



CENTRO UNIVERSITÁRIO
Estácio | FIC

**CURSO DE CURSO PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PEDRO JANDER JUCÁ SOUSA ARAÚJO**

**CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS-MEIO NO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ:
UM ESTUDO DE CASO**

FORTALEZA

2013

PEDRO JANDER JUCÁ SOUSA ARAÚJO

**CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS-MEIO NO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ:
UM ESTUDO DE CASO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Administração Pública do Centro Universitário Estácio do Ceará como requisito para a obtenção do título de Especialista.

**Orientadora Prof^a. Ms. Fernanda
Cláudia Araújo da Silva**

FORTALEZA

2013



CENTRO UNIVERSITÁRIO
Estácio | FIC

TERMO DE APROVAÇÃO

**CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS-MEIO NO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO CEARÁ:
UM ESTUDO DE CASO**

Por

PEDRO JANDER JUCÁ SOUSA ARAÚJO

Este estudo monográfico foi apresentado no dia 18 de janeiro de 2013, como requisito para a obtenção do título de Especialista em ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, do Centro Universitário Estácio do Ceará, tendo sido aprovado pela Banca Examinadora composta pelos professores:

BANCA EXAMINADORA

Profª. Ms. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Orientadora – Centro Universitário Estácio do Ceará

Profª. Esp. Christiane do Vale Leitão
Examinadora – Centro Universitário Estácio do Ceará

RESUMO

A presente monografia tem por objeto o estudo da terceirização no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, e por objetivo, a verificação da adequação dos contratos de terceirização às normas vigentes. Parte inicialmente de uma contextualização histórica do instituto da terceirização. Em seguida traz-se uma exposição do arcabouço jurídico sobre o tema. A última seção trata do estudo de caso da terceirização no Tribunal Regional Eleitoral, mediante exame de contrato específico. Serviu-se de pesquisa bibliográfica de autores brasileiros, em sua quase exclusividade, bem como do estudo dos contratos nº 45/2008 e 15/2011, e outros documentos públicos do acervo do TRE-CE. Chegou-se à conclusão que os contratos do TRE-CE se adequam à normatividade jurídica, salvo com relação a alguns tópicos específicos.

Palavras-chave: Terceirização. Serviço Público. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

ABSTRACT

This monograph's purpose is the study of outsourcing in the Regional Electoral Court of Ceara, and objective verification of the suitability of outsourcing contracts to current standards. It starts with a historical background of the Institute of outsourcing. Then brings up an exposition of the legal framework on the subject. The last section treats about the case study of outsourcing in the Regional Electoral Court, upon examination of the specific contract. It based by brazilian authors literature, in their almost exclusive, and the study of contract nº. 45/2008 and 15/2011, and other public documents of the collection of "TRE-CE". It came to the conclusion that the contracts of the TRE-CE fit the legal normativity, except with respect to some specific topics.

Keywords: Outsourcing. Public Service. Regional Electoral Court of Ceara.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 TERCEIRIZAÇÃO-CONTEXTUALIÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO.....	08
2.1 As origens da terceirização.....	08
2.2 A Terceirização no Brasil.....	12
2.3 Reformas administrativas e privatização.....	13
2.4 Reformas administrativas e terceirização.....	17
2.5 Definindo o objeto de estudo.....	19
3 AR CABOUÇO JURÍDICO.....	20
3.1 Da (in) constitucionalidade da terceirização no setor público.....	20
3.2 Decreto-Lei nº 200/1967 – a descentralização administrativa e a execução indireta de atividades.....	25
3.3 A Lei nº 8.666/1993 e a possibilidade de contratação indireta de serviços	27
3.3.1 <i>Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC nº 16)</i>	28
3.4 A LRF e a responsabilidade da Administração Pública.....	33
3.5 Normas infralegais – atividades-fim versus atividades-meio e outras limitações à terceirização.....	36
3.5.1 <i>A Resolução nº 98- CNJ e a Resolução nº 23.234/2010-TSE e a terceirização</i>	41
3.6 Perspectivas do Enunciado nº 331.....	44
3.7 Posicionamento do Tribunal de Contas da União.....	46
4 ESTUDO DE CASO: CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE LIMPEZA NO TRE/CE.....	49
4.1 Do objeto.....	49
4.2 Da jurisdicidade.....	51
4.3 Da fiscalização.....	56

4.4 Da responsabilização.....	57
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

A busca pela modernização da Administração Pública vem merecendo destaque nas últimas décadas, e uma das razões é que a sociedade, que suporta uma pesada carga tributária, não mais aceita passivamente que os recursos públicos, advindos de seus tributos, sejam aplicados de forma ineficiente.

Nesse contexto de modernização e eficiência, encontra-se a terceirização, entendida como a contratação indireta de serviços contínuos, executados dentro do ambiente de órgão ou entidade da Administração Pública contratante. A adoção dessa prática tem como fito a diminuição de custos, a focalização na atividade finalística e, especificamente no serviço público, a redução do tamanho do aparelho estatal.

No presente trabalho, busca-se analisar o contrato de terceirização de serviço de limpeza realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Para isso, buscamos inicialmente contextualizar o tema, a partir do exame da origem e desenvolvimento desse instituto nos países onde foi pioneiramente aplicado, e depois, verificaremos como foi sua recepção em nosso país, tanto na iniciativa privada – que, dada a sua maior flexibilidade, permite mudanças de forma mais dinâmica – como no setor público.

Num segundo momento, tentaremos trazer à baila as principais normas jurídicas referentes ao tema, merecendo destaque a análise da constitucionalidade, da legalidade, e dos caminhos trilhados pela jurisprudência referentes às possibilidades e limitações da terceirização no âmbito do serviço público.

Depois, em um estudo de caso, analisaremos um contrato específico de terceirização celebrado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, com ênfase na verificação em sua adequação às normas vigentes.

2 TERCEIRIZAÇÃO - CONTEXTUALIÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO

Neste capítulo, buscaremos analisar as origens e o desenvolvimento da terceirização no mundo e no caso específico do Brasil. Buscaremos também, através de definições colacionados da melhor doutrina, definir o conceito com o qual pretendemos trabalhar.

