização, os efeitos jurídicos da terceirização ilícita e a exposição do atual Projeto de Lei nº 4330/2004 que pretende regularizar a terceirização no Brasil. O objetivo consiste em aprofundar o estudo quanto a responsabilização da Administração Pública na terceirização, consistindo sua importância sobre os direitos trabalhistas mínimos, por serem direitos fundamentais de segunda dimensão e, portanto, não admitem desrespeito, tanto pelo Estado, quanto por particulares, garantindo assim, a preservação da dignidade do ser humano trabalhador e combatendo precarização do trabalho. Neste trabalho, foi empregado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica realizada em livros, leis, jurisprudência e na internet, com abordagem qualitativa. Adiante, expõe-se a dicotomia sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização nos casos de inadimplência por parte da empresa prestadora de serviços aos encargos previdenciários e trabalhistas, ocasionando assim, a necessidade de regulamentação legal para o instituto, não bastando para solucionar os conflitos a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual regula a terceirização de forma geral.

Palavras-chave: Terceirização. Responsabilidade. Administração Pública. Empresa Prestadora de Serviços.

ABSTRACT

This paper deals with the liability of Public Administration in outsourcing. Outsourcing is a phenomenon that is growing worldwide due to globalization and the resulting changes in the business organization means, mainly in the production of goods and services, due to the increase in competitiveness between companies, causing great impacts on relations job. In this relationship, they are involved worker figures, a service company and a company or public administration borrowing services. It analyzes the first institute of outsourcing by consideration of its historical origin, concept, legal nature and brief presentation of the benefits and disadvantages on the employment relationship. Then it talks about outsourcing in Public Administration presenting its possible chances, the possibility to occur quarteirização, the legal consequences of illegal outsourcing and exposure of the current Draft Law No. 4330/2004 which aims to regulate outsourcing in Brazil. The aim is to deepen the study and accountability of public administration in outsourcing, consisting of its importance on the minimum labor rights, as they are fundamental rights of the second dimension and therefore do not admit disrespect, both by the state and by private individuals, thus ensuring , the preservation of human dignity worker and combating job insecurity. In this work, we used the deductive method and the bibliographical research carried out in books, laws, jurisprudence and on the Internet, with a qualitative approach in books, laws, jurisprudence and on the Internet, with a qualitative approach. Forward, exposes the dichotomy of the responsibility of the Public Administration in outsourcing in case of default by the company providing services to social security and labor costs, thus causing the need for legal regulation for the institute, not simply to resolve conflicts Precedent No. 331 of the Superior Labor Court, which regulates outsourcing in general.

Keywords: Outsourcing . Responsibility. Public administration. Company Carrier Services.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
OJ	Orientação Jurisprudencial
RR	Recurso de Revista
SDI	Seção de Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

	Pág.
1 INTRODUÇÃO	12
2 TERCEIRIZAÇÃO	14
2.1 CONCEITO.....	14
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	15
2.3 ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO	16
2.4 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	17
2.4.1 Histórico No Ordenamento Jurídico	17
2.4.1.1 Artigo 455 da CLT	18
2.4.1.2 Decreto-Lei nº 200/1967.....	18
2.4.1.3 Lei nº 5.764/1971.....	19
2.4.1.4 Lei nº 6.019/1974.....	19
2.4.1.5 Lei nº 7.102/1983.....	20
2.4.1.6 Súmula nº 239 do TST de 1985.....	21
2.4.1.7 Súmula nº 256 do TST de 1986.....	21
2.4.1.8 Súmula nº 257 do TST de 1986.....	22
2.4.1.9 Súmula nº 331 do TST de 1993.....	22
2.4.1.10 Lei nº 8.955/1994.....	24
2.4.1.11 Artigos 25, § 1º da Lei nº 8.987/1995 e 94, II da Lei nº 9.472/1997.....	24
2.4.1.12 Instrução Normativa nº 3/1997 do Ministério do Trabalho.....	25
2.5 BENEFÍCIOS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO	27
3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
3.1 HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS	29
3.1.1 Licitações e Contratos	31
3.1.2 Contratação Temporária de Servidores.....	32

3.1.3	Concessão, Permissão e Autorização	32
3.2	EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	33
3.3	FENÔMENO DA QUARTEIRIZAÇÃO	35
3.4	PROPOSTA DE NORMATIZAÇÃO.....	36
4	RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO	38
4.1	RESPONSABILIDADE NOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS.....	38
4.1.1	Responsabilidade Solidária	41
4.1.2	Elisão da Responsabilidade	43
4.2	RESPONSABILIDADE NOS ENCARGOS TRABALHISTAS.....	45
4.2.1	ADC nº 16 e o Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	47
4.2.2	Responsabilidade Subsidiária: Culpa <i>In Elegendo</i> e Culpa <i>In Vigilando</i>	49
4.2.3	Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização Ilícita	51
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da divergência sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização. A terceirização surge como fruto da tendência mundial no intuito de que as empresas tomadoras de serviço concentrem-se na sua atividade fim, em busca de uma melhor qualidade de produção e com baixo custo.

A terceirização é um mecanismo que pode ser adotado pela Administração Pública (tomador de serviços) quando contrata mão de obra através de empresa prestadora de serviços, sem que formalize o vínculo empregatício entre os trabalhadores e o tomador de serviços.

Pode ser considerado um fenômeno relativamente novo na esfera trabalhista, pois nem mesmo a CLT faz menção ao instituto, pois à época de sua elaboração o trabalho terceirizado não possuía grande aplicação no país. A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho disciplinou de forma geral sobre a terceirização. No entanto, até hoje, a terceirização não tem previsão legal, ocasionando uma grande divergência na jurisprudência e apresentando um cenário de insegurança jurídica deixando os trabalhadores terceirizados vulneráveis sob essa modalidade de contratação.

O objetivo geral do trabalho é o estudo da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, atentado para a perspectiva do seu uso pela Administração Pública.

A pesquisa tem por objetivo específico de traçar os pontos mais suscitados na doutrina e jurisprudência, bem como delinear os diversos contornos da problemática, visando encontrar respostas satisfatórias nas questões da responsabilidade da Administração Pública na terceirização em caso de inadimplemento dos encargos previdenciários e trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

O trabalho em questão justifica-se pelo fato de que a terceirização tem sido tema de várias publicações científicas por sua relevância social. É fundamental a compreensão sobre as mudanças que vêm ocorrendo nas relações de trabalho no Brasil e como a Administração Pública tem sido responsabilizada na terceirização com o intuito de combater a precarização do trabalho.

A metodologia empregada foi o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica realizada em livros, leis, jurisprudência e na internet, com abordagem qualitativa.

Cumpra registrar que a pesquisa será estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo disciplinará sobre o conceito de terceirização, natureza jurídica, a sua origem no mundo e no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, apresenta uma análise sobre os benefícios e as desvantagens da terceirização nas relações de trabalho.

No segundo capítulo será apresentada a possibilidade do uso da terceirização por parte da Administração Pública e as possíveis hipóteses de contratação de terceiros, como também, a demonstração dos efeitos jurídicos da terceirização ilícita, apresentação do fenômeno da quarteirização e o breve estudo sobre o Projeto de Lei nº 4330/2004 que pretende regularizar a terceirização no Brasil.

Necessário ressaltar que o processo de terceirização se aproxima de um novo nível de evolução, chamada de quarteirização. Esse fenômeno surge quando uma empresa terceirizada é contratada com o fim específico de gerenciar o trabalho terceirizado na empresa tomadora de serviço.

O terceiro capítulo adentra na dicotomia da responsabilidade da Administração Pública na terceirização acerca dos encargos previdenciários e trabalhistas em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

Na responsabilidade pelos encargos previdenciários poderá ocorrer a hipótese de responsabilidade solidária ou a sua elisão. Já, na responsabilidade sobre os encargos trabalhistas, será analisada a ADC nº 16 do Supremo Tribunal Federal e a responsabilidade em caso de culpa *in elegendo* e culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, bem como, na hipótese de terceirização ilícita.

2 TERCEIRIZAÇÃO

Neste capítulo será examinada a origem histórica da Terceirização no mundo e o seu surgimento no Brasil. De logo, cabe fazer respaldo sobre a conceituação desta forma de contratação, a sua natureza jurídica, benefícios e desvantagens nas relações de trabalho.

2.1 CONCEITO

O conceito de terceirização não é disciplinado na lei ou no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a sua definição aparece nas obras dos doutrinadores que tratam do tema. Segundo Sérgio Sérvula (2010, p. 280): “Terceirização – 1. Ato ou efeito de terceirizar, que é transferir a terceiro. 2. Sub-contratação com que se transferem a outrem despesas e riscos de uma determinada atividade. v. empreitada, locação (prestação) de serviço”.

Contribuindo para o desenvolvimento do presente conceito, Maurício Godinho (2011, p. 426) define como:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhista, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Por sua vez, Sérgio Pinto (2009, p. 176) relaciona o conceito de terceirização do seguinte modo:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de

serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.

Por último, no entendimento de Valentim (2009, p. 307):

Terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta.

A partir dessas definições, notamos que na esfera do Direito do Trabalho, a terceirização é uma forma de mecanismo onde uma empresa ou Administração Pública (tomador de serviços) contrata mão de obra através de empresa prestadora de serviços, sem que formalize o vínculo empregatício entre os trabalhadores e o tomador de serviços. Desta forma, ao contratar uma empresa especializada para fomentar atividades secundárias/meio (bens ou serviços), o tomador de serviços irá reunir esforços na sua atividade principal/fim.

Necessário salientar, que o vínculo trilateral envolvendo o obreiro, a empresa prestadora de serviços e o tomador de serviços, é a primordial característica da terceirização no Direito do Trabalho.

Frise-se que a partir da conceitualização da terceirização é possível notar que o uso do mecanismo é admitido na Administração Pública e é partir desta utilização específica que este trabalho irá adentrar ao tema.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Não há consenso entre os estudiosos do assunto acerca da natureza jurídica da terceirização. Ao estudar a terceirização, verifica-se uma mistura de diversas espécies de contrato como locação de serviços, fornecimento de bens ou serviços, franquia (*franchising*), concessão, empreitada, entre outros tipos contratuais. No entanto, é correto afirmar que a terceirização é fundamentalmente um contrato de prestação de serviços, mas que deve ser desempenhado de modo especial, justamente por possuir peculiaridades.

2.3 ORIGEM DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização não é tratada como nova no mundo empresarial. Alguns doutrinadores, afirmam que ela surgiu durante a Revolução Industrial inglesa, no século XVIII, através do denominado sistema *putting out*. O *putting out* ocorria quando os mercadores transportavam as matérias-primas aos artesãos e estes, por meio do seu trabalho ou com a ajuda de auxiliares, produziam artigos têxteis, calçados e vestimentas. Os produtos prontos eram devolvidos aos mercadores que os comercializavam.

Entretanto, a terceirização como nós a conhecemos hoje, provém a partir do desdobramento da Segunda Guerra Mundial. As empresas produtoras de armas estavam tendo dificuldades para produzirem os armamentos em grandes quantidades de forma que atendessem a demanda. Com isso, elas delegaram serviços a terceiros, que foram contratados para auxiliarem no aumento da fabricação de armas.

A primeira empresa de trabalho temporário surgiu nos Estados Unidos em 1948, fundada pelo advogado Winters e com o objetivo de atender a trabalhos inesperados e de pequena duração.

A globalização, com as inovações tecnológicas, e as crises econômicas trouxeram alterações significativas nos meios de organização empresarial na produção de bens e serviços em razão do aumento da competitividade entre as empresas no cenário internacional.

O modelo de produção fordista estadunidense (modelo vertical de produção) cedeu espaço a outro modelo de produção. O modelo toyotista japonês (modelo horizontal de produção) se baseia na organização da produção de bens e prestação de serviços, por meio da especialização e nas necessidades do mercado, aonde se buscou a redução dos custos e a maior produtividade e lucratividade, conseqüentemente trazendo alterações, também, na relação de trabalho. Tais circunstâncias contribuem para o crescimento da terceirização no mundo.

A terceirização se aplica com maior frequência nos países asiáticos e é regulamentada de forma diferente em cada país. A Suécia e a Itália proíbem a aplicabilidade da terceirização. E, há países que adotam a terceirização sem qualquer legislação sobre o assunto como é a Suíça.

2.4 HISTÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A terceirização no Brasil é apresentada por volta de 1950, através de multinacionais que tinham a finalidade de concentrarem seus esforços na sua atividade-fim. As primeiras empresas de trabalho temporário e de serviços terceirizáveis surgiram na década de 1960 e ganharam força durante o momento de crise econômica de 1970.

Inicialmente no Brasil, a terceirização se concentrava em atividades básicas e de menor valor, tais como limpeza, segurança, transporte. A partir do final de 1990 quando ocorreu a vigência de políticas trabalhistas, a terceirização se expandiu para outras atividades, como no processo de produção de bens. Essa evolução ganha o nome de superterceirização dada por Márcio (2008, p.63):

Percebe-se, portanto, que a partir do novo ambiente econômico de liberalização comercial e financeira aprofundado pelo Plano Real, houve importante estrangulamento interno à expansão produtiva. Naquela oportunidade, as empresas de terceirização de mão-de-obra apresentaram-se como mais uma possibilidade de redução de custos do trabalho. Com esse objetivo, ganhou dimensão crescente a superterceirização. Ou seja, a terceirização da mão-de-obra cada vez mais vinculada ao exercício de atividade-fim nos setores de atividade e negócios da economia nacional. Por força disso, as atividades terceirizadas de destaque passaram a ser as de supervisão, inspeção de qualidade, vendas, analistas, gerentes, técnicos, entre outras.

Assim, nota-se que houve uma diversificação e evolução da terceirização no Brasil a partir de 1990.

2.4.1 Histórico No Ordenamento Jurídico

Nesta parte do trabalho, passaremos a esmiuçar o histórico da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo leis, normas administrativas e súmulas.

2.4.1.1 *Artigo 455 da CLT*

A Consolidação das Leis do Trabalho, já previa em 1943 uma hipótese de subcontratação de mão de obra, como é apresentado no artigo 455:

Art. 455 – Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.
Parágrafo único – Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

A empreitada é uma forma de contrato aonde uma das partes (empreiteiro) tem a responsabilidade de realizar um trabalho para a outra parte (dono da obra). E na ocasião de o empreiteiro contratar um terceiro para realizar um serviço especializado e de curta duração na obra, acontece a chamada subempreitada.

2.4.1.2 *Decreto-Lei nº 200/1967*

Em 1967 foi criado o Decreto-Lei nº 200, que trata de organizar a Administração Pública Federal e firma as diretrizes para a reforma administrativa. O seu artigo 10º disciplina:

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

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina 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.

O Decreto-Lei formula como uma das diretrizes, a descentralização da Administração Federal, deixando-a desobrigada a produzir atividades executivas ou instrumentais e delegando-as a execução indireta.

Esse ato normativo foi o primeiro a abordar a terceirização, no entanto, sua aplicação se restringe à Administração Pública, tal aplicação será estudada em capítulo posterior.

2.4.1.3 *Lei nº 5.764/1971*

Em 1971 se deu a criação da Lei nº 5.764 definindo a Política Nacional de Cooperativismo e instituindo o regime jurídico das sociedades cooperativas. As Cooperativas são sociedades de pessoas que possuem a finalidade de organizarem esforços em comum para a realização de determinado fim. O artigo 4º apresenta que as Cooperativas são, em geral, formadas para prestar serviços aos associados.

As Cooperativas suprimem a figura do intermediário, já que as atividades/serviços são prestadas pelos próprios sócios. Este tipo de sociedade pode ser classificado como uma forma de terceirização, quando um tomador de serviços contrata a Cooperativa para entregar bens ou prestar serviços realizados por ela.

2.4.1.4 *Lei nº 6.019/1974*

Em 1974 advém a Lei nº 6.019 dispondo sobre o trabalho temporário. Foi a primeira norma sobre terceirização que teve sua aplicação de forma irrestrita, contendo também a iniciativa privada. O trabalho temporário, segundo o seu artigo 2º: “É 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”.

O artigo 3º define a empresa de trabalho temporário como sendo: “A pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos”.

No trabalho temporário, o obreiro exerce suas atividades na empresa tomadora, estando esta no poder diretivo e fiscalizatório. O vínculo de emprego é

firmado com a empresa de trabalho temporário, a qual remunera o trabalhador. O artigo 10º se refere ao prazo máximo da duração do contrato de trabalho temporário: “O prazo máximo de duração do contrato de trabalho temporário é de 3 (três) meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) para prorrogar por mais tempo”.

Regras para prorrogação do contrato de trabalho temporário estão previstas na Portaria nº 789/2014 do MTE. A referida portaria, disciplina no seu artigo 2º: “Na hipótese legal de substituição transitória de pessoal regular e permanente, o contrato pode ser prorrogado mais de uma vez, sendo que a duração não pode ultrapassar um período total de 9 (nove) meses”. Porém, na hipótese legal de acréscimo extraordinário de serviços, o contrato pode ser prorrogado uma única vez, por até 3 meses, em um total de 6 meses.

2.4.1.5 *Lei nº 7.102/1983*

A Lei nº 7.102 de 1983, disciplina sobre a segurança para estabelecimentos financeiros e ajusta normas para as empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. A lei formaliza um sistema de segurança privado, sobre o controle do Estado através do Ministério da Justiça e da Polícia Federal. O seu artigo 1º delimita que: “As instituições financeiras não podem funcionar sem serviço de vigilância”. E seu artigo 2º complementa: “Sendo que o serviço deve ser prestado por pessoas adequadamente preparadas, os chamados vigilantes”.

Nessa lei existe uma hipótese de terceirização obrigatória firmada em seu artigo 3º, inciso I: “A vigilância ostensiva e o transporte de valores são executados por empresa especializada”. Porém, existe uma exceção como a possibilidade de existir a vigilância ostensiva e o transporte de valores realizados pela própria instituição financeira, utilizando seu pessoal do quadro funcional próprio, desde que cumpridas às exigências desta lei.

