

PARECER RT Nº 01/1996, DE 16 DE JANEIRO DE 1996¹

Raul Teixeira

Ementa: Terceirização de atividade-fim de empresas públicas e sociedades de economia mista concessionárias de serviço público; inteligência do enunciado 331-IV, do TST; responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas inadimplidas.

Ilmo. Sr. Procurador-Chefe da PG-10/96

Pertine o tema destes autos à contratação, pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, de empresa especializada para prestação de serviços de administração, gerenciamento, manutenção e operação das redes de distribuição de água, esgoto sanitário e de drenagem e, ainda, manutenção preventiva, corretiva e vigilância das elevatórias de esgotos, tudo relativo ao bairro comunitário denominado Complexo da Maré.

A matéria mereceu manifestação do ilustre Procurador do Estado e Assessor Chefe da ASJUR/SOSP, Dr. Alex Cordeiro Bertolucci, às fls. 121/124, que vislumbrou viabilidade jurídica na contratação em tela e recomendou, por cautela, pronunciamento final da Procuradoria Geral do Estado.

Instada a respeito, opinou a douta Procuradoria Administrativa (PG-7), nos termos do Parecer nº 33/95, de lavra do igualmente ilustre Dr. Sérgio Luiz Barbosa Neves, pela inexistência de óbices à terceirização pretendida, inclusive quanto aos aspectos trabalhistas, nesse particular arrimando-se no Enunciado 331, II, do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, veio ter a esta especializada, por solicitação do Sr. Subprocurador-Geral do Estado, com o fito de se opinar quanto aos aspectos trabalhistas ressaltados no parecer de fls. 127/130.

São esses os elementos, fáticos trazidos à nossa apreciação.

¹ [Nota do Editor] Esta transcrição respeitou a grafia original do documento.

Em verdade, se algum obstáculo existia, quanto à possibilidade, por parte de concessionária de serviço público, de transferir a terceiros serviços ligados a atividade-fim o parágrafo 1º, do artigo 25, *verbis*, da Lei nº 8987, de 13.02.95, eliminou-o definitivamente:

Artigo 25 - ...

§ 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.* (grifo nosso)

Temos, então, que urna determinada empresa, vencedora da licitação, realizará por sua conta e risco atividades *inerentes* da CEDAE, restando a essa apenas um controle teleológico dos serviços prestados. À Contratada, sim, caberá a seleção, contratação e controle do seu pessoal.

Assim, não visualizamos qualquer possibilidade, por remota que seja, de configurar-se vínculo empregatício entre os empregados da Contratada e a CEDAE, eis que ausentes os elementos constitutivos da relação de emprego, nos termos do artigo 3º, do texto consolidado.

Ademais, a chamada, solidariedade jurídica, aqui entendida como a possibilidade de vir o obreiro a buscar vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, encontra óbice constitucional intransponível, no âmbito da administração pública, pela necessidade prévia de concurso público para qualquer investidura (artigo 37, II, C.F.).

É de bom alvitre o registro de que a construção jurisprudencial cristalizada no Enunciado 331, do TST, que substituiu o antigo 256, indica uma preocupação com as contratações irregulares de empregados, através das empresas fornecedoras de mão-de-obra. Tal prática, sem sombra de dúvida, configura autêntica burla à legislação vigente, onde os verdadeiros empregadores utilizam a empresa interposta como cortina para encobrir a real relação de emprego e subtrair direitos do trabalhador. Mesmo no âmbito da administração pública, notadamente antes da Carta de 1988, tal prática grassou, principalmente nas sociedades de economia mista e empresas públicas, permitindo a dirigentes inescrupulosos dobrar a vigilância de seus entes vinculantes.

Todavia não é essa a hipótese dos autos.

Estamos aqui, insistimos, diante da contratação de determinado bloco de serviços onde o contratado os realizará por sua conta e risco, assumindo todos os ônus do empreendimento, inclusive trabalhistas.

Nessa linha de enfoque, a modalidade de contratação emoldurada no parágrafo 1º, do artigo 25, da Lei nº 8987/95, nos parece mais próxima da empreitada global, prevista no artigo 1238, do Código Civil.

De qualquer sorte, seja na qualidade de ente integrante da administração estadual indireta, seja pela analogia ao “dono da obra” da empreitada global, ou, ainda, pela ausência dos elementos constitutivos da relação de emprego, fica elidida qualquer possibilidade de solidariedade jurídica na hipótese vertente.

Resta, então, enfrentar a questão da responsabilidade econômica.

Dispõe o Enunciado 331, IV, *verbis*:

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

Visualiza-se, aqui, a preocupação da Súmula, em proteger o hipossuficiente da escolha mal feita, responsabilizando-se., pois, o tomador dos serviços pela *culpa in iligendo*. Neste aspecto, entendemos plenamente cabível, nos termos do enunciado, a condenação do ente contratante pela inadimplência das obrigações trabalhistas do contratado.