2.1 As origens da terceirização

A maioria dos autores que discorrem sobre o tema situam o marco inicial da terceirização, no tempo e lugar, respectivamente, no período da 2ª Guerra Mundial (1939-1945) e nos Estados Unidos. Tendo ocorrido, mais especificamente, na indústria bélica. (MARTINS, 2001, p. 16; RAMOS, 2009, 4¹; SAIGG, 2008, p. 17). Não há crítica a tecer sobre esse entendimento, pois que se está considerando a terceirização num sentido amplo, em que basta para configurá-la simplesmente que determinada empresa contrate uma outra, para que esta realize alguma atividade que não seja a principal daquela. Ou, para ficar mais claro, a terceirização no caso seria “[...] a transferência a outras organizações de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim” (VIDAL NETO, *apud* RAMOS, 2009, 4.1).

No entanto, entendendo a terceirização como uma estratégia administrativa, conforme os conceitos de Ciro Pereira da Silva e Lívio Giosa:

[...] a transferência de atividades para **fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna**, que tenham esta atividade terceirizada como atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade (SILVA, *apud* RAMOS, 2009, 4.1, grifos nossos).

¹ O livro Terceirização na Administração Pública, de autoria da Prof.^a Dora Maria de Oliveira Ramos, de fundamental importância como fonte no presente trabalho, está esgotado em seu formato tradicional. Adquirimos a versão digital no sítio da própria editora, no entanto, a visualização não mostra numeração de páginas. Por essa razão, nas referências bibliográficas durante o presente trabalho, indicaremos apenas o número do capítulo ou sub-item.

[...] um **processo de gestão** pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma **relação de parceria**, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua (GIOSA, 1997, p. 12, grifo nosso).

Temos que a terceirização moderna (note-se as expressões grifadas nessas últimas definições: “fornecedores especializados”, “tecnologia própria e moderna”, “processo de gestão”, “relação de parceria”) se deu com o declínio do modelo fordista de produção (AMORIM, 2009, p. 30). Sem embargo, esse mesmo autor, corroborando com os que definem o início da terceirização, em sentido mais amplo, em período anterior, declara que “[...] em alguns setores e países, as indústrias fordistas recorriam à subcontratação buscando a redução de custos”. (idem, p. 34).

O fordismo se configura numa estrutura vertical e centralizadora, onde as tarefas eram realizadas quase que exclusivamente nos enormes galpões fabris, de forma que esse sistema produtivo era, podemos chegar a dizer, *incompatível* com a terceirização, com definições mutuamente excludentes. Uma frase que dá nos dá a dimensão é de Márcio Túlio Viana: “*Ford produzia tudo, dos pneus até a última porca de seus carros*” (VIANA, apud AMORIM, 2009, p. 26). Como se vê, mesmo levando-se em conta o exagero ou hipérbole da frase, o modelo de produção hegemônico até a década de 1970 era, como já anotado, centralizador e vertical, prescindindo de transferências nas atividades produtivas.

Esse modelo de produção teve seu auge no momento histórico em que os países de capitalismo central passaram a modificar o papel do estado, saindo do estágio liberal para o estado do bem-estar social (*welfare state*), justamente no contexto do pós-guerra. Nesse período, o modelo fordista-keynesiano, associado ao *Welfare State*, proporcionou um aumento de crescimento econômico com distribuição de renda jamais visto na história do capitalismo. Helder Santos Amorim, citando Jeremy Rifkin (O Fim dos Empregos), nos informa que em 1965 os Estados Unidos eram a mais poderosa nação do mundo, invencível militarmente e incomparavelmente avançada em termos tecnológicos, e ainda, a que detinha domínio do comércio internacional, com produtos de alta qualidade. Ao mesmo passo, a economia doméstica possibilitava gerar aumentos de salários e acesso a bens de consumo a milhões de americanos (AMORIM, 2009, p. 28). Vivia-se no que retrospectivamente passou-se a chamar “Era de Ouro”.

O renomado historiador Eric Hobsbawm, no seu livro Era dos Extremos: o breve século XX corrobora e dá mais dados históricos:

[...] depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou 30 anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social [...] podemos ver esse período como a Era de Ouro, e assim ele foi visto, quase imediatamente depois que acabou, no início da década de 1970. (HOBBSAWN, 1995, p. 15).

Continua o referido historiador: o modelo de produção em massa de Henry Ford espalhou-se para indústrias do outro lado dos oceanos. [...]. bens e serviços antes restritos a minorias eram agora produzidos para um mercado de massas [...]. (HOBBSAWN, 1995, p. 259).

Mas as crises no capitalismo, como a história está a mostrar, são cíclicas, e esse período de prosperidade teve seu declínio motivado por diversos fatores sócio-econômicos, dentre os quais podemos destacar a crise do petróleo e, principalmente nos países mais desenvolvidos, a saturação dos mercados e o aumento da concorrência estrangeira (AMORIM, 2009, p. 28-29). Com essa crise, os Estados passaram a ter dificuldade de suportar as demandas sociais que tinham assumido para si. Segundo Ramos,

O Estado Social sucumbiu diante do custo insuportável da manutenção do bem-estar social de massas populacionais cada vez maiores. A degradação da qualidade dos serviços públicos lança uma enorme nuvem de descrença na eficiência da presença do Estado na economia, dando início a um movimento de refluxo que propugna a reformulação da atuação do Estado (RAMOS, 2009, p.13).

Ademais, as massas trabalhadoras, embora submetidas a um processo produtivo desumanizante, ou de perda da própria subjetividade, nos termos de Amorim (2009), passaram a ter grande poder de mobilização e de organização para exigir a garantia de novos direitos através de greves e revoltas. Tal poder de mobilização só foi possível graças a um efeito colateral do modelo fordista: a centralização de enormes contingentes de trabalhadores, que passaram a se agrupar em fortes organizações sindicais.

Tanto governos como os administradores buscaram saídas para as consequências advindas da chamada “crise do petróleo” (como vimos, a crise tinha também outras causas). Os primeiros, através de uma redefinição do papel do Estado, com direcionamento liberalizante, buscando se livrar do “fardo” assumido com o modelo do *Welfare State*, promovendo o desmonte do estado do bem-estar social, a aprovação de leis antigreve e forte repressão aos sindicatos²; os últimos, através de uma

² As gestões do Presidente Ronald Reagan (1981-1989) e da Primeira-Ministra Margaret Thatcher (1979-1990), nos EUA e Inglaterra, respectivamente, se notabilizaram pelo caráter liberal e de desmonte do chamado *welfare state*.

flexibilização do modelo de produção que propiciasse redução de custos e mais agilidade. A verdade é que ocorreu uma crise do lucro, e os empresários buscaram formas de tentar restabelecer os níveis de lucratividade anteriores. Ironicamente, no momento mesmo em que a classe operária teve maior poder de organização para reivindicar e resistir, a crise do lucro exigia redução de custos, principalmente com a mão-de-obra (AMORIM, 2009, p. 31).

