

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Adrian Alan Francisquini

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Adrian Alan Francisquini

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob orientação do Prof. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente/SP
2017

TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Banca Examinadora

Prof. Guilherme Prado Bohac de Haro

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Em mais uma etapa de minha vida, concluo a Pós-graduação em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, e me especializo ainda mais nesta profissão de destaque, sempre almejando cada vez mais evoluir profissionalmente.

Agradeço primeiramente a DEUS, que me abençoou em todos os momentos de minha vida, igualmente no âmbito profissional, permitindo a conclusão de mais um ciclo, sendo o mestre dos mestres, sempre me guiando no caminho do bem.

Agradeço a minha querida e amada esposa Carla Batistela Francisquini, por todo apoio, amor e carinho despendido a mim e que sem isto seria inimaginável a conclusão deste presente trabalho.

Agradeço aos meus pais, José Antonio Francisquini e Sônia Mara Martins Francisquini, sempre presentes em minha vida, seja derramando suor para a minha formação e de meus irmãos ou ainda no apoio incondicional em todas as fases da minha vida bem como a paciência, confiança e dedicação de toda minha família, em especial dos meus irmãos Aislan, Alieson, Aian e Alik.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Guilherme Prado Bohac de Haro, pela confiança e dedicação prestada a este orientando, bem como na parcela em minha formação para a vida de uma maneira geral.

Agradeço ao Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente que me proporcionou mais esta formação, não só acadêmica, porém de caráter, e a todos os Professores e Funcionários que fazem parte desta instituição de destaque.

Agradeço aos meus caros amigos e colegas que fizeram com que o tempo passasse mais rápido, com os quais sei que nossos laços de amizade se estenderão para sempre. Jamais os esquecerei!

Agradeço finalmente, a todos que fazem parte de minha vida, direta e indiretamente, que contribuíram para que este sonho se realizasse. Muito obrigado!

RESUMO

A Terceirização do Trabalho é um assunto de suma importância pelo fato de estar ligado à várias esferas do Direito, principalmente ao Direito Trabalhista. A modalidade de Terceirização na Administração Pública traz ainda uma infinita gama de direitos e deveres que devem ser estudados para o fim de tutelar todos os interessados. O presente artigo trará os conceitos preliminares do Direito do Trabalho e da Terceirização, bem como o esboço histórico da Terceirização no Brasil e no mundo. Irá tratar sobre a problemática atividade-meio e atividade-fim, apresentará as vantagens e desvantagens da terceirização, irá discorrer sobre a Administração Pública no que está relacionado ao presente tema e abordará efetivamente a terceirização na Administração Pública, dará exemplo, apontará as limitações e a legislação aplicável ao caso. O objetivo deste trabalho é apresentar a terceirização do trabalho, o mesmo instituto na Administração Pública, o qual é polemicamente discutido, principalmente no tocante aos Direitos Trabalhistas, que para alguns, são suprimidos quanto a sua aplicação. Os métodos a serem utilizados no presente trabalho serão o histórico como também, o dedutivo, citando a importância da Terceirização na Administração Pública, bem como o método comparativo onde serão analisadas as diferentes posições até mesmo com relação às leis que regulamentam o tema em estudo. O assunto em questão se faz necessário ser estudado pelo fato de gerar inúmeros efeitos a diversas áreas do Direito.

Palavras-chave: Terceirização do Trabalho. Administração Pública. Terceirização na Administração Pública. Direitos Trabalhistas. Direito Administrativo. Constituição Federal.

ABSTRACT

The Outsourcing of Labor is a matter of great importance because it is linked to several spheres of Law, especially Labor Law. The Outsourcing modality in Public Administration also has an infinite range of rights and duties that must be studied in order to protect all stakeholders. This article will introduce the preliminary concepts of Labor Law and Outsourcing, as well as the historical foresight of Outsourcing in Brazil and in the world. It will deal with the problematic activity-middle and end-activity, will present the advantages and disadvantages of outsourcing, will discuss about Public Administration in what is related to the present theme and will effectively address outsourcing in Public Administration, will give an example, point out the limitations and Applicable legislation. The purpose of this paper is to present the outsourcing of work, the same institute in Public Administration, which is controversially discussed, especially regarding Labor Rights, which for some, are suppressed as to its application. The methods to be used in the present work will be the historical as well as the deductive, citing the importance of Outsourcing in Public Administration, as well as the comparative method where the different positions will be analyzed even with respect to the laws that regulate the subject under study. The subject in question is necessary to be studied for the fact of generating numerous effects in several areas of Law.

Keywords: Outsourcing the work. Public Administration. Outsourcing in Public Administration. Labor Rights. Administrative Law. The Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO - NOÇÕES GERAIS	9
2.1 Definições preliminares do Direito do Trabalho	9
2.2 Escorço histórico da Terceirização do Trabalho	12
2.3 Definição de Terceirização do Trabalho	15
3 OBJETIVOS E CONSEQUÊNCIAS	19
3.1 A Problemática: Atividade-Meio e Atividade-Fim	19
3.2 Vantagens e Desvantagens da Terceirização	23
4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ASPECTOS GERAIS	28
4.1 Princípios da Administração Pública	28
4.2 Administração Pública Direta e Indireta	31
5 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
5.1 Responsabilidade Solidária e Responsabilidade Subsidiária	34
5.2 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva	34
5.3 Noções sobre Licitação	37
6 ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
6.1 Distinções Conceituais com Permissão, Concessão e Autorização de Serviços Públicos	41
7 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCUSSÃO A RESPEITO	46
8 OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	54
9 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	57
10 CONCLUSÕES	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de Conclusão de Curso trouxe em cada capítulo uma nova compreensão no que diz respeito a Terceirização do Trabalho, bem como deste instituto na Administração Pública, e ainda discussões sobre os entendimentos acerca do assunto e posicionamentos na história brasileira e mundial. Foi feita uma pesquisa bibliográfica, mas também com análises na jurisprudência, a fim de avaliar a amplitude do instituto escolhido como tema. Foram utilizados os métodos histórico, indutivo e dedutivo.

No primeiro capítulo buscou-se apresentar vários conceitos preliminares do Direito do Trabalho, tais como a própria definição de Direito do Trabalho, para dar o devido alicerce e embasamento para o desenvolvimento do tema propriamente dito.

Buscou no Escorço Histórico abordar, através de pesquisas na doutrina, a gênese e a mudança que a Terceirização do Trabalho foi tendo com o passar dos tempos, a justificativa para seu surgimento e aplicação no Brasil e no mundo, principalmente em países europeus.

O trabalho colacionou alguns conceitos de Terceirização do Trabalho, pensamentos de autores sobre prismas divergentes, em especial sob a ótica do empresariado e também do trabalhador, sobre o que o tema tem de relevância para cada polo desta relação.

Ao trabalhar no subcapítulo “Objetivos e Consequências”, foi-se tecendo comentários a despeito da problemática: atividade-meio e atividade-fim, e no remate apresentou as vantagens e desvantagens da Terceirização.

O capítulo “A Administração Pública” procurou discorrer sobre os princípios da Administração Pública e aqueles que são aplicados à ela, apresentou conceitos preliminares para embasar o trabalho para o tema central deste, diferenciou a Administração Pública Direta da Indireta e ainda mostrou as diversas modalidades de responsabilização desta, apresentando, finalmente, noções sobre licitações para o fim de preparar o leitor para o capítulo mais importante.

Trabalhando o capítulo “Terceirização na Administração Pública” foi abordado à questão da evolução que fez com que emergisse esta modalidade na

Administração Pública, diferenciou dos institutos da permissão, concessão e autorização de serviços públicos que são outras forma de descentralização do poder público.

O subcapítulo “Exemplificação: terceirização de serviços advocatícios na Administração Pública e a discussão a respeito”, procurou abordar o tema a luz da Jurisprudência dos Tribunais de Contas, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, principalmente sobre a legalidade e vantagens para a Administração Pública e para o interesse público.

Quanto ao subcapítulo “Os limites da Terceirização na Administração Pública”, trabalhou-se as balizas constitucionais e infraconstitucionais que delimitam a execução desta modalidade nos órgão públicos, principalmente ao obedecer os princípios da Administração Pública.

Por fim, abordou-se a previsão legal da Terceirização na Administração Pública, bem como a evolução da legislação sobre o tema, principalmente sobre a validade desta modalidade contratual na Administração Pública, desde que obedecida à lei, aos princípios da Administração Pública, e ainda aos princípios do Direito do Trabalho.

Nas considerações finais, o que se pode concluir foi que a Terceirização na Administração Pública é amplamente válida, desde que sejam preenchidos todos os requisitos, respeitados os limites constitucionais, legais, e ainda os princípios do Direito, prevalecendo o interesse público, na medida em que não sejam feridos os direitos trabalhistas.

2 TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO - NOÇÕES GERAIS

Inicialmente, devem-se tecer alguns comentários a despeito dos conceitos basilares do Direito do Trabalho. Através do esboço histórico analisar o surgimento deste fenômeno e apontar conceitos de Terceirização do Trabalho.

2.1 Definições preliminares do Direito do Trabalho

Para iniciar-se a conceituação preliminar do Direito do Trabalho se faz necessário compreender os aspectos inerentes a ele, tais como subjetivo, objetivos e mistos. Quanto aos aspectos subjetivos, estes se referem aos tipos de trabalhadores; objetivos relacionam-se com a matéria do Direito do Trabalho e não aos seus sujeitos; e mistos, que abrangem tanto os sujeitos quanto o objeto.

Em relação à conceituação do Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins fundamentamente e com razão, aduz:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. A palavra *conjunto* revela que o Direito do Trabalho é composto de várias partes organizadas, formando um sistema, um todo. (2010, p. 17).

Desta forma, temos que o direito do trabalho é sistema de normas e instituições inerentes às relações de trabalho e que sua finalidade é garantir melhores condições de trabalho e sociais ao laborador.

No tocante aos aspectos inerentes ao Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins argui sobre a existência de duas teorias e tece alguns comentários importantes:

O objeto do Direito do Trabalho é o estudo do trabalho subordinado. **Daí o emprego de duas teorias para conceituar a matéria em estudo: subjetiva e a objetiva. No Direito do Trabalho, o trabalhador é sujeito de direito e não objeto de direito. A teoria subjetiva toma por base os tipos de trabalhadores a que se aplica o Direito do Trabalho.** Não se pode conceber, porém, que qualquer trabalhador será amparado pelo Direito do Trabalho, como ocorre com o funcionário público e o trabalhador autônomo, que são espécies do gênero trabalhadores, não sendo assistidos por nossa matéria. **O Direito do Trabalho vai estudar uma espécie de trabalhador: o empregado, que é o trabalhador subordinado ao empregador, que não tem**

autonomia em seu mister. As teorias objetivistas partem do ângulo da matéria a ser analisada e não das pessoas. O Direito do Trabalho estuda não o trabalho autônomo, mas o trabalho subordinado. (2010, p. 17).

Para o autor, o objeto do Direito do Trabalho, portanto, é o estudo do trabalho subordinado, sendo que o trabalhador é sujeito de direitos e não objeto de direitos; a teoria subjetiva denota qual espécie de trabalhador é tema deste ramo do direito, não sendo qualquer tipo a ser tutelado por ele; a teoria objetiva dita a matéria a ser estudada.

Quanto à questão conceitual do Direito do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento argui sobre a importância de seu estudo:

Para o direito do trabalho assume especial importância o seu estudo porque se há um ramo do direito em que a norma jurídica não é unicamente produto do Estado, mas também dos grupos profissionais e econômicos, é o nosso, o que permite que esse aspecto seja da maior relevância, como fica claro pelo estudo do direito coletivo do trabalho. Essa importância acentua-se mais porque o direito do trabalho é um setor da ordem jurídica estritamente vinculado a uma técnica de produção normativa sem nenhuma dúvida pluralista combinando normas elaboradas pelo Estado com normas provenientes da autonomia privada coletiva, **o que leva, inevitavelmente, à utilidade do estudo nas duas perspectivas, a do ordenamento e a das normas jurídicas.** (grifo nosso). (2011, p. 241/242).

Para tanto, explica que a importância do direito do trabalho está diretamente ligada a coletividade que atinge, bem como a dinamicidade dele no tocante ao seu surgimento, principalmente quanto às normas que regem esta gama de direitos.

Outros conceitos preliminares devem ser considerados no presente trabalho, haja vista sua essencial importância para o Direito do Trabalho.

