

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE  
SERGIPE - FANESE  
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO – NPGE  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO “LATO SENSU”  
ESPECIALIZAÇÃO EM AUDITORIA GOVERNAMENTAL E  
CONTABILIDADE PÚBLICA**

**KATIA DE BARROS BOMFIM SANTANA**

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Aracaju – SE  
2009**

**KATIA DE BARROS BOMFIM SANTANA**

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Núcleo de Pós-Graduação e  
Extensão – NPGE, da Faculdade de Administração  
de Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito  
para a obtenção do título de Especialista em  
Auditoria Governamental e Contabilidade Pública.**

**Aracaju – SE  
2009**

**KATIA DE BARROS BOMFIM SANTANA**

**TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Núcleo de Pós-Graduação e Extensão – NPGE, da Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Auditoria Governamental e Contabilidade Pública.**

**TÂNIA SANTOS DE JESUS**

**Prof. Avaliador**

**PROF. ESP. JOSEFA VANUZA DE SANTANA**

**Coordenadora do Curso**

**KATIA DE BARROS BOMFIM SANTANA**

**Aprovado (a) com média: 9,5**

**Aracaju (SE), \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2009.**

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. RESUMO .....                                                                                                                       | 05 |
| 2. INTRODUÇÃO.....                                                                                                                    | 06 |
| 3. PROBLEMA .....                                                                                                                     | 07 |
| 4. OBJETIVOS.....                                                                                                                     | 08 |
| 4.1. Geral.....                                                                                                                       | 08 |
| 4.2. Específicos.....                                                                                                                 | 08 |
| 5. JUSTIFICATIVA.....                                                                                                                 | 08 |
| 6. O QUE É TERCEIRIZAÇÃO.....                                                                                                         | 09 |
| 6.1. Terceirização e Administração Pública Brasileira .....                                                                           | 09 |
| 6.2. A Terceirização e a Lei de Responsabilidade Fiscal .....                                                                         | 10 |
| 6.3. A Terceirização e a Lei 8.666/93 – Contratos Administrativos.....                                                                | 14 |
| 6.4 Execução de Contratos Administrativos: Responsabilidades trabalhista e previdenciária a luz da súmula TST 331 e IN RFB 02/2008... | 17 |
| 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....                                                                                                         | 22 |
| 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                                                                                                   | 25 |
| 9. ABSTRACT .....                                                                                                                     | 26 |

## RESUMO

A análise da aplicação do instrumento terceirização de serviços e suas consequências no âmbito da responsabilidade subsidiária e solidária para a administração pública norteiam objeto deste artigo com reflexões sobre a dinâmica da sociedade moderna e a necessidade de redução da participação estatal nas atividades não próprias de Estado (atividades meio) e foco em sua atividade fim. Conceituação do instrumento terceirização, base legal em sentido amplo, destacando sua aplicabilidade na esfera pública. Administração Pública como tomadora de serviços e sua responsabilidade quanto à execução do contrato. Vantagens e desvantagens da terceirização de serviços à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal acerca do limite de gastos com despesas de pessoal, nos termos do art. 18, § 1º. Consequências da aplicação da Instrução Normativa 02/2008. Análise do caput e parágrafos do art. 71 da Lei 8.666/93, Súmula 331 do TST e suas possíveis contradições quanto a responsabilização atribuída a Administração Pública em decorrência da inadimplência do contratado.

Palavras-chave: Terceirização de serviços. Instrução normativa 02/2008. Súmula 331 do TST.

## 2. INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização que interliga as nações faz surgir naturalmente o intercâmbio entre experiências e costumes existentes. A demanda por novos e necessários serviços exige da economia de cada país agilidade cada vez maior. Nesta seara não está apenas inserida a iniciativa privada. Não se pode esquecer que a dinâmica de cada economia é ditada pela eficiência da máquina estatal formando um elo interdependente com os demais setores produtivos da sociedade.

Um novo conceito passa a ser cada vez mais utilizado em todos os ramos da atividade produtiva assim como na administração pública: a terceirização de serviços. A história registra que sua origem foi nos Estados Unidos, consolidando-se na década de 50, principalmente na indústria. No Brasil, o conceito foi introduzido pelas multinacionais no setor automobilístico nas décadas de 50 e 60, impulsionada pelo “milagre econômico” na década de 70. Já no setor público, a tendência à terceirização surgiu da necessidade do Estado concentra-se nas suas funções próprias e reduzir a sua participação na atividade produtiva deixando para a iniciativa privada a execução direta de diversos serviços, substituindo o servidor público, teoricamente mais caro, por terceiro contratado. A terceirização, neste contexto, passa a ser incorporada à Administração Pública, constituindo, em princípio, vantagem para o tomador de serviços, o Estado, uma vez que se transfere a terceiros o papel de empregador, permitindo o repasse da responsabilidade direta pelos encargos decorrentes.