Os capitalistas encontraram uma saída no modelo de produção conhecido por toyotismo (porque implantada originalmente na montadora Toyota, que se tornou e se mantém como a maior montadora de veículos do planeta), que se erigiu no paradigma a ser seguido nesses novos tempos de crise. Em breves linhas, e aproveitando a lição de Ricardo Antunes, podemos dizer que tal modelo consiste em a) produção puxada pela demanda; b) estruturação em equipes, com múltiplas funções; c) processo flexível de produção; d) *just in time* (otimização de aproveitamento do tempo) e) sistema kanban (estoques mínimos necessários); f) horizontalização, com **transferência** de cerca de 75% **da produção/serviços para empresas terceirizadas** com disseminação da filosofia de trabalho ou processo produtivo e procedimentos para toda a rede de fornecedores, dentre estes procedimentos, o autor destaca os círculos de controle de qualidade (CCQ), gerência participativa, eliminação do desperdício, entre outros (ANTUNES *apud* SOUTO MAIOR, 2006, p. 02, grifos nossos).

Como se vê, no contexto do toyotismo, a terceirização não é simplesmente a *marchandise*, o comércio de mão-de-obra, ou mesmo a subcontratação de um serviço, mas uma busca por uma estrutura enxuta, voltada para seu foco, com repasse de atividades acessórias através de parceria, na busca por maior flexibilidade e menor custo. Destarte, a empresa que diretamente contrata os empregados terceirizados deve ser especialista no ramo. Na realidade, a atividade-meio da empresa tomadora do serviço se configura na atividade-fim da empresa prestadora. Isso viria a permitir menor preço do serviço, em virtude do ganho em escala; e maior qualidade, em decorrência da especialização.

2.2 A Terceirização no Brasil

Pode-se observar que, em nosso país, a terceirização, entendida apenas como subcontratação de serviços, teve início na década de 1950, por empresas multinacionais do setor automobilístico (MARTINS, 2001, p. 16). No entanto, como já assinalamos, tratava-se de um procedimento isolado, não fazendo parte de um modelo de gestão em que a terceirização era conectada a outras práticas administrativas que faziam parte do modelo japonês (cf. Item 2.1).

De acordo com Amorim, somente na década de 1980 a terceirização assumiu um papel mais presente nas empresas brasileiras, ainda assim, embora com a propagação de um discurso de “modernização”, a terceirização no Brasil iniciou-se menos como uma busca de modernização, de focalização na vocação principal da empresa (teoria do foco) do que como uma verdadeira busca de sobrevivência, naquele período de estagnação porque passava o país. (2009, p 33-34).

A legislação pátria registra a tentativa de regulamentação dessa prática. Conforme anotado por Edna Aparecida da Silva, a Lei nº 4320/1964 foi a primeira peça legislativa a tratar, não diretamente sobre terceirização, mas sobre “despesas com serviços de terceiros”, que se referia à possibilidade de contratação de serviços pela Administração. Classificava também, em seu Art. 13, os gastos com serviços de terceiros dentro da categoria econômica “Despesas Correntes com o código 3.1.3.0”. (SILVA, 2008, p. 16); posteriormente temos os Decretos-leis nºs 1.212 e 1.216, de 1966 (permissão aos bancos de utilizarem-se de serviços de segurança prestados por empresas particulares [terceiras]); o Decreto-Lei nº 1.034, de 1969, que, nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2001, p. 16), “já dava a entender sobre a possibilidade de se contratarem terceiros para vigilância ostensiva”. Segundo o mesmo autor, a Lei 6.019, de 1974, foi “[...] a primeira norma que tratou efetivamente da terceirização, embora não com esse nome” (idem, p. 17). Ainda tivemos a Lei nº 7.102, de 1983, que permitia a exploração de serviços de vigilância e de transporte, por empresas subcontratadas pelos estabelecimentos financeiros.

As principais leis, no entanto, que atualmente embasam o instituto da terceirização no Brasil são o Decreto-Lei nº 200/67, a Lei nº 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações) e, em menor escala, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Essas Leis e outras normas infralegais pertinentes serão estudadas no próximo capítulo do presente trabalho.

2.3 Reformas administrativas e privatização

Para se estudar a terceirização – que é uma das formas de privatização, em sentido amplo³ – na Administração Pública brasileira, cabe antes um breve histórico a respeito dos modelos administrativos adotados pelo Brasil: administração patrimonialista, administração burocrática e administração gerencial⁴.

Segundo Luis Carlos Bresser Pereira, tivemos no Brasil duas grandes reformas administrativas. A primeira teve início em 1937 e visava a transformar o então modelo patrimonialista de administração “pública” em um modelo profissional e em consonância com o Estado de direito e com a busca de competência técnica (Bresser, p. 1). Naquele modelo,

[...] o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável. (PLANO DIRETOR, 2005, p. 15).

O resultado dessa primeira grande reforma foi a transformação do Estado patrimonialista em Estado burocrático. As principais características deste último são “a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal” (Plano Diretor, 2005, p. 15).

A segunda grande reforma do estado iniciou-se em 1995, e teve como linhamestra de proposições a transformação da administração pública burocrática em administração pública gerencial e pode ser abrangida, numa visão ampla, nos seguintes tópicos: a) um ajuste fiscal liberalizante; b) um programa de privatizações (transferência da produção de bens e serviços ao setor privado); e c) um programa de “publicização”,

³ Estamos seguindo a classificação proposta por Di Pietro, em que privatização – em sentido amplo – abrange a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais, a concessão de serviços públicos e os *contracting out*. Este último instituto contempla os acordos celebrados com a iniciativa privada, como por exemplo os convênios e contratos de obras e prestação de serviços. Nesta, entra a terceirização. (2002, p. 17/18).

⁴ Classificação adotada por Bresser Pereira e pela maioria da doutrina administrativista.

transferindo a execução de serviços públicos ao que se denominou “setor público não-estatal” (RAMOS, 2009, p, 2).

Ainda de acordo com Ramos,

A reforma objetivava fazer aflorar no novo milênio um Estado que Bresser Pereira denomina de “Social-Liberal”. Social porque preserva a tutela dos direitos sociais à educação, saúde e previdência. Liberal porque introduz a competição no exercício das funções do Estado, terceirizando a construção de obras de infra-estrutura, privatizando as empresas produtoras de bens, outorgando à iniciativa privada, mediante concessão, as empresas produtoras de serviços públicos e, finalmente, entregando a prestação de serviços sociais a organizações públicas não-estatais. (op. e loc. cit.).

Este processo de reforma, como era de se esperar, teve entusiasmados defensores e duros detratores. Entre estes, no campo econômico, Aloísio Biondi defende que esse modelo “Não foi feito para beneficiar o consumidor”, a população, e sim levando em conta os interesses – e a busca de grandes lucros – dos grupos que ‘compraram’ as estatais, sejam eles brasileiros ou multinacionais”. (BIONDI, 2003, p. 9). Esse autor, que tem posição contrária às privatizações, assinala que, mesmo nos países que nos serviram de modelo – e cita como exemplo a Inglaterra – a privatização se deu de modo a resguardar os interesses nacionais e públicos, diferentemente do que ocorreu, segundo o autor, com o processo brasileiro:

A febre da privatização e o impulso ao chamado neoliberalismo tiveram seu ponto de partida na Inglaterra, com a primeira-ministra Margaret Thatcher. Mas mesmo a “dama de ferro” fez tudo diferente do governo Fernando Henrique Cardoso: a privatização inglesa não representou a doação de empresas estatais, a preços baixos, a poucos grupos empresariais. Ao contrário: seu objetivo foi exatamente a “pulverização” das ações, isto é, transformar o maior número possível de cidadãos ingleses em “donos” de ações, acionistas das empresas privatizadas [...].

Na área jurídica, entre as vozes mais incisivas contra a Reforma do Estado empreendida no governo de Fernando Henrique Cardoso, destaca-se a do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello. No trabalho “O Neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro”, o autor defende que nos países subdesenvolvidos as teorias econômicas, sociais, políticas, jurídicas, etc, são importadas dos países centrais,

Então as concepções jurídicas, as instituições jurídicas e as interpretações jurídicas irão sempre refletir o que se esteja a processar neste ambiente cultural, que, interessa ressaltar, *pode ter muitos de seus ingredientes produzidos exogenousamente, isto é, fora de sua própria sociedade*. (MELLO, p. 2. Grifos no original).

Entre essas teorias alienígenas aplicadas, segundo o autor, inapropriadamente, em nosso país está a Reforma do Estado iniciada em 1995. Ele advoga que o cunho neoliberal da reforma é incompatível com nossa Constituição, que se inclui “[...] à toda evidência, na linha do Estado Providência, do *Estado Social* de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem estar dos administrados [...]” (ob. cit. p. 7, grifo nosso). Complementa o autor, ainda sobre o processo liberalizante, que

Surgiram, nesta mesma esteira, institutos jurídicos novos, tais como os contratos de gestão, as agências reguladoras, as “organizações sociais” “as organizações da sociedade civil de interesse público” e, por último, as chamadas “parcerias público-privadas”. Tais figuras foram concebidas ou para copiar mimeticamente instituições alienígenas, sem nenhuma relação com a índole do direito local, ou para proporcionar ampla proteção aos inversores estrangeiros [...]. É prescindendo dizer que na implantação destas “novidades” o direito constitucional pátrio foi atropelado sem contemplações. (ob. e loc. cit).

Di Pietro parece ter posição semelhante a de Bandeira de Mello, no que tange à fonte da qual advieram os modelos, buscados no estrangeiro (por força da globalização) muitas vezes sem levar em conta as nossas peculiaridades e principalmente a diversidade de regimes jurídicos, visto que a principal fonte veio do modelo anglo-saxão, encontrado nos Estados Unidos e Inglaterra, em que vigora o sistema *common law*, que tem por característica o precedente judiciário, onde o Poder Judiciário, com poder criador, supre a ausência de normas (2002, p. 40). Completamente diverso é o sistema brasileiro, em que a Administração Pública está, podemos dizer, muito mais engessada, pelo direito positivo, vide princípio da legalidade (CF, Art. 37, *caput*). Mas, embora a autora concorde com relação à ocorrência de problemas de ordem formal (desacertos legislativos ou mesmo possíveis inconstitucionalidades), parece divergir quanto ao mérito mesmo da necessidade da proposta de reforma:

[...] Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que ajuda, que estimula, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização de atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada. (PIETRO, 2002, p. 16).

A posição radical de Celso Antônio Bandeira de Mello não é acompanhada por alguns outros dos nossos grandes administrativistas, v. g., José dos Santos Carvalho

Filho, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Dora Maria de Oliveira Ramos, conforme veremos no item em que se discute a constitucionalidade desse instituto.

Não obstante a pertinência de algumas críticas à “reforma gerencial”, principalmente na forma de sua aplicação, o certo é que a máquina pública era altamente “pesada” e ineficaz, necessitando de agilidade para prestar seu objetivo que é oferecer serviços de qualidade aos indivíduos que compõem o corpo social. A Administração Pública não pode ter um fim em si mesma, mas sempre, em última instância, buscar atender o interesse público, que, direta ou indiretamente, se traduz na prestação efetiva de bons serviços aos cidadãos. Se é verdade, como defende Bandeira de Mello, que nossa Constituição adotou o modelo de Estado Social, também o é que na mesma Constituição estão insculpidos princípios como a livre iniciativa (Art. 170, *caput*), a livre concorrência (Art. 170, IV), e principalmente a divisão preferencial de atividades a serem exercidas pela iniciativa privada ou pelo poder público, conforme disposto no Art. 173, da CF/1988, *verbis*:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Abrindo um parêntese, registramos o acerto do legislador constituinte ao incluir a feliz expressão “relevante interesse coletivo”. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que permite ao administrador público proporcionar à coletividade bens ou serviços que, em regra, são oferecidos pela iniciativa privada. Podemos citar como bom exemplo a Caixa Econômica Federal. A regra é que atividades financeiras sejam mantidas na esfera da iniciativa privada, mas esse banco de capital público atua com “relevante interesse coletivo” quando financia a aquisição de imóveis a parcelas da população que não são atendidas em instituições particulares similares.

