



TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Prof. Rodolfo Pamplona Filho

Juiz do Trabalho da Quinta Região. Professor da UNIFACS. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

Sumário: 01. Apresentação da questão. 02. Algumas considerações doutrinárias e legais sobre a Terceirização. 03. Evolução cultural e jurisprudencial receptiva. 04. Terceirização na Administração Pública – Responsabilidade Patrimonial. 05. Considerações finais.

01. APRESENTAÇÃO DA QUESTÃO

Tema contemporâneo dos mais familiares aos estudiosos do Direito Laboral, a terceirização desperta acirrados debates, em que ataques violentos ao instituto convivem com defesas apaixonadas de sua aplicação às relações de trabalho.

Esta característica peculiar de atração por antagonismos parece sobressair, ainda mais, no que diz respeito à sua utilização no âmbito da Administração Pública, o que tem sido objeto de diversas demandas judiciais, com pronunciamentos os mais díspares possível.

A esmagadora maioria das controvérsias reside, porém, uma única questão: qual é a responsabilidade patrimonial da Administração Pública na terceirização?

Pretende este trabalho analisar sistematicamente a matéria, em um perspectiva doutrinária, legal e jurisprudencial, possibilitando uma visão crítica sobre o mais recente pronunciamento do colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre a terceirização no serviço público, que reputamos um ato de extrema ousadia daquela corte.

Sem mais delongas, teçamos algumas considerações sobre a terceirização, para depois verificarmos a sua utilização no serviço pública e a questão da responsabilidade da Administração Pública.

02. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS E LEGAIS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO.

O que é terceirização?

Em nosso “Repertório de Conceitos Trabalhistas”, conceituamos o instituto como “a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”¹.

A *terceirização*, - “vocábulo não dicionarizado, neologismo bem formado, portanto aceitável, construído a partir de *terciário*, forma erudita, equivalente à popular *terceiro*”² – pode ser considerada, junto com a *globalização*, subproduto natural da *Revolução Tecnológica* nos campos econômico e organizacional da empresa.

Entretanto, sublinha *Rodrigues Pinto*, “o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa, por via de nenhuma das derivações, a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é *terceiro* e sim *parceiro*, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um *contrato de prestação de serviço de apoio empresarial*, que exprimirá, decerto, com mais eloqüência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de *contrato de apoio empresarial* ou, igualmente, *contrato de atividade de apoio*”³.

Do ponto de vista dogmático, trata-se, porém, de uma forma de intermediação de mão-de-obra, de grande utilização na sociedade contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio.

A terceirização, em verdade, se operacionaliza através de um contrato civil de prestação de serviços, constituindo-se, portanto, na utilização de um contrato previsto no velho Código Civil baseado na autonomia individual da

¹ Rodrigues Pinto, José Augusto, e Pamplona Filho, Rodolfo, *Repertório de Conceitos Trabalhistas - Vol. I (Direito Individual)*, São Paulo-SP, LTr Editora, 2000, p. 500.

² Romita, Arion Sayão, “A terciarização e o direito do trabalho”, in *Revista LTr.*, 56-68/273, São Paulo, LTr Editora, 1992.

³ Rodrigues Pinto, José Augusto, *Curso de Direito Individual do Trabalho*, 3ª ed., São Paulo, LTr., 1997, p. 144/145.

vontade - a igualdade das partes é um dogma básico do Direito Civil tradicional
- na seara do direito individual do trabalho.

E como era vista a terceirização em tempos idos?

Em uma perspectiva ideológica tuitiva, não temos a menor dúvida de que o prisma com que era encarada era de uma forma *espúria* de exploração do trabalho humano, em que o homem era considerado um mero objeto de direito em um negócio jurídico entre os detentores do capital. A expressão, inclusive, pelo qual se do conhecia o instituto era *marchandâge*, que pode ser traduzida simplesmente como locação de mão-de-obra.

E a resistência inicial a esta forma de negócio jurídico pode se explicar de uma forma muito didática, valendo-se somente da aritmética.

Isto porque é de uma obviedade ululante que se um empregado, para exercer determinada atividade, deveria receber uma importância X, para que haja um intermediador de mão-de-obra - que, obviamente, não iria trabalhar de graça - é lógico que este se apropriaria de parte do capital que lhe seria destinado originalmente. Afinal de contas, o antigo empregador - agora tomador de serviços - não iria querer terceirizar a atividade para pagar mais pelo mesmo serviço.

Todavia, mesmo com esta premissa matemática negativa, alguns dispositivos legais começaram a autorizar a terceirização, em hipóteses, porém, bem específicas.

É o caso, por exemplo, da lei 6.019/74, aplicável em hipóteses bem rígidas de autorização de intermediação de mão-de-obra para trabalho temporário, como se verifica da redação do seu art. 2º (“Trabalho temporário 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”).

Seu art. 4º, inclusive, delimita o campo de atuação da empresa intermediadora de mão-de-obra, ao afirmar que “Compreende-se como empresa de trabalho temporário 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”.