A expressão “terceirização”, em sentido amplo, é a transferência de serviços para terceiros. O que é terceirizado é o serviço, e não as pessoas, pois toda organização necessita de indivíduos (internos ou externos) para o atingimento de seus objetivos (execução de sua missão), portanto o profissionalismo e a cooperação devem estar presentes em todas as etapas do processo de terceirização (FERREIRA-DA-SILVA, 1998, p. 36-39).

O presente trabalho, através da revisão e análise sistemática e comparada da legislação em foco e suas controvérsias quando observada sob prismas diversos, procura aprofundar o estudo das causas pertinentes às dificuldades encontradas pela administração pública no processo de terceirização no tocante as responsabilidades subsidiária e solidária, relacionadas as áreas trabalhista e previdenciária, junto as empresas contratadas durante a execução dos serviços.

### **3. PROBLEMA**

Novas relações se estabelecem entre o Estado, enquanto tomador de serviços e as empresas contratadas e funcionários que executam o serviço objeto do contrato. Em cada estágio do processo há legislação específica que o disciplina. Contudo, as situações criadas nas inter-relações que envolvem os três pólos retro citados requerem uma análise diferenciada para cada uma. Pode-se citar:

- a) O Estado pode prevenir-se diante da negligência do prestador de serviço das consequências que acarretam a responsabilidade subsidiária e solidária apesar de tomadas as precauções necessárias para evitá-las quando da licitação?
- b) O art. 71 da Lei 8.666/93, § 1º exclui da Administração Pública as responsabilidades solidária e subsidiária da Administração Pública? Estaria, portanto, em conflito com o inciso IV do enunciado 331 do TST?
- c) A Lei de Responsabilidade Fiscal reforça a necessidade de terceirizar atividades vinculadas à área meio do Estado com o fito de reduzir gastos com pessoal. Os riscos com a possibilidade de responsabilização são compensatórios?
- d) É possível cumprir as exigências impostas pela súmula 331 do TST e IN 02/2008 sem tornar o contrato de prestação de serviço desvantajoso para a administração pública?
- e) Até onde vai o dever de fiscalização por parte da Administração Pública sem interferir na execução do contrato?

#### **4. OBJETIVOS**

Para melhor compreensão dos objetivos pretendidos com este trabalho, os mesmos foram divididos em geral e específicos, conforme detalhamento abaixo.

##### **4.1 GERAL**

Este trabalho tem por objetivo geral analisar o processo de terceirização de serviços, com cessão de mão-de-obra, no âmbito da administração pública direta federal e as consequências negativas quando da responsabilização por obrigações trabalhistas e previdenciárias.

##### **4.2 ESPECIFICOS**

Como objetivos específicos este estudo irá analisar:

- ✓ A despesa com pessoal na Administração Pública e os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal;
- ✓ Responsabilidade da Administração Pública diante da abrangência do disposto no caput do artigo 71 e parágrafos 1º e 2º da Lei 8.666/93;
- ✓ Estratégias para a fiscalização dos contratos com vistas a cumprir o disposto na Súmula 331 do TST e IN 02/2008;

#### **5. JUSTIFICATIVA**

Justifica-se o presente trabalho devido ao leque de possibilidades que se abrem diante das variantes que surgem com a execução dos contratos de cessão de mão-de-obra. Tema controverso, a terceirização tem sido cada vez mais discutida não só por aqueles que fazem parte da administração pública, mas também por estudiosos e interessados nas relações trabalhistas entre a administração pública que contrata e a empresa contratada para fornecer a mão-de-obra terceirizada. A obediência à legislação em vigor apresenta-se como desafio a ser conquistado, visto que se apresenta com conflitos em alguns pontos importantes.

Ao seu termo, poder-se-á vislumbrar a possibilidade de executar contratos sem descumprir a legislação envolvida: Lei 8.666/93, Lei de Responsabilidade Fiscal, CLT e Súmula TST 331 e IN 02/2008.

## **6. O QUE É TERCEIRIZAÇÃO?**

A Terceirização ocorre quando uma empresa é contrata por outra para executar parte ou um todo da sua atividade. É uma descentralização de serviços em que a empresa contratada oferece a mão-de-obra para executar o serviço objeto do contrato pactuado entre as partes. É um processo de interligação e interdependência nos campos políticos e econômicos, principalmente. Os tempos atuais mesclam as sociedades sob a égide do fenômeno da globalização. Tal acontecimento tem mudado drasticamente os padrões da sociedade contemporânea, provocando transformações na economia mundial.

