

**COMISSÃO DE TRABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO
(CTASP)**

EMENDA AO PROJETO DE LEI Nº 6.762, DE 2010

Altera a Lei n. 8.666, de 21 de fevereiro de 1993 e a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 2005, sobre as atividades finalísticas do Estado no regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Dá-se a seguinte redação ao **Projeto de Lei Nº 6.762, DE 2010**

Art. 1º. O art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.666, de 21 de fevereiro de 1993 passa a ter a seguinte redação:

“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, para o exercício das atividades finalísticas, essenciais e predominantes ou não do Estado.

“Parágrafo único.” (NR)

Art. 2º. O art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 2005 passa a ter a seguinte redação:

“Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos, relacionados ou não à atividade

finalística, essencial e predominante do Estado, reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único.” (NR)

Art. 3º. Esta lei entre em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O Projeto de Lei n. 6.762/2010 traz como objetivo principal a preocupação de se evitar que a Administração Pública arque com o pagamento dos créditos trabalhistas dos empregados da empresa contratada. Além disso, e como consequência do reconhecimento dessa responsabilidade, o Projeto busca também evitar que a Administração Pública incorra em desvios das regras do concurso público. Essas finalidades foram assim externadas na Justificação do Projeto original:

"A proliferação dos chamados contratos de terceirização de mão de obra tem se prestado à produção de inúmeros efeitos danosos no âmbito da administração pública, dentre os quais se destacam: a fixação da responsabilidade solidária da entidade estatal quanto às obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa privada contratada; e a terceirização de serviços inseridos entre as atribuições regulares de ocupantes de cargos de provimento efetivo, a representar burla repudiável aos princípios do concurso público, da moralidade administrativa, da impessoalidade e da eficiência, constitucionalmente consagrados.

No tocante à contratação de trabalhadores por empresa interposta, o Tribunal Superior do Trabalho, após vários enfrentamentos desse tema, consolidou o entendimento pela ampliação da responsabilidade solidária dos órgãos da Administração Pública fixada pela Lei nº 8.666/1993, a saber:

“

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 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. (redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

.....”

Consoante a interpretação daquela Corte, tais órgãos administrativos nesses casos têm, também, responsabilidade solidária pelo eventual inadimplemento das obrigações trabalhistas, e não só dos encargos 8.666/1993, vejamos:

“Súmula 331 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Revisão da Súmula nº 256 – Res. 23/1993. DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

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, 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).” (Grifamos)

A repercussão desse entendimento tem se mostrado desastrosa. Segundo vem sendo divulgado pela imprensa, (<http://colunistas.ig.com.br/luisnassif/2009/04/10/trivial-decristo-de-pasolini/>) somente o “(...) governo federal é réu em aproximadamente 10 mil ações que envolvem essa espécie de dívidas trabalhistas. A questão onera a União duplamente, pois além de pagar a parte dos contratos cumprida pelas empresas, arca com os salários atrasados e demais encargos. **Em 2008 foram gastos R\$ 2,1 bilhões** somente com os contratos não há informações sobre os valores das indenizações judiciais. A derrota da União é questão de tempo, já que o Tribunal Superior do Trabalho responsabiliza o Estado pelas dívidas das empresas que contrata (...)” (grifei).

Não bastasse, sobejam denúncias sobre abusos nessas contratações de mão de obra, que têm se estendido à realização de serviços inerentes à atividade-fim da Administração Pública, como saúde e educação.

Com efeito, acolhida no setor público pelo Decreto-Lei nº 200/1967 e pela Lei 5.645/1970, e inicialmente concebida para atender a execução de “tarefas executivas”, como limpeza predial e operação de elevadores, vigilância, etc., a “**terceirização**” acabou por se prática ordinária, inclusive para a realização de atividades inerentes a dinâmica permanente da Administração Pública, contrariando a Constituição Federal, que exige a realização de concurso público (art. 37, II).

No entanto, a jurisprudência trabalhista que claramente motivou o Projeto vindo do Senado Federal vem sendo mal compreendida, a ponto de provocar entendimentos absolutamente distorcidos, como o de que o Estado estaria impedido de transferir a terceiros, mediante regime de concessão ou permissão, o que a doutrina jurídica administrativa chama de “atividade-fim”, possibilidade esta que é prevista no artigo 175, da Constituição Federal, fato que por si só impede a aprovação do Projeto na forma inicialmente proposta.