Da mesma forma, posteriormente, a lei 7.102/83 também autorizou e regulamentou uma atividade terceirizante, ao dispor sobre os serviços de vigilância armada, uma vez que se tratava de uma hipótese de mão-de-obra muito especializada, com preparação específica para situações-limite, com o uso de armas de fogo, o que justificaria a contratação de terceiros.

Dentro desta filosofia de encarar o instituto, a jurisprudência trabalhista editou o enunciado 256, de 1986, com seguinte teor: “Salvo nos casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a

contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

A sociedade não se esgota ou se cristaliza, contudo, em seus fatos sociais e, por isto mesmo, não é raro nos depararmos com situações como a brilhantemente sintetizada por Savigny como "a revolta dos fatos contra os códigos".

Vejamos, no próximo tópico, ainda que à *vol d'oiseau*, como se deu a evolução cultural e jurisprudencial para a aceitação mais ampla da terceirização.

03. EVOLUÇÃO CULTURAL E JURISPRUDENCIAL RECEPTIVA

Anatole France dizia: “eu já vi a sociedade modificar a lei; nunca, porém, vi a lei reformar a sociedade”.

Até mesmo como decorrência do fenômeno econômico da globalização, a terceirização, independentemente das eventuais restrições legais e jurisprudenciais, passou a ser amplamente utilizada em todos os países do mundo, sendo encarada como uma forma de excelência empresarial.

Como pontos positivos para as empresas, é sempre destacada uma maior concentração na atividade fim, com a redução do núcleo produtivo e do capital imobilizado, a supressão de atividades ociosas no quadro de pessoal, que se torna mais enxuto e especializado, reduzindo o custo operacional.

Todavia, como pontos negativos para o trabalhador e, em última instância, para a sociedade, constata-se o aumento da rotatividade de trabalhadores, com graves seqüelas sociais, além do incentivo à redução das retribuições trabalhistas e o fomento do sub-emprego e do mercado informal;

E, numa sociedade neo-liberal, com o primado da economia de mercado, terceiriza-se em massa, gerando, de um lado, empresas sérias com notória especialização para competir no mercado, mas, ao mesmo tempo, fenômenos nefastos como a ação das falsas cooperativas (chamadas, por uns, de *fraudoperativas*) ou dos "laranjas", utilizados como testas-de-ferro em empresas de fundo de quintal apenas para a explorar a mão-de-obra e obter lucro o mais rápido possível, sem qualquer responsabilidade social.

Neste contexto, não se fala somente em terceirização, mas também em quarteirização e quinteirização. Lembremos-nos, inclusive, no exercício da atividade judicante de uma situação que demonstra bem a mudança de mentalidade quanto à aceitação da terceirização. Naquela oportunidade, um determinado banco havia terceirizado seu serviço de compensação bancária a uma empresa especializada nesta atividade, que terceirizou seu serviço de digitação a uma outra empresa especializada, que, por sua vez, contratou uma empresa de mão-de-obra temporária, na forma da lei 6.019/74, que admitiu o trabalhador. A mudança de mentalidade não está nem na contratação em si,

mas sim no fato de que, em mesa de audiência, ninguém estava arguindo fraude, mas sim apenas se discutia quais os limites da responsabilidade patrimonial de cada empresa.

Nesta nova sociedade, o Tribunal Superior do Trabalho, em evidente "conflito existencial" com sua jurisprudência consolidada, revisou-a, editando o enunciado 331, no final de 1993, nos seguintes termos:

“Enunciado nº 331:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade - Revisão do Enunciado nº 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº6019, de 03.01.1974).

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 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 personalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.” (Res. nº 23, de 17.12.93 - DJU de 21.12.93)

Se o inciso I não trouxe qualquer novidade em relação ao agora revogado Enunciado 256 e se o inciso II pode ser considerado mera aplicação do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, percebemos que as duas previsões seguintes inovam a regulamentação da matéria.

De fato, o inciso III, ao admitir a terciarização em “atividade-meio”, acabou “sucumbindo” à ampla utilização fática do instituto, passando a tomar como parâmetro de legalidade um conceito que não é jurídico, mas sim da economia e da Teoria Geral da Administração, consistindo, a priori, no exercício de atividade não coincidente com os finalidade social da empresa.

Vale salientar, porém, que admitir esta possibilidade somente foi um primeiro passo, pois, hoje, inclusive, há forte corrente doutrinária que não vê mais sentido nesta limitação.

Com efeito, observa Sérgio Pinto Martins:

“Não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim”⁴.

O inciso IV, por outro lado, trouxe uma importantíssima e ousada inovação: a responsabilização patrimonial do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas do intermediador de mão-de-obra.

Em evidente analogia ao preceito contido no art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (“*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 empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empregador principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a estes devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.*”), o egrégio Tribunal Superior do Trabalho, *praeter legem*, instituiu uma forma de responsabilização patrimonial independentemente de previsão legal ou contratual específica, o que, como forma de combater os abusos cometidos na prática, é medida das mais louváveis.

Dentro deste novo paradigma jurisprudencial, resta saber como fica a administração pública.

É o que veremos no próximo item.

04. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Partindo-se da idéia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna.

Todavia, considerando a forma como a legislação e a jurisprudência passaram a regulamentar a terceirização, ficava, no ar, a seguinte pergunta: aplica-se ou não a responsabilidade patrimonial subsidiária do tomador de serviços na terceirização no serviço público?

⁴ Martins, Sérgio Pinto, *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p.99/100.

A questão é das mais relevantes, principalmente na nova transparência que se impõe à condução da *res pública*, em que a moralidade foi alçada a princípio constitucional regente, em um típico sinal de “bandeira de luta” (haja vista que ninguém – em sã consciência – ousaria afirmar que, se ali não estivesse prevista como princípio, poder-se-ia defender a “imoralidade” no trato dos interesses públicos como uma conduta lícita).

A complexidade da questão se evidencia, notadamente, em função do que expressamente dispõe a lei de licitações (lei 8.666/93), em seu artigo 71, *in verbis*:

“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 transferem 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 artigo 31 da lei 8.212, de 24/07/91.”

Na nossa visão, este dispositivo é uma pérola para a análise crítica do pensador do direito.

De fato, em primeiro lugar, o destaque se a situação flagrantemente anômala de convívio entre a total irresponsabilidade (parágrafo 1º) e a solidariedade absoluta (parágrafo 2º), sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual.

Por outro lado, imagine-se a situação surreal que poderia ser vivenciada em um processo trabalhista, com o advento da emenda constitucional 20/98, que inseriu o parágrafo 3º ao artigo 114. Isto por que, pela sua aplicação, seria afastada a responsabilidade da administração no que diz respeito às verbas decorrente do contrato de trabalho, mais se admitiria a sua execução pelas verbas acessórias de natureza previdenciária.

Ainda mais, será que o legislador infra-constitucional poderia limitar a responsabilidade civil do estado, reconhecidamente objetiva, pelos atos de seus agentes, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988?

Será que há alguma lógica no tratamento diferenciado dos créditos, em face do que preceitua o artigo 6º da mesma carta magna?

E nem se diga que a justificativa seria o fato de que o encargo previdenciário seria devido sempre pela administração pública em sentido amplo, pois o crédito fiscal também foi inserido nessa “irresponsabilidade legal”, conforme se verifica em do parágrafo 1º supra transcrito.

Por isso, o Tribunal Superior do Trabalho, em um ato corajoso e ousado, que certamente ainda trará muita polêmica, editou a resolução 96/2000, com o seguinte teor:

RESOLUÇÃO Nº 96/2000

CERTIFICO E DOU FÉ que o Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Extraordinária hoje realizada, decidiu, por unanimidade, alterar o item IV do Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que passará a vigorar com a redação a seguir transcrita:

"Enunciado nº 331

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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 8.666/93)."

Se o conterrâneo Ruy Barbosa já defendia que os operadores do Direito deveriam atuar "com a lei, pela lei e dentro da lei, porque fora da lei não há salvação", o TST, em um evidente caso típico de jurisprudência *contra-legem*, parece ter preferido adotar a sempre lembrada orientação do não menos brilhante Eduardo Couture: "Luta. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça"

Conforme ensinava A. L. Machado Neto:

"Embora não se possa aceitar o exagero da escola de direito justo de Hermann Kantorowicz que propugnava, em nome da justiça e da espontânea elaboração social do direito, a prática da jurisprudência *contra legem*, também não há negar que, tal como se passa em relação ao costume ab-rogatório, a jurisprudência *contra legem*, sem que possa vir a ser a regra, se porém, ocorre e logra vigência, ou melhor, eficácia, não há razão para negar-lhe a condição de efetivo direito. Também aqui poderíamos inquirir como da outra feita: qual será o direito de um povo, a lei que ninguém acata ou a jurisprudência, embora *contra legem*, mas que os tribunais vêm seguindo e acatando?"⁵

⁵ Machado Neto, A. L., *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 213.

05. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Superadas em boa parte, portanto, as resistências tradicionais à terceirização na sociedade contemporânea, sua aplicação deve levar em consideração, sempre, as melhores formas para que direitos de terceiros não sejam lesionados.

Se, na máxima de Rudolf Stammler, o "Direito deve ser, sempre, uma tentativa de Direito Justo", a aplicação da regra jurídica deve procurar observar continuamente a enorme gama de repercussões sociais que acarreta.

Por isto mesmo, parece-nos, sem qualquer hesitação, que acertou o mais alto pretório trabalhista ao atualizar a sua jurisprudência, para abarcar também a responsabilidade patrimonial subsidiária da Administração Pública na terceirização, moralizando-a, de forma a evitar a simples dilapidação de direitos trabalhistas.

Se esta nova orientação jurisprudencial continuará prevalecendo, ninguém pode afirmar peremptoriamente. Todavia, se “sei que nada me é pertencente, senão meu livre pensamento” (Goethe), apenas aproveito a oportunidade para aplaudi-la enquanto é tempo.

Referência Bibliográfica deste Artigo (ABNT: NBR-6023/2000):

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site).

Publicação Impressa:

Informação não disponível.