É certo, também, que se trata de responsabilidade subsidiária, podendo e devendo ser alegado o benefício de ordem, em contestação, para que sejam executados prioritariamente os bens do contratado, *ex vi* do disposto no artigo 1491, da lei civil.

Aliás, considerando que o citado Enunciado 331, foi publicado no DJU, de 21.12.93, é bastante elucidativa a posição que vem tomando o TST, conforme se constata do julgado abaixo:

EMENTA - A culpa *in iligendo* por parte da tomadora de serviços em virtude da inidoneidade econômica da prestadora de serviços implica em responsabilidade subsi[di]ária daquele em relação aos direitos trabalhistas dos empregados desta, e não em responsabilidade solidária. (R.R. 53.073/92.6, 2ª Turma, em 11.11.94, Rel. Min. Vantuil Abdala; RCTE; ECT Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; REDA: Celi Dutra da Rosa)

De todo modo, deve o ente contratante, além das exigências legais atinentes ao processo licitatório, tornar medidas acautelatórias, *verbi gratia* a exigência de comprovação mensal de recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS, sob pena de retenção da fatura, medidas essas que, sempre demonstrarão o *animus* de não compactuar com possíveis tentativas de fraude ao trabalhador.

Em síntese ao tudo aqui exposto, concluímos:

a) a chamada “terceirização” de serviços inerentes, de concessionária de serviço público, não implica em vínculo empregatício entre a contratante e os empregados da contratada.

b) a contratante poderá responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo contratado.

c) a contratante deverá exigir, juntamente com as faturas mensais da contratada, comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS.

É o parecer.

[assinatura]

RAUL TEIXEIRA
PROCURADOR DO ESTADO

PARECER SLBN Nº 33/1995, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995²

Sérgio Luiz Barbosa Neves

Terceirização – Limites – Atividade meio e atividade-fim – Incidência do §1º do art. 25, da Lei nº 8987/95 – Análise de proposta formulada pela CEDAE para a contratação de empresas para operar, gerenciar e administrar serviços junto ao Complexo da Maré.

Exmo. Sr. Procurador Geral:

Os presentes autos, oriundos da Cia. Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, têm por escopo a elaboração de um Termo de Referência que possibilite a realização de licitação para a terceirização dos serviços de operação e manutenção das redes de abastecimento de água do Complexo da Maré.

Segundo a filosofia de trabalho delineada às fls. 4, “caberá à empresa contratada executar os serviços de operação e manutenção das redes, de distribuição de água, de esgotamento sanitário e drenagem, e ainda, a manutenção preventiva, corretiva e vigilância das elevatórias de esgoto”.

Será, também, de responsabilidade da contratada todos os recursos necessários à execução dos serviços, à contratação de pessoal qualificado, e à aquisição e fornecimento de materiais, equipamentos e viaturas.

Em atendimento ao art. 7º, I; e §2º, I, da Lei nº 8.666/93, a partir de fls. 08, nos é apresentado o projeto básico extensa e minuciosamente detalhado, observando os requisitos do inciso IX do *caput* e das letras do art. 6º, da Lei precitada.

Às fls. 10/18 encontram-se especificadas todas as funções da futura contratada, sendo de destacar-se o fato de que as tarefas que lhe serão atribuídas são da originária competência da CEDAE, sendo, também de destacar-se os itens c.19 e c.20, onde a CEDAE exonera-se de qualquer responsabilidade de ordem trabalhista, previdenciária ou fiscal

² [Nota do Editor] Esta transcrição respeitou a grafia original do documento.

relativamente ao pessoal contratado pela empresa executora dos serviços, muito embora resguarde para si o poder de determinar a dispensa de empregados, cuja conduta a CEDAE entenda inadequada.

As atribuições da CEDAE estão elencadas às fls. 19/21, onde verifica-se que a mesma poderá, a seu critério, atuar conjuntamente com a contratada. Em geral, a atuação da CEDAE restringir-se-á à fiscalização da execução do contrato dentro dos parâmetros determinados no projeto básico.

O Presidente da CEDAE, Sr. José Maurício de Lima Nolasco, submeteu o procedimento à Secretaria de Estado de Obras e Serviços Públicos, cuja Assessoria Jurídica, chefiada pelo ilustre Procurador do Estado Alex Cordeiro Bertolucci, pronunciou-se às fls. 121/124, oportunidade na qual concluiu o Parecerista pela possibilidade do cometimento do serviço a terceiros, ressaltando:

a) a possibilidade de terceirizar os serviços públicos foi ampliada em razão do art. 25 da Lei nº 8.987, de 13.2.95, que passou a admitir a contratação de terceiros para a prestação de serviços vinculados à atividade-fim como à atividade-meio, além de possibilitar a implantação de projetos associados;

b) o fato de que o contrato a ser celebrado seria o de parceria, restando afastada a incidência da Deliberação nº 178/94 do Tribunal de Contas do Estado, que restringe os contratos de terceirização às hipóteses de transferência a outros de serviços que integram a atividade-meio da contratada;

c) a inocorrência de responsabilidade da CEDAE referente a um passivo trabalhista a ser constituído entre a contratada e seu pessoal, alertando, todavia, para a possibilidade de cristalização de jurisprudência em sentido contrário pela Justiça do Trabalho; e

d) a importância de ser a questão apreciada pela Procuradoria Geral do Estado.