Dentre estes conceitos, temos o de relação de trabalho e relação de emprego, as quais o doutrinador Maurício Godinho Delgado distingue, aduzindo que:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. **A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho**

avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. [...] **A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes**". (grifo nosso). (2007, p. 285).

Neste diapasão, temos que a relação de trabalho, em sentido mais genérico, abrange todos os vínculos jurídicos caracterizados por disporem um labor humano. Já a relação de emprego é um tipo jurídico específico dentre aqueles abrangidos pela relação de trabalho. Em suma, o primeiro termo é o gênero do qual o segundo é a espécie.

O tratamento dado pela legislação, apesar do vínculo entre a relação de trabalho e de emprego – como gênero e espécie, é de forma especial e distinta.

Sendo assim, em se tratando de relações de emprego, as normas aplicáveis são aquelas previstas nas Consolidações das Leis Trabalhistas e na legislação complementar.

Insta salientar que, para haver a relação de emprego faz-se necessário a existência de alguns requisitos – ditados pela Lei, quais sejam: que o trabalho seja realizado por pessoa física; na prestação do serviço haja pessoalidade (sempre desenvolvido pelo mesmo trabalhador); não-eventualidade ou habitualidade, continuidade da prestação do serviço; onerosidade, deve haver uma contraprestação remuneratória; e subordinação, estar submetido a ordens de um superior.

A relação de trabalho, contudo, rege-se pelas leis especiais ou residualmente pelas disposições do Código Civil, conforme pontua o seu artigo 593: "A prestação de serviços que não estiver sujeita a leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo" – servindo como exemplos o contrato de empreitada (artigos 610 a 626 do Código Civil), de estágio (Lei nº 11.788.2008) e de transporte autônomo (Lei nº 7.290/74).

Apesar de serem conceitos próximos e similares, cada um destes institutos regem-se por leis diferentes, específicas, e para a configuração de cada um deles faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos.

Todos os conceitos trazidos à baila são de suma importância para o Direito do Trabalho e para iniciar a construção do tema aqui desenvolvido.

2.2 Escorço Histórico da Terceirização do Trabalho

A Terceirização do Trabalho é um fenômeno histórico-cultural e sua gênese ocorreu a partir do momento em que surge o desemprego na sociedade.

O surgimento da Terceirização do Trabalho ante o desemprego se justifica na necessidade da sociedade empresária em reduzir custos diante de uma crise econômica, fato esse repetido inúmeras vezes na história do mundo. Essa redução de custos muitas vezes reflete no tocante à mão-de-obra, importando muitas vezes na redução de encargos trabalhistas. Esse fator, qual seja, o desemprego é um dos principais fatores para o surgimento desta modalidade contratual.

O fato da terceirização do trabalho ser classificada como um fenômeno histórico-cultural denota seu dinamismo, ou seja, sua evolução, seu desenvolvimento no passar do tempo, se amoldando conforme a época em que existe.

Na história do mundo podemos citar como ideia de terceirização do trabalho o que ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial, período em que as indústrias bélicas estavam sobrecarregadas com a alta demanda, a qual poderia ser delegada a terceiros, os serviços, dando suporte ao aumento da procura.

Em relação à existência mundial deste instituto, Sérgio Pinto Martins argui que:

A terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende para a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. Constitui-se a terceirização numa realidade que o Direito do Trabalho tem que analisar. Este é o ramo do Direito dinâmico, deve verificar os avanços na estrutura da empresa e compatibilizá-los de acordo com a legislação vigente. (2007, p. 16).

Assim, se pode dizer que a terceirização é um instituto mundialmente utilizado, principalmente em relação à necessidade de

especialização dos serviços, impulsionando a criação de empresas especializadas nas mais diversas atividades.

Desta forma vemos a necessidade de se estudar este fenômeno ocorrido mundialmente dada sua importância crucial, principalmente sendo sua utilização atinente à outros fenômenos socioeconômicos no decorrer dos tempos.

O autor Winnicius Pereira de Góes conta que a terceirização deu-se graças às técnicas racionalizantes (sic) do trabalho (*taylorismo, fordismo-taylorista e o toyotismo*), as quais tiveram suas gêneses entre os Séculos XVII e XX, principalmente na Europa e Estados Unidos, com a formação de significativa massa de trabalhadores coordenada por indústrias capitalistas-liberais. Nesta toada, comenta que:

No que tange à terceirização, o toyotismo foi o modelo gerencial, de organização e divisão do trabalho que impulsionou a sua disseminação, primeiro junto à iniciativa privada, para depois invadir a esfera pública. (2013, p. 18).

Os “fenômenos empresariais”, portanto, são justificativas para a gênese e existência da Terceirização do Trabalho em um cenário mundial.

Já na história nacional, segundo o autor infra, teve-se a noção de terceirização trazida pelas multinacionais, segundo relato:

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços de terceiros para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e procedendo à montagem final do veículo. As empresas que têm por atividade a limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização no Brasil, pois existem desde aproximadamente 1967”. (MARTINS, 2007, p. 16).

Vemos que no Brasil o surgimento da Terceirização do Trabalho está atrelado à necessidade das empresas de se empenharem única e exclusivamente na atividade principal delas, terceirizando o que seria secundário, como exemplos dados as indústrias automobilísticas e as empresas de limpeza e conservação.

Ainda segundo Sérgio Pinto Martins, o Brasil passava por uma situação peculiar, qual seja:

Verifica-se em 1973, no Brasil, que a locação de mão-de-obra vinha se tornando frequente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessa condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas. **As empresas tinham por objetivo conseguir mão-de-obra mais barata, não se pretendendo furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador. Nesse contexto é que surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização** – embora não com esse nome – a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização. (grifo nosso). (2007, p. 17).

Como supra arguido, no Brasil, em meados da década de 70, era costumeiro locar mão-de-obra; somente em São Paulo eram aproximadamente 50.000 trabalhadores nesta condição. Inclusive foi nesta época que surgiu a primeira normatização a tratar deste instituto, sendo que este assunto será discorrido nos próximos subcapítulos.

Importante mencionar ainda que na mesma época os bancos utilizavam de uma técnica de contratação de terceirizados para prestar os mesmos serviços dos bancários, porém com jornada superior, uma forma de tentar fugir das normas que regiam a atividade do bancário.

Com o passar do tempo, surge então a Lei nº 7.102/1983, referindo-se sobre a segurança, vigilância e transporte de valores dos estabelecimentos financeiros, conforme comenta o autor:

Posteriormente, surge a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, tratando da segurança dos estabelecimentos financeiros e permitindo a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores no setor financeiro, revogando o Decreto-lei nº 1.034. A Lei nº foi regulamentada pelo decreto-lei nº 89.056, de 24 de novembro de 1983. (MARTINS, 2012,p. 4).

Com o surgimento desta lei houve a permissão da terceirização de serviços como vigilância e transporte de valores para estabelecimentos financeiros, prevendo quaisquer providencias quanto ao assunto.

A terceirização do trabalho vem sendo utilizada, cada vez mais, nos países, principalmente os europeus. No Brasil, esta evolução foi um pouco tardia, porém está evoluindo de tal maneira que se pode dizer que chegaremos a era da prestação de serviços.

Insta mencionar a existência hoje de empresas especializadas no gerenciamento de terceirizadas, dentre seus serviços estão: gestão de pessoas, gestão de conflitos, estratégia de gestão, fiscalização da relação laboral, etc. – também conhecida como quarteirização.

2.3 Definição de Terceirização do Trabalho

Primeiramente deve-se tecer que não há definição de Terceirização do Trabalho em Lei, nem mesmo o tema é tratado por “norma jurídica” alguma.

Tratando de definições, Sérgio Pinto Martins conceitua terceirização, como forma de contratação de terceiros para realização de atividades alheias à principal desenvolvida pela empresa contratante, diferencia as formas de terceirização e comenta:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. Terceirização da atividade diz respeito à empresa. Terceirização da mão de obra diz respeito ao serviço. Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementariedade. **O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para coloca-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda de terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer. O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade, competitividade à empresa e também para vencer o mercado [sic].** (grifo nosso). (2012, p. 10 /11).

Tem-se que o objetivo é qualificar a prestação dos serviços, trazendo agilidade, presteza, flexibilidade e competitividade para o mercado de trabalho, cada vez mais acirrado.

Nas palavras de Ismael Marinho Falcão, a despeito de Terceirização do trabalho, em consonância ao ponto de vista jurídico, que trata o tema como uma “parceria industrial ou comercial” entre empresas, complementa:

Diríamos, mesmo, que a *terceirização*, sob o ponto de vista eminentemente jurídico, nada mais é do que uma verdadeira e robusta

parceria industrial ou comercial que se estabelece entre as empresas, com perfeita divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias por cada uma delas. Na terceirização, pois, existe um tomador, que é a empresa terceirizante, e um prestador de serviço, que é a empresa terceirizada, de sorte que os empregados desta somente estão subordinados diretamente à terceirizada, jamais a terceirizante, ou seja, à tomadora. Eis um importante ponto a considerar [sic]. (1997, p. 14).

Esta parceria, como aduzido pelo autor, é plenamente satisfatória para as empresas, seja ela a tomadora de mão-de-obra ou a terceirizada, dividindo os serviços e separando as responsabilidades.

O autor Rubens Ferreira de Castro entende que a terceirização é uma técnica moderna de administração de empresas, distribuindo as atividades acessórias, a fim de se concentrarem plenamente na atividade principal da empresa, aduzindo:

[...] uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal. (2000, p. 78).

A técnica de administração de empresas trazida pelo autor como conceito de terceirização aduz a ideia de dividir os serviços com empresas mais qualificadas para exercê-los como forma de planejamento e controle organizacional da empresa.

Pode-se afirmar que terceirização é a “transferência do segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outros de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”¹.

A interpretação de Maurício Godinho Delgado é, no tocante à terceirização, sendo uma relação trilateral – uma relação triangular entre duas empresas e o prestador de serviços – discorrendo:

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. [...] **O modelo trilateral de relação socioeconômica e**

¹ PAMPLONA, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Revista Diálogo Jurídico, nº 11, Salvador, 2002. p. 36.

jurídica que surge com o processo de terceirizante é francamente distinto do modelo clássico, modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizante) traz grandes desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizam o direito do trabalho ao longo de sua história [sic]. (grifo nosso). (2003, p. 429 /430).

Na interpretação acima nota-se a cautela do autor quanto ao tema quanto aos princípios basilares do Direito do Trabalho, principalmente em relação à proteção do trabalhador, tido como hipossuficiente. Desta feita, importante destacar que, quanto à terceirização na Administração Pública, os princípios atinentes a ela devem ser analisados e refletidos em conjunto com os princípios do direito do trabalho de forma a coexistirem e aplicarem de forma harmônica.

Neste diapasão, o autor abaixo destaca:

Noutras palavras, **terceirizar é a forma moderna e inteligente do empresariado enfrentar problemas e custos de produção, com utilização de componentes finais de sua atividade confeccionados e produzidos ou montados por outra empresa que não aquela fabricante do produto final.** Um exemplo: fábrica de geladeira detém ela a marca da geladeira que produz, todavia, os equipamentos são produzidos por interpostas empresas, reduzindo, assim, consideravelmente, os custos finais do produto, encarregando-se a fabricante, tão-somente, da montagem final. O mesmo se pode dizer das hoje consagradas *montadoras* de veículos, que recebem todos os componentes do veículo automotor, desde a chaparia até o mais minúsculo parafuso de interpostas empresas, as chamadas *fornecedoras*, que nenhuma ligação trabalhista têm com a montadora, funcionando inteiramente independente, inclusive podendo abastecer o mercado paralelo com suas peças, em embalagens diversas daquelas que são entregues ao mercado autorizado pelas montadoras. Às empresas fornecedoras, sim, cabem os ônus sociais e trabalhistas pelo emprego da mão-de-obra, deles se desonerando as montadoras. **Sem qualquer dúvida, a terceirização tem sido um dos melhores mecanismos para espantar o desemprego, sobretudo nos momentos de crise econômica e frente ao processo recessivo pelo qual passam as nações, com o empresariado procurando avidamente diminuir seus custos, notadamente no setor de mão-de-obra, para não fechar definitivamente a empresa [sic].** (grifo nosso) (FALCÃO, 1997, p. 17/18).

Segundo ele, a importância da terceirização é comercial e empresarial, a fim de desvencilhar a empresa de problemas, tais como o custo de produção.

A conceituação e definição de Terceirização do Trabalho é amplamente discutida, haja vista ser interpretada sob várias premissas.