Em nenhuma passagem da Súmula 331 acima transcrita se nota, sequer indícios, de que a Administração não possa terceirizar suas atividades – fim ou meio – pelas formas previstas na Constituição Federal e na legislação esparsa. O Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP e Professor, Dr. Fábio Barbalho Leite, resume esse grandioso equívoco no preciso artigo abaixo transcrito:

"Diferentemente do que uma aplicação acrítica da jurisprudência trabalhista levaria a supor, a terceirização alcança atividades fim no Estado, sendo exemplo frequente e tranqüilo a terceirização na limpeza pública e o onipresente SUS. Se na economia privada, a invasiva prescrição do Enunciado 331, III do Tribunal Superior do Trabalho restringe a terceirização às atividades meio, no âmbito da Administração Pública o direito positivo apresenta institutos e prescrições constitucionais e legais radicalmente contrários a essa restrição. Assim, já na Constituição, seu art. 175, ao prever a concessão e permissão de serviços públicos, dá berço constitucional a institutos que importam em efeitos jurídicos bem mais extensos que a terceirização, explicitamente atingindo atividades fim do Estado (os serviços públicos).

Ajuntam-se ainda várias disposições legais que enfaticamente prevêem a terceirização no Estado em raias bem mais extensas que a legiferante Justiça Trabalhista enseja na economia privada. Há o Decreto-lei n. 200/67, art. 10, § 7º ("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 administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução."), a Lei n. 8.987/95, art. 25, § 1º ("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 atenue 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.") e a Lei n. 9.472/97, art. 94, 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."). Mais recentemente, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/00 –, art. 18, § 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") reforça a legitimidade da terceirização de atividades fim do Estado.

Diante desse contexto normativo, é forçoso reconhecer que o Estado, excetuando-se as atividades indelegáveis, pode valer-se a princípio de a) quadro próprio de servidores ou empregados ou b) terceirizados em sentido amplo. Importa, do ângulo principiológico de direito público, o respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, o que se dá mediante concurso público (na formação do quadro de pessoal próprio) e mediante licitação (na contratação de terceirizados). E, enfim, não deixam de ser atendidos quando ocorrem as contratações diretas, haja vista que nesse caso a desigualação calçada na lei atende a requisitos objetivos que a justificam.

No direito público, não vige, pois, a dicotomia atividade meio x atividade fim para saber se uma atividade pode ser objeto de terceirização ou não; mas, sim, atividades delegáveis x funções indelegáveis. Pode, portanto, a terceirização abranger atividades fim do Estado (como a prestação de vários serviços públicos) e, mesmo quando às atividades indelegáveis, pode-se dar a terceirização quanto a atividades complementares ou auxiliares (como a operação de refeitório, limpeza e gestão de almoxarifado em presídio).

São, assim, injustificáveis decisões de órgãos de controle externo (como o TCU no TC - 001.304/97-6; STJ Resp 772241 / MG), que, partindo de uma leitura assistemática da regra do requisito do concurso público para nomeação a cargo público ou contratação em emprego público (CF, art. 37, II), tomam por ilícita a terceirização em atividades fim por supô-la contrária à referida regra. Aludidos julgados não percebem comparecer, no mesmo artigo constitucional (CF, art. 37, XXI), outro procedimento voltado a prestigiar as mesmas isonomia e impessoalidade quando decidir-se o Administrador Público pela terceirização: a licitação. E é nesse mesmo erro, que enveredam recentes decisões da Justiça Trabalhista (E-RR - 586341/1999.4), condenando a terceirização no âmbito de concessionárias de serviço público, enquanto presente prescrição legal que explicitamente a autoriza (Lei n. 8.987/95, art. 25, § 1º)".

Mas as consequências práticas desse equivocado entendimento são graves à Administração Pública, pois, muitos dos serviços considerados essenciais já não são mais exercidos diretamente pelo Poder Público. Atividades consideradas preponderantes são prestadas por empresas privadas, tais como,

saúde, educação, telecomunicações, transporte público coletivo aéreo e terrestre, limpeza pública, terminais portuários, construção e manutenção de infraestrutura de transporte terrestre, etc.

A sociedade atual revela necessidades que demandam a atuação mais rápida e eficiente da Administração Pública. A eficiência é uma das grandes diretrizes da prestação do serviço público, hoje ocupando o patamar de princípio constitucional, conforme está previsto no art. 37, "caput", da Constituição Federal. Está comprovado, não só no setor privado, mas, principalmente, na esfera pública, que um dos instrumentos de gestão administrativa mais eficientes é a terceirização, implicando aumento dos índices produtividade, qualidade e agilidade na prestação dos serviços com ganhos de eficiência e redução do custo final do serviço, inclusive com drástica redução de investimentos em infraestrutura.

Somente por meio da terceirização dos serviços relacionados à atividade finalística da Administração Pública, tal como autorizado constitucionalmente, é que esta última e os usuários finais dos serviços poderão se beneficiar da redução de custo, estrutura, "know how", mão-de-obra qualificada, facilidade no acesso e desenvolvimento de novas tecnologias e processos, qualidades estas que são próprias de empresas especializadas da iniciativa privada que obrigatoriamente devem ser atendidas e aprimoradas até mesmo para poderem se manter no mercado.