### **6.1 TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

A função administrativa, considerada em sua acepção objetiva (atividade de dirigir), pode ser realizada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como por terceiros autorizados a atuar em nome do Estado, como se dá com os permissionários e concessionários de serviços públicos (RAMOS, 2001, p. 92).

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro foi muito feliz em sua definição: “Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Poder público, para que diretamente, ou por meio de seus delegados, sejam satisfeitas necessidades de interesse público, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (Di Pietro, 2004, p. 99).

No Brasil, a terceirização na administração pública tem crescido em proporção geométrica devido, em parte, à necessidade de adequação aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal com gastos em pessoal aliado ao fato da crescente necessidade que o Estado tem de concentrar seus esforços nas atividades fins próprias. A execução das atividades consideradas como pertencentes a área meio está gradativamente sendo transferida para a iniciativa privada, onde empresas especializadas neste tipo de atividades, em tese, possuem maior capacidade de desempenha-las com mais economicidade sem perder a eficiência e eficácia.

A realização de concurso público para compor quadros nas áreas meio do órgão significa um comprometimento permanente e crescente de parte da despesa de pessoal com atividade que pode não existir mais no órgão no futuro. Terceirizar estas atividades permite uma flexibilização na realização da despesa. Finda a atividade, findo o dispêndio. A legislação autorizou a administração pública a terceirizar algumas atividades ligadas à

prestação de serviços estabelecendo que a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A terceirização é viabilizada por um acordo entre as partes celebrado por contratos administrativos. A permissão para a realização de tais instrumentos encontra-se prevista desde o Decreto-Lei nº 200, de 1967. A Lei complementar 8.666/93 regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. O Decreto nº 2.271/97, art. 1º, caput, parágrafo 1º, dispõem sobre as atividades que podem ser terceirizadas e o âmbito de aplicação dentro do Estado, *in verbis*:

Art. 1º :No âmbito da Administração Pública Federal Direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto da execução indireta 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, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Quanto à formação de vínculo trabalhista na Administração Pública, verifica-se a impossibilidade de formação de vínculo com o empregado, mesmo nos casos em que todo o processo de contratação tenha sido executado de forma irregular. O inciso II do art. 37 da Constituição, não permite que quaisquer dúvida parem sobre a matéria evidenciando-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e o da acessibilidade aos cargos públicos mediante aprovação prévia em concurso público quando afirma, *in verbis*:

II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (Brasil – Constituição 1988).

## 6.2 A TERCEIRIZAÇÃO E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Na execução do orçamento público, os gestores públicos deparam-se com um problema: a receita a ser realizada é estimada podendo haver flutuações no seu total.

Contudo a despesa é fixada, ou seja, existe um teto que é definido, em lei. Ambos os montantes são definidos um ano antes da sua ocorrência não esquecendo que os limites impostos pela LRF estão parametrizados na receita corrente líquida (RCL) do período da execução da despesa, portanto dinâmico e, não raro, há necessidade de controle da evolução das despesas através de contingenciamentos. Portanto, os administradores necessitam ter um planejamento eficiente quanto à execução principalmente da despesa e mecanismos que mantenham o nível de arrecadação estimado. A **RCL**, segundo a própria LRF em seu art. 2º, inciso IV:

IV - É a soma das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, sendo deduzidos:

- a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios, por determinação legal ou constitucional, e as contribuições patronais e dos trabalhadores e demais segurados da previdência social para o Regime Geral da Previdência Social e bem como as contribuições para o PIS/PASEP;
- b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;
- c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores públicos para o custeio de seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira entre os diversos regimes de previdência social para a contagem recíproca do tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria.

A receita corrente líquida é o denominador comum de todos limites da LRF. Sobre ela serão calculados todos os percentuais de gastos de pessoal, de despesas previdenciárias, de serviços de terceiros, da reserva de contingência e da dívida consolidada (Toledo Júnior, 2001, pg 16).

Os limites máximos da despesa de pessoal são calculados como percentuais da Receita Corrente Líquida (RCL), de acordo com os seguintes critérios:

a) Na esfera federal, 50% da RCL:

- ✓ 2,5 % para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas;
- ✓ 0,6 % para o Ministério Público da União;
- ✓ 6 % para o Poder Judiciário;
- ✓ 3 % para custeio de despesas do DF e de ex-territórios;
- ✓ 37,9 % para o Poder Executivo.

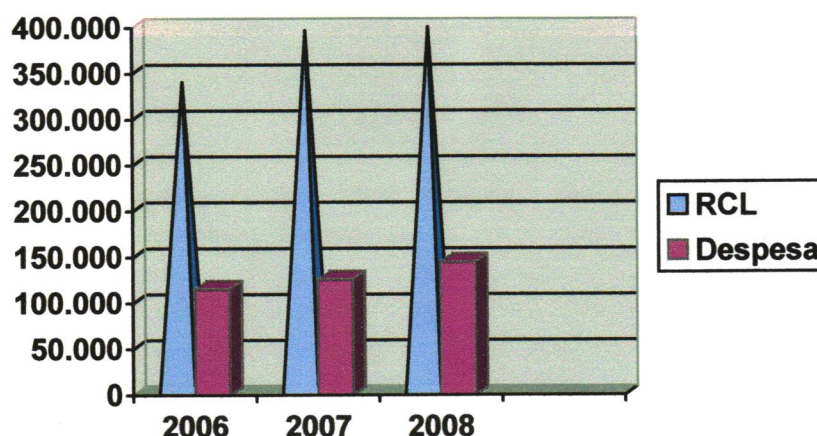
b) Na esfera estadual, 60% da RCL:

- ✓ 3% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas;
- ✓ 6% para o Poder Judiciário;
- ✓ 2% para o Ministério Público;
- ✓ 49% para o Poder Executivo.

c) Na esfera municipal, 60% da RCL:

- ✓ 6% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas, quando houver;
- ✓ 54% para o Poder Executivo.

No âmbito da União um comparativo entre a Receita Corrente Líquida e a despesa executada de pessoal, nos exercícios de 2006 a 2008, em milhões de reais, aponta um crescimento de 17,7390% para a RCL e 25,6254% para a despesa com pessoal no período. Observando-se a União, apesar da despesa ter crescido em proporção superior a RCL, verifica-se que o percentual está dentro de um limite confortável, lembrando que o limite prudencial é 47,5%: 34,1539% para 2006, 31,9938% para 2007 e 36,4416% para 2008:



Os dados acima foram colhidos no site do Ministério da Fazenda e é de domínio público. Contudo a forma de disposição da informação não permite que o cidadão, leigo no assunto, interprete ou perceba a informação.

A LRF, entre outras matérias, tem por escopo o artigo 169 da Constituição Federal de 1988, que determina, *in verbis*:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar (Brasil/2000).

Ressalte-se que o artigo 169 da Constituição Federal de 1988 foi modificado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (EC/19). Essa Emenda Constitucional tornou ainda mais rígido o controle dos gastos com pessoal na administração pública, autorizando o

administrador a demitir, se necessário (e em condições especiais) o servidor estável para o cumprimento da norma constitucional, conforme se verifica no seu artigo 21, que determina, *in verbis*:

Art. 21. da EC 19 de 1998: “O art. 169 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º (...)

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (Brasil – Constituição 1988)

Já a Lei Complementar nº 101, a partir do seu artigo 18, define despesas de pessoal da seguinte forma:

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

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal” (Brasil/2000).

A Administração contrata empresas prestadoras de serviços, as quais, alocam mão-de-obra suficiente para a execução do mesmo. Desta forma, funcionários das empresas

contratadas não manteriam qualquer vínculo jurídico ou funcional com o Poder Público, não podendo, conseqüentemente, serem caracterizados como agentes públicos, não adentrando no conceito de pessoal ativo.

Observando-se o disposto no artigo 86 da Lei no 10.707/2003 (LDO da União para 2004) verifica-se a forma como o Governo Federal vem tratando a questão das substituições de servidores:

Art. 86. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos à execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, na forma de regulamento;

II - não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;

III - não caracterizem relação direta de emprego.

O Estado procura com esta conduta concentrar esforços no desenvolvimento das atividades próprias procurando especializar os servidores envolvidos na busca pela eficiência e qualidade nos serviços prestados a sociedade. A redução de gastos com a terceirização de serviços.

### **6.3 A TERCEIRIZAÇÃO E A LEI 8.666/93 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A Administração Pública a cada dia utiliza-se mais da contratação de terceiros para execução de atividades listadas no art. 1º, caput, parágrafo 1º do decreto nº 2.271/97, supra citado. Os contratos administrativos são regidos por legislação específica e, a execução dos mesmos apresenta características ímpares devido a posição do Estado que é a de supremacia, já que sempre atua em benefício do coletivo em detrimento do individual.