Ao analisar pelo ponto de vista do empresariado, pode-se dizer que é uma forma de diminuir custos, focar na atividade principal da empresa, sem se preocupar com a execução das atividades acessórias, haja vista ter contratado empresa especializada para tal fim.

Sob a ótica trabalhista, sem entrar no mérito da terceirização de atividade-fim, ou dita como irregular e fraudatária – há possibilidade de geração de novos empregos, haja vista a criação de mais empresas especializadas – as terceirizadas – bem como oportunizando uma possível iniciativa de iniciar uma empresa nestes seguimentos.

Em uma visão otimista, a Terceirização do Trabalho pode ser definida como instituto através do qual gera-se efeitos benéficos em vários setores, para as empresas (menor custo, destinando-se esforço apenas na atividade que é qualificada, etc.) para os empregados (gerando mais empregos, mesmo em tempos de crise econômico-financeira pelo aumento de empresas terceirizadas e oportunizando a iniciação de uma dessas empresas especializadas), que tem por finalidade específica os próprios benefícios que ela traz consigo.

Assim, analisando sob as óticas dos dois polos pode-se facilmente encontrar diversas benesses que podem ser trazidas com a terceirização do trabalho, sendo que devem ser preservados todos os princípios do direito do trabalho, bem como as legislações para não incorrer em violação alguma.

Ceder atividades acessórias das empresas, aquelas que não são diretamente ligadas à atividade principal dela, traz uma especialização destes serviços, diminuição de custos – principalmente encargos trabalhistas – bem como o foco único e exclusivo no objetivo da empresa – produto ou serviço fim – propiciando uma evolução empresarial de maneira significativa.

3 OBJETIVOS E CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO

A Terceirização do Trabalho possui objetivos e consequências, a problemática: atividade-meio e atividade-fim é trazida por alguns autores. Esse instituto traz vantagens e desvantagens sob vários pontos de vista.

3.1 A Problemática: Atividade-Meio e Atividade-Fim

O tema aqui tratado ganha esta problemática – atividade-meio e atividade-fim – graças aos pensamentos de vários autores, principalmente quanto à definição de terceirização do trabalho. Como por exemplo, neste conceito: “Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra”².

Neste sentido, não havendo possibilidade de delimitar genericamente a instituição da terceirização em determinadas atividades empresariais, bem como sendo necessária esta manobra a medida que a competitividade do mercado aumenta, deve-se trabalhar apenas com conceito “atividade”, não mais em atividade-meio e atividade-fim. Sendo assim, salientando o dito neste interim, “aprioristicamente, qualquer atividade poderia ser terceirizada”³, e ainda acrescenta:

Sob o aspecto estratégico, o que realmente importa saber é qual a competência essencial da organização e não suas atividades. Contudo, a dificuldade em se saber qual é essa competência essencial é que acarreta desacertos em termos de terceirização. Na verdade, pode-se dizer que essa competência deve corresponder a característica da organização que a diferencia em seu ramo competitivo. Mas somente a organização é que sabe (ou deveria saber) que competência é essa”. (SANTOS, 2014, p. 6/7).

Ainda conforme entendimento do autor supracitado, não se pode exigir qual atividade, obrigatoriamente, deveria ser terceirizada, isto deveria ser abordado conforme a estratégia empresarial. Mesmo assim, há entendimentos

² MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

³ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 6.

jurisprudenciais que determinadas empresas, tomadoras de mão de obra, devam contratar os empregados das terceirizadas, isto, considerando determinadas atividades empresariais.

Para estas cortes, o entendimento de “atividade-fim” das organizações foi a fundamentação para a existência de vínculo empregatício com a tomadora de mão-de-obra.

Neste diapasão, podemos citar a notícia vinculada na mídia pelo site Revista Consultor Jurídico:

[...] O procurador do Trabalho Cássio Casagrande inclui na ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, distribuída à 13ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, além do Unibanco, as empresas Service Bank Serviços Tecnológicos e Representações Comerciais, Seltime Serviços Empresariais, Confiança 28 Recursos Humanos e MPA Recursos Humanos. Cassagrande pede que o banco seja condenado em obrigação de não-fazer, no sentido de abster-se de recrutar ou contratar trabalhadores através de empresas terceirizadas nas atividades relativas ao seu objetivo social. Ele alega que quase toda a atividade relativa ao processamento dos documentos movimentados dos caixas automáticos da instituição é realizada por empregados terceirizados e “quarteirizados”, que, no entanto, se subordinam ao comando do Unibanco. A denúncia foi apresentada pela Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Em duas diligências realizadas pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, com apoio da Delegacia Regional do Trabalho, na Unidade de Serviços Bancários, localizada no bairro do Rio Comprido, constatou-se a presença de dezenas de trabalhadores subcontratados por empresas de terceirização que na verdade apenas fornecem mão-de-obra ao banco. “Há casos gravíssimos em que as próprias terceirizadas contratam outras empresas de locação de mão-de-obra”, diz o procurador. Cássio Casagrande afirma que, embora o trabalhador preste serviços diretamente ao Unibanco, há duas empresas interpostas entre ele e seu real empregador. Com isto, o empregado deixa de ter as garantias dos bancários. “A fraude é evidente. Os próprios contratos que o Unibanco celebra com as terceirizadas demonstram que na verdade é o próprio banco quem administra e controla os subcontratados. Tanto assim é que é o Unibanco quem estabelece os horários de trabalho”, afirma. Em uma das diligências os fiscais do trabalho flagraram os terceirizados recebendo ordens dos prepostos do banco, fato documentado inclusive por fotografias que foram anexadas nos autos. Também foi constatado que há trabalhadores que já passaram por várias empresas terceirizadas, mas estão trabalhando há anos para o Unibanco. **O procurador explica que a terceirização só é possível quando a empresa contratada é especializada em determinado serviço relacionado à atividade-meio do tomador de serviço, e seus empregados não se subordinam ao contratante. “No caso do Unibanco, está patente para o Ministério Público do Trabalho que as contratadas não possuem qualquer especialização, e que os terceirizados prestam serviços tipicamente bancários, de forma subordinada, caracterizando a relação de emprego conforme prevista no art. 3º. da CLT [sic]”. (grifo nosso).** (Revista Consultor Jurídico, 3 de junho de 2004, 18h16).

Conforme extraído da notícia, a terceirização seria ilegal por haver contratação de funções tidas como atividades-fim do Unibanco. Ocorre que, conforme assevera Diogo Palau Flores dos Santos, não há que se falar em tal classificação (atividade-meio, atividade-fim), e sim em competência essencial da organização, que somente pode ser definida estrategicamente.

Como bem salientado por Diogo, o fato de haver discussão no tocante a redução de direitos do trabalhador, esta deve ser enfrentado sob outro aspecto que não o da terceirização, ligada apenas à estratégia organizacional, no que diz respeito a competitividade empresarial.

Importante ressaltar que, a terceirização não pode existir como método de fraudar a legislação trabalhista, muito menos para ferir os princípios do Direito do Trabalho, bem como aqueles aplicáveis a este ramo do Direito.

Neste sentido, “o que se pode terceirizar, e isso deve restar claro, são as atividades, e não as pessoas” 4. Desta forma, Diogo Palau Flores dos Santos comenta toda essa discussão:

Ao que parece, esse tem sido o cerne das questões atuais: confundir as tarefas que podem ser desempenhadas por pessoas com elas próprias – como se o ser humano, no atual estágio de avanço da sociedade, pudesse ser objeto de mercancia. **O amplo debate realizado no Tribunal Superior do Trabalho (TST) por ocasião da primeira audiência pública daquela Corte muito bem evidencia essa confusão. Assim, os que são contra a terceirização em atividades denominadas “fim” geralmente partem do pressuposto de que se está a reduzir direitos do trabalhador, pois se estaria a substituir, por exemplo, postos de trabalho internos da organização por outras organizações. Já os que defendem a possibilidade de terceirização daquelas atividades, simplesmente partem do pressuposto de que as contingências do mercado exigem uma adaptabilidade cada vez mais crescente para fazer frente à sobrevivência institucional. São linhas de enfoque que não se confundem e partem de pressupostos diferentes e, portanto, chegam a resultados diferentes.”.** (grifo nosso). (2014, p. 6/7).

Como bem pontuado pelo autor, não se pode confundir as tarefas que podem ser desempenhadas por pessoas com elas próprias, não podendo este ser encarado como objeto mercantil, o qual possa ser comprado, vendido, cedido, etc.

⁴ Diogo Palau Flores dos Santos, ob., cit., p. 9.

Quanto à discussão na instância máxima trabalhista se pode concluir que, quem é contra a terceirização de “atividade-fim” tem esta posição por entenderem ser uma forma de redução dos direitos trabalhistas do empregado ao substituir, por exemplo, postos de trabalho internos da organização por outras organizações. Já quem defende a possibilidade de terceirização daquelas atividades, partem da ideia de que a imprevisibilidade do mercado exige uma adaptação para sobreviver no mundo empresarial, cada vez mais agressivo quanto à concorrência.

Importante salientar que as linhas de pensamentos descritas acima não se confundem e partem de premissas diferentes, tendo, portanto, resultados dessemelhantes.

Quanto a possível substituição de postos de trabalho, o autor defende que realmente pode importar em extinção de algum, ou alguns contratos de trabalho em curto prazo; contudo, em longo prazo, a “alteração organizacional pelo aumento do fluxo da atividade econômica gera adaptabilidade da força de trabalho disponível com ganhos à sociedade” 5. O pensador ainda aponta que a análise não pode ser específica, individualizada em uma determinada empresa, mas de uma forma “sistêmica”, dizendo que a supressão de um posto de trabalho pode gerar inúmeros outros e argui que isto depende do “sucesso organizacional” – condicionado a vários fatores, tais como qualificação da mão-de-obra, crises econômicas internacionais, etc.

Ademais, toda e qualquer manobra, seja empresarial ou não, que tenha por objetivos finais diminuir os direitos trabalhistas, devem ser rechaçadas de plano, como ocorre na simples alteração do contrato de trabalho, reduzindo-se o salário e diminuindo seus benefícios, tendo sido isso encarado como uma afronta às relações de trabalho, conforme prescreve o artigo 9º das Consolidações das Leis do Trabalho, “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”;

No tocante a terceirização, os problemas enfrentados no Brasil pelo Poder Judiciário estão presentes na redução de direitos dos trabalhadores. O princípio da isonomia garante aos trabalhadores que realizam as mesmas

atividades, mesma função e mesma características devam ser remunerados igualmente, bem como ter sua relação contratual igualitária. Mesmo assim, há casos em que trabalhadores executando as mesmas funções, um sendo registrado pela empresa e outro terceirizado. Essa afronta ao princípio supracitado é também considerada infração à relação trabalhista e aos direitos trabalhistas, conforme Orientação Jurisprudencial n. 383 da SBDI-1 do TST:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, A, DA LEI N. 6.019, DE 3-1-1974 (mantida) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31-5-2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei n. 6.019, de 3-1-1974.

Tendo em vistas esses argumentos, temos que os princípios trabalhistas e os direitos dos trabalhadores devam ser preservados, porém isto não pode impedir a terceirização do trabalho, a qual deve ser utilizada de modo que as empresas consigam sobreviver à concorrência de mercado, às crises financeiras e etc. A terceirização do trabalho deve ser analisada caso a caso, não sendo uma simples classificação em atividade-meio ou atividade-fim que condene na possibilidade ou não de sua existência.

3.2 Vantagens e Desvantagens da Terceirização

A terceirização do trabalho, sob todos os aspectos, possui vantagens e desvantagens. Os pontos positivos e negativos devem ser sempre analisados, para que não haja prejuízos às empresas, nem mesmo a supressão dos direitos dos trabalhadores envolvidos.

No tocante essa análise prévia, Diogo Palau Flores dos Santos argui que “A opção de se terceirizar é uma “decisão estratégica” cujos aspectos de curto, médio e longo prazo devem ser considerados cuidadosamente”⁶.

⁵ Diogo Palau Flores dos Santos, ob., cit., p. 9 e 10.

⁶ Diogo Palau Flores dos Santos, ob., cit., p. 3.

Para ele, analisando todos os aspectos citados, aduz que dentre eles, os que envolvam as circunstâncias e estruturas do mercado podem dificultar ou até impedir a decisão em terceirizar os serviços.

A principal vantagem da terceirização “[...] sob aspecto administrativo, seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço vendido e também a produtividade ⁷”. Neste diapasão o autor explica que no caso da terceirização há uma especialização dos serviços, melhor técnica, melhor qualidade, sendo uma forma de manter o controle total da qualidade dentro da empresa. Argumentando sob o ponto de vista empresarial e financeiro, assevera que a busca dos administradores vem sendo a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, bem como a redução do preço final do produto ou serviço.

No mesmo espeque, o autor infra comenta que a terceirização gera desburocratização na estrutura organizacional da empresa, simplificando-a, e ainda explica os vários pontos positivos na terceirização:

Adotando a terceirização, a empresa poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área em que é especializada, melhorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado. A empresa irá buscar especialização e centralização de seus esforços na área para a qual tem vocação específica. Pode-se dizer que objetivo a ser alcançado será o incremento da produtividade e também da qualidade do produto ofertado ao cliente, reduzindo, inclusive, perdas no processo produtivo. Objetiva-se, portanto, a racionalização da produção, com vista na melhoria da produtividade e qualidade do produto, com custos mais baixos e preço menor. (2012, p. 32/33).

De acordo ainda com o entendimento do autor supracitado, simplificando a estrutura organizacional da empresa acarretará na diminuição de setores antigamente ociosos, redução de custos fixos, transformando-os em variáveis e na conseqüente evolução do lucro, podendo a empresa a destinar recursos em pesquisa e tecnologia em prol desta. Ocorrerá ainda a diminuição do espaço ocupado pela empresa, havendo assim a melhoria das condições laborais, ambientais, segurança e saúde, diminuindo-se os acidentes de trabalho. Criam-se empregos nas terceirizadas, aperfeiçoamento e especialização da mão-de-obra, bem como distribuição de renda entre as empresas.

⁷ Sérgio Pinto Martins, ob., cit., p. 32.

O autor Nilton Oliveira Gonçalves informa várias vantagens que empresas terceirizadas oferecem:

a) Período de Adaptação: (*sem custo*): Isenção para o cliente, de quaisquer custos nos primeiros dias (por exemplo, 3) de uso do recurso. Este período é utilizado para adaptação e conhecimento do ambiente de trabalho. **b) Avaliações Periódicas:** São efetuadas avaliações periódicas dos recursos alocados, com a participação direta do cliente através do coordenador e gerente da área. **c) Suporte Técnico Adicional** (*sem custos*): É fornecido, sem custos adicionais, suporte para os recursos alocados na empresa cliente. **d) Certidões Negativas de Tributos:** São fornecidas, periodicamente, certidões negativas dos tributos com recolhimento obrigatório, o que isenta totalmente o cliente de problemas de ordem fiscal. Além do que, as empresas dos recursos são constituídas de acordo com as leis vigentes. **e) Eliminação de Acervo Trabalhista:** Nos contratos, são assumidas formalmente todas as obrigações trabalhistas que possam advir dos recursos alocados no Cliente. **f) Currículo Padronizado:** É encaminhado para a contratante, Currículo Padrão com o conteúdo necessário e informações complementares sobre o perfil do candidato. (grifo nosso). (2005, p. 50).

Nota-se nestas vantagens trazidas pelas empresas terceirizadas que o objetivo delas é isentar os clientes de quaisquer responsabilidades no tocante ao serviço contratado (recurso alocado), seja de natureza fiscal ou trabalhista – motivando a contratação destas.

Sob o prisma do trabalhador podemos citar como vantagem a possibilidade deste se especializar e iniciar uma empresa terceirizada, passando de empregado para empregador, bem como independência na prestação de serviços, haja vista não estar mais subordinado à ordens. Outra vantagem é a geração de empregos dada a criação de diversas empresas terceirizadas, tendo em vista a demanda crescente de empresas almejando a contratação destes serviços.

Sob a ótica empresarial, no tocante as desvantagens da terceirização, Diogo Palau Flores dos Santos comenta:

Aspectos que envolvam as circunstâncias e estruturas do mercado podem dificultar ou até impedir a decisão em terceirizar. O estabelecimento dificultoso de relações com fornecedores em razão das particularidades destes deve ser considerado quando se optar por terceirizar. Assim, ao encontrar um fornecedor que não atenda às expectativas técnicas do mercado induz ao impedimento da adoção da estratégia de terceirização. (2014, p. 4).

Há a possibilidade, no entanto, de existirem circunstâncias mercadológicas que podem dificultar ou até impedir a terceirização, é o caso da insuficiência técnica de fornecedores desses serviços a serem terceirizados.

Em relação às desvantagens, Sérgio Pinto Martins comenta a principal no que diz respeito à quarteirização – apresentada alhures – que seria no aumento de custo ao contratar uma empresa que gerenciaria as terceirizadas, mas ressalta também a vantagem em contratar uma especializada em administrar aquelas, principalmente no tocante a organização delas.

Este autor relata diversas desvantagens da terceirização em relação ao trabalhador:

Como desvantagem para o trabalhador, pode-se indicar a perda do emprego, em que tinha remuneração certa por mês, passando a tê-la incerta, além da perda dos benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria. O trabalhador deixa de ter uma tutela trabalhista de modo a protegê-lo. O ambiente de trabalho em que passa a trabalhar o obreiro na terceirizada pode ser degradado, mormente quando as subcontratadas não tem a mesma estrutura das empresas tomadoras do serviço. O trabalhador também pode ser deslocado para empresas que são instaladas em regiões ainda não industrializadas, o que importa reduzida organização sindical ou sindicatos fracos, que não tem o poder de negociação. Incentiva-se a contratação de trabalhadores por salários inferiores, principalmente mulheres, que se sujeitam a salários mais baixos, aceitando trabalho precário, em tempo parcial ou ocasional. Muitas vezes contrata-se empresa que não tem idoneidade financeira, principalmente por ser pequena, sem condições de cumprir as regras legais e convencionais, não pagando o piso salarial da categoria ou não registrando o funcionário desde o momento em que começa a trabalhar na empresa, não tendo, também, suporte financeiro para adimplir suas obrigações. Isso implica o enfraquecimento do sindicato e a desestruturação da categoria. (grifo nosso) (2012, p.34).

Essas desvantagens apresentadas são de cunho empregatício, direitos do empregado que no caso de terceirização ou são mitigados ou extirpados, isso é claro que dependerá de cada caso, pois havendo uma terceirização correta, previamente estudada, que respeite os trabalhadores, não ocorrerá tais lesões.

Ainda nesta seara, conforme bem pontuado pelo autor, a posição dos sindicatos dos trabalhadores é de não simpatizarem com a terceirização, conforme argumentos:

Argumentam que há a perda da carteira de trabalho assinada, dos benefícios previstos na categoria, do próprio emprego, e outros reflexos, como a perda de receitas sindicais (contribuição sindical, assistencial etc.), o enfraquecimento da agremiação ou da categoria em termos de negociação. Ponderam que existe a inibição do sindicalismo, som a desagregação dos filiados da categoria, podendo afetar as bases sindicais, reduzindo a dimensão daquela e a representatividade do sindicato. Asseveram que há também a perda de receitas sindicais, tanto em relação à mensalidade dos associados, que deixa de sê-lo, quanto no tocante às contribuições confederativa, sindical e assistencial. (MARTINS, 2012, p.35).

Quanto a essa posição dos sindicatos dos trabalhadores, contrária à terceirização do trabalho, importante ressaltar a possibilidade de criação de novas empresas, conseqüentemente novos sindicatos, bem como havendo essas novas categorias patronais, estas terão de recolher as contribuições sindicais às entidades as quais estarão inseridos.

O citado autor ainda apresenta como desvantagens para a empresa uma possível dependência do terceiro, bem como o risco de escolha equivocada da empresa parceira (terceirizada) e ainda o alto custo das demissões. Segundo ele, ainda, há um maior número de acidentes de trabalho nas empresas terceirizadas, pois, geralmente, novas e com menor fiscalização.

Fazendo um balanço geral das vantagens e desvantagens aqui apresentadas, temos que para a empresa terceirizar, sempre deve se objetivar uma melhoria, em um contexto global (empresa, terceirizada e trabalhadores), garantindo a permanência dos direitos trabalhistas e a preservação dos princípios do Direito do Trabalho.

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ASPECTOS GERAIS

Ao abordar um assunto se faz necessário o estudo minucioso dos aspectos gerais, dos princípios – base, alicerce; bem como apontar conceitos preliminares e diferenciar alguns institutos para embasar as questões centrais do tema propriamente dito.

4.1 Princípios da Administração Pública

Primeiramente, antes de adentrar ao tópico, diante da necessidade de melhor compreensão do tema, se faz necessária a conceituação dos princípios, haja vista serem o ponto de partida para sustentação de qualquer argumentação jurídica. Para tanto, podemos citar a definição clássica trazida por Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (1987, p. 60).

Os princípios são a base para o ordenamento jurídico, são pilares para a estrutura do Direito, desta forma, os princípios da Administração Pública servem de alicerce para o Direito Público, ou seja, para o Estado.

Para o autor Hely Lopes Meirelles, há duas espécies de princípios constitucionais da Administração Pública, os expressos e os implícitos, e acrescenta:

Os princípios básicos da administração pública estão consubstancialmente em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão expressamente previstos no art. 37, caput, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso regime político, tanto que, ao daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29/01/1999. (2000, p. 81).

Importante ressaltar a previsão expressa dos princípios da Administração Pública seja ela direta ou indireta, no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Passa-se a discorrer sobre cada princípio constitucional da administração pública aqui elencado, mormente os classificados como expressos.

O princípio da legalidade implica na limitação do poder estatal, no tocante a ser feito apenas o que está previsto em lei. Neste diapasão aponta o autor que:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim. (MEIRELLES, 2000, p. 82).

Como salientado, o princípio da legalidade impõe um dever à Administração Pública, é imperativo ao delimitar sua atuação.

Quanto ao princípio da moralidade, Hely Lopes Meirelles, sobre o tema pontua:

É certo que a moralidade do ato administrativo juntamente a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. (2000, p.84).

Pode-se afirmar, portanto, que a Administração Pública deve agir com probidade, lisura e retidão, é o que prescreve o princípio da moralidade.

Falando em princípio da impessoalidade, este “se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas” [sic]⁸.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 58.

O princípio da publicidade segundo Meirelles:

A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. (2000, p. 89).

O princípio da publicidade traz, entretanto, a necessidade de tornar todos os atos da Administração Pública, públicos – levar à ciência de todos da sociedade.

No tocante ao princípio da eficiência, importante o que Hely Lopes Meirelles salienta sobre o tema:

O Princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em se desempenhar apenas com uma legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento as necessidades da comunidade e de seus membros. (2000, p.90).

Este princípio então impõe que a atividade da administração pública seja exercida com celeridade, presteza, ou seja, da forma mais eficiente possível.

Quanto aos princípios implícitos, deve ser citado o da supremacia do Interesse Público que para Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica, em seu dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, incisos III, V, VI) ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. (1994, p. 44).

É um princípio geral do direito presente na vida em sociedade, sendo ainda pressuposto lógico desta e inerente a aquela.

Os princípios aqui trazidos, somados a tantos outros que a doutrina classifica dão alicerce para a Administração Pública em prol de uma melhor atuação, devendo sempre obedecer a eles. Importante salientar, por fim, que

nenhum deles é absoluto, podendo ser relativizado em caso de conflitos entre os próprios princípios.

4.2 Administração Pública Direta e Indireta

Preliminarmente, importante definir e delimitar o que é serviço público, tanto para adentrarmos as modalidades de administração pública a seguir expostas, bem como para o tema central deste trabalho, qual seja, a terceirização na Administração Pública.

Desta forma, o autor abaixo conceitua serviços públicos como sendo:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhes faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo [sic]. (MELLO, 2003, p.620).

Percebe-se que para o autor, os serviços públicos são apenas aqueles tidos como úteis ou fruíveis aos administrados. Importante destacar que há serviços secundários que não são úteis diretamente à coletividade.

Para tanto, os serviços públicos podem ser conceituados como sendo aqueles prestados pela “Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais e secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”⁹.

Ainda o mesmo pensador, no tocante ao objeto dos serviços públicos acrescenta-se que são aqueles que a Administração Pública “[...] executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza [...]”¹⁰.

A Lei nº 8.666 de 1993 define “serviços” como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 294.

como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais” (art. 6º, II).

Adentrando ao tema central deste tópico, a Administração Pública divide-se em Direta e Indireta. Como é de conhecimento geral, a Administração Pública Direta é aquela, cujos serviços são prestados diretamente pelo Estado e por seus órgãos, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

A Administração Pública Indireta, como o próprio nome diz, são entes cuja prestação de serviço não é diretamente prestado. Desta forma, a Administração Pública Indireta “é o conjunto dos entes (entidades com personalidade jurídica) que vinculados a um órgão da Administração Direta, prestam serviço público ou de interesse público”¹¹.

Para que haja Administração Pública Indireta, os órgãos da Administração Pública Direta criam entes como autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas; e repassam os serviços para serem executados por elas.

Esta conclusão se tira diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de seu artigo 37, inciso XIX:

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A definição da Autarquia no nosso ordenamento jurídico é estabelecida do Decreto-lei número 200 de 25 de fevereiro de 1967, e dispõe:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

O mesmo decreto-lei citado acima define Empresa Pública, em seu artigo 5º, inciso II, como sendo a entidade dotada de personalidade jurídica de

¹⁰ Hely Lopes Meirelles, ob., cit., p. 296.

direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivamente público, criado por lei, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

A conceituação de Sociedade de Economia Mista trazido também pelo decreto-lei já citado é de a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima.

Quanto as Fundações Públicas, apesar da discussão doutrinária quanto a sua definição, podem ter seu conceito também extraído do Decreto-lei nº 200/67, em seu artigo 5º, inciso IV como sendo a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos dos entes da Federação e de outras fontes.

Importante salientar que os conceitos aqui trazidos são imprescindíveis para entender como a Administração Pública funciona e adentrar ao centro do tema. Através desses conceitos basilares da Administração Pública temos ciência do funcionamento dos entes públicos, bem como da forma a qual a terceirização pode ser inserida neste meio, quais são os requisitos impostos pelas normas aplicáveis a esse âmbito, bem como toda a limitação trazida pelos princípios aqui já elencados.

¹¹ Hely Lopes Meirelles, ob., cit., p. 730.

5 NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A diferenciação das modalidades de responsabilidade é de suma importância para o tema central deste trabalho – com isso, pode-se adentrar ao tema central mais tranquilamente. É necessário ainda ter uma noção sobre licitações, dada a sua exigência legal.

5.1 Responsabilidade Solidária e Responsabilidade Subsidiária

Primeiramente, importante destacar que a responsabilidade está relacionada com a violação da obrigação. Partindo-se desta premissa, o autor Cezar Fiúza destaca:

No sentido de suportar sanções, responsabilidade pode traduzir a ideia de relação obrigacional secundária, que surge quando a relação de débito não chega a bom termo, ou seja, quando a obrigação não é adimplida. Diz-se, portanto, que uma situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito, outra de responsabilidade. A segunda surge, quando a primeira não se resolve a contento, isto é, quando o devedor não realiza a prestação a que se obrigara. Neste caso, responde patrimonialmente perante o credor, daí se falar em responsabilidade. (2006, p. 276).

A responsabilidade na obrigação advém do inadimplemento da dívida – conceito amplo de débito, obrigação assumida – ou seja quando esta não se resolve a contento como avençado na obrigação.

O conceito de obrigação solidária pode ser retirado do Código Civil, de seu artigo 264, “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Desta forma, haverá solidariedade na responsabilidade também quando houver multiplicidade em um dos polos da relação, bem como que a requisição do crédito somente se dará no todo, ou seja, no crédito integral.

O mesmo diploma prevê ainda que a solidariedade não pode ser presumida, devendo ser prevista em Lei ou determinada pela vontade das partes (artigo 265 do Código Civil).

De acordo com alguns pensadores, a responsabilidade subsidiária seria uma espécie da responsabilidade solidária, sendo, para tanto, amplamente paradoxal. Para o autor infra, que discorda destes pensadores, argui que:

Com efeito, ao se adotar o entendimento da expressão com fundamento na etimologia da palavra, chega-se a outra percepção, pois **subsidiário vem do latim subsidiarius, que designa o que é “secundário”, pressupondo a existência do principal. Portanto, o que subsidia ampara ou reforça algo; assim, responsabilidade subsidiária seria aquela que reforçaria uma outra responsabilidade dita principal.** Entretanto, pode-se entender que a responsabilidade subsidiária se diferencia da solidária no sentido de que nesta haverá uma correspondência horizontal e naquela, vertical, ou seja, na responsabilidade solidária o credor pode exigir a satisfação total de seu crédito de qualquer dos devedores; já na responsabilidade subsidiária o credor deve exigir do devedor principal para só então exigir do devedor subsidiário, existindo, portanto, neste caso, o que se denomina benefício de ordem. (grifo nosso). (SANTOS, 2014, p. 56).

Entende-se assim, que ambas são extremamente diferentes, principalmente em relação à satisfação do crédito no tocante à linha de correspondência, uma horizontal (qualquer do/dos credor/res pode/em requisitar a satisfação integral da obrigação de todos os devedores); outra vertical (credor exige apenas do devedor principal para só então exigir do/s subsidiário/s).

5.2 Responsabilidade Objetiva e Responsabilidade Subjetiva

O que implica para que haja responsabilidade é a existência de uma conduta tida como dolosa ou culposa, que resulte em um dano a outro sujeito, bem como um nexo de causalidade, um liame entre a conduta e o dano.

De acordo com Diogo Palau Flores dos Santos, para diferenciar as duas espécies de responsabilidade deve-se focar na conduta do agente, como vemos:

A diferenciação entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva vai se verificar quando se focalizar o elemento conduta: quando o ordenamento jurídico exige a investigação de culpa (lato sensu: dolo ou culpa) para efeitos de responsabilização, trata-se de responsabilidade subjetiva; ao contrário, quando não houver essa exigência, será responsabilidade objetiva. (2014, p. 58).

O ordenamento jurídico, entretanto, exige a apuração quanto a culpa – dolo ou culpa – para efeitos de responsabilização subjetiva e caso não há esta exigência, será objetiva.

A doutrina vem utilizando-se, para o estudo sistemático da responsabilidade objetiva, o que se chama de Teoria do Risco, com fundamento na possibilidade de ocasionar o dano ao analisar a atividade exercida e taxa-la como perigosa.

Em sede doutrinária, como bem salienta o autor, pode-se citar o “Risco Administrativo” e dá explicação:

Importa ressaltar que, em sede doutrinária, fala-se também na modalidade do risco administrativo, que seria a situação em que “a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de danos que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado”. (SANTOS, 2014, p. 58).

Como frisa o supramencionado escritor, a modalidade citada, que fundamenta a responsabilidade objetiva da Administração Pública, não pode ser confundida com a do risco integral (qualquer fato, seja ele culposos ou não, impõe ao agente causador a reparação do mesmo, desde que houver gerado um dano); haja vista o risco Administrativo exigir o nexo de causalidade entre o dano e a conduta danosa.

No tocante a responsabilidade da Administração Pública, os estudiosos afirmam que a responsabilidade que se fundamenta no chamado “risco administrativo” somente se configura quando há ação do Estado, não se configurando quando há omissão deste – Neste caso, a responsabilidade seria subjetiva, caindo na regra geral da responsabilidade.

Nesse sentido esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao 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 consequências da lesão. Logo, a

responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (grifo nosso). (2006, p. 956/957).

Desta forma, a responsabilidade da Administração Pública poderá ser do tipo objetiva ou subjetiva – o que dependerá do enfoque no tocante à atuação do Estado – que obrigatoriamente dependerá de uma ação estatal, bem como que essa atividade possa causar prejuízos à coletividade, o que seria o risco. Todavia, no que diz respeito à omissão da Administração Pública, a responsabilidade seria subjetiva, devendo-se averiguar se o agente estatal atuou com dolo ou culpa.

5.3 Noções sobre Licitação

Ao tratar sobre responsabilidade da Administração Pública se faz necessário trazer à baila o conceito de Licitações, bem como noções introdutórias sobre a Lei número 8.666/1993.

Desta forma, podemos citar aqui o conceito de Licitação trazido por Hely Lopes Meirelles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (2000, p. 264).

Temos assim, que Licitação é um procedimento administrativo utilizado pela Administração Pública ao contratar serviços, adquirir produtos ou alienar bens – sendo que tal procedimento, por obedecer a uma série de requisitos impostos à Administração e aos licitantes – proporciona oportunidade parelha aos interessados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, inciso XXI, impõe a Licitação como obrigatória, ressalvados os casos específicos em contrário, previstos em lei, como podem ver:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei número 8.666 de 21 de junho de 1993 regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

No tocante à obrigatoriedade em licitar, a lei nº 8.666/93 prevê penas para sua não observância:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Como no próprio inciso XXI do artigo 37 da Magna Carta brasileira, há casos especificados na Lei que não será obrigatória a Licitação. Desta forma, existem duas modalidades distintas: a inexigibilidade de licitação ou a dispensa de licitação.

Os casos em que a Licitação é dispensável, ou seja, não necessita de procedimento licitatório, estão expressamente previstos no artigo 24 da Lei nº 8.666/93 – elencando, para tanto, trinta e quatro incisos.

No que concerne à inexigibilidade de licitação, há uma necessidade de contratação direta com a Administração Pública, pelo procedimento licitatório ser materialmente impossível. O artigo 25 da Lei de Licitações traz alguns exemplos de inexigibilidade de licitação:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos,

ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Nota-se, portanto, a magnitude de se contratar com a Administração Pública, tendo inúmeras exigências previstas em Lei para o fim de proteger os princípios desta, bem como para o bem da coletividade.

Ao contrário senso da iniciativa particular, caso algum ente do Poder Público, seja de Administração Direta ou Indireta, necessite contratar empresas para prestação de serviço, se faz necessário um prévio procedimento administrativo, sendo conhecido como Licitação, tendo todas as suas condições, seus requisitos, inclusive quanto ao seu certame estabelecido pela Lei de Licitações de nº 8.666 de 1993.

6 ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A “revolução” no tocante aos novos métodos de organização, gerenciamento e divisão do trabalho – cujo surgimento se deve à iniciativa privada, dada a crescente evolução tecnológica e científica de meios de produção – também atingiu a Administração Pública.

Neste sentido aponta o autor Winnicius Pereira de Góes, bem como relata a história vivida em meados dos anos 70, ante a crise econômica em nível mundial – gerada pelo mercado petrolífero – que desencadeou na utilização da terceirização pelo Estado, aduzindo, inclusive, as justificativas para tal estratégia:

A partir de 1970, o mercado petrolífero desencadeou uma crise econômica em nível mundial, que interrompeu o largo crescimento econômico iniciado logo após a Segunda Guerra Mundial, tanto em países de economia central, quanto nos países de economia periférica como o Brasil. Por outro lado, no mesmo período se viu o fortalecimento do mercado econômico globalizado, aliado à tecnologia desenvolvimentista. Com efeito, impulsionados pela globalização e com o constante progresso tecnológico e científico que criou atalhos (encurtamento das distâncias, ampliação do mercado internacional e concorrência acirrada entre conglomerados empresariais e mercados internos) em novo paradigma mundial economicamente instável, as alterações sofridas, incidentes sobre o processo produtivo privado influenciaram a organização estatal (agora dotada de menos recursos e mais déficits orçamentários). **A Administração Pública passa a privilegiar a redução de custos operacionais dos serviços públicos oferecidos à população, o que não implicou a redução dos gastos com pessoal combinada com a pretensão de dotar o aparato estatal burocrático de eficiência por meio da flexibilização**”. (grifo nosso). (2013, p. 129-130).

O autor, no mesmo espeque, afirma ainda que o Estado teve que se reinventar do ponto de vista administrativo, tendo como solução a reorganização administrativa como, por exemplo, a privatização, permissão e concessão de serviços públicos, bem como a terceirização desses serviços, em busca de desonerar o Estado e ainda descentralizar a administração pública.

Desta forma, conclui que em um novo modelo de gerenciamento estatal objetivando a redução de custos tem na terceirização uma solução para diversos problemas, tais como melhoria na prestação de serviços oferecidos aos administrados, bem como a redução de gastos com o pessoal. É bem por isso que a reforma administrativa brasileira está atrelada com a terceirização dos serviços.

Pontuar aspectos históricos para trazer a objetividade na utilização da terceirização pela Administração Pública é de suma importância, pois traz a gênese da necessidade do Estado em terceirizar os serviços.

Aqui temos que a terceirização surge como estratégia administrativa para os mais diversos problemas vividos pela Administração Pública naquela época, não diferente nos dias atuais, cuja função segue sendo a mesma.

A despeito dos direitos trabalhistas, estes devem sempre estar tutelados, bem como os princípios do direito do trabalho, todos em consonância aos da Administração Pública, sendo sobrepostos em caso de conflito entre eles.

6.1 Distinções Conceituais com Permissão, Concessão e Autorização de Serviços Públicos

Antes de adentrar ao mérito, é mister ressaltar o Decreto-Lei de número 200, de 25 de fevereiro de 1967, a qual dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

Referido decreto, em seu capítulo III, trata da Descentralização da Administração Federal, ou seja, tira parte dos serviços que anteriormente era prestado diretamente pelo Estado e passa para a iniciativa privada através de contratos e concessões, por exemplo.

Com o advento da Magna Carta de 1988, essa descentralização de serviços foi colocada cada vez mais em prática, “delegando-se” a entes de natureza jurídica privada, tendo como limitadora as disposições constitucionais e ordinárias que eram da competência Estatal, em relação à gerência, principalmente em serviços destinados à comunidade em geral, como bem posiciona Winnicius Pereira de Góes:

Sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeras atividades não exclusivas do Estado ou não relacionadas às funções inseridas em seu núcleo estratégico, antes centralizados no próprio Estado, tiveram sua exceção transferida para a iniciativa privada, tendo como limite à descentralização as disposições constitucionais e ordinárias direcionadas à gerência estatal sobre as atividades e serviços oferecidos à coletividade. (2013, p. 152).

Como resposta dos processos descentralizadores dos serviços da Administração estatal nos últimos anos, cada vez mais estes vêm sendo repassados para execução privada, através da concessão e da permissão (formas de descentralização de serviços por colaboração). Neste mesmo sentido, a Administração Pública vem enxugando seus quadros de funcionários, fomentando a execução dos serviços através da contratação de terceiros, por intermédio da terceirização.

Neste espeque, o autor acrescenta a principal busca da Administração Pública ao descentralizar suas atividades, qual seja, reduzir os custos ao mesmo tempo que presta um serviço de qualidade, como vemos:

Sob a forma de concessão, permissão, autorização e terceirização, buscou-se ao máximo a diminuição da intervenção estatal na prestação de serviços, os quais poderiam ser prestados pela iniciativa privada para obter resultados mais satisfatórios à equação “*redução de custos somada à eficiência*” dos serviços oferecidos. (GÓES, 2013, p. 152).

Desta forma, ao utilizar-se da concessão, permissão, autorização e terceirização, a Administração Pública buscou resultados mais satisfatórios na prestação de serviços, principalmente em relação à redução de custos e eficiência.

Acima de tudo, para não ocorrermos em equívocos se faz necessária à distinção entre os institutos permissão, concessão e autorização de serviços públicos com a Terceirização.

De antemão, citando o artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, percebe-se a diferença entre os conceitos de Terceirização dos de Concessão e Permissão, no tocante ao seu objeto, senão vejamos “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”.

A Concessão de serviços públicos, para sua formalização, é exigido o processo licitatório, conforme artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, previsto na Lei nº 8.666/1993. Esta forma de descentralização de serviços públicos é regulada pela Lei nº 8.987/1995, cujo artigo 2º, inciso II dispõe que somente será delegada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas – imposição

esta não aplicável à Terceirização, podendo esta ser realizada com pessoa física ou jurídica.

Para Maria Sylvia Di Pietro, a concessão de serviço público tem por objeto o serviço e não apenas a uma atividade ligada ao serviço:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. (...) A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público". (grifo nosso). (2005, p. 239).

A concessão então se dá na transferência da Administração Pública à empresa de toda a atividade, impondo apenas as condições para ele ser prestado, sendo que a concessionária tem a opção de terceirizar determinadas atividades.

Quanto à remuneração, a mesma autora discorre como segue:

[...] distinguem-se quanto à forma de remuneração, tendo em vista que a remuneração das concessionárias é feita pelos usuários dos serviços e pelas formas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, previstas nos arts. 11 e 18, VI, da referida Lei nº 8.987/04. Já na terceirização, a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público ou pelo gestor operacional. (2005, p. 239).

Diferenciando-se da Terceirização, o "agente pagador" não é o Estado à concessionária, mas os próprios usuários do serviço prestado pela empresa.

Importante ressaltar as liberalidades concedidas às concessionárias pela Lei nº 8987/1995, como por exemplo, a possibilidade de subconcessão, como prevê o artigo 26; promover as desapropriações e constituir servidões, de acordo com o artigo 31, inciso VI; zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente –que seria o poder de polícia (artigo 31, inciso VII); captar, aplicar e gerir os recursos financeiros (artigo 31, inciso VIII).

Na terceirização, contrariamente, não há essa liberalidade na administração da execução dos serviços, somente gerindo a atividade especializada por ela desempenhada.

No tocante ao término do vínculo, Patrícia Pinheiro Silva traz um comentário pertinente:

Por fim, os institutos diferenciam-se quanto ao poder de intervenção na concessão de que goza o poder concedente, em caso de descumprimento do contrato por parte da concessionária (arts. 32 a 34, Lei nº 8.987). Na terceirização, o Poder Público poderá rescindir o contrato, o que apenas acarretará as seguintes consequências: assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, Lei nº 8.666). (grifo nosso). (2011, p. 101).

Desta forma, temos algumas diferenças quanto ao poder de intervenção estatal no tocante à rescisão dos contratos nestes diferentes institutos.

A permissão de serviços também não pode ser confundida com a terceirização de serviços. Para a autora infra, a permissão é:

[...] ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante paga pelo usuário. (PIETRO, 2011, P. 304).

Do conceito temos a semelhança entre permissão e concessão de serviços públicos quanto ao recebimento diretamente do usuário do serviço, diferentemente, como já visto, na terceirização a qual a “empresa” terceirizada recebe diretamente do ente público (tomador do serviço).

A permissão se assemelha a terceirização de serviços a despeito da possibilidade da Administração Pública contratar, seja por qualquer um desses institutos, pessoa física ou jurídica, diferenciando-se da concessão que é limitada a pessoa jurídica ou consórcio de empresas.

As diferenças entre permissão e concessão mais marcantes, segundo Winnicius Pereira de Góes são, quanto a durabilidade da prestação dos serviços – sendo que a concessão atribui serviços de longa duração e a

permissão de média duração, bem como quanto a necessidade de procedimento licitatório – sendo necessário para a concessão (artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8987/1995) e não necessário, sem previsão, para a permissão.

Por fim, deve-se diferenciar o instituto da terceirização de serviços públicos com a autorização de serviços públicos, este que para Maria Sylvia Di Pietro é, “[...] ato unilateral e precário, pelo qual o Poder Público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício [...]”. (2011, p. 307).

Desta forma temos que a autorização de serviços se diferencia da terceirização quanto ao procedimento licitatório (necessária para a terceirização e desnecessária para a autorização), bem como quanto ao objeto da execução que na autorização refere-se ao serviço relacionado à atividade-fim, o que não é permitido na terceirização.

Importante mencionar, por fim, que as concessionárias, permissionárias e autorizadas podem, investidas de “poderes públicos” (executando os serviços públicos), terceirizar as atividades-meio, acessórias, complementares e instrumentais aos serviços principais.

Desta forma temos que todos os institutos aqui elencados estão diretamente ligados à descentralização do poder público, sendo válvulas de escapes para que o poder público consiga desempenhar melhor as atividades acessórias e reduzir os custos, isto implica em dizer que estará efetivamente colocando em prática o princípio da eficiência.

7 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCUSSÃO A RESPEITO

A contratação de advogados pelos Órgãos do Poder Público por meio de procedimento licitatório é uma discussão acirrada e podemos citar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, notadamente no que tange às decisões proferidas pelo Poder Judiciário e também pelos Tribunais de Contas, não podendo esquecer no que diz respeito a contratação desta modalidade de serviços por inexigibilidade de licitação.

O Superior Tribunal de Justiça no ano de 2010 já havia julgado pela ilegalidade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios, conforme ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação. (...) 4. **A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.** 5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. 6. **O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos.** 7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. (...) 13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifo nosso). (REsp 448442 / MS, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.09.2010).

A justificativa para tanto foi a inocorrência de comprovação da notória especialização jurídica neste caso concreto para legitimar a inexigibilidade de licitação com o Poder Público.

Já no ano de 2013, entretanto, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão considerando regular a contratação direta de escritório de advocacia, por inexigibilidade de licitação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART.17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) 3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização. 4. **É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.** 5. **A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).** 6. **Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.** 7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (Recurso Especial 1192332 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 19/12/2013).

A fundamentação para tanto foi a natureza intelectual dos serviços da advocacia, ligada ao íntimo da pessoa do advogado, quanto a sua capacitação profissional e a confiança com o poder público, sendo, ainda, inviável escolher o melhor, não tendo, inclusive, para tanto, critérios objetivos.

No mesmo ano, o então presidente da OAB/SP, Marcos da Costa, comentou a decisão do STJ nos seguintes termos: "Este sempre foi o entendimento da OAB SP, que criou este ano um Núcleo no âmbito da Comissão

de Direitos e Prerrogativas, para dar suporte aos advogados que prestam serviço jurídico às administrações públicas e depois sofrem medidas judiciais por discordância, geralmente do MP, em torno da dispensa da licitação, sendo que o advogado presta um serviço intelectual de natureza singular". (OAB SP elogia decisão do STJ sobre contratação de advogado com dispensa de licitação. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2013/11/22/9139>>. Acesso em: 05 jan. 2017).

Essa recente decisão do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Senhor Presidente, tenho breve observação. Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como "serviços técnicos especializados", isto é, serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em que deseje contratar é subjetivo; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços --- procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo --- é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o parágrafo 1º, do artigo 25 da Lei nº8.666/93). **Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança**". (grifo nosso). (Recurso Extraordinário nº 466705-3).

No mesmo espeque, já fora decidido também pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, como segue a ementa:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "**Serviços técnicos profissionais especializados**" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí

que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (grifo nosso). (AP 348 SC - Tribunal Pleno, DJe-072 PUB. 03-08-2007, Relator: EROS GRAU).

A subjetividade do critério para a contratação do profissional da advocacia – a confiança – é incompatível com o procedimento licitatório, sendo este inviável.

Neste diapasão, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

A contratação direta de serviço de advocacia, por inexigibilidade de licitação, com suporte no permissivo contido no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, demanda não só a demonstração da notória especialização do profissional ou escritório escolhido, mas também a comprovação da singularidade do objeto da avença, caracterizada pela natureza "excepcional, incomum à praxe jurídica" do respectivo serviço. (Acórdão n.º 3924/2012-Segunda Câmara, TC 012.314/2005-6, rel. Min. José Jorge, 5.6.2012).

Desta forma, para a contratação direta do serviço de advocacia pela Administração Pública necessita apenas do preenchimento de dois requisitos, quais sejam, demonstração de notória especialização do profissional ou escritório escolhido, bem como da singularidade do objeto do contrato.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União ressaltam, que não há um dever de licitar, bem como a possibilidade de se contratar por inexigibilidade (em conformidade com a Lei nº 8.666/93), quando presentes todos os requisitos da notória especialização do advogado, da confiança entre administração e advogado e da relevância do trabalho contratado. Ressalta-se, na ausência de quaisquer requisitos dos supra indicados, haverá necessidade de contratação por meio de licitação, exclusivamente.

Sendo assim, é considerada lícita a contratação de advogado por meio de licitação, assim como também se admite a contratação direta de advogado, por inexigibilidade de licitação, estando presentes os requisitos acima.

Conquanto, decisões recentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo trouxeram novos contornos à discussão, pois, em alguns casos específicos, consideram irregulares as contratações de escritório de advocacia e, entretanto, em outros, julgam como regular a contratação, dependendo das justificativas apresentadas pelo órgão licitante e das especificações do objeto licitado.

Com efeito, o Órgão de Contas Paulista determinou que fossem anulados alguns certames, pois entendia que não poderiam ser objeto de licitação aqueles serviços que constituem atividades inerentes à Administração Pública, e que, por tal razão, deveriam ser desenvolvidos direta e rotineiramente pelos próprios servidores públicos do órgão licitante (neste sentido, os acórdãos proferidos nos autos dos Processos TC nº. 031267/026/10, e TC nº 009127/026/11).

Nada obstante, o TCE/SP publicou outras decisões, que declaram a legalidade da licitação e regularidade do contrato, cujo objeto consistia na contratação de escritórios de advocacia. Vejamos:

Ementa: Licitação. Edital. Serviço de advocacia. Requisito de habilitação. Capital social mínimo. Percentual sobre o valor orçado para definir a modalidade da licitação. Equivalência com o valor orçado do contrato. Legalidade. Carga horária e volume de produção máximos. Elementos suficientes para formulação de preço. Instalações físicas necessárias à execução o serviço. Localização determinada. Obrigação contratual. Existência de justificativa válida. Possibilidade. TC-000129/006/09 – TCE/SP Ementa: Recurso ordinário. Conhecido e desprovido. Concorrência. Contratação de serviços de cobrança jurídica. Possibilidade. Precedentes. TC-043188/026/08 –TCE/SP. Voto TC-043188/026/08 Preliminar Recurso em termos, dele conheço. Mérito A r. decisão recorrida não merece reparo. A matéria não é nova nesta Corte, tampouco contraditória, havendo entendimento sedimentado sobre o tema, tanto nas Câmaras, quanto no e. **Plenário, no sentido de que a existência de corpo jurídico interno em uma estatal, não impede a contratação de um corpo jurídico externo, aliás, essa prática é adotada inclusive pelo segmento privado.** Ademais, em razão de tratar-se de serviços comuns, a não demandar contratação por notória especialização, a necessidade de contratação é avaliação que cabe ao administrador, dentro de critérios técnicos e objetivos de adequação dos meios e dos fins, não devendo esta Corte intervir em assuntos que, a rigor, dizem respeito à discricionariedade da própria Sabesp, sociedade de economia mista, cuja personalidade jurídica é de direito privado.

Além disso, a vantagem que se tem com esse tipo de ajuste é a ausência de vínculo permanente para situações que não são duradouras, aliás, é uma prática racional, e que possibilita maior capilaridade nas ações judiciais da empresa. Diante do exposto, acolho a manifestação da SDG e voto pelo não provimento do recurso interposto, com a manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos. Processo: TC-800091/549/05. 2. VOTO 2.1 As irregularidades noticiadas no expediente TC- 001584/007/06, que motivaram a formação dos presentes autos —apartados das contas da Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba do exercício de 2005—, questionam a contratação de escritório de advocacia para atuar na assessoria de procedimentos licitatórios, ainda que dispondo de corpo jurídico próprio; com a ressalva de que “referida empresa de advogados vêm atuando desde o início da administração (2005)”. Entretanto, a documentação que instrui a exordial não indica quais foram as contratações ocorridas no exercício de 2005, diz respeito tão somente a avenças pactuadas no exercício de 2006, oriundas dos Pregões n.129/06 e n.081/2006 (conforme fls.04 e 07). 2.2 Quanto ao tema acompanho as manifestações dos doutos órgãos técnicos que sugerem provisão pela regularidade da matéria. **Com efeito, reiterada jurisprudência desta Corte tem proclamado regular a contratação de escritório de advocacia para patrocínio e defesa da municipalidade em lides de natureza singular, para atuação em causas específicas cuja complexidade exige atuação de profissionais especializados. Na hipótese, não obstante a existência de advogados no quadro da Secretaria Jurídica, certidão juntada pela defesa às fls. 90/94, aponta ter havido efetiva atuação do escritório contratado e que os serviços relacionados se apresentam peculiares, individualizados, diferentes daqueles rotineiramente executados pelo corpo jurídico da Prefeitura.** 2.3 Diante do exposto, acolho as convergentes manifestações dos órgãos técnicos, julgo improcedente as imputações constantes do expediente TC-001840/007/06 e determino o arquivamento dos autos. (grifo nosso).

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - TCE/SC, por exemplo, ponderou o que fora suscitado aqui, ao julgar caso idêntico, com as seguintes ressalvas:

6.2.2. Havendo necessidade de diversos profissionais do Direito para atender aos serviços jurídicos de natureza ordinária do ente, órgão ou entidade, que inclui a defesa judicial e extrajudicial e cobrança de dívida ativa, é recomendável a criação de quadro de cargos efetivos para execução desses serviços, com provimento mediante concurso público (art. 37 da Constituição Federal), podendo ser criado cargo em comissão para chefia da correspondente unidade da estrutura organizacional (Procuradoria, Departamento Jurídico, Assessoria Jurídica, ou denominações equivalentes). Se a demanda de serviços não exigir tal estrutura, pode ser criado cargo em comissão de assessor jurídico, de livre nomeação e exoneração; 6.2.3. **Para suprir a falta transitória de titular de cargo, quando não houver cargo de advogado, assessor jurídico ou equivalente na estrutura administrativa da Prefeitura ou Câmara, ou pela necessidade de ampliação do quadro de profissionais, e até que haja o devido e regular provimento, inclusive mediante a criação dos cargos respectivos, a Prefeitura ou a Câmara, de forma alternativa, podem adotar a: a) contratação de**

profissional em caráter temporário, com autorização em lei municipal específica, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, que discipline as condições de seleção, contratação, direito e deveres, carga horária, horário de expediente, prazo da contratação e remuneração compatível com a jornada de trabalho e o mercado regional; b) **contratação de serviços jurídicos por meio de processo licitatório** (arts. 37, XXI, da Constituição Federal e 1º e 2º da Lei Federal n. 8.666/93), salvo nos casos de dispensa previstos nos incisos II e IV do art. 24 da Lei Federal n. 8.666/93, atendidos aos requisitos do art. 26 daquele diploma legal, cujo contrato deverá especificar direitos e obrigações e responsabilidades do contratado, a carga horária e horário de expediente, prazo da contratação e o valor mensal do contrato, observada a compatibilidade com a jornada de trabalho e o valor de mercado regional; (...) 6.2.5. **Salvo a contratação nos termos da Lei Federal n. 8.666/93, as demais formas de contratação de profissional da advocacia gera vínculo empregatício com o ente ou entidade contratante, quer na contratação definitiva por concurso público** (art. 37, II, da CF), **quer na contratação temporária** (art. 37, IX, da CF); 6.2.6. **Quando a municipalidade realizar contratação de advogados mediante licitação, não poderá limitar somente à sociedade de advogados, devendo possibilitar a contratação do profissional autônomo, sob pena de limitação do universo de participantes**, procedimento vedado pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal n. 8.666/93; 6.2.7. O contrato a ser firmado com o profissional do Direito deverá estabelecer valor fixo, não podendo prever percentual sobre as receitas auferidas pelo ente com as ações administrativas ou judiciais exitosas pelo contratado, salvo se a Administração firmar contrato de risco puro, onde não haja qualquer dispêndio de valor com a contratação, sendo a remuneração do contratado exclusivamente proveniente dos honorários de sucumbência devidos pela parte vencida, nos montantes determinados pelo Juízo na sentença condenatória.” (Decisão nº 2334/2004, Processo CON -04/02691326). (grifo nosso).

De tal sorte, as recomendações indicadas no acórdão supra, com exceção do procedimento licitatório, muitas vezes são árduas de serem operacionalizadas, seja no tocante aos imbrólios técnicos, burocráticos, interesses políticos ou mesmo por restrições orçamentárias.

Por exemplo, para a criação de quadro de cargos efetivos ou, ainda, de cargos em comissão, é necessário esperar a burocrática tramitação do processo legislativo, conforme a Lei.

Fora isso, para tanto, deve-se respeitar todas as normas de contenção de despesas com os servidores públicos, em especial o limite global de despesas previsto no artigo 169 da Constituição Federal, e atualmente regulamentado pelo artigo 19, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101, de 04/05/2000), cujas transcrições seguem abaixo:

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 A concessão de qualquer

vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento). § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: I - de indenização por demissão de servidores ou empregados; II - relativas a incentivos à demissão voluntária; III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição; IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18; V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional no 19; VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes: a) da arrecadação de contribuições dos segurados; b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição; c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro. § 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20º.

Nesse ínterim, diante desta vasta lista de requisitos, bem como da morosidade de um processo legislativo, poderá acarretar sérias consequências para a Administração Pública, como por exemplo, a ocorrência dos fenômenos da prescrição e decadência.

Desta forma, deve-se impor o princípio da boa administração – podendo ser uma espécie do princípio da eficiência previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, sendo contratada uma entidade privada (especializada) para o exercício específico de determinada atividade – terceirização – poderá dedicar-se todo o seu tempo na execução do respectivo contrato, possibilitando maiores chances de sucesso à Administração Pública, sendo a melhor alternativa para o interesse público, colocando os princípios inerentes em prática.

8 OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente cumpre salientar que antes da promulgação da Magna Carta brasileira de 1988, a Administração Pública poderia contratar empregados sem a exigência de concurso público e com o passar do tempo e o aumento de serviços a serem prestados por esses órgãos somados as exigências da população, tiveram que colocar em prática a terceirização.

Em comentários a esta inovação trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil, Winnicius Pereira de Góes comenta:

A Constituição federal de 1988 representa a mudança dos paradigmas político, jurídico e social brasileiro, fundada em valores humanísticos correspondentes aos direitos fundamentais inafastáveis da caracterização do Estado democrático Constitucional de Direito. Com efeito, a Constituição não perde de vista a delimitação principiológica da atuação estatal pela via direta ou indireta, ao mantê-la sob controle dos princípios direcionados à consecução da boa administração, enquanto princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. **Assim, os princípios orientadores da atuação administrativa estatal, além de orientá-la e controlar o ímpeto nepotista do administrador público, sob o viés da inflexibilidade contratual, indicam como perseguir e tornar eficaz o princípio da boa administração, enquanto direito fundamental dos administrados e corolário do Estado Democrático de Direito, pois, cuida-se de norma constitucional implícita, de direta e imediata eficácia, decorrente da própria subordinação que o Estado Democrático de Direito determina ao administrador**” [sic.]. (grifo nosso). (2013, p. 158-159).

Acerca da contratação de pessoal, no que tange aos serviços tidos como públicos, devem-se respeitar o disposto no artigo 37, II da Constituição Federal de 1988, qual seja “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”, sob pena de nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (artigo 37, §2º CF/88).

Há quem diga que a exigência do artigo 37 da Constituição brasileira em vigor estaria engessando a Administração Pública, pois não teria a discricionariedade para contratar como acontece na iniciativa privada. Todavia, há de se pontuar que esta exigência proporciona à população, indistintamente, a

possibilidade real de se ver investido em cargo ou emprego público ligado às atividades do Estado, sejam elas classificadas como meio ou fim.

O titular da prestação de serviços, portanto, é o Estado e seus funcionários – investidos de cargos públicos, através de aprovação prévia em concurso público – contudo, nem sempre ele terá de desempenhar todos os serviços por ele mesmo, dando margem à Terceirização.

O surgimento da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho delimitou a terceirização na Administração Pública para apenas alguns serviços, tais como vigilância, conservação e limpeza, bem como aqueles especializados ligados a atividade-meio. Ainda faz a menção de que somente será permitida a terceirização, desde que não haja pessoalidade e subordinação com a tomadora de mão-de-obra – neste caso com a Administração Pública. Outra limitação trazida pela Constituição à terceirização de serviços na Administração Pública foi a exigência de processo licitatório, conforme previsão do artigo 37, inciso XXI da CF/88, regulamentado pela Lei nº 8.666/93, assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Nas palavras de Winnicius Pereira de Góes essa limitação visa impedir o nepotismo exercido pelo administrador público ante os princípios atinentes à Administração Pública, como vemos:

Tem-se, novamente, dispositivo constitucional que objetiva impedir a prevalência do ímpeto nepotista do administrador público sobre os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e igualdade entre os interessados em prestar serviços (atividade-meio) terceirizados especializados à Administração Pública. (2013, p. 161).

A Emenda Constitucional nº 19/1998 modificou a redação do artigo 169 da Constituição Federal, posteriormente regulamentada pela Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal é também classificada como limitação à terceirização haja vista delimitar percentuais máximos para a Administração Pública no que tange ao quadro de pessoal.

A Lei de Licitações prevê ainda, em seu artigo 13, as atividades que podem ser terceirizadas pela Administração Pública:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias da União – Lei nº 9995/2000 – também pode ser citada como limitação à terceirização na Administração Pública dada sua restrição às despesas públicas, excluindo dos gastos públicos as terceirizações de atividades-fim.

Vale lembrar que os direitos trabalhistas são também uma forma de limitar a contratação de terceirizados para desempenhar atividades ligadas à Administração Pública, haja vista ser uma forma de delimitar a contratação, sob pena de se enquadrar na chamada “terceirização ilícita”. E de uma forma resumida o autor discorre sobre o assunto:

Em síntese, as expectativas constitucionais e a posição do Estado como garantidor da observância dos valores que fundem o Estado Democrático de Direito Brasileiro, combinados com os princípios específicos do Direito do Trabalho, levam à construção de modelo protetivo do trabalhador terceirizado no âmbito público. Trata-se de modelo protetivo que tem por objetivo evitar a coisificação humana em favor do capital (redução de custos) e da alegada eficiência em um paradigma econômico e político globalizado, para, então, ter-se o valor “dignidade” como bem indisponível e base do trabalho humano, passível de efetivação pela via jurisdicional. (GÓES, 2013, p. 173).

Para Sérgio Pinto Martins a limitação para toda e qualquer atividade da Administração Pública é a lei, dentro disso a terceirização, como nota no trecho transcrito abaixo:

“A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (art.37 da Constituição), só podendo fazer aquilo que a lei determina e não aquilo que a lei não proíbe. Assim, as formas de terceirização na Administração Pública deverão estar respaldadas na lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilidade do servidor que o praticou”. (MARTINS, 2012, p. 158).

O importante refletir é que há diversos limites às terceirizações aqui tratadas para que cumpram-se todas as exigências, sejam elas constitucionais, infraconstitucionais, respeitando-se para tanto, todos os princípios da Administração Pública, bem como os princípios do Direito do Trabalho.

9 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O esboço histórico legislativo a seguir é para melhor compreensão do que houve de espécie normativa que tratou sobre o tema ou que de certa forma era aplicável à terceirização na Administração Pública.

Primeiramente, podemos citar o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que prevê a terceirização, em seu art. 10, § 1º, alínea c, bem como no § 7º, como se afere:

Art. 10 A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: [...] c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. [...] § 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.

Temos que a contratação de empresas terceirizadas pela Administração Pública para serem prestadoras de serviços para si é totalmente possível.

Os serviços de conservação, transporte e assemelhados ganham previsão na Lei nº 5645, de 10 de dezembro de 1970, como argui Sérgio Pinto Martins:

A Administração Pública pode contratar serviços de conservação, transporte e assemelhados, pois assim o permite a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, referindo-se apenas à administração direta e autárquica (arts. 1º e 3º), não abrangendo as empresas públicas e sociedade de economia mista. (2012, p. 143).

Desta forma, podemos ver que há uma aplicação apenas à administração direta e autárquica, sendo que no Parágrafo Único do artigo 3º da lei prevê as atividades, como segue:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: **Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de**

elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (grifo nosso).

Insta salientar que este trecho supra foi revogado com o advento da Lei nº 9.527, de 1997.

Outra norma que pode ser citada é o Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, cujos artigos 5º, 9º e 22, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal e dava outras providências. O artigo 126 da Lei nº 8666/93 revogou expressamente este decreto-lei.

A Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995 é citada por Sergio Pinto Martins como forma de impulsionar a terceirização, haja vista a norma delimitar os gastos com servidores a 60% (sessenta por cento) da receita, sendo muito mais favorável ao Estado terceirizar do que contratar empregados.

Ainda devemos citar o Decreto nº 2.271/97, cuja edição teve o fim de dispor sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, dando outras providências, principalmente no trecho abaixo:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. [...] Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos; II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra; III - previsão de reembolso de salários pela contratante; IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante”.

Novamente, cumpre citar a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União – Lei nº 9995/2000, mais precisamente seu artigo 64, a qual discorre:

Art. 64. 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 a execução indireta de atividades que, simultaneamente: I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade; 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 quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

No âmbito trabalhista não podemos esquecer a edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo texto atual segue:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A legislação exposta aqui demonstra a existência e a legalidade da Terceirização na Administração Pública, e como já argumentado aqui – sendo o Estado intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade, para a efetivação desta modalidade de contratação – deve-se obedecer indistintamente à Lei.

10 CONCLUSÕES

A Terceirização do Trabalho é um fenômeno histórico-cultural, dinâmico, que surge concomitantemente ao desemprego na sociedade. Sua gênese se deve a necessidade da sociedade empresária de reduzir custos diante de crises econômicas, que reflete diretamente nos prestadores de serviços, principalmente quanto aos inúmeros encargos trabalhistas.

No decorrer da história vemos que a Terceirização do Trabalho passou por várias formas, evoluindo para o que hoje temos ciência, sendo utilizada cada vez mais em diversos países do mundo.

Ademais, pode ser vista como instituto gerador de efeitos benéficos para vários interessados – para as empresas, traz diminuição de custos, bem como proporciona esforço exclusivo na atividade na qual é qualificada; para os empregados gera mais empregos, mesmo em tempos de crise.

Os princípios trabalhistas e os direitos dos trabalhadores devem sempre ser preservados – a terceirização não pode existir como método de fraudar a legislação laboral – contudo não pode impedir a terceirização do trabalho, tendo em vista os benefícios que trazem tanto às empresas quanto aos empregados, devendo ser analisada caso a caso, não sendo uma simples classificação em atividade-meio ou atividade-fim que atestem na possibilidade ou não de sua existência.

Podemos citar diversas vantagens para as empresas que pretendem terceirizar, tais como especialização dos serviços – melhor técnica, melhor qualidade – diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários e desburocratização na estrutura organizacional da empresa. Na seara laboral, as maiores vantagens são a geração de empregos com o aumento de empresas terceirizadas, bem como a possibilidade de especialização e iniciar sua própria empresa.

Contudo, as desvantagens para os empregadores devem ser analisadas, podendo citar a possível dependência do terceiro, risco na escolha deste e ainda o alto custo das demissões geradas pela terceirização. Sob a ótica do trabalhador, as desvantagens mais graves são a mitigação ou extirpação dos

direitos laborais mais comuns, a diminuição das receitas sindicais e sua consequente queda de representatividade da categoria.

Desta forma, ao terceirizar, sempre deve se objetivar uma melhoria para todos os envolvidos, seja a empresa, a terceirizada ou os trabalhadores, preservando-se para tanto, todos os direitos.

Adentrando ao assunto da Administração Pública temos que os princípios aplicáveis como o da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, dão alicerce para ela, seja Direta ou Indireta, em prol de uma melhor atuação, devendo sempre obedecer ao que eles proferem.

A responsabilização da Administração Pública seja ela objetiva ou subjetiva, solidária ou subsidiária está intrinsicamente ligada ao processo licitatório, que sendo obedecido o aduzido na Lei nº 8.666/1993, garantirá a proteção dos princípios daquela, bem como o bem da coletividade.

Os novos métodos organizacionais, de gerenciamento e de divisão trabalhista, cujos seus adventos se deram com a iniciativa privada chegaram também à Administração Pública, principalmente ao delinear a solução de vários conflitos tendo como consequência a redução de custos, melhoria na prestação dos serviços e redução de gastos com pessoal, tudo isso se deu através da Terceirização.

A descentralização da Administração Pública trouxe algumas formas de contratos como a permissão, concessão, autorização de serviços, bem como a terceirização. Estes institutos fazem com que a Administração Pública enxugue seus quadros de funcionários, impulsionando a execução dos serviços por terceiros.

A título de exemplificação, a contratação de serviços advocatícios realizada através da terceirização é plenamente válida por diversos fatores, tais como: a burocratização e a morosidade de um processo legislativo para criação de cargos efetivos ou em comissão; visa a contenção de despesas com pessoal; observa o princípio da eficiência e o interesse público.

Quanto aos limites à Terceirização na Administração Pública podemos citar a investidura de cargo ou função pública requer uma prévia aprovação em concurso – limitação esta constitucional – mesmo assim, os

servidores públicos não desempenharão todas as atividades, abrindo a possibilidade à terceirização.

O advento da súmula 331 do TST trouxe algumas limitações no tocante aos “serviços terceirizáveis” pela Administração Pública, bem como a impossibilidade de haver subordinação e pessoalidade com a tomadora de mão-de-obra, a Lei 8.666/93 impôs o processo licitatório como condição e outros instrumentos normativos trouxeram limitações quanto aos gastos públicos.

Toda a legislação trazida à baila bem como as informações apontam a previsão (muitas vezes expressa) e a legalidade da Terceirização na Administração Pública, e como já dito alhures – sendo o Estado atrelado ao princípio da legalidade, para a efetivação deste tipo de contratação deve-se obedecer indistintamente à Lei – principalmente a Constituição Federal no tocante aos Direitos Trabalhistas e a todos os princípios elencados.

Nesta órbita de direitos, portanto, se preencher todos os requisitos para a terceirização na Administração Pública, deve-se prevalecer o interesse público, desde que não sejam feridos os direitos trabalhistas, em conformidade com o que prevê a Lei vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. A terceirização no Direito do Trabalho: limites legais e fraude à lei. In: *Terceirização no direito do trabalho e na economia*. São Paulo: LTr, 1993.

ALVAREZ, Manuel S. B. Terceirização: parceria e qualidade. Rio de Janeiro: Ed. Campo, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed.: Saraiva, 2001.

BARAÚNA, Augusto César Ferreira de. A terceirização á luz do Direito do trabalho. Leme: Editora de Direito, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. Terceirização e intermediação de mão-de-obra na administração pública. In: SEMINÁRIO DE INTEGRAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Goiânia, 2002.

_____. Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.) A perda da razão social do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2007.

CASTRO, Rubens Ferreira de. A terceirização no direito do trabalho. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COLLI, Juliana. A trama da terceirização. Campinas: Unicamp, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio J. Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alessandro et al. (Org.) Direitos humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Curso de Direito do trabalho. 2 ed., São Paulo, Ltr, 2003.

DRUCK, Graça. Terceirização: (des)fordizando a fábrica; um estudo do complexo petroquímico. São Paulo: Boitempo, 1999.

Em xeque: Unibanco é acusado de terceirização ilegal de funcionários. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

FALCÃO, Ismael Marinho. A Terceirização no Direito do Trabalho. 1. Ed. Bauru, Edipro.1996.

FARIA, Aparecida. Terceirização. Um desafio para o movimento sindical. In: RAMALHO, José R.; Martins, Heloisa (Org.) Terceirização: negociação e diversidade no mundo do trabalho. São Paulo: Hucitec, 1994.

FIÚZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: Método, 2007.

GÓES, Winnicius Pereira de. A Terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. 1. ed. Porto Alegre, Nubia Fabris, 2013.

GONÇALVES, Nilton Oliveira. Terceirização de mão-de-obra. 1 ed. São Paulo, LTr. 2005.

LEIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton. Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial. São Paulo: Gente, 1995.

_____; SOUTO, Carlos Fernando; SARATT, Newton Dornelles. Terceirização passo a passo: o caminho para a administração pública e privada. Porto Alegre: Ed. SAGRADC Luzzatto, 1992.

LEITE, Márcia de Paula. O futuro do trabalho: novas tecnologias e subjetividade operária. São Paulo. Scritta, 1994.

MARCELINO, Paula. A logística da precarização. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

_____. Afinal, o que é terceirização? Em busca de ferramentas de análise e de ação política. Pegada, v.8, n.2, 2007.

_____. Terceirização e ação sindical: a singularidade da reestruturação do capital no Brasil. 2008. 373 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas. São Paulo, 2008.

_____. Base fragmentada, ação combativa: a experiência sindical dos trabalhadores terceirizados da refinaria de Paulínia. In: BOITO JR. Armando; GALVÃO, Andréia. Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000. São Paulo: Ed. Alameda, 2012.

MARTINS, Heloísa Helena Teixeira de Souza; RAMALHO, José Ricardo (Org.) Terceirização: diversidade e negociação no mundo do trabalho. São Paulo: Ed. Hucitec, CEDI/NETS, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

_____. Direito do Trabalho. 29. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

_____. Comentários às Súmulas do TST. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2006.

_____. Direitos fundamentais trabalhistas. São Paulo, Atlas, 2008.

_____. A Terceirização e o direito do trabalho. 8. ed. São Paulo, Atlas, 2007.

_____. A Terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Fundamentos Jurídicos. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

_____. Curso de Direito do Trabalho. História e teoria geral do direito do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

OAB SP elogia decisão do STJ sobre contratação de advogado com dispensa de licitação. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2013/11/22/9139>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

OLIVEIRA, Marco A. Terceirização: estruturas e processos em cheque nas empresas. São Paulo: Nobel, 1994.

PAMPLONA, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. Revista Diálogo Jurídico, nº 11, Salvador, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária. 2. ed. – São Paulo. Saraiva, 2014.

SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4. ed., São Paulo: Método, 2007.

SILVA, Carlos. Terceirização e trabalho informal. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da. (Org.) Terceirização no Brasil: do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: Ed. Annablume, CUT, 2009.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos Serviços Públicos. Brasília: Ed. Rev. TST, 2011.