Voltemos ao tema. O que se observou é que mesmo com a assunção ao poder do grupo político que estava à época do início da implantação no campo da oposição, a reforma gerencial continuou seu rumo. (Bresser Pereira afirma que uma reforma desse porte leva de 30 a 40 anos para se completar (2009, p. 4)), como se pode observar pelas parcerias público-privadas, os contratos de gestão com entidades do chamado terceiro setor, as terceirizações de atividades-meio no serviço público. As privatizações também continuaram, embora em um ritmo muito menor. Estamos vendo, no presente momento, a privatização de diversos aeroportos. Vemos também que a disseminação do ideário da

reforma não se restringiu ao nível federal. Em todas as esferas de governo esses institutos podem ser observados. No nosso estado, podemos citar os contratos de gestão com Organizações Sociais no Hospital Waldemar Alcântara e no recém-inaugurado Hospital Regional do Cariri.

2.4 Reformas administrativas e terceirização

Na administração pública, o marco inicial da terceirização apontado pela doutrina é o Decreto-lei nº 200/1967, que foi uma importante reforma do aparelho do Estado, embora em nível menos acentuado do que as iniciadas em 1937 e em 1995.

Da leitura do disposto no § 7º, do Art. 10, do referido decreto, *verbis*:

§ 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.

Entende-se que o fito principal vinha a ser frear as contratações de empregados públicos, visto que na Constituição de 1967 somente era exigido concurso para a investidura de cargo público⁵ (AMORIM, 2009, p. 105/106). Ainda de acordo com Helder Amorim, o ambiente “jurídico-trabalhista” rígido, com arraigado posicionamento favorável à proteção da relação bilateral de trabalho, não permitiu a pronta disseminação desses contratos em atividades permanentes.

Somente após a edição da Lei nº 5.645/1970, que trazia o rol, em seu parágrafo único, art. 3º, das atividades que seriam, preferencialmente, objeto de contratação indireta, de acordo com o citado Art. 10, § 7º, do DL 200/1967, é que paulatinamente foi sendo adotada a prática da terceirização de atividades auxiliares no serviço público (ob. cit, p. 106).

A reforma do Estado ocorrida nos anos 90, também se preocupou com a questão da terceirização. De acordo com Bresser-Pereira,

⁵ Cf. CF/1967, com redação dada pela EC n. 01/1969, art. 97, § 1º.

[...] para que estas funções do Estado [legislar, regular, julgar, policiar, fiscalizar, definir políticas, fomentar] possam ser realizadas é necessário que os políticos e a alta burocracia estatal, no núcleo estratégico, e também a média administração pública do Estado, conte com o apoio de uma série de atividades ou serviços auxiliares: limpeza, vigilância, transporte, copeiragem, serviços técnicos de informática e processamento de dados, etc. Segundo a lógica da reforma do Estado dos anos 90, estes serviços devem em princípio ser terceirizados, ou seja, devem ser submetidos a licitação pública e contratados com terceiros. Dessa forma, esses serviços, que são serviços de mercado, passam a ser realizados competitivamente, com substancial economia para o Tesouro. (1997, p. 29).

Por fim, temos que a terceirização foi se consolidando mais em decorrência de articulações políticas, legais e jurisprudenciais (em especial da Justiça trabalhista) assistemáticas do que, como seria desejável, de uma deliberação legal específica, que sopesasse as possíveis consequências benéficas e deletérias da adoção dessa prática (AMORIM, 2009, p. 133).

2.5 Definindo o objeto de estudo

Por se tratar de um termo multívoco, precisamos definir o sentido de “terceirização” com que iremos trabalhar no presente estudo.

Na Administração Pública, segundo Ramos, “o conceito compreende diversas modalidades que vêm sendo adotadas no programa de liberalização do Estado” (2009, p. 4.2). Desta forma, sempre que o Estado abre espaço para terceiros – sejam do setor privado ou público, estaria havendo terceirização. Neste diapasão, poderiam ser incluídas como terceirização as concessões de serviços públicos, as parcerias com organizações sociais e as OSCIPS.

Para o conceito de terceirização na Administração Pública, em sentido restrito, nos valemos da definição procedida por Ramos, “[Terceirização] é aquela em que o gestor operacional repassa a um **particular**, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero **executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público**”. (RAMOS, 2009, 8, grifo nosso). É nesse sentido que o termo é entendido para os fins deste trabalho.

3 AR CABOUÇO JURÍDICO

Neste capítulo nos propomos a analisar as principais normas jurídicas (matérias constitucionais, legais e infralegais) que se relacionam com o tema objeto do presente estudo, a jurisprudência dos órgãos judiciários e dos tribunais de contas; e as diversas posições defendidas na doutrina pátria. As duas primeiras fontes – leis (em sentido lato) e jurisprudência – serão abordados em subitens próprios, incluindo-se em cada subitem a doutrina sobre os respectivos temas.

3.1 Da (in) constitucionalidade da terceirização no setor público

No artigo “Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional”, Jorge Luiz Souto Maior, depois de tratar a terceirização como “perversidade” (p. 8) e “sem-vergonhismo” (p. 9), ao analisar a “normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema”, defende veementemente que a terceirização se dá ao arreio da Constituição, ao ferir seu Art. 37, incisos I e II. Entende o referido magistrado que “a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público.” (p. 13). Completa o autor que, ao contratar pessoas para prestar serviços à Administração, mediante licitação, fere-se o princípio do acesso público (op. e loc. cit). Sobre o disposto no inciso XXI, do mesmo artigo da Constituição Federal, abaixo colacionado:

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. (BRASIL, 1988).

O articulista afirma que “É tão óbvio que a expressão serviços não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II, que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário” Para ele, o termo “serviços” contido no referido inciso refere-se exclusivamente a uma atividade alheia às atividades permanentes da Administração,

citando como exemplos a implementação de um sistema de computadores ou a capacitação de servidores para operar um novo equipamento (idem). Souto Maior entende ainda que a afirmação, sustentada por dispositivos previstos no Decreto-Lei nº 200/1967 e na Lei nº 5.645/1970, de que as execuções de tarefas executivas (citando o serviço de limpeza como exemplo) podem ser executados por empresa interposta não se sustenta. A uma, pela hierarquia das normas, onde um decreto e uma lei não podem “passar por cima da Constituição” (p. 14), ficando subentendido que o autor defende que tais normas legais não foram recepcionadas na nova ordem constitucional. A duas, pela ausência, na carta constitucional, de distinção a respeito de quais serviços exigem prévio concurso público, e quais estão dispensados, ficando livres para a contratação por empresa interposta, mediante licitação. Por derradeiro, ele questiona qual seria a justificativa que permite a contratação de serviços de limpeza e proíbe a mesma prática nos demais serviços cotidianos. (ob. e loc. cit).