Por fim, foram os autos encaminhados a esta Procuradoria, conforme solicitação de fls. 125 do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Obras e Serviços Públicos, Sr. Antônio Manoel G. G. Rato, vindo os mesmos a ser distribuídos à Procuradoria Administrativa e submetidos à nossa consideração.

É o relatório.

A terceirização de serviços públicos é, sem dúvida, ao lado da privatização das empresas públicas, uma das matérias mais em voga no momento.

Alguns obstáculos, todavia, impunham-se à terceirização. Assim é que a atividade-fim não poderia ser atribuída a outrem, bem como não podem ser cometidas a terceiros funções que exijam a prática de atos de império, próprios do Estado e de seus órgãos.

No procedimento presente, verifica-se que os serviços que estão sendo terceirizados integram tanto a atividade-meio como a atividade-fim da CEDAE, sem que, entretanto, exijam a prática de atos de império.

Contudo, o objeto do contrato a ser celebrado encontra amplo respaldo no §1º do art. 25 da Lei nº 8.987, de 13.2.95, que admite a contratação com terceiros do desenvolvimento das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido.

Não obstante o entendimento do TCT-RJ, evidenciado na Deliberação nº 178/94, que considera o contrato de terceirização como espécie de contrato de prestação de serviços em que a contratada se obriga a suprir a contratante de um bloco de serviço específico vinculado à atividade-meio daquela, é de entender-se a mesma prejudicada em razão do advento da nova lei.

O contrato que a CEDAE pretende celebrar não faz da contratada uma sua consorciada ou parceira em todas as atividades que lhe são inerentes, A CEDAE estará transferindo apenas um bloco de serviços, os quais estão vinculados não só à atividade-meio como à atividade-fim da concessionária, mas que serão exercidos dentro de limites geográficos e temporais contratualmente preestabelecidos, além do fato de que serão fiscalizados por aquela em todos os seus momentos.

Não há, por conseguinte, como negar-se o fato de que há uma terceirização legalmente autorizada. Impõe-se não a criação de novas espécies de contratos, mas a adequação de princípios e conceitos à nova realidade legal.

Ora, se a própria lei denomina de terceiros os contratados, *ex vi* do §1º do art. 25, da Lei de nº 8.987/95, por que não se atribuir ao contrato o objeto terceirização.

Deve-se, isto sim, adaptar-se a Deliberação nº 178/94 ao novo texto legal editado, de forma a entender como abrangidos no conceito de contrato de terceirização ali contido os serviços vinculados à atividade-fim e não só aqueles adstritos à atividade-meio.

Esta, a nosso ver, a correta interpretação da Deliberação 178/94 em face da nova Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

Isto posto, não vislumbramos óbices à pretendida terceirização dos serviços tal como propõe a CEDAE, a qual, observados ulteriormente os princípios e normas da Lei nº 8.666/93, poderá implementar o projeto básico apresentado.

Quanto aos aspectos trabalhistas, o item II do Enunciado nº 331 do TST espanca qualquer dúvida, quando bem aplica o princípio concursal insculpido no inciso II do art. 37, Constituição da República, dispondo:

331. 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).

Corretos, portanto, os itens c.19 e c.20, constantes do projeto básico, nada obstando à CEDAE, reter em suas mãos o direito potestativo de impor à contratada o afastamento de um de seus empregados, cuja conduta entender inconveniente.

Observe-se que o poder é exercido em relação à empresa e não em relação ao empregado, o qual não vem a ser dispensado da contratada, mas apenas afastado temporariamente do projeto entabulado com a CEDAE, o que afasta a incidência do art. 3º da CLT relativamente à formação do vínculo empregatício.

Assim, também são válidas tais cláusulas contratuais.

É o nosso parecer, s. m. j.

[assinatura]

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
PROCURADOR DO ESTADO

VISTO

Aprovo os Pareceres 33/95-SLBN, subscrito pelo ilustre Procurador SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES (fls. 127/130) e 01/96-RT, subscrito pelo ilustre Procurador RAUL TEIXEIRA (fls.132/139), acolhidos pelas Chefias das doudas *Procuradorias Administrativas* (fls. 126 verso) e *Trabalhista* (fls. 140).

Admitida a viabilidade de terceirização parcial da atividade-fim da consulente, em face dos termos da recente Lei 8.987/95, há que se adotar a recomendação constante do item C de fls. 139, visando evitar possíveis efeitos de una responsabilidade *subsidiária* da CEDAE pelas obrigações Trabalhistas inadimplidas pelo contratado terceirizado.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, sugerindo-se a posterior remessa do processo ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Obras e Serviços Públicos.

Em 28 de janeiro de 1996.

[assinatura]

LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO