

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: BREVES REFLEXÕES CRÍTICAS¹

Por: Luciano Elias Reis

Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor com artigos publicados também nas seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos).

I – Intróito

A contratação pela Administração Pública de serviços terceirizados é uma prática comum na atualidade, entretanto merece profícuas reflexões sobre o seu uso e as posições adotadas pelas Cortes de Contas e pelo Poder Judiciário, haja vista o distanciamento da teoria e da prática. Este ensaio objetiva um reexame crítico de alguns conceitos e comportamentos hodiernamente assentados nos órgãos e entidades públicas, sem qualquer pretensão de esgotamento ou de respostas exatas.

A Constituição da República Federativa de 1988 prescreveu a possibilidade de contratar serviços de terceiros, desde que respeitada a regra e o princípio do dever de licitar como expresso no inciso XXI do artigo 37 “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”.

O tema não é uma novidade ou exclusividade da Administração Pública, isto porque a terceirização advém historicamente do setor privado após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de um fenômeno ocasionado por critérios econômicos que altera a linha de produção e a iniciativa privada, principalmente para diminuir os custos na formação de preços dos objetos, ainda mais num mundo globalizado e deveras competitivo. Como explicam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Diva Belo Lara, a “terceirização teve origem nos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial, quando as indústrias de armamento passaram a buscar parceiros externos

¹ Artigo publicado na Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (REIS, Luciano Elias . Terceirização na Administração Pública: breves reflexões críticas. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 4, p. 113-122, 2014).

para aumentar sua capacidade de produção. Em meados da década de 40, esta técnica foi largamente utilizada pelos países europeus que participaram da Segunda Guerra Mundial, para a produção de armamentos.”²

No Brasil, segundo estudos de Osvaldo Nunes Alves, a terceirização em geral começou a surgir em 1929, já que o país estava assolado por uma crise econômica e por esta razão os cafeicultores investiram em indústrias que empregavam terceiros para a execução de tarefas secundárias, a fim de economizar com o valor destinado a mão-de-obra.³ Em outra pesquisa sobre o tema, Amelia Midori Yamane Sekido descreve que a terceirização no Brasil aparece nas décadas de 50 e 60 quando fora adotado pela indústria automobilística.⁴

No âmbito normativo da Administração Pública, a terceirização tem guarida no Decreto-Lei nº 200/1967 quando expressa que um dos princípios fundamentais é a descentralização, consoante reza o artigo 6º. Depois, o artigo 10 prescreve que as atividades da administração serão amplamente descentralizadas e em seu parágrafo sétimo há a previsão de que “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.”

Conforme Cristiana Fortini e Virginia Kirchmeyer Vieira, “a terceirização costuma ser definida como processo de gestão empresarial que consiste na transferência para terceiros de serviços que, originalmente, seriam executados dentro da própria empresa.”⁵ Desse modo, é a contratação de um terceiro para a prestação de serviços para uma pessoa, a qual se aproveita e frui do resultado do labor dos funcionários desse terceiro.

A terceirização na Administração Pública inicialmente encontra espeque num contexto econômico e utilitarista, o qual não poderá distanciar-se ou afrontar o sistema jurídico. Não há dúvidas que muitos efetuam o cálculo de quanto custa um servidor ou um empregado versus o montante a ser despendido para a contratação de uma empresa prestadora do serviço. Logo vem a pergunta: contratar diretamente o

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf>. Acesso em 31 out. 2014.

³ ALVES, Osvaldo Nunes. **Terceirização de Serviços na Administração Pública**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>. Acesso em 31 out. 2014.

⁴ SEKIDO, Amelia Midori Yamane. **Terceirização na Administração Pública: a gestão e a fiscalização dos contratos**. Disponível: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em 31 out. 2014.

⁵ FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. In: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 25-38, p. 27.

trabalhador (seja na condição de servidor público ou empregado público)⁶ ou contratar uma empresa e tomar o serviço do funcionário desta?

Esta indagação é respondida às vezes no seio dos órgãos e entidades quando do exercício da função administrativa a partir de critérios meramente utilitaristas ou por análise puramente financeira sem a observância do seu acolhimento pelo sistema jurídico. Neste diapasão, é impreterível recorrer aos comandos prescritos do sistema jurídico para encontrar a resposta escoreita, a qual determina que jamais poderá ocorrer a terceirização para burlar o também princípio e regra do concurso público para a seleção de uma pessoa apta para prover um cargo público ou um emprego público, após a devida disputa em um concurso público de provas ou de provas e títulos nos termos insculpidos do inciso II do artigo 37 da Constituição. Da mesma forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal evita o uso da terceirização como mera substituição de servidores para fins de fuga ao cômputo dos limites de despesas com pessoal, segundo ressoa a partir da norma do parágrafo primeiro do artigo 18.⁷

Com efeito, percebe-se claramente a relevância e o cuidado no trato do assunto da terceirização na Administração Pública Brasileira.

II – Tratamento normativo da terceirização na Administração Pública Federal

No âmbito da Administração Pública Federal, a terceirização já foi objeto de inúmeros textos normativos para regulamentá-la e atualmente existe a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02/2008 que disciplina regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados, bem como o Decreto Federal nº 2.271/1997 que dispõe sobre a contratação de serviços em geral, independentemente de serem continuados ou não.⁸

Historicamente, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 possui os seguintes regulamentos como precedentes: a Instrução Normativa do Ministério do Orçamento e Gestão nº 18/1997 e a Instrução Normativa nº13, de 30 de outubro de 1996.⁹

Forçoso recordar também que, no âmbito de terceirização de serviços na Administração Pública e cuidados para a realização das licitações e a fiscalização dos

⁶ Diferencia-se servidor público e empregado público em virtude do regime jurídico aplicável para nortear a sua relação funcional com a Administração Pública. Enquanto o servidor público possui um vínculo estatutário regido por uma lei que é o seu estatuto (como, por exemplo, a Lei n. 8.112/90), o empregado público firma um contrato de trabalho amparado na CLT. Na Administração Pública, o empregado público é comum nas empresas públicas e sociedades de economia, apesar de ser possível o seu uso nas fundações de direito público de direito privado conquanto haja enormes debates na doutrina acerca da classificação e efetiva natureza jurídica das fundações públicas.

⁷ Sobre o assunto, vide questionamento e julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca de constitucionalidade da aludida previsão: ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-8-2007, Plenário, DJE de 12-9-2008.

⁸ A referida instrução normativa é aplicável aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG – que por sua vez é regulamentado no Decreto Federal nº 1094/94.

⁹ A Instrução Normativa nº 18/1997 já foi calcada no Decreto Federal nº 2.271/1997.

contratos administrativos gerados, o Estado de São Paulo merece destaque em razão dos Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados, denominado de CADTERC. Nos inúmeros cadernos técnicos emitidos pela Administração Pública Estadual de São Paulo, há a divulgação das diretrizes e regras indispensáveis a serem fixadas nas licitações e nos contratos terceirizados visando à modernização e padronização na atuação pelos inúmeros agentes públicos competentes atuantes em contratações similares em todo o território estadual.

A previsibilidade dos estudos está alicerçado nos Decretos Estaduais de São Paulo nº 49.337/05 e nº 48326/03. A título complementar, atualmente existem dezoito cadernos técnicos disponíveis no site www.cadterc.sp.gov.br. Conquanto seja aplicável à esfera estadual de São Paulo e considerando a boa qualidade das normas lá contidas, recomenda-se o uso e a cópia pelos demais estados e municípios.

Não há dúvidas de que os suscitados cadernos também serviram de inspiração para a confecção da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 que se avolumou de informações e determinações ao comparar com a instrução normativa anterior (IN nº 18/1997). Atualmente, o citado texto normativo contempla sobre planejamento na fase interna da licitação, regras a serem colocadas nos editais de licitações, diretrizes para a gestão e fiscalização de contratos administrativos, ferramentas para evitar riscos e responsabilização do Poder Público, dentre outros assuntos.

III – Atividades passíveis de terceirização

Como asseverado, a Constituição da República Federativa preceitua a contratação de serviços pela Administração Pública. Regulamentando o inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) também dispõe em vários dispositivos. Vide, por exemplo, artigos 1º, caput, 2º, caput, 6º, I, 7º, dentre outros diversos.

Qualquer serviço poderá ser descentralizado pelos órgãos e entidades estatais e repassados a um terceiro ou existe uma limitação? Para responder esta inquirição, é necessário analisar as nebulosas e polissêmicas expressões atividade-meio e atividade-fim.

A terceirização na Administração Pública somente poderá ocorrer de serviços relacionados à atividade-meio. A atividade-fim deverá necessariamente ser desempenhada por um servidor ou um empregado especificamente contratado para este mister.

A atividade-meio é importante para a consecução das atribuições e funcionamento dos órgãos e entidades da Administração, no entanto não é a atividade precípua ou principal. Enquanto a atividade-meio é considerada instrumental e ancilar, a atividade-fim está relacionada à essência da existência e aos escopos em si das atribuições determinadas normativamente à Administração Pública.

Neste diapasão, as atividades principais e precípuas dos órgãos e entidades da Administração Pública não poderão ser terceirizados, sob pena de configurar flagrante ilegalidade.

O Decreto Federal nº 2271/1997 prevê em seu artigo 1º que 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.

Os parágrafos do referido artigo estipulam algumas atividades consideradas meio na maioria dos órgãos e entidades e também quando não será legal a terceirização: (i) As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta (§ 1º); (ii) 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 (§ 2º).

Na mesma esteira, o artigo 9º da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 estabelece a inviabilidade de terceirizar serviços atinentes ao exercício do poder de polícia, de competências relacionadas à missão institucional do órgão ou entidade ou de préstimos previstos como deveres de algum cargo existente na estrutura funcional.¹⁰

Teoricamente é mais fácil examinar a atividade-meio e a atividade-fim ao invés de analisar empiricamente nos casos concretos. Dependendo das circunstâncias do suporte fático, poderá ser considerado atividade-fim ou não. A importância desta diferenciação não se dá unicamente para fins do Direito Administrativo ou do Direito do Trabalho, mas também encontra reflexos para o Direito Tributário, Previdenciário, dentre outros.

Posto isso, em razão da aproximação existente entre tais atividades para caracterização de uma ilegalidade ou não no seio da Administração Pública, esta deverá tomar as devidas cautelas para a sua atuação, sempre primando pela conduta

¹⁰ Art. 9º É vedada a contratação de atividades que:

- I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;
- II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e
- III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:
 - a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
 - b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
 - c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
 - d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

mais restritiva, a fim de não violar normas constitucionais como é o caso do dever de concurso público.

Sobre o assunto, Flávio Amaral Garcia denuncia a fragilidade para encontrar o *discrímen*: “em algumas situações, o limite entre atividade-meio e atividade-fim é muito tênue, não sendo, na maior parte das vezes, solucionado por critérios jurídicos, mas por critérios empresariais inerentes à própria atividade”. O autor ainda verbera que “diferenciar as terceirizações lícitas das ilícitas por esse critério de atividade-meio e fim cria um ambiente de absoluta insegurança jurídico para o administrador público, que diante de situações que se encontram na zona cinzenta, fica sem saber se pode ou não contratar determinado objeto, eis que isso pode ser considerado ilegal pela Justiça do Trabalho.”¹¹

Na seara da justiça trabalhista, é bastante recorrente a descaracterização de atividade-meio para atividade-fim com o escopo de evidenciar irregularidade na contratação de terceirizados em detrimento do concurso público. Para ilustrar e carrear um exemplo de decisão oriundo da Corte do Trabalho, colaciona-se o seguinte trecho em que houve a terceirização dos préstimos de eletricitista por uma empresa distribuidora de energia:

Desse modo, a terceirização somente será lícita nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, e contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador e, ainda assim, se inexistentes os pressupostos inerentes ao contrato de emprego, na forma insculpida no artigo 3º da CLT, máxime a personalidade e a subordinação jurídica.

No presente caso, porém, ao contrário do alegado pela Recorrente, a terceirização havida entre as empresas não pode ser considerada lícita, na medida em que não se cogita de contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora de serviços, mas sim de autêntica atividade-fim.

Os serviços de eletricitista, terceirizados pela segunda Ré e prestados pelo Autor, eram essenciais ao seu empreendimento, na sua notória condição de empresa distribuidora de energia.¹²

No caso *supra*, fica clarividente que deverá ser analisado o serviço a ser tomado frente à atividade principal desenvolvida pelo empregador, o que per se gerou uma condenação trabalhista nesta situação relatada.

Portanto, conclui-se que existe uma grande preocupação e insegurança jurídica de saber o que poderá ser terceirizado na Administração Pública, já que inexistem critérios normativos objetivos.

¹¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 324.

¹² Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 36140-67.2009.5.03.0112, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 12/05/2010, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/05/2010.

IV – Responsabilidade subsidiária trabalhista da Administração Pública

Além do perigo apontado no item anterior, tais contratos também geram uma incomensurável preocupação da Administração Pública em razão do risco de responsabilidade subsidiária trabalhista.

A Lei de Licitações, em seu artigo 71, § 1º, preconiza que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Todavia, tal dispositivo era constantemente confrontando com o teor da anterior redação da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho que possibilitava a responsabilização subsidiária da Administração Pública tomadora de serviço em caso de inadimplemento pelo empregador.¹³

Frente a este combate entre a lei de licitações e a súmula, o dispositivo legal foi questionado no Supremo Tribunal Federal acerca de sua constitucionalidade. Tal assunto foi julgado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 a qual definiu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º e pela sua interpretação sistemática com as demais normas da legislação de licitações, mormente àquelas que preveem o dever de fiscalização do contrato administrativo por representante devidamente designado pela Administração contratante.¹⁴

Com supedâneo nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a Súmula nº 331 a fim de inserir os incisos V e VI, determinando que a responsabilidade subsidiária trabalhista deverá ocorrer caso fique constatada culpa da Administração Pública na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora:

¹³ “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 03-01-74).

II. A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (Art. 37, II, da Constituição da República).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993) (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).”

¹⁴RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (STF, ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011)

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 nº 8.666/93, 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 partir deste raciocínio e previsão sumular, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão realçar ainda mais a devida e correta fiscalização contratual, pois ela poderá alijar possíveis responsabilizações subsidiárias trabalhistas.

O dever de fiscalizar os contratos administrativos não é uma novidade, isto porque é uma cláusula exorbitante, consoante regra do artigo 58, III, da Lei nº 8.666/93. Depois no próprio teor da lei, há os artigos 67 e seguintes que enfatizam a fiscalização e como deverá portar-se o representante designado para ser fiscal de contrato. Abre-se parêntese para advertir que o tema não foi novidade na legislação, isto porque o texto normativo anterior à Lei nº 8.666,/93, qual seja, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, também preconizava o dever de fiscalizar. No âmbito federal das terceirizações, o Decreto Federal nº 2.271/1997 estatui o dever de ser indicado um gestor do contrato para acompanhamento e fiscalização da execução contratual.¹⁵ Na mesma toada, os artigos 31 e seguintes da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 ressoam sobre o assunto.

Salienta-se que é dever da Administração Pública a demonstração da correta e percuciente fiscalização, comprovando as atitudes e os documentos apreciados durante a execução do contrato com o intuito de afastar a responsabilidade subsidiária. O ônus da prova deverá ser da Administração contratante em razão da própria responsabilidade objetiva preconizada no artigo 37, § 6º, da Constituição. Caso seja afastada esta regra constitucional por versar sobre danos decorrentes de relação extracontratual, o que não se entende como raciocínio adequado, mas se cogita por eventualidade, deve-se primar pelo ônus à Administração pela claríssima hipossuficiência do empregado versus o empregador e o tomador do serviço.

Não bastam palavras ou verbosaria para repulsar qualquer responsabilidade, mas as petições e defesas deverão estar fartamente acompanhadas de documentos colhidos, requisitados e analisados durante a execução contratual. Para tanto é imprescindível pensar em planejamento e organização preventiva.

O planejamento estampa-se na exigência editalícia e contratual dos documentos fundamentais para perquirir a regularidade ou não das verbas trabalhistas

¹⁵ Art . 6º A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato.

durante o transcorrer da execução contratual, o que por sinal será sentido quando da elaboração do ato convocatório. O ato-regra que disciplina as condições para a licitação e para a execução contratual já deverá prescrever todos os documentos a serem apresentados pelas empresas, a periodicidade, o formato, quem fiscalizará, dentre outras informações básicas. Com esteio nesta prescrição normativa¹⁶, incumbirá à rigorosa fiscalização observar todas as exigências. A organização reside no fato de arquivar os documentos da fiscalização e gestão contratual após a extinção do contrato, bem como existir uma harmonia e linguagem institucional para que as procuradorias tenham acesso a tais robustas documentações a serem demonstradas em juízo.

Sobre a posição adotada pelos Tribunais Trabalhistas, transcreve-se uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho transluzindo o dever de comprovar efetiva fiscalização pela Administração Pública para afastar a responsabilidade subsidiária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, V, DO TST. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 331, VI, DO TST. Do quadro fático delineado pelo TRT extrai-se que a condenação decorre da culpa in vigilando dos tomadores dos serviços. Com efeito, consta do v. acórdão recorrido que: -Os tomadores respondem pela culpa in vigilando e in eligendo, já que foram beneficiários do trabalho prestado pela reclamante, posto que os direitos reconhecidos tiveram origem no curso do contrato de trabalho e cabia aos tomadores zelar pela contratação de empresa idônea e cumpridora de suas obrigações, justificando-se a responsabilização subsidiária, já que restou evidente a ausência das cautelas necessárias à execução do contrato de terceirização de modo afeiçoado aos rigorosos parâmetros legais de fiscalização retro enunciados. Como visto, o segundo e o terceiro reclamados não produziu qualquer prova de fiscalização quanto ao integral cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora, deixando de juntar recibos, planilhas, indicação de representante, prova de visitas e controle diário ou mensal, comprovantes de recolhimentos. Desta maneira, devem arcar com o risco inerente à pactuação, responsabilizando-se subsidiariamente pelos direitos do obreiro.- (fls. 248-249 - grifei). Nesse contexto, inviável a admissibilidade do recurso de revista, pois a decisão recorrida encontra-se em consonância com o item V da Súmula 331/TST. No tocante ao tema -Limitação da Condenação-, a v. decisão regional está em consonância com a Súmula nº 331, VI, do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(Tribunal Superior do Trabalho, AIRR - 1784-11.2011.5.02.0013 , Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 15/10/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014)

Outrossim, convém ressaltar que o presente tema poderá sofrer modificação na interpretação acima indicada ou ratificação, isto porque está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral no recurso extraordinário nº 760.931. Desse modo, por enquanto deverá a Administração Pública

¹⁶ O edital de licitação prescreve normas a serem cumpridas pela Administração e pelos fornecedores, conforme princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

ser justa e rigorosa na fiscalização das empresas terceirizadas e aguardar a posição da Corte Suprema.

V – Conclusão

Diante de todo este cenário brevemente relatado sobre a terceirização na Administração Pública, no âmbito federal a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008 estabeleceu diretrizes e regras a serem observadas para evitar qualquer risco de uma possível responsabilização. Várias ferramentas estão implementadas na rotina administrativa, dentre elas, a conta vinculada para assegurar determinados recursos relacionados aos funcionários que a empresa faria jus e que depois repassaria aos mesmos, o controle efetivo sobre os funcionários da terceirizada, análise da documentação trabalhista e previdenciária, bem como conferência de férias e verbas rescisórias.

Ante esta realidade, fica uma reflexão crítica: atualmente a Administração está diante de uma verdadeira terceirização ou de meras empresas intermediárias (interposição) de trabalho ou ainda locação de mão-de-obra?

A crítica é oportuna porque as empresas terceirizadas contratadas pela Administração Pública simplesmente estão deixando a sua área de recursos humanos com os órgãos e entidades contratantes, o que per si tem desencadeado uma sobrecarga de servidores e empregados públicos não qualificados para tais tarefas.

Por derradeiro, uma crítica reflexiva: os servidores e os empregados públicos estão qualificados para efetuar a fiscalização dos serviços terceirizados com todas as suas dificuldades e celeumas desde a parte documental até aos aspectos prático-operacionais?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Osvaldo Nunes. **Terceirização de Serviços na Administração Pública**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF> . Acesso em 31 out. 2014.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf. Acesso em 31 out. 2014.
- FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. In: FORTINI, Cristiana. **Terceirização na Administração**. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 25-38, p. 27.
- GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SEKIDO, Amelia Midori Yamane. **Terceirização na Administração Pública: a gestão e a fiscalização dos contratos**. Disponível: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>. Acesso em 31 out. 2014.