A legislação administrativa estabelece regras, em muitas oportunidades amparadas na prevalência do interesse público sobre o privado, norteadoras da relação jurídica entre o ente público contratante e a empresa privada contratada, cujos efeitos apenas a estas partes é capaz de obrigar. A proibição contida no § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93, deve ser entendida,

pois, como proibição de transferência direta da responsabilidade trabalhista para o ente público contratante. Contudo, vale ressaltar que a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgado RR n. 477367/1998, considerou inaplicável a Lei Federal n. 8.666/93 que proíbe a transferência de encargos trabalhistas da prestadora de serviço ao Poder Público.

Reportamo-nos ao Decreto-Lei nº 200/67, que define que a execução material de atividades acessórias ao setor público, deve ser preferencialmente realizada através de contratação de terceiros. Posteriormente entrou em vigor a Lei de Licitações e Contratos Administrativos que disciplinou a questão.

A Lei 8666/93 estabelece em seu artigo 1º a subordinação de todas as esferas de governo, seja federal, estadual ou municipal, às suas disposições, *in verbis*:

Art. 1º Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No seu artigo segundo, a Lei estabelece a obrigatoriedade da utilização de procedimento licitatório para a contratação de serviços com terceiros, ressaltando as hipóteses previstas na própria lei. No artigo 6º, quando trata da definição de serviços, estabelece no seu inciso II:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

No seu artigo 115, a Lei flexiona um pouco as determinações do artigo 2º, ao criar a possibilidade para os órgãos da Administração de expedirem normas relativas ao processamento de licitações no âmbito de sua competência; no artigo 117 estende a vinculação dos Poderes Legislativos e Judiciário e do Tribunal de Contas aos dispositivos desta lei, no que couber, e, no artigo 118, estabelece que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto na lei.

Tratamento diferenciado, o artigo 119 dispensa às sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela

União e pelas entidades vinculadas ao poder público estadual e municipal, ao possibilitar que editem regulamentos próprios, ficando, entretanto, sujeitas às disposições da lei em comento.

Destaca-se o caput do artigo 71 e parágrafos seguintes, onde são descritas as responsabilidades do Estado quando da inadimplência do contratado. A lei cuida, com especial cuidado, das possíveis conseqüências judiciais relacionadas exclusivamente às obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrentes:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

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

§ 2º A Administração Pública responde, solidariamente, com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Cumprido ressaltar que o legislador eximiu o Estado da responsabilidade com encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, contudo responsabilizou solidariamente quanto aos encargos previdenciários.

Finalmente, após a contratação, cabe à Administração velar pela adequada e correta execução do contrato (art. 67 e §§, da Lei 8.666/93), o que abrange o integral cumprimento de suas cláusulas, inclusive, mais especificamente no caso de serviços terceirizados, a correta satisfação das obrigações trabalhistas devidas aos empregados.

Observa-se, pois, que a mesma norma que impede a transferência de responsabilidade ao Estado pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas, exige, de outra sorte, que o administrador público responsável eleja a melhor proposta e acompanhe a fiel execução do contrato. O cumprimento desses passos dificultará a responsabilização subsidiária da Administração. Com uma fiscalização eficiente do contrato a ocorrência de danos decorrentes da sua execução será minimizada. Tendo o agente público o cuidado de contratar uma empresa juridicamente habilitada, tecnicamente capaz, econômica e financeiramente sólida, que forneça, inclusive, garantias reais, não apenas para participar do certame, como para firmar o contrato, válidas por toda sua vigência (Lei 8.666/93, arts. 31, III, 55, VI, 56 e §§), que esteja regular com suas obrigações previdenciárias e fiscais.

A Lei das Licitações também cuidou de deixar transparente a necessidade da contratação e exigências quanto ao detalhamento da execução. A exigência contida no art. 6º, projeto básico, a planilha de custos no § 2º, art. 7º, desta Lei, são um bom exemplo. Demonstra a preocupação do legislador em saber o que a administração vai executar e a que preço. Através da planilha de custos pode-se demonstrar o quanto a terceirização está mais vantajosa em relação a despesa com o pessoal se comparada com a execução da obra ou serviço com pessoal de quadro próprio. Não se pode esquecer que quando acabar o contrato, acaba a despesa.