Souto Maior entende que os únicos serviços permanentes que podem ser contratados são os revestidos de complexidade técnica, que justifiquem a contratação de empresa especializada, mas, ressalta, mesmo sendo serviços permanentes, só se demande sua execução de forma esporádica, exemplificando os serviços de manutenção de elevadores e de transporte de valores, pois “Para além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade” (p. 17).

Tal posicionamento parece encontrar eco em Carlos Ayres Brito, ministro do Supremo Tribunal Federal, que, na votação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, “lembrou que só há três formas constitucionais de contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão, e por tempo determinado” e que “[...] a terceirização [no serviço público] embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional (notícia do sítio do STF)”. Sobre a ADC 16/DF serão tecidos maiores comentários a seguir.

Assim como o posicionamento do Ministro Ayres Brito foi minoritário no STF, também o entendimento de inconstitucionalidade da terceirização defendida por ele e por Souto Maior parece ser minoritária na doutrina, senão vejamos: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua mais destacada obra, assevera que a terceirização é uma contratação “que obedece às regras e princípios do direito administrativo”, embora advertindo que pode ser mal utilizada, implicando em burla aos direitos sociais do trabalhador. (2007, p. 319); Em outro trabalho (Parcerias na Administração Pública) a referida autora reforça:

Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização [...] (2002, p. 179).

Sérgio Pinto Martins defende que “[...] é possível, como de fato vem sendo feito, a terceirização na Administração Pública, como forma plenamente lícita de contratação de terceiros” (p. 127). Ao revés do entendimento de Souto Maior, Martins assevera que o § 7º, do Art. 10, do Decreto-Lei nº 200/1967, dá suporte legal para a terceirização de serviços pela administração, permitindo-se concluir, por óbvio, que tal norma foi recepcionada pela atual Constituição.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, um dos mais destacados estudiosos das matérias referentes a licitações e contratos públicos no Brasil, postula que “A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos [...], uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para a redução da participação do Estado em tarefas impróprias [...]” (JACOBY, apud FORTINI, 2007, p. 13, grifo nosso).

Para José dos Santos Carvalho Filho, “É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividades-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, a qual seus empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância (2010, p. 202).

Renomados administrativistas, especialistas em contratos administrativos, Marçal Justen Filho e Lucas Rocha Furtado defendem legalidade dos contratos de terceirização de serviços (cf. JUSTEN FILHO, 2010, p. 21 e FURTADO, 2007, p. 407).

Em sua excelente obra sobre o tema, Dora Maria de Oliveira Ramos pontua que:

Destarte, desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste. (RAMOS, 2009, p. 10).

Uma outra análise de extrema relevância para estudo da temática da legalidade do instituto da terceirização, pela profundidade e erudição, encontra-se no livro A terceirização no serviço público, de autoria de Helder dos Santos Amorim. Admitindo que os argumentos do juiz Jorge Luiz Souto Maior são consistentes, ele entende que o magistrado não considerou o princípio da eficiência, e sugere a análise da jurisdicidade

da terceirização no serviço público a partir da nova hermenêutica constitucional⁶, de forma que o limite constitucional da terceirização em atividades permanentes no serviço público será balizado pela análise das consequências desse tipo de contratação sobre o conjunto dos princípios e regras constitucionais atinentes à matéria (AMORIM, p. 211), não havendo assim a vedação prévia de contratação em atividades permanentes sem concurso público.

De acordo com o autor (op. cit, p. 211/219), os limites interpretativos obrigatórios impostos pela Constituição ao legislador na definição dos serviços passíveis de contratação indireta são: a) o “princípio da organização funcional da administração pública”. Na medida em que a terceirização alastrase pelas atividades essenciais da administração, em grau crescente, maior a desprofissionalização do serviço público, com maior ofensa a esse princípio. A consideração a esse princípio leva a privilegiar a contratação direta de servidores, mas comporta uma certa graduação, na medida em que a exigência por um quadro próprio de servidores se afigura maior nas atividades-fim, ou mais proximamente a ela ligadas, do que nas tarefas de suporte a essas atividades. Deste modo, a terceirização das “atividades que compõem a sequência de operações burocráticas necessárias à realização da competência do órgão” fere fortemente esse princípio, ao passo que, na terceirização de atividades instrumentais, não burocráticas, menor será a ofensa ao mesmo princípio; b) o “princípio da impessoalidade”. Para a efetividade máxima desse princípio, todas as contratações de servidores para atividades contínuas da administração deveriam ser realizados mediante concurso público, haja vista a maior eficiência do concurso frente à licitação; c) princípio da eficiência – ainda para o autor, esse princípio comporta praticamente a mesma graduação verificada no atendimento ao princípio da profissionalização, na medida em que, nas atividades burocráticas ligadas à competência do órgão, mais eficiente será, em tese, a prestação do serviço realizado por servidores mais qualificados, recrutados mediante concurso público. *Pari passu*, a transferência da execução de tarefas instrumentais a empresas especializadas permite à Administração focar-se nas suas atividades finalísticas, e nas burocráticas a elas ligadas.

O referido autor ressalva que a análise da eficiência deve ser verificada empiricamente; e d) Princípio da proteção social do trabalho – independente da

⁶ Os princípios de interpretação da Constituição, dentro dessa “nova hermenêutica”, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência são: princípio da supremacia da Constituição, princípio da interpretação conforme a Constituição, Princípio da unidade da Constituição, Princípio da proporcionalidade e Princípio da efetividade, (cf. Amorim, 2009, pp.162/163)

essencialidade ou da importância da atividade, seja finalística, burocrática ou meramente auxiliar, a efetividade máxima desse princípio “sempre almeja a contratação direta e estável de todos os servidores”, mas como nenhum princípio é absoluto, há que se conjugar esse princípio com os demais princípios já estudados, e que afetam à matéria. Com prevalência ou mitigação ora de um, ora de outro princípio, de acordo com a situação fática, numa análise empírica.

O autor conclui a argumentação propondo o seguinte enunciado, fundamentado no sopesamento dos princípios constitucionais necessariamente afetos ao instituto da terceirização:

“Preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quanto maior for o grau de restrição ao princípio da proteção social do trabalho, da impessoalidade e da organização funcional da administração pública, tanto maior haverá de ser a importância constitucional da satisfação do princípio da eficiência administrativa, sempre que estiver a exigir a terceirização em atividades permanentes de apoio administrativo” (pág. 217).

Como se pode observar, a ampla maioria da doutrina defende a constitucionalidade da terceirização de serviços permanentes (com relação à terceirização de serviços esporádicos, nem há qualquer controvérsia). Filiamo-nos a essa corrente majoritária, entendendo que, embora sem previsão constitucional direta, a terceirização, mediante uma interpretação sistêmica baseada nessa nova hermenêutica, se coaduna com os princípios constitucionais, principalmente com os referentes à Administração Pública insculpidos no Capítulo VII.

3.2 Decreto-Lei nº 200/1967 – a descentralização administrativa e a execução indireta de atividades

O Decreto-lei nº 200/1967, de 25 de fevereiro de 1967, que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa” em seu Art. 10, § 7º, já autorizava o Poder Público a contratar serviços junto a terceiros. De acordo com o texto legal,

Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
[...]

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- 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.

De início, cabe destacar a imprecisão do texto legal, que, no *caput* do artigo se refere a descentralização e inclui no § 7º o conceito de terceirização (execução indireta), dando a entender que terceirização seria uma espécie do gênero “descentralização”, quando se sabe que terceirizar é destinar a realização material de tarefas auxiliares à execução indireta.

Como bem observado por Maria Sylvia Zanella de Pietro, o artigo legal em estudo, sob o manto “nominal” de descentralização, ora trata de mera desconcentração de atividades (§1º, alínea a); ora de colaboração entre as unidades da federação (alínea b); ora de mera execução indireta de obras e serviços (alínea c, parte inicial) (DI PIETRO, apud RAMOS, 2009, 6).

Ainda recorrendo à lição de Zanella Di Pietro, temos que a descentralização ocorre de três formas: descentralização territorial (através da criação dos territórios federais – Art. 33 da CF/88); descentralização por serviços (através de delegação da execução de um serviço público a uma pessoa jurídica criada para esse fim: autarquia, empresas públicas, etc.); e descentralização por colaboração (DI PIETRO apud RAMOS, 2009, 6). Neste último caso “a execução de determinado serviço é repassada a pessoa jurídica pré-existente, mediante contrato unilateral. São as concessões e permissões de serviços públicos” (RAMOS, 2009, 6). Note-se que é repassada apenas a execução dos serviços, mas a titularidade do serviço continua a ser do Poder Público. Ramos complementa que, ao se identificar os três níveis de gestão dos serviços (gestão estratégica, gestão operacional e execução material), pode-se localizar a terceirização como estranha ao instituto da descentralização, já que o ente público não renuncia nem a gestão estratégica (como o faz na descentralização por serviços), nem a gestão operacional (que ocorre na descentralização por colaboração).

A terceirização se traduz no mero repasse ao setor privado da execução material do serviço (RAMOS, 2009). Tangenciando-se essa impropriedade terminológica do diploma legal, temos que a partir dele é facultada à Administração a contratação indireta de serviços, conhecida como terceirização, quando se trata de contratação de serviços contínuos. De acordo com Amorim “O primeiro e, **até hoje**, mais importante marco legislativo sobre a contratação de serviços no âmbito da administração pública é o DL n. 200/1967” (p. 101, grifo nosso). É esse diploma legal que, à míngua de norma mais atualizada, autoriza a Administração a contratar a execução de serviços, mesmo que permanentes e contínuos. Ressalta-se que o redator do texto legal, em homenagem à eficiência – mais tarde alçada a nível de princípio constitucional – pôs um limite à terceirização (para utilizar linguagem atual), ao impor que a contratação só ocorra se houver, na iniciativa privada, empresa “suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

O que defendemos, com suporte na doutrina (v.g. AMORIM), e na jurisprudência pátria (v.g. AC 528 GO 2006.35.00.000528-9 e ROAR 23700-02.2003.5.10.0000) é que o Art. 10 foi recepcionado pela Constituição Federal.

Apenas para exemplificar, destacamos o seguinte trecho da decisão proferida em apelação cível que tramitou no estado do Rio de Janeiro:

[...]

IV- O convênio em questão celebrado entre o Ministério da Agricultura e a FAEPE trata-se de típica terceirização realizada licitamente nos quadros da Administração Pública, autêntico instrumento de descentralização [sic], após o advento de reforma administrativa promovida pelo Estado, e não contratação fraudulenta de mão-de-obra por pessoa interpresa, porquanto envolve a execução material de tarefas perfeitamente delegáveis à atividade privada, funcionando como atividade de apoio e **encontrando respaldo legal no art. 10 do Decreto-lei 200/67**. (AC 130581 RJ 97.02.02754-3. Relator (a): Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL). (CDJU, 2008, p. 277-278 grifo nosso).

3.3 A Lei nº 8.666/1993 e a possibilidade de contratação indireta de serviços

Conhecida como Estatuto das Licitações e Contratos, a Lei nº 8.666/93 traz em alguns de seus dispositivos matérias relacionadas ao presente estudo, em especial os Artigos 6º, 10 e 71.

Transcrevemos abaixo, inicialmente, os dois primeiros dispositivos, para a seguir tecermos alguns comentários:

Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

[...]

Art. 10. As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - execução direta;

II - execução indireta, nos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global;

b) empreitada por preço unitário;

c) (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) tarefa;

e) empreitada integral. (BRASIL, 1993)

Como se pode observar, esse diploma legal, que veio a regulamentar o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em seu Art. 10, autoriza à Administração Pública a realização de serviços de forma indireta, mediante a contratação, em regra antecedida de licitação pública, com a iniciativa privada. Já o Art. 6º traz o conceito de serviço para os fins da referida Lei. Muito embora a relação de atividades descrito no aludido artigo não contemple serviços permanentes, a expressão “*tais como*” permite aferir que tal rol é apenas exemplificativo, não podendo, por isso, pretender exaurir as possibilidades de atividades a serem indiretamente executadas.