Tal afirmação se deve, dentre outros motivos, à diferença na forma de contratação e formação das pessoas que trabalham no setor público, se comparadas aquelas que trabalham no setor privado, bem como no regime jurídico que se aplica a cada um desses setores.

O próprio regime jurídico no qual a Administração Pública está subordinada impede que ela preste todos os serviços, de forma direta, com a mesma eficiência atingida pelo setor privado. Apenas como pequenos exemplos, vale citar a obrigatoriedade no atendimento das normas previstas para o processo de aquisição de determinado bem, que, até a sua conclusão e a respectiva entrega do produto, tornam indisponíveis inúmeros outros equipamentos/ativos, bem como mantém ociosos os trabalhadores que dele dependem. Da mesma forma ocorre com a contratação de pessoas, ou ainda, com o desligamento das mesmas, face a necessidade, respectivamente, de atendimento do processo de concurso de seleção e do processo disciplinar para eventual rescisão do contrato de trabalho de servidor público, que podem levar anos, causando imensurável prejuízo à Administração Pública e aos usuários finais dos serviços.

Exemplificando, basta comparar as empresas públicas privatizadas nas últimas décadas, onde, após a privatização, se passou a verificar melhores resultados em todos os setores avaliados, sejam eles relacionados à área financeira, recursos humanos, administrativa, tecnologia de informação, investimentos, conservação de ativos, dentre outras, que somente por meio do regime essencialmente privado se possibilitou tais melhorias, diante da imediatidade na tomada de decisões e ações sobre o que deve ser melhorado e realizado.

Se a própria iniciativa privada, cuja finalidade principal é a obtenção de lucro, oferece mais e melhores serviços e/ou bens com menor custo e aprimoramento contínuo de seus processos, cada vez mais faz uso da terceirização de serviços, obtendo com isso melhores resultados, por que impedir que a Administração Pública também se beneficie desse instituto ?

A prevalecer o equivocado entendimento de que a Administração Pública não pode terceirizar suas atividades preponderantes a sociedade civil seria a principal prejudicada; retrocederíamos em facilidades e benefícios da vida moderna, bem como do dinamismo próprio do regime privado. Uma só pergunta, relativa a um caso específico, já basta para ilustrar o impacto desastroso dessa idéia: o Estado teria, hoje, recursos e condições para prestar diretamente o serviço de transporte rodoviário interestadual (art. 21, XII, "e" da CF), praticamente todo ele prestado pela iniciativa privada?

Mas, lamentavelmente, o Projeto de Lei substituído, sob o relevante pretexto de proteger a Administração Pública, acabou estabelecendo as indesejadas e retrógradas proibições de se terceirizar as atividades estatais.

De forma a corrigir tal impropriedade é que se apresenta o Substitutivo em questão, assegurando-se a possibilidade de terceirização da atividade "fim" ou "meio" do Estado. Por isso se justificam as alterações no art. 1º, "caput" da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) e no art. 1º, "caput" da Lei das Concessões dos Serviços Públicos (Lei n. 8.987/05).

Importante também destacar que a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que deu origem ao presente Projeto contraria a Súmula vinculante de nº 10, do Supremo Tribunal Federal, além de violar literalmente o parágrafo primeiro, do artigo 71, da lei 8.666/93, cuja redação determina que “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” (destaques nossos).

Assim, basta que a própria Administração Pública, faça uso dos recursos legais necessários para que o Supremo Tribunal Federal faça prevalecer o disposto na legislação vigente ao invés do entendimento jurisprudencial acima mencionado, diante da flagrante violação à própria lei aprovada por esta Casa Parlamentar, bem como ao princípio da legalidade, o qual se torna ainda mais exigível quando se trata de obrigação imposta à Administração Pública.

Esse, aliás, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, bastando simples pesquisa jurisprudencial em seu respectivo *site* com os termos “Sumula 331 TST” para constatação.

O fato da Administração Pública não responder pelo passivo trabalhista de empresa por ela contratada em nada prejudica o trabalhador, pois, somente haverá inadimplemento trabalhista pela empregadora se houver falha no processo licitatório, visto que a lei 8.666/93, por meio do artigo 27 e seguintes, em especial o artigo 31, obriga que a contratação deve ocorrer com empresa que tenha qualificação financeira, podendo ser exigidos índices para a demonstração da sua capacidade financeira e patrimônio líquido mínimo para assegurar o cumprimento das obrigações legais e contratuais por esta última, condições estas que, nos termos da própria lei, em seu artigo 55, inciso XIII, devem ser mantidas durante toda a vigência do contrato.

Assim, não há que se impedir a terceirização, como na forma inicialmente proposta, o que prejudicaria o próprio interesse público.

Basta, tão somente, que sejam utilizadas as ferramentas já previstas na própria legislação, o que certamente assegurará que nenhum reflexo patrimonial negativo recaia sobre a Administração Pública.

Sala das Comissões,

maio de 2011

Deputada Gorete Pereira

PR/CE