Para este tipo de empresa especializada funcionar, será preciso a autorização do Ministério da Justiça, o qual é o responsável por toda a execução da atividade. Para o desempenho da profissão de vigilante, este deverá, dentre outros requisitos,

ter aprovação em determinado curso de formação de vigilante e possuir prévio registro na Polícia Federal.

2.4.1.6 *Súmula nº 239 do TST de 1985*

Foi publicada no Diário da Justiça da União no dia 9 de dezembro de 1985 a Súmula nº 239 do TST. A sua redação original era desta forma: “É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico”.

Após certo tempo, a súmula sofreu alterações com o objetivo de coibir as fraudes que estavam acontecendo no sistema bancário à época. Foi publicada no Diário da Justiça da União em 20 de abril de 2005 a sua nova redação:

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.

Portanto, se a empresa de processamento de dados prestar serviços ao banco integrante do mesmo grupo econômico, a terceirização será considerada lícita.

2.4.1.7 *Súmula nº 256 do TST de 1986*

O Diário da Justiça da União publicou no dia 30 de setembro de 1986 a Súmula nº 256 do TST. Detinha a seguinte redação:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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.

A finalidade desta súmula era proibir a intermediação de mão de obra tanto nas atividades-fim quanto nas atividades-meio, salvo nos casos de trabalho

temporário e de serviço de vigilância. Assim, ela impediria que as empresas prestadoras de serviços continuassem realizando suas atividades, se aplicada literalmente. A partir desse possível impedimento, o TST decidiu cancelar a súmula, conforme a Resolução nº 121 do TST, 19 de novembro de 2003.

2.4.1.8 *Súmula nº 257 do TST de 1986*

No dia 4 de novembro de 1986 foi publicada no Diário da Justiça da União a Súmula nº 257 do TST, tendo o seguinte texto: “O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário”. A referente súmula está de acordo com a Lei nº 7.102/83, pois permite a terceirização de serviços de vigilância e transporte de valores prestados a banco, tendo o vigilante vínculo trabalhista e subordinado à empresa de segurança.

2.4.1.9 *Súmula nº 331 do TST de 1993*

A Súmula nº 331 do TST foi divulgada no Diário da Justiça da União no dia 21 de dezembro de 1993, com o objetivo de regulamentar de forma geral a terceirização:

- I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
- III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.
- IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por arte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Foi dada nova redação ao inciso IV da Súmula nº 331 através da Resolução nº 96 do TST, 11 de setembro de 2000:

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 nº 8.666, de 21.06.1993).

Posteriormente, a Resolução do TST nº 174, de 24 de maio de 2011, modificou novamente a redação do inciso IV e acrescentou os incisos V e VI à súmula:

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

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

VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A súmula provocou a revisão da Súmula nº 256 e adicionou novos assuntos que não foram disciplinados por esta antiga súmula. O inciso I conservou o que previa a Súmula nº 256. Ocorrendo a contratação de trabalhadores por empresa interposta no caso de trabalho temporário, o vínculo empregatício estará ligado diretamente com o tomador de serviços.

O inciso II determina que a contratação irregular de trabalhador não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública, de acordo com o artigo 37, II da CF/88. A terceirização na Administração Pública será abordada em sua amplitude no segundo capítulo.

O inciso III traz uma atualização no que é disciplinado pela Súmula nº 256. Apresenta que não irá existir vínculo empregatício com o tomador de serviços na contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, como também o de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador do serviço. No entanto, para que isto ocorra, não poderá haver pessoalidade com subordinação direta na prestação dos serviços.

O inciso IV apresenta que em caso de inadimplência nas obrigações trabalhistas por parte do empregador, o tomador de serviços responderá

subsidiariamente por essas obrigações. Em se tratando da responsabilidade do tomador de serviços, em especial pela Administração Pública no inciso V, será abordada no terceiro capítulo.

Por último, o inciso VI formula que a responsabilidade subsidiária abrangerá todas os valores decorrentes de condenação, todas as obrigações trabalhistas não realizadas pelo empregador e as multas normativas. Esta responsabilidade subsidiária deverá ficar limitada ao lapso temporal em que o empregado prestou serviços para o tomador.

2.4.1.10 Lei nº 8.955/1994

Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*). Assim traz o conceito de franquia comercial no seu artigo 2º:

Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

No contrato de franquia são partes: o franqueador que cede o direito de uso de marca ou dos produtos, o franqueado que se compromete a usar a marca e a vender os produtos adquiridos ou prestar os serviços. Destaca-se que não há vínculo de emprego entre o franqueador e o franqueado. A franquia é considerada um sistema de terceirização, pois terceiros prestam serviços que poderiam ser realizados pelo próprio franqueador.

2.4.1.11 Artigos 25, § 1º da Lei nº 8.987/1995 e 94, II da Lei nº 9.472/1997

A Lei nº 8.987 de 1995, disciplina sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e seu artigo 25º, § 1º prevê:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Já, a Lei nº 9.472 de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, o artigo 94º, inciso II:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

II- contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Ambas as leis dispõem sobre concessões de serviços públicos sendo consideradas normas de Direito Administrativo. Elas permitem a contratação de terceiros para a ocorrência de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Em tese, as duas leis, permitiriam a contratação de terceiros nas atividades-fim, o que iria de encontro com a Súmula nº 331 do TST e ocasionando divergência sobre o tema.

2.4.1.12 Instrução Normativa nº 3/1997 do Ministério do Trabalho

Em 1997 foi publicado a Instrução Normativa nº 3 do Ministério do Trabalho propondo normas sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário.

No que se dispõe sobre as empresas de prestação de serviços a terceiros, a instrução determina que:

Art. 2º. Para os efeitos desta Instrução Normativa, considerando-se empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

§ 1º. As relações entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante são regidas pela lei civil.

§ 2º. As relações de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seus empregados são disciplinados pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

§ 3º. Em se tratando de empresa de vigilância e de transporte de valores, as relações de trabalho estão reguladas pela Lei nº 7.102/83 e, subsidiariamente, pela CLT.

§ 4º. Dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado.

§ 5º. A empresa de prestação de serviços a terceiros contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 6º. Os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante.

Art. 3º. Para os efeitos desta Instrução Normativa, considera-se a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que celebrar contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros com a finalidade de contratar serviços.

§ 1º. A contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter finalidade distintas.

§ 2º. A contratante não pode manter trabalhador em atividade diversa daquela para o qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros.

§ 3º. Em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a uma delas, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado a sua disposição, nos termos do art. 2º da CLT.

§ 4º. O contrato de prestação de serviços a terceiros pode abranger o fornecimento de serviços, materiais e equipamentos.

[...]

Art. 5º [...]

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.

A Instrução Normativa foi criada com base na Súmula nº 331 do TST, estando a empresa de prestação de serviços a terceiros atuando fora do âmbito das atividades-fim da contratante. O artigo 2º reafirma que o vínculo empregatício se forma entre os trabalhadores e a empresa de prestação de serviços a terceiros.

No artigo 3º, a Instrução Normativa impõe que a Fiscalização do Trabalho fiscalize o contrato ou estatuto social das empresas prestadoras de serviços para analisar se elas atuam nas atividades-fim da contratante. Por meio deste dispositivo, foram lavrados vários autos de infração em razão do grande número de irregularidades oriundas das empresas prestadoras de serviços a terceiros.

2.5 BENEFÍCIOS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

A utilização da terceirização trouxe uma série de mudanças estruturais nas organizações, causando benefícios administrativos, como: aumento na produtividade, eficiência e no lucro. De acordo com Queiroz (1998, p. 48), as vantagens da terceirização são:

a) gera a desburocratização; b) alivia a estrutura organizacional; c) proporciona melhor qualidade na prestação de serviços, contribuindo para a melhoria do produto final; d) traz mais especialização na prestação de serviços; e) proporciona mais eficácia empresarial; f) aumenta a flexibilidade nas empresas; g) simplifica a organização; i) incrementa a produtividade; j) tem como uma das suas consequências a economia de recursos: humanos, materiais, de instrumental, de equipamentos, econômicos e financeiros.

A terceirização irá tornar a atividade do tomador de serviços mais flexível, o que lhe permite a se concentrar totalmente nas suas atividades-fim. Para Giosa (1993, p. 65) a terceirização serve:

Nos países e empresas do primeiro mundo como um instrumento de gestão inovador, capaz de alterar, de forma bastante ampliada, a performance das organizações, trouxe no seu bojo uma série de mudanças estruturais, sistêmicas e comportamentais que acabaram refletindo na eficácia administrativa considerável.

Giosa (1993) destaca alguns benefícios como, por exemplo, o maior foco da empresa no seu “core business”, redução dos custos das operações, aumento na qualidade dos serviços prestados e melhores resultados no conjunto das ações da empresa.

A terceirização apresenta várias soluções administrativas para a evolução e o bom desenvolvimento das organizações, e ao implementarem a terceirização, as empresas também podem se deparar com algumas desvantagens, como ensina Giosa (1993, p. 65):

a) desconhecimento da Alta Administração: reflete-se junto a Alta Administração e sobre áreas-chave da organização, dificultando a sua implantação; b) resistências e conservadorismo: a resistência se sobrepõem

ao novo e o conservadorismo inibe a aplicação de técnicas modernas; c) dificuldade de se encontrar a parceria ideal: parceiros que possam atender as condições de qualidade e produtividade exigidas pelas operações; d) risco de coordenação de custos internos: o risco de coordenar as atividades de terceiros, com perda de poder de execução e a falta de parâmetros de custos internos para comparar com os preços das contratadas; e) custo de demissões: quando for o caso; f) conflito com os Sindicatos; g) desconhecimento da legislação trabalhista.

Tais considerações podem variar de acordo com a cultura de cada empresa. Sob o ponto de vista vantajoso ao trabalhador, abrem-se maiores possibilidades de oferta de trabalho combatendo assim a taxa de desemprego que se verifica no país atualmente.

As desvantagens para com os obreiros são mais significativas, conforme Pochmann (2007, p. 25): “O rendimento médio do trabalhador terceirizado no Estado de São Paulo no ano de 2005 foi de apenas 50% da remuneração média dos não terceirizados e a rotatividade foi quase 40% superior aos não terceirizados”.

O perfil do trabalhador terceirizado atualmente foi apresentado em publicação de Oliveira e Muller (2015), apresentando que os terceirizados são minoria em relação aos trabalhadores com carteira assinada, ganham em média 25% menos, trabalham em média 3 horas a mais que os empregados diretos e duram 50% menos nos empregos.

Nota-se que as porcentagens sofreram algumas alterações comparadas com as de 2005, no entanto, ainda mostram estatísticas negativas para o trabalhador. A principal queixa dos trabalhadores na terceirização segundo Barros (2002, p.629) é:

A principal queixa que temos identificado dos colaboradores que passam por esse processo diz respeito ao sentimento de perda de status, reforçado pela mudança de comportamento dos antigos colegas de trabalho, que passam a trata-los como “terceiros”, isto é, pessoas que pertencem a uma categoria supostamente menos valorizada, que perdeu privilégios e direitos.

Neste contexto, verifica-se que o objetivo principal da terceirização é a redução de custos, ocasionando assim, a redução dos salários dos terceirizados e a promoção de condições mais precárias no trabalho.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo vão ser analisadas as hipóteses de contratação de terceiro por parte da Administração Pública e o seus pressupostos para que aconteça. Em seguida, serão observados os efeitos jurídicos da terceirização ilícita, o fenômeno da quarteirização e a proposta de normatização da terceirização no Brasil.

3.1 HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS

A prestação de serviços a partir da terceirização auxilia e permite que a Administração Pública se concentre nas atividades essenciais do Estado, ou seja, aquelas que não permitem delegação a particular/terceiro. Assim, as atividades-meio podem ser desempenhadas por empresas privadas especializadas em determinadas áreas, permitindo uma diminuição nos custos da atividade.

Foi legalmente regulamentada a terceirização no setor público através do Decreto-Lei nº 200 de 1967, estimulando a descentralização das atividades administrativas para a esfera privada.

A Administração Pública é obrigada a seguir o princípio da legalidade conforme o artigo 37º da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O Decreto nº 2.271 apresentou e detalhou algumas atividades que poderão ocorrer por meio da terceirização, nos seguintes termos:

Art. 1. 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.

§ 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.

No setor público, a contratação irregular não gera vínculo do trabalhador com a Administração Pública, conforme a Súmula 331, no item II, do TST: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional”. No mesmo sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I do TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Assim sendo, a Administração Pública só poderá fazer aquilo que a lei permite e com base nas formas de terceirização apresentadas e aplicáveis. Não o sendo, a atividade é ilícita. Examinaremos, a seguir, as atuais formas de terceirização autorizadas por lei.

3.1.1 Licitações e Contratos

Em 1993 foi publicada a Lei nº 8.666, que disciplinou normas para licitações e contratos da Administração Pública. A Licitação é conceituada por Carvalho Filho (2014, p. 238):

O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Segundo o artigo 2º, *caput* da referida Lei nº 8.666:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

O parágrafo único do artigo 2º reconhece que contrato é:

Todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Na obra de Santos o contrato é conceituado da seguinte forma:

Como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

As formalidades que precedem o contrato são condições indispensáveis para a sua realização, como a autorização para contratar, a exigência de licitação, salvo os casos que existe a dispensa do procedimento licitatório, e os eventuais requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo.

3.1.2 Contratação Temporária de Servidores

O artigo 37º, IX da Constituição Federal (BRASIL, 1988) disciplina que: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. É sabido que é vedada a Administração Pública contratação indireta de pessoal para atividades-fim por meio da terceirização, salvo para o desempenho das atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes.

3.1.3 Concessão, Permissão e Autorização

O regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos foi instituído pela Lei nº 8.987 que caracteriza em seu artigo 2º, II, a concessão:

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Complementa Carvalho Filho (2013, p.375):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário.

E o artigo 2º, inciso IV define a permissão como sendo: “a delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Ainda, Carvalho Filho (2013, p.422) entende:

Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas.

Conclui-se que a marca diferencial entre a concessão e a permissão de serviço público é que aquela pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, esta só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica.

Por sua vez, a autorização é efetivada segundo Santos (2011, p.558) quando:

O instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo. Formaliza-se por ato unilateral do Poder Público, discricionário e a título precário.

A doutrina é divergente sobre o assunto, mas é reconhecido por muitos a sua possibilidade, desde que utilizada em caráter excepcional, para situações de urgência e emergência ou pequenos serviços. A formalização ocorre por meio de decreto ou portaria, sendo a realização de procedimento licitatório dispensável nos casos dos artigos 24º e 25º da Lei nº 8.666. A Lei nº 8.987 de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos regularizará no, que for compatível, este instituto.

3.2 EFEITOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

De acordo com o inciso II da Súmula 331 do TST, no caso de a empresa tomadora ser da esfera da Administração Pública, indireta ou fundacional, não acarretará a formação do vínculo empregatício com esta, mesmo que irregular a terceirização, já que a Constituição Federal formaliza que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, salvo exceções regulamentadas, sendo nulos os atos que forem contrários a tal norma como salienta o artigo 37º, II e § 2º da Constituição Federal.

Salienta-se que essa regra apenas é aplicada para os casos em que o vínculo é posterior à vigência da Constituição Federal de 1988. Nos casos em que os vínculos

surgiram anteriormente a 5 de outubro de 1988, aplica-se o disposto na OJ 321 SDI-1 do TST:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.

Logo, é importante identificar quais serão os efeitos jurídicos consequentes do reconhecimento da terceirização ilícita de acordo com o período pós-promulgação da Constituição Federal de 1988.

Analisada e verificada a ilicitude da terceirização, seja pela atividade desenvolvida pelo trabalhador não ser de vigilância, conservação ou limpeza, sequer se qualifica como especializada e ligada a atividade-meio da tomadora ou quando existe pessoalidade/subordinação direta na relação havida entre empregado e tomadora, o empregado continuará vinculado à empresa prestadora, sendo a responsável principal pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias, ficando a Administração Pública com a responsabilidade subsidiária ou solidária, dependendo do caso concreto e do entendimento jurisprudencial, o qual será estudado em capítulo posterior.

O empregado poderá pleitear equiparação salarial com os empregados da Administração Pública que exercem ou atuam nas mesmas funções, assim estipulado a OJ 383 SDI-1 TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Desse modo, a contratação irregular do trabalhador não retira o seu direito a equiparação salarial assegurada na CLT como forma de valorizar e igualar as verbas trabalhistas recebidas pelo que é prestado.

3.3 FENÔMENO DA QUARTEIRIZAÇÃO

Além da possibilidade de terceirização pela Administração Pública, também é possível a prática da quarteirização. A doutrina vem denominando de quarteirização a realização de contrato com empresa especializada no gerenciamento/fiscalização do fornecimento de serviços ou atividades, na execução do contrato por empresas terceirizadas. O doutrinador Jessé (2010, p. 31) traça o seguinte conceito:

A quarteirização é o estágio seguinte à terceirização, consistindo na contratação, pela Administração, de um terceiro privado, especializado em gerenciar pessoas físicas ou jurídicas, os quarteirizados, que o terceiro contratará para a execução de determinados serviços ou fornecimento de certos bens necessários ao serviço público.

O contrato terceirizado passa a ser gerido por uma terceira empresa específica, um profissional autônomo ou podendo ser realizada por profissional da própria organização com esta única atribuição. Assim, a quarteirização surge para estabelecer uma maior agilidade na solução de possíveis e futuros conflitos na execução do contrato, como também, propiciar um maior controle da relação com a empresa prestadora do serviço.

O Tribunal de Contas da União compreende ser válida e possível a quarteirização dos serviços públicos. Assim conhece o voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão nº 2731:

[..]

23. O novo modelo adotado é uma tentativa de solucionar tais dificuldades. Além das prováveis reduções de custos dos serviços – já obtidas em contratos de fornecimentos de outros tipos de produtos onde foi adotada a sistemática inovadora, conforme apontado nos autos – haverá redução de custos administrativos do DPF com controle da manutenção dos veículos, além de implementação de avanços gerenciais que favorecerão uma melhor gestão da frota, com reflexos positivos sobre as ações policiais.

24. Além disso, estaria sendo resolvido o problema do frequente e inadequado uso de suprimentos de fundos que tem caracterizado o atual modelo.

25. Com tais mudanças, estaria atendido, assim, também o princípio da eficiência.

26. Registro, ainda, que o modelo em discussão assemelha-se à chamada quarteirização, procedimento em que a gestão de um serviço já terceirizado – no caso concreto, a manutenção de veículos – é entregue a uma quarta entidade incumbida de gerenciar a atuação dos terceirizados – na situação em foco, o administrador da manutenção.

27. Trata-se de uma prática bastante disseminada no mercado privado, cuja adoção no âmbito da administração é salutar, pois demonstra empenho em modernizar métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos.

28. Assim, por se tratar de inovação, que, em tese, está em consonância com normas e princípios que regem as licitações e a atuação dos agentes públicos, creio que esta Corte, no desempenho do papel de indutora de aprimoramento da gestão pública que tem pautado a atuação dos órgãos de controle no mundo moderno, deve abster-se de inibir o prosseguimento da tentativa de inovação em análise.

Desta forma, a quarteirização se torna uma alternativa para a Administração Pública de cumprir com o seu dever jurídico de gerenciamento, controle e fiscalização da execução dos contratos administrativos. Transforma-se em um mecanismo competente a combater a chamada culpa *in vigilando* (falta ou omissão de fiscalizar a execução do contrato) e a consequente responsabilização da Administração Pública.

3.4 PROPOSTA DE NORMATIZAÇÃO

Hoje, há um projeto de lei tramitando com o objetivo de regulamentar o trabalho terceirizado no Brasil, o Projeto de Lei nº 4330 proposto pelo Deputado Sandro Mabel. O seu artigo 1º propõe regulamentar:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço. Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os arts. 421 a 480 e 593 a 609.

É formulado o conceito de empresa prestadora de serviços a terceiros e demonstra uma hipótese que não será configurado o vínculo empregatício na terceirização, em seu artigo 2º, § 2º:

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

[...]

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

O projeto de lei é pragmático ao disciplinar na defesa da responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas entre a prestadora dos serviços e a tomadora, conforme o seu artigo 10º:

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.
Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

O terceirizado será representado pelo sindicato dos empregados da empresa contratante quando a terceirização for entre empresas com a mesma atividade econômica, segundo o artigo 15º:

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

O projeto já está tramitando há 10 anos na Câmara dos Deputados e apresenta outras mudanças na terceirização, além das que já foram citadas, como por exemplo: a) qualquer atividade poderá ser terceirizada; b) se a contratante fiscalizar os pagamentos, a responsabilidade continua subsidiária, mas se ela não fiscalizar passa a ser solidária e a contratante pode ser acionada na Justiça juntamente com a contratada; c) a contratante deverá recolher antecipadamente parte dos tributos devidos pela contratada; d) se ocorrer troca de empresa prestadora dos serviços terceirizados com admissão de empregados da antiga contratada, os salários e direitos do contrato anterior deverão ser garantidos.

As suas normas atingem apenas empresas privadas, produtores rurais e profissionais liberais. No entanto, menciona a terceirização no setor público deixando seus encargos trabalhistas para a Lei nº 8666/93 de Licitações e Contratos, enquanto não houver uma regulamentação específica por outra lei. No próximo capítulo notaremos a dicotomia existente na responsabilidade da Administração Pública na terceirização, por não haver uma lei específica que regulamente a matéria no setor público.

4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

No presente capítulo, será examinada a dicotomia existente sobre a responsabilidade da Administração Pública na terceirização acerca dos encargos previdenciários e trabalhistas. A responsabilização do tomador de serviços consiste em dos mecanismos de controle passível de solucionar alguns problemas da precarização do trabalho na terceirização. De logo, será apresentada a responsabilidade nos encargos previdenciários e suas hipóteses de responsabilização, em seguida, a exposição sobre a responsabilidade nos encargos trabalhistas em caso de inadimplência da empresa prestadora de serviços e nas terceirizações ilícitas.

4.1 RESPONSABILIDADE NOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS

O legislador da Constituição Federal de 1988 aplicou enorme atenção ao tema da Previdência Social. O artigo 193º, na esfera do serviço público e os artigos 195º, 201º e 202º, na esfera do regime geral, tratam com prioridade o tema. O Título VIII, da Ordem Social, formula a proteção social subdividida em espécies: saúde, assistência e previdência social, originando o gênero Seguridade Social.

A Seguridade Social tem como objetivo proporcionar à equidade na forma de participação no custeio; o caráter democrático e a descentralização da administração, através de gestão quadripartite, com a presença dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Neste trabalho, será utilizado o custeio do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). O artigo 195º da CF/88 nos apresenta o financiamento da Seguridade Social:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;
- II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art.201;
- III – sobre receita de concursos de prognósticos;
- IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O empregador, a empresa e a entidade equiparada devem contribuir a partir das suas folhas de pagamento e também sobre a receita, faturamento e lucro. Portanto, este dispositivo traça um horizonte geral das fontes de custeio da Seguridade Social, firmando limites para sua criação, majoração de alíquotas e de base de cálculo, cumulatividade, anistia, isenção etc.

O artigo 12º, da Lei nº 8.212 de 1991, disciplina como categorias de segurados da previdência social: o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial. Ao exercerem atividade remunerada, se tornam contribuintes obrigatórios da Previdência Social. As categorias que interessam ao presente trabalho são as de Empregados e de Contribuintes Individuais.

O artigo 12º, inciso I, alíneas “a” e “b” nos apresenta um rol de trabalhadores considerados segurados empregados para a Previdência Social e que se encaixam na terceirização:

- a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
- b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;

O conceito da alínea “a” possui definição similar ao do artigo 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A Lei estabelece também a denominação de Empresa como contribuinte, toda firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional.

O contribuinte individual em relação ao segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras são equiparadas à empresa como contribuintes da Previdência Social. Toda empresa é obrigada a contribuir para a previdência em relação ao segurado que lhe presta serviços mediante remuneração, salvo as que possuem imunidades, isenções e substituições legalmente previstas.

A empresa está sujeita aplicação da alíquota de 20% sobre a remuneração dos segurados empregados e tem a responsabilidade de descontar a contribuição previdenciária do trabalhador e recolhê-la à Seguridade Social. É também submetido a contribuição relativa de Incidência de Incapacidade Laborativa gerada pelos Riscos Ambientais do Trabalho (GIILRAT), mais conhecida por contribuição ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), que pode ter de 1% a 3%, sobre o valor da remuneração dos empregados, dependendo do risco baixo, médio ou alto, a que estão expostos.

Com as contribuições destinadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e as anteriormente citadas, representam os encargos sociais, custos de contratação de trabalhadores pessoas físicas. Os encargos precisam ser informados mensalmente pelas empresas na Guia do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (GFIP), documento arrecadatário do FGTS e declaratório das contribuições sociais.

O Direito Previdenciário se baseando ao Direito do Trabalho quando se refere à terceirização, utiliza-se das palavras prestação de serviço e cessão de mão de obra. Existem basicamente duas formas de prestação de serviços que interessam ao custeio previdenciário e ao nosso trabalho e que serão tratados nos tópicos a seguir.

4.1.1 Responsabilidade Solidária

A responsabilidade solidária da Administração Pública nos encargos previdenciários é regulamentada de acordo com a Lei nº 8.666. O artigo 71º, § 2º, apresenta o seguinte preceito: “A administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

A Lei nº 8.212, apresenta duas situações distintas em relação as responsabilidades tributárias dos contratantes de obras de engenharia civil. A primeira nos é apresentada no artigo 30º, inciso VI:

VI – O proprietário, o incorporador definido na Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

O artigo 31º, caput, §§ 3º e 4º complementam sobre a responsabilidade solidária:

Art. 31. A empresa contratante de serviços mediante cessão de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observando o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

[...]

§ 3º. Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão de obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º. Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II – vigilância e segurança;

III – empreitada de mão de obra;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Assim, o contrato determinado de prestação de serviço por meio de cessão de mão de obra se origina quando a empresa prestadora cedente loca sua mão de obra ao contratante tomador (Administração Pública). O objeto do contrato é a entrega de mão de obra sendo a prestadora quem remunera, dirige e admite os trabalhadores colocando-os a disposição da Administração Pública. Podem ser exemplos deste tipo de prestação os serviços de limpeza, construção civil e de vigilância.

Destaca-se o posicionamento da Advocacia-Geral da União, no Parecer nº AC-055 AGU/MS de 2006, aprovado pelo Advogado-Geral da União e posteriormente pelo Presidente da República:

PREVIDENCIÁRIO. ADMINISTRAÇÃO. CONTRATOS. OBRAS PÚBLICAS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E RETENÇÃO. DEFINIÇÃO.

I – Desde a Lei nº 5.890/73, até a edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, a Administração Pública respondia pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o construtor contratado para a execução de obras de construção, reforma ou acréscimo de imóvel, qualquer que fosse a forma da contratação.

II – Da edição do Decreto-Lei nº 2.300/86, até a vigência da Lei nº 9.032/95, a Administração Pública não respondia, nem solidariamente, pelos encargos previdenciários devidos pelo contratado, em qualquer hipótese. Precedentes do STJ.

III – A partir da Lei nº 9.032/95, até 31.01.1999 (Lei nº 9.711/98, art.29), a Administração Pública passou a responder pelas contribuições previdenciárias solidariamente com o cedente de mão de obra contratado para a execução de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão de obra, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91 (Lei nº 8.666/93, art. 71, § 2º), não sendo responsável, porém, nos casos dos contratos referidos no artigo 30, VI da Lei nº 8.212/91 (contratação de construção, reforma ou acréscimo).

IV – Atualmente, a Administração Pública não responde, nem solidariamente, pelas obrigações para com a Seguridade Social devidas pelo construtor ou subempreiteira contratado para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, qualquer que seja a forma de contratação, desde que não envolvam a cessão de mão de obra, ou seja, desde que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente (Lei nº 8.212/91, art. 30, VI e Decreto nº 3.048/99, art. 220, § 1º c/c Lei nº 8.666, art. 71).

V – Desde 01.02.1999 (Lei nº 9.711/98, art. 29), a Administração Pública contratante de serviços de construção civil executados mediante cessão de mão de obra deve reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa contratada, cedente da mão de obra (Lei nº 8.212/91, art. 31).

Desta forma, é de se concluir que, apenas, nas contratações de construtoras que irão realizar suas atividades mediante cessão de mão de obra é que existirá a

responsabilidade solidária da Administração Pública pelos encargos previdenciários eventualmente devidos pelo prestador de serviços.

4.1.2 Elisão da Responsabilidade

A eliminação da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos previdenciários pode ocorrer em dois casos distintos. A primeira hipótese ocorre na quitação da folha de pagamento do prestador e da Guia de Recolhimento da Previdência Social (GRPS) de acordo com o artigo 42, § 1º do Decreto 356/1991, com a nova redação apresentada pelo Decreto nº 612/92 artigo 42, §1º: “A responsabilidade solidária pode ser elidida desde que seja exigido do executor o pagamento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura, conforme estabelecido pelo INSS”.

Em 1993, o INSS estabeleceu por meio de Ordem de Serviço nº 83 que, para a comprovação do recolhimento, o tomador deveria solicitar da prestadora cópia autenticada da guia de recolhimento quitada, em anexo à nota fiscal do serviço. A Lei 9.032/95 incluiu esta exigência no seu artigo 31º, §§ 3º e 4º:

§3º. A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal fatura correspondente aos serviços executados, quanto da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§4º. Para o efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão de obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração.

Diante destas tentativas de controle arrecadatário, as prestadoras de serviços começaram a fraudar as guias de recolhimento, copiando uma mesma guia diversas vezes com anotações distintas no campo de observações, levando o agente fiscal a pensar que os recolhimentos estavam realizados, quando apenas uma parte foi devidamente recolhida. Desta maneira, surgiu ao legislador a proposta de retenção de contribuição previdenciária de forma direta sobre a retenção de 11% sobre o pagamento das notas fiscais dos serviços prestados ao tomador.

A Lei 9.711/1998 determinou que a retenção dos 11% deveria ser feita a partir do valor bruto da nota fiscal de serviços e recolhido o valor até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal nas hipóteses de cessão de mão de obra e empreitada.

A arrecadação realizada pela devida retenção ocasionou ações na Justiça Federal, pois as empresas alegavam a retenção sobre o faturamento ofendiam os princípios e ordens tributárias constitucionais que delimitam os limites ao poder de tributar.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal conferiu decisão afirmando que a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal de prestação de serviços para com a contribuição previdenciária seria constitucional, no Recurso Extraordinário nº 603191:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGALIDADE DA RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL. ART. 31 DA LEI 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.711/1998. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Falou pela União a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procurador da Fazenda Nacional. Plenário, 01.08.2011.

A segunda hipótese que ocorre a exclusão da responsabilidade da Administração Pública nos encargos previdenciários é no caso da prestação de serviços sem a cessão de mão de obra por parte do prestador. A prestação de serviços sem cessão de mão de obra ocorre quando uma pessoa física ou jurídica se compromete a realizar uma determinada atividade sem que seja necessária a colocação dos empregados à disposição da Administração Pública.

A causa do contrato não é a prestação de serviço em si, nem a entrega de mão de obra, mas uma atividade, uma obra certa, com o preço estipulado no resultado desta. Servem de exemplo para este tipo de contrato os serviços feitos por encomenda, como a empreitada da construção civil e aqueles serviços prestados a vários contratantes sem a vinculação dos trabalhadores a Administração Pública. No mesmo raciocínio o Recurso Especial n. 866152, da Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, assim foi decidido:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREITADA GLOBAL POR OBRA. ART. 7, § 2º, DA LEI N. 8.666/91. NÃO-INCIDÊNCIA. CONTRATO DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA NÃO CARACTERIZADO (ART. 31 DA LEI N. 8.212/91).

1. O art. 73, § 2º, da Lei n. 8.666/91, com a redação conferida pela Lei n. 9.032/95, dispõe expressamente que “a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

2. O art. 31 da Lei n. 8.212/91 refere-se à responsabilidade da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, em relação às obrigações tributárias previdenciárias devidas pelo executor.

3. A partir dos elementos constantes do acórdão recorrido não se observa a existência de contrato de cessão de mão de obra ou equiparado, de modo que não se aplica ao ente municipal a responsabilidade solidária prevista no art. 71, § 2º, da Lei n.8.212/91 c/c 31 da Lei n. 8.212/91.

4. O princípio da estrita legalidade tributária não permite dar à regra de responsabilidade tributária alcance nela não compreendido inicialmente, nem mesmo por analogia (art. 108, § 1º, do CTN).

5. Recurso especial não provido.

Em vista disso, a Administração Pública não responde pelos encargos previdenciários devidos pelo construtor ou subempreiteira pelos serviços que não envolvam a cessão de mão de obra, ou seja, desde que a empresa prestadora dos serviços tome para si a responsabilidade direta e total para a realização do serviço e cumprimento do contrato.

4.2 RESPONSABILIDADE NOS ENCARGOS TRABALHISTAS

A temática da responsabilidade da Administração Pública nos casos de inadimplementos por encargos trabalhistas merece atenção especial por sua dicotomia de entendimento apresentada nos últimos anos. A partir do cancelamento do Enunciado nº 256 do TST e a elaboração da Súmula nº 331, expandiu-se a possibilidade aos entes da Administração Pública de terceirizar suas atividades-meio, e ficou definido que a ilicitude da terceirização praticada não acarretaria em reconhecimento de vínculo empregatício com o trabalhador.

A responsabilidade patrimonial da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços teve base na Lei nº 8.666/93 de

Licitações e Contratos, promulgada no mesmo ano de publicação da Súmula nº 331, com o objetivo de trazer tratamento diverso do oferecido às empresas privadas.

Os órgãos da Justiça do Trabalho, de forma espontânea responsabilizaram subsidiariamente de forma imediata os entes públicos nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa terceirizada. Assim, diversas reclamações constitucionais foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, com base jurídica de que estava sendo violada a cláusula de reserva de plenário ao afastar a ocorrência do artigo 71º, § 1º, da Lei nº 8.666, pois estavam tratando o referente dispositivo como inconstitucional sem decisão da maioria de seus membros ou do órgão especial.

Por conseguinte, o artigo 71º definiu que o contratado pela Administração responderá pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da consumação do contrato. Porém, o § 1º do artigo 71º, estabelece que na eventual inadimplência dos encargos trabalhistas, não se transfere a Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento.

Destarte, com a Resolução nº 96/2000 adicionou-se o item IV da Súmula nº 331 do TST, transmitindo a Administração Pública responsabilidade subsidiária em caso de inadimplência dos encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. A partir desta contradição, originou-se o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, formentado pelo Ministro Milton de Moura França, com a seguinte ementa:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº8.666/93 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 aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de 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. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, 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. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

A Corte trabalhista mostrou que o entendimento dado pelo artigo 71º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas seria aplicado caso a empresa terceirizada estivesse prestando a sua atividade em consonância com os parâmetros legais estabelecidos, sem descumprir com suas obrigações, do mesmo modo que a Administração Pública contratante não se mostrasse omissa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora. Vale ressaltar, que esta decisão se deu com base nos princípios da proteção do trabalhador, da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Posteriormente, com o potencial conflito entre o artigo 71º, § 1º da Lei nº 8.666/93, com o entendimento da Súmula nº 331 do TST, foi provocado a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal e julgada em 24 de novembro de 2010, a qual será analisada a seguir.

4.2.1 ADC nº 16 e o Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Na ADC nº 16/DF, o relator designado foi o Ministro Cezar Peluso. No Plenário após muito tempo com debates, os ministros reconheceram a constitucionalidade do artigo 71º, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SUBSIDIÁRIA. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação Direta de Constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Com esta decisão ficou vedada a automática responsabilização da Administração Pública contratante no caso de mera inadimplência dos encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços. Contudo, em caso de conduta culposa da Administração Pública é possível reconhecer a sua responsabilidade subsidiária. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso:

Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o Tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, neste julgamento, impedir que a Justiça trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.

[...]

A norma é sábia. Ela diz que o mero inadimplemento não transfere a responsabilidade. O mero inadimplemento deveras não transfere, mas a inadimplência da obrigação da Administração é que lhe traz como consequência uma responsabilidade que a Justiça do Trabalho eventualmente pode reconhecer a despeito da constitucionalidade da lei.

O Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, mudando o item IV e adicionando os itens V e VI como se encontram atualmente:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

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

Com isto, a Corte trabalhista, adequou-se à decisão proferida na ADC nº 16/DF. É preciso ressaltar, que o § 2º do artigo 71º da Lei de Licitações e Contratos

não foi matéria desta Ação Direta de Constitucionalidade, pois se trata de uma responsabilidade mais onerosa do que a subsidiária, haja vista, que é permitido ao trabalhador demandar de forma direta contra o Poder Público.

4.2.2 Responsabilidade Subsidiária: Culpa *In Elegendo* e Culpa *In Vigilando*

Em consequência dos acontecimentos descritos anteriormente, é necessária a análise dos pressupostos para configuração da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. Este tipo de responsabilidade se origina a partir de três elementos, dano ocasionado à vítima (direitos trabalhistas sonegados ou violados), nexos de causalidade (proporcionado pela relação trilateral estabelecida na terceirização) e a conduta culposa do ente público (descumprimento das obrigações que lhe são imputadas, tanto na licitação como na fiscalização da execução do contrato).

Observar o procedimento da licitação pública e fiscalizar os contratos administrativos decorrentes são deveres jurídicos da Administração Pública. No julgamento da ADC nº 16/DF, os ministros adentraram nestes deveres jurídicos, citando a possível configuração de culpa *in elegendo* (resulta da má escolha daquele a quem se confia a prestação do serviço), ou culpa *in vigilando*, que por sua vez, equivale na falta de fiscalização/vigilância para com aquele que executa o contrato.

Destarte, o ente público agiria com culpa *in elegendo* caso não observasse os requisitos legais das licitações, por exemplo, contratação de empresa inidônea ou a dispensa de licitação fora das exceções legais. Já, a culpa *in vigilando*, se baseia na falha ou ausência de fiscalização do contrato administrativo por parte da Administração Pública no decorrer das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada.

O ente público deve respeitar os princípios da legalidade e da impessoalidade, por exemplo, para que um licitante possa habilitar-se na licitação, de acordo com o artigo 27º da Lei nº 8.666, deverá:

Art. 27. 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 – regularidade fiscal e trabalhista;

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

A exigência de comprovação de regularidade trabalhista também é necessária como abarca o artigo 29º, inciso V, da Lei nº 8.666:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrado situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

No que se refere a fase de julgamento das propostas na licitação, o artigo 44º, da Lei nº 8.666 determina:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º. Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração.

§ 4º. O disposto no parágrafo anterior se aplica também às propostas que incluam mão de obra estrangeira ou importações de qualquer natureza.

Portanto, a escolha da empresa prestadora de serviços com o descumprimento de qualquer destas exigências legais e de outras, configuraria a culpa *in eligendo*.

Depois que é realizado todo o procedimento, ocorre a formalização do contrato entre as partes, sendo que a execução do contrato deve ser fiscalizado por um representante da Administração especialmente designado para tal ato, permitida, inclusive, a contratação de terceiros para auxiliar e prestar assistência como foi visto no capítulo anterior. Acontece, aqui, a eventual hipótese de configuração da culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública contratante. De acordo com o artigo 67º da Lei nº 8.666, o determinado representante ficará sujeito a:

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.

§ 1º. O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

A Lei de Licitações e Contratos deixou clara a diretriz do poder-dever legal da Administração Pública de acompanhar a execução do contrato, nas suas atribuições de fiscalizar, orientar, interditar e intervir com a possibilidade de aplicar penalidades contratuais. Tanto no que concerne à sua idoneidade, quanto ao momento do procedimento licitatório, como também, no tocante ao cumprimento das obrigações trabalhistas referentes aos trabalhadores vinculados ao contrato de trabalho referente à terceirização.

Conclui-se, que para a exclusão da responsabilidade do ente público tomador de serviços, é necessário que todas as outras obrigações de fiscalização e controle para a convenção e execução do contrato sejam efetivamente realizadas.

4.2.3 Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização Ilícita

O entendimento sobre a responsabilidade da Administração Pública em caso de terceirização ilícita é muito debatida pelos doutrinadores. Primeiramente, é necessário lembrar quando que ocorre a terceirização ilícita. No entendimento de Cassar (2011, p.517), a licitude e ilicitude da terceirização é assim explicada:

[...] as terceirizações devem ser classificadas não como lícitas e ilícitas, mas como regulares ou irregulares, porque não há lei que a proíba. Terceirização regular/irregular é gênero, da qual a legal/ilegal é mera espécie. Assim, a terceirização legal é a autorizada por lei. Já a regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre trabalhador e o tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja fraude ao concurso público.

O assunto é complementado por Martins (2011, p.159):

A terceirização legal ou 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. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere à locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores.

A Súmula 331, I do TST, trouxe o exemplo de contratação ilegal: “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”. Há quem entenda que a responsabilidade será subsidiária, tendo como exemplo Godinho (2008, p. 451):

O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, caput, II e parágrafo 2, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Carta de 1988.

Existem aqueles que entendem que a responsabilidade será sempre solidária com base na aplicação do artigo 8º da CLT:

Art. 8. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A aplicação da responsabilidade solidária para com a Administração Pública na terceirização ilícita obteve respaldo em julgamentos de Acórdãos do TST. O Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do AIRR nº 972-45.2012.5.04.0023, da Relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, decidiu da seguinte forma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO SEGUNDO RECLAMADO (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ENTE PÚBLICO. No caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização ilícita, haja vista que a trabalhadora desenvolvia serviços inerentes à atividade-fim do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre, prestando serviços de saúde em hospital custeado pelo primeiro e gerenciado pelo segundo. Como é sabido, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes, conforme dispõe o artigo 265 do Código Civil. Na hipótese, como está configurada a terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária. É que, segundo determina o disposto no artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no artigo 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa a direito de outrem ou violação desse ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Agravo de instrumento desprovido.

Por último, mas com o mesmo entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do RR de nº 93800-35.2009.5.03.0139, da Relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, decidiu:

CEF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização ilícita, haja vista que o trabalhador desenvolvia serviços inerentes à atividade-fim da Caixa Econômica Federal. Como é sabido, a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, conforme dispõe o artigo 265 do Código Civil. No caso como o ora em análise, em que patente está a configuração de terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária. É que, segundo determina o disposto no artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no artigo 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa a direito de outrem ou violação desse ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Ademais, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana da Administração Pública, nos casos de terceirização ilícita, decorre da sua conduta ilícita - prática de fraude - acerca da terceirização de atividade-fim, e não, simplesmente, do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços. Portanto, se as duas reclamadas praticaram fraude em relação à terceirização de serviços, não se aplica o disposto na Súmula nº 331, item V, do TST para afastar a responsabilidade do ente público, de cuja incidência somente se pode razoavelmente cogitar quando há regularidade do contrato de prestação de serviços, o que, Poder Judiciário

comprovadamente, não se verificou no caso dos autos, conforme expressamente registrado no acórdão regional. Recurso de revista não conhecido. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. ISONOMIA SALARIAL E INSTRUMENTO NORMATIVO APLICÁVEL. INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 383DA SBDI-1 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 383 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, 'a', da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974-. Recurso de revista não conhecido.

Por fim, há quem entenda que a responsabilidade só poderá ser solidária se vier do contrato, conforme o artigo 265º do Código Civil de 2002: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”. Ressalta-se, que a possibilidade de responsabilização se origina da ilicitude da terceirização, devendo-se observar o pré-requisito de que a empresa tomadora de serviços tenha participado da relação processual, constando também no contrato pactuado a responsabilização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo, demonstramos que a terceirização é uma forma de modernização das relações de trabalho muito presente no nosso país. Apesar da sua importância, não há lei específica que regule todos os casos de terceirização e uniformize tais divergências. Logo, a Justiça do Trabalho não poderia se abster e assim impor limites e regras para esse fenômeno.

Nesse contexto, foi editada a Súmula nº 331 do TST que permitiu a terceirização apenas nas atividades-meio e firmou a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelos direitos trabalhistas dos obreiros terceirizados. Embora tenha sido de fundamental importância, a Súmula nº 331 do TST não solucionou todas as adversidades relacionadas à terceirização.