#### **6.4 EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: RESPONSABILIDADES TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA SÚMULA TST 331 E IN RFB 02/2008.**

Apesar do disposto no parágrafo 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, na esfera trabalhista a jurisprudência vem admitindo a responsabilidade secundária dos entes públicos, no caso de dívidas trabalhistas inadimplidas pelas empresas intermediadoras de mão-de-obra contratadas por aqueles. A súmula 331 do TST demonstra claramente a intenção do judiciário trabalhista de proteger o trabalhador, lado hipossuficiente da relação de trabalho, até mesmo diante da inadimplência de seu empregador com as diversas obrigações a que estão sujeitas, sobretudo porque normalmente as empresas prestadoras de serviço têm uma "vida" extremamente curta, tendendo a desaparecer do mundo empresarial a cada contrato de prestação de serviços que se encerra, deixando para trás apenas uma série de contratos inadimplidos, seja perante seu tomador de serviço, seja perante seus empregados.

É um fato irreversível que o fenômeno da terceirização é uma prática completamente sedimentada no campo da prestação de serviços, existindo uma série de empresas especializadas para esta finalidade, com sindicatos próprios, que atuam perante a iniciativa privada bem como perante a administração pública, seja ela direta ou indireta.

Os entes públicos contratam empresas prestadoras de serviços de limpeza, segurança e outras atividades, e estas, deixam de saldar as obrigações trabalhistas que tem com seus empregados. Para a hipótese em tela, o Tribunal Superior do Trabalho fez editar a Súmula nº 331, na qual se admite a responsabilidade do ente público. Trata-se, portanto, de um caso especial de responsabilidade secundária do Estado, na qual é inaplicável o art. 71 da Lei nº 8.666/93 já que, na hipótese em questão, o Estado pratica típico ato negocial, e não está prestando serviço público propriamente dito, mas sim atuando como simples tomador de

serviços, e, logo, responsável subsidiariamente pelo inadimplemento das dívidas trabalhistas da empresa fornecedora de mão-de-obra.

Há uma corrente que defende a responsabilização subsidiária do Estado tomador na terceirização de mão-de-obra, contrariando art. 71 da lei nº 8.666/93, afirmando a inconstitucionalidade do citado artigo legal, face ao princípio da responsabilidade objetiva previsto constitucionalmente. Contudo a de se destacar que, no caso em comento, o Estado pode ser o usuário direto do serviço prestado (interesse público secundário) e não o cidadão, ou a coletividade (interesse público primário), como ocorre na prestação de serviço público propriamente dito. A responsabilização do estado-tomador, que se admite, resulta da sua omissão na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas, bem como na escolha de empresa inidônea para a prestação do serviço, visto que a mesma praticou ilícito trabalhista ao não cumprir com suas obrigações. O Estado incorreu na culpa in *contrahendo* e in *vigilando*. Não se percebe, salvo melhor juízo, inconstitucionalidade alguma da disposição normativa contida na Lei de Licitações.

O disposto no art. 71 da Lei de Licitações será corretamente aplicado naquelas hipóteses em que o Estado e as demais entidades administrativas a ele vinculadas estiverem celebrando **contratos administrativos**, regidos por regras próprias, exorbitantes do direito comum, o que não ocorre quando o Estado celebra contrato de prestação de serviços em atividades meio, sendo ele próprio o beneficiário primeiro da atividade. Não há que se falar em supremacia do Estado nesta condição.

A jurisprudência tem atenuado em muito as prerrogativas estatais quando não se tratar de atendimento ao interesse público primário. Por outro lado, deve também ser ressaltado, que a incidência correta do disposto no art. 71 da lei de licitação deve ocorrer quando inexistir por parte do Estado culpa na fiscalização e execução do contrato, e no caso, houve falha nesta fiscalização, falha que propiciou o descumprimento da legislação trabalhista por parte da prestadora.

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que não impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por

comportamento ilícito. E sendo, não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente subjetiva, pois imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva (Bandeira de Mello, 1995, p. 423).

Conclui-se, pois, que há responsabilidade do Estado quando da terceirização de serviços, não pela incidência do princípio da responsabilidade objetiva – já que aqui a responsabilidade é subjetiva e pela inaplicabilidade do disposto na lei de licitações - não por sua suposta inconstitucionalidade, mas pela não aplicabilidade do fato ora tratado – inadimplemento de encargos trabalhistas por parte da prestadora - à hipótese que serve de base ao contido na referida norma. Segundo a Súmula 331:

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 6019, de 3.1.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/1993).

A IN 02/2008 de 30.04.2008 (Publicada no DOU 02.05.2008, retificada no DOU 23.05.2008) surge em excelente hora vindo regular a contratação de serviços, continuados ou não, no âmbito do Governo Federal, mais de perto aquelas unidades Administrativas integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG. A instrução administrativa dedica nos artigos 6º ao 9º, atenção especial à terceirização de serviços continuados propriamente ditos. Reforça que a prestação de serviços não gera o vínculo empregatício entre as partes. A relação de emprego existe, mas entre a empresa prestadora de serviço e o seu funcionário inclusive reforçando a necessidade de as relações entre as partes não caracterizarem os dois

pressupostos da relação de emprego: pessoalidade e subordinação. A figura do **encarregado** (preposto da empresa prestadora de serviços) surge entre as partes para que este elo não se configure. De outra parte, o art 9º expressamente dispõe sobre a impossibilidade de se terceirizar a atividade fim. Sempre foi vedado terceirizar atividade inerente à categoria funcional abrangida por plano de cargo e salário da Unidade Administrativa. Cuidado especial deve ser dedicado ao contratar-se mão-de-obra terceirizada para que esta não entre em conflito com o determinado no artigo em comento. Se há cargo vago, concurso público deve ser realizado (art. 37, inciso II, da CF/88). De modo igual, jamais se poderá terceirizar atividade fim (art. 9º, II e III da IN 02/2008).

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apóiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

Parágrafo único. A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta.

Art. 7º 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.

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

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

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

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

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como: aplicação de multas ou

outras sanções administrativas; a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações; atos de inscrição, registro ou certificação; e atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

A Administração Pública, obedecendo a legislação pertinente, IN RFB 03/2005 retém de cada contrato em execução de prestação de serviço por cessão de mão-de-obra o valor correspondente à contribuição previdenciária no montante de 11% do valor faturado. Tal medida tem caráter cautelar, visando resguardar os funcionários, propiciando segurança quanto aos recolhimentos previdenciários. Nesta situação coloca-se o tomador do serviço, no caso a Administração Pública, como responsável único por este procedimento, passível de penalização quando não cumprido. O valor retido é descontado do devido, e além deste procedimento, faz necessário que a contratada comprove regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista com relação às contribuições principal e acessória a que está obrigada.

Além da responsabilidade de reter o valor da contribuição previdenciária e tributos, que equipara-se à obrigação principal, a legislação também obriga o órgão da administração pública a cumprir um série de obrigações tidas como acessórias dentro de uma rotina de fiscalização da execução do contrato tanto material como documental.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A terceirização é uma ferramenta imprescindível nos dias atuais. A contratação de serviços, no âmbito da Administração Pública, oferece algumas peculiaridades em relação aos demais contratos, sendo que este fenômeno ainda apresenta divergências na sua aplicação. A necessidade de agilidade e eficiência, em todas as áreas de atuação da administração, gera também pressão por disponibilidade de pessoal. Contudo, a experiência de delegar à iniciativa privada, a execução das atividades consideradas não finalísticas, proibidas expressamente em Lei, tem-se mostrado vantajosa para ambas as partes. Contudo, é imprescindível que o Estado, enquanto tomador dos serviços, cumpra todas exigências contidas na legislação, que é vasta e abriga uma complexibilidade proporcional a sua extensão.

Como regra não podem ser terceirizadas:

- ✓ as atividades típicas do Estado, consideradas próprias atividades fim da Administração Pública;
- ✓ 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;
- ✓ cuja despesa vá além do limite de despesa definido como teto no art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Faz-se necessário não perder de vista que o Estado pode figurar em posições diferentes, mesmo como tomador, nesta relação tri-partidete. Pode ser ou não o usuário final do serviço. As consequências e cautelas na execução do contrato também variam acompanhando a posição ocupada. Quando o Estado figura como beneficiário final dos serviços nos contratos de limpeza e segurança, por exemplo, está sujeito ao contato direto com os empregados terceirizados e a cautela quanto ao surgimento da relação de subordinação tem que ser redobrado, pois pode gerar responsabilização de indenização maior que o devido, pois se a remuneração tem que ser igual para desempenho de funções semelhantes. Isto pode ocorrer por existir nos quadros do Órgão servidores em atividade, ocupando cargos em extinção, desempenhando a mesma função do terceirizado. Se o Órgão terceiriza o serviço através de permissão ou concessão está exposto também a responsabilização civil por danos causados a sociedade por terceirizados sob sua jurisdição.

Observa-se que a redação dos contratos administrativos que envolvem a prestação de serviço com locação de mão-de-obra está paulatinamente mais especializada procurando não se descuidar dos detalhes mais elementares. A criação da figura do gerente de contrato, vem demonstrar mais de perto o cuidado que o legislador tomou com a segurança na execução do contrato e patrimônio público.

A Súmula 331, não impede a terceirização, mas passou por via paralela a onerar os agentes da Administração Pública com o ônus de verificar o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado ao estabelecer que o não cumprimento dessas obrigações implicará a responsabilidade solidária por parte da Administração Pública, apesar do disposto nos termos do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Anteriormente, a Administração Pública já era solidária pelo cumprimento das obrigações previdenciárias e proibida de manter contrato com pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, responsabilidade que foi atenuada com a possibilidade de reter os valores devidos na própria fatura.

Numa visão abrangente, a terceirização constitui um instrumento de trabalho e desenvolvimento das atividades que pode, e deve ser implementada, com vantagens significativas para a Administração Pública desde que respeitada a legislação pertinente e o contrato fiscalizado e administrado de forma profissional.

Não há como prever o que vai ocorrer durante a execução do contrato, porém a vigilância contínua sobre o contratado pode ajudar a resguardar futuras condenações, principalmente no âmbito da justiça trabalhista. Observa-se que esta justiça especializada vem levando em consideração a postura do Estado e atenuando a responsabilização em relação a culpa *in vigilando*.

A Súmula 331, segundo tradição da justiça do trabalho, procura resguardar o direito do trabalhador perante a superioridade do empregador. Procura manter o Estado como co-responsável na vigilância pelos direitos trabalhistas e previdenciários. A Lei das Licitações, em seu art. 71, praticamente exime o Estado das consequências não levando em consideração que como tomador do serviço a sua responsabilidade é equiparada a do empregador. Com um maior rigor da legislação, colocando em alcance o Estado, faz-se necessário novos mecanismos de fiscalização do contrato. Nota-se, principalmente no âmbito da esfera federal, que tais medidas têm surtido efeito positivo para a sociedade, visto que, a execução dos serviços é acompanhada mais de perto pelo tomador o que eleva de forma significativa a qualidade do serviço. É aparente contradição entre os dispositivos legais em questão. A gestão eficiente do contrato repercute em benefícios para os três participantes da relação: tomador, prestador e empregados terceirizados.

Cumpra a figura do gerente ou gestor do contrato, preposto do Órgão, gerenciar e fiscalizar a execução do contrato de forma a não interferir na sua execução. Para tanto é de primordial importância que a confecção do contrato seja feita com cláusulas bem definidas e escritas de forma clara e objetiva. Um instrumento de contrato bem redigido é o primeiro e mais importante passo para que eventuais óbices possam ser evitados ou corrigidos em tempo célere.

## 8. BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA-DA-SILVA, Eduardo Ramos. *Terceirização no serviço público: o resgate da administração*. RBA - Revista Brasileira de Administração, São Paulo, v. 8, n. 23, p. 36-39, Out. 1998.

GIOSA, Lívio Antonio. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo : Pioneira Thomson Learning, 2003.

KARDEC, Alan. *Gestão estratégica e terceirização*. Rio de Janeiro : Qualitymark, 2002.

J. COIMBRA, Pedro e M. Tibúcio, José Arnaldo. *Geografia: Uma Análise do Espaço geográfico* – 2ª edição. São Paulo. Ed. Harbra Ltda. 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo Atlas, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001.

TOLEDO Jr, Flavio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal: Comentada Artigo por Artigo*. 2 ed. São Paulo, NDJ, 2001

BRASIL. LEI Nº 8.666 - de 21 de junho de 1993 - DOU DE 22/06/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

[www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102446). Acesso em 10 de março de 2009

BRASIL. LRF - Lei Complementar Nº 101, de 4 de maio de 2000. DOU de 5.5.2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

[www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei\\_responsabilidade/lc101\\_2000.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/lc101_2000.pdf). Acesso em 12 de março de 2009.

BRASIL. Súmula TST 331 de 2003 *Contração de prestação de serviços - Legalidade* [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/enunciado\\_tst/tst\\_0331a0360.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm). Acesso em 12 de março de 2009

BRASIL. Instrução Normativa MPOG nr. 02 de 30/04/08

<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=233&sec=25>. Acesso em 10 de março 2009

## **9. ABSTRACT**

The analysis of the implementation of the instrument outsourcing services and its consequences under the liability and caring for the public administration guide object of this article with reflections on the dynamics of modern society and the need to reduce the size of the environment and focus on activities in their order activity. Conceptualization of the instrument outsourcing, legal basis and in the broadest sense, emphasizing its applicability in the public sphere. Government policy and services and their responsibility to fulfill the contract. Advantages and disadvantages of outsourcing services to the light of the Law of Fiscal Responsibility about the limit of expenditures for personal expenses, according to art. 18, § 1. Consequences of applying Normative Instruction 02/2008. Analysis of the heading and paragraphs of Art. 71 of Law 8666/90, Summary of the TST 331.

**Keywords:** Outsourcing of services. Normative Instruction 02/2008. Summary of the TST 331