Com relação aos trabalhadores, esse quadro de adversidades acarreta à precarização do trabalho, ou seja, a redução ou perda da remuneração, benefícios e garantias. A pesquisa demonstrou que, no Brasil, o trabalho terceirizado tem baixa remuneração, intensa rotatividade, elevada jornada de trabalho em relação aos trabalhadores com carteira assinada.

No segundo capítulo, a terceirização no setor público foi legalmente regulamentada pelo Decreto-Lei nº 200 de 1967, com a finalidade de estimular a descentralização das atividades administrativas para a esfera privada. Constatou-se que as contratações de terceiros pela Administração Pública se dão através de licitações, contratos, contratação temporária, concessão, permissão e autorização.

Atualmente, há um projeto de lei tramitando com o objetivo de regulamentar o trabalho terceirizado no Brasil, o Projeto de Lei nº 4330/2004 proposto pelo Deputado Sandro Mabel. As suas normas atingem apenas empresas privadas, produtores rurais e profissionais liberais. No entanto, menciona a terceirização no setor público deixando seus encargos trabalhistas para a Lei nº 8666/93 de Licitações e Contratos, enquanto não houver uma regulamentação específica por outra lei.

Concluí no terceiro capítulo, que um dos mecanismos de controle passível de solucionar alguns dos problemas da precarização do trabalho em relação a terceirização, seria a responsabilização do tomador de serviços em caso de inadimplência por parte da empresa prestadora de serviços.

A responsabilidade solidária da Administração Pública nos encargos previdenciários ficou constatada na presente pesquisa que, apenas, nas contratações de construtoras que irão realizar suas atividades mediante cessão de mão de obra é que existirá a responsabilidade solidária da Administração Pública pelos encargos previdenciários eventualmente devidos pelo prestador de serviços.

No entanto, nota-se que a eliminação da responsabilidade da Administração Pública pelos encargos previdenciários pode ocorrer em dois casos distintos. A primeira hipótese ocorre na quitação da folha de pagamento do prestador e da Guia de Recolhimento da Previdência Social (GRPS) de acordo com o artigo 42º § 1º do Decreto 356/1991.

A segunda hipótese é no caso da prestação de serviços sem a cessão de mão de obra por parte do prestador. A prestação de serviços sem cessão de mão de obra ocorre quando uma pessoa física ou jurídica se compromete a realizar uma determinada atividade sem que seja necessária a colocação dos empregados à disposição da Administração Pública.

Quanto a responsabilidade do ente público nos encargos trabalhistas. O artigo 71º, § 1º da Lei nº 8.666/93 estabeleceu que na eventual inadimplência dos encargos trabalhistas, não se transfere automaticamente a Administração Pública a responsabilidade pelo seu pagamento.

O artigo 71º, § 1º, da Lei nº 8.666/93 sofreu controle de constitucionalidade na ADC nº 16/DF. No Plenário os ministros reconheceram a constitucionalidade do artigo e com esta decisão ficou vedada a automática responsabilização da Administração Pública contratante no caso de mera inadimplência dos encargos trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Posteriormente, a Corte trabalhista mostrou que o entendimento dado pelo artigo 71º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, apenas seria aplicado caso a empresa terceirizada estivesse prestando a sua atividade em consonância com os parâmetros legais estabelecidos, sem descumprir com suas obrigações, do mesmo modo que a Administração Pública contratante não se mostrasse omissa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora.

Neste caso, a Administração Pública só poderia ser responsabilizada subsidiariamente, por meio da culpa *in elegendo e in vigilando*. Incorre a Administração Pública em culpa *in elegendo* quando falha na escolha da empresa prestadora de serviços. Nesse procedimento, a Administração tem o dever de exigir

das empresas proponentes a apresentação de documentação que comprove sua idoneidade econômica.

A hipótese de responsabilidade subsidiária por culpa *in vigilando* acontece quando a Administração Pública falha no dever de fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, por exemplo, se a empresa contratada vem cumprindo regularmente com as suas obrigações trabalhistas perante os obreiros.

Por fim, pode ocorrer a responsabilização da Administração Pública na terceirização ilícita. Há quem entenda que a responsabilidade será subsidiária, com base na Súmula 331, IV do TST, o qual a empresa prestadora de serviços responderia, em primeiro plano, pelas verbas trabalhistas, respondendo subsidiariamente o ente público.

Há aqueles que entendem que a responsabilidade será sempre solidária, conforme dispõe o artigo 265º do Código Civil, combinado com o disposto no artigo 8º da CLT. Na hipótese, estando configurada a terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária.

Ainda assim, há quem entenda que a responsabilidade só poderá ser solidária se vier do contrato, conforme o artigo 265º do Código Civil de 2002, que estabelece que a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.

Desta feita, a presente pesquisa atinge o seu objetivo geral, que é a análise do ponto de vista jurídico da terceirização na Administração Pública. Atingindo, por conseguinte, os seus objetivos específicos que é demonstrar a dicotomia na responsabilidade da administração pública na terceirização acerca dos encargos previdenciários e trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Laura de. **Gerenciamento do Trabalho Terceirizado**. In: BOOG, Magdalena (Coord): Manual de Gestão de Pessoas e Equipes: Estratégias e Tendências. São Paulo: Gente, 2002.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer nº AC-055, de 17 de novembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8459>>. Acesso em: 14 de março de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4330/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 27 de março de 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Atualizado até a Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 356, de 07 de dezembro de 1991**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0356.htm>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 612, de 21 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0612.htm>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 2.271, de 07 de dezembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 12 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 09 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 12 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm>. Acesso em: 12 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de julho de 1983.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L8666cons.htm>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../L8666cons.htm>. Acesso em: 09 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.745, 09 de dezembro de 1993.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8745-9-dezembro-1993-363171-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 13 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm>. Acesso em: 14 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 14 de março de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9711.htm>. Acesso em: 15 de março de 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Instrução Normativa nº 3, de 1º de setembro de 1997**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>>. Acesso em: 15 de março de 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 789, de 03 de junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mte-789-2014.htm>>. Acesso em: 11 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 / DF**. Responsabilidade Contratual. Disponível. Relator: Min. Cezar Peluso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 24/11/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%29%2816%2ENUME%2E+OU+16%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603191**. Relator: Min. Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 01/08/2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20624861/recurso-extraordinario-re-603191-mt-stf>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP nº 866152**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: T2 – Segunda Turma. Data de julgamento: 05/08/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16068784/recurso-especial-resp-866152-sc-2006-0103828-3/inteiro-teor-16822412>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2731**. Relator: Min. Benjamin Zymler. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 21/01/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 28 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 972-45.2012.5.04.0023**. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Órgão julgador: 2ª Turma. Data de Julgamento: 25/03/2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 29 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência Recurso de Revista: IUJ-RR 2977513119965045555 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator: Milton de Moura França. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 11/09/2000. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1511663/incidente-de-uniformizacao-de-jurisprudencia-recurso-de-revista-iuj-rr-2977513119965045555-297751-3119965045555>>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 383 da SDI-I, de 03 de janeiro de 2011**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/ojs/>>

/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i>. Acesso em: 17 de março de 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR- 93800-35.2009.5.03.0139**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Órgão Julgador: 2ª Turma. Data de julgamento: 15/10/2014. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 29 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 239, de 09 de dezembro de 1985**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,tst-sumula-239,3871.htm>>. Acesso em: 15 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256, de 30 de setembro de 1986**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,tst-sumula-256,3893.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 257, de 30 de setembro de 1986**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/sumula-organizada,tst-sumula-256,3893.html>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331, de 03 de janeiro de 2011**. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 12 de março de 2016.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. Legislação Complementar e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvula. **Dicionário Compacto do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Mauricio Godinho. **Curso de direito trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica**. São Paulo: Pioneira, 1993.

GIOSA, Lívio. **IV Pesquisa Nacional sobre Terceirização nas Empresas – 2006. 2006**. Disponível em:

<<http://www.sindeprestem.com.br/v2/cms/UserFiles/File/LivioGiosaResultadoIVPesquisaNacional sobre Terceiriza%C3%A7%C3%A3o2006.doc>

> Acesso em: 20 de março de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

OLIVEIRA, Gisele; MULLER, Marcos. **Infógrafo: Para Entender o Projeto de Lei da Terceirização. Jornal Estadão, 2015**. Disponível em:

<<http://www.estadao.com.br/infograficos/para-entender-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao,399044>>. Acesso em: 10 de março 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos Teoria e Prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Manutenção de frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da quarteirização na gestão pública?**. FCGP. ano 9. Belo Horizonte, 2010.

POCHMANN, Márcio. **Debates Contemporâneos, economia social e do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual de terceirização: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso**. São Paulo: STS, 1998.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

SARATT, Newton, SILVEIRA, Adriano Dutra da, DAIBERT NETO, Arlindo e MORAES, Rogério Pires. **Quarteirização: Redefinindo a Terceirização**. Porto Alegre: Badejo Editorial, 2000.