Já o Art. 71, *caput* e §1º, tratam da responsabilização da Administração, e dispõe que a Administração responde solidariamente pelos encargos previdenciários; já as obrigações trabalhistas, fiscais e comerciais não se transferem à Administração. Vejamos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

f) § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) (BRASIL, 1993).

A interpretação parece cristalina, não carecendo de grande esforço para o entendimento. Justen Marçal Filho, sobre o tema, assevera:

Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiariamente frente aos credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante os terceiros (MARÇAL, 2010, p. 815).

Sem embargo, a Justiça obreira reiteradas vezes condenou a Administração Pública a arcar com os encargos trabalhistas de empregados terceirizados.

3.3.1 Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC nº 16)

Pelos motivos acima expostos, o Governo do Distrito Federal ajuizou, em 07/03/2007, junto ao Supremo Tribunal Federal, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n. 16, alegando que o dispositivo legal em questão (Art. 71, §1º, da Lei 8.666/93).

[...] tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e seu parágrafo 1º." (BRASIL, 2010).

De acordo com informativo do sítio eletrônico do STF,

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, nesta quarta-feira (24), a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93, de 1993, a chamada Lei de Licitações. O dispositivo prevê que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...].

Essa foi uma decisão relativamente recente (24/11/2010), e como seria de se esperar, o entendimento do alcance desta decisão ainda não está sedimentado na doutrina (a jurisprudência, através do STJ, já está se atualizando para se adequar à decisão da Suprema Corte, vide alterações no Enunciado nº 331, que será analisado no item 3.6).

Em artigo publicado antes desta decisão do STF, Souto Maior já defendia como acertada a posição que vinha tomando o judiciário, de considerar inconstitucional o §1º,

do Art. 71, da Lei nº 8.666/93, sem dúvida se referindo às decisões tomadas no esteio do item IV, do Enunciado nº 331 (MAIOR, 2006, p. 18).

Para Vasconcelos, a declaração de constitucionalidade do dispositivo legal em estudo não se confunde com proibição de responsabilização do ente público contratante. Entende ele que a responsabilização da Administração, que se omitiu na fiscalização, deveria ser objetiva, nos termos do Art. 37, § 6º, visto que estará causando dano aos trabalhadores que não tiverem adimplidos seus direitos pela empresa contratada. Destarte, o articulista posiciona-se no sentido de que:

[...] “a decisão da ADC 16 declarou a constitucionalidade da norma aludida, e em fundamentação, deixou claro que a responsabilidade do ente contratante não é automática, devendo ser fundamentada, o que nos parece ser muito acertado” (VASCONCELOS, 2011, p. 6).

A responsabilidade, ainda segundo Vasconcellos, realmente não se transfere ao ente público, já que transferir seria passar a responsabilidade da empresa contratada para o ente contratante, ficando aquela isenta e livre de responsabilidade. Mas também não proíbe a responsabilização do ente público contratante, desde que constatada falha na escolha das empresas ou na fiscalização do contrato, em especial quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas.

Também MALAQUIAS argumenta que o julgamento da ADC nº 16 não exime a Administração Pública da responsabilização por obrigações trabalhistas não cumpridas pela empresa contratada, em virtude de culpa *in eligendo* e (ou) culpa *in vigilando*:

A atuação do Estado não pode passar ao largo da possibilidade de responsabilização subsidiária, quando ocorre o inadimplemento trabalhista decorrente do descumprimento da legislação pela empresa contratada, justamente por envolver não só o elemento culpa, mas, igualmente, a efetivação de garantias constitucionais extensivas aos cidadãos (MALAQUIAS, 2011, p 3).

Com todas as vêrias, dissentimos de tal corrente interpretativa. Acertada nos pareceu a decisão da corte suprema na interpretação da constitucionalidade do referido dispositivo legal. Ademais, na “Seção II - Da Habilitação”, que engloba os Arts. 27 a 33, a Lei nº 8.666/93 trata, de forma vinculada e exaustiva – verifique-se o vocábulo “exclusivamente” no enunciado do Art. 27 – do que o administrador pode exigir dos interessados na licitação. Ora, se o administrador não pode exigir mais do que está contido no texto legal, não pode ser responsabilizado, nem ele, nem a própria Administração Pública, por atos da empresa terceirizada, salvo, frise-se, se a licitação

ferir as normas legais, como por exemplo, as contidas no Art. 27 do diploma legal em referência. Claro está que se não foi devidamente observado que determinada empresa não detém qualificação econômico-financeira, nos termos do artigo 30 e seus incisos, e se em decorrência disso a empresa não honrar com suas obrigações trabalhistas, haverá que se falar, agora sim, em responsabilidade do Estado, porque presentes os requisitos para a responsabilização da Administração, que pela teoria objetiva são o dano, o ato ou omissão do agente público e o chamado o nexo causal entre ato/omissão e dano. No caso desse exemplo houve, no mínimo, omissão por parte do agente público, caracterizando a “culpa *in eligendo*. A falha na escolha ou na fiscalização decorrem do não cumprimento das obrigações impostas norma legal. Em isto não ocorrendo, não há que se falar em responsabilização do Estado. Ademais, a mesma Lei explicita os casos em que o Estado, independente de culpa, deve figurar como responsável por obrigações que originalmente eram da empresa contratada. Refiro-me ao caso das obrigações previdenciárias, conforme disposto no Art. 71, §§ 1º e 2º, já colacionados acima.

Descabido ao judiciário impor obrigações à Administração não previstas em Lei, inovando ou, mais grave, modificando em seu cerne um dispositivo legal, no caso em tela, o disposto no Art. 71, e seus parágrafos. Nesse exato sentido, Ramos leciona que “a responsabilidade do tomador do serviço deve limitar-se às hipóteses de terceirização ilícita (RAMOS, 2009, p. 3.5.1)” e complementa:

De outra forma, a princípio, não há que se falar em culpa *in vigilando* e/ou culpa *in eligendo*, uma vez ausente o dever de fiscalização do tomador do serviço quanto ao cumprimento das obrigações sociais do prestador, fora das hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

[...]

Ademais, quando se cuida de responsabilidade por omissão, é necessário que exista o dever de agir, levando a conduta omissiva à violação de uma obrigação preexistente. Essa obrigação de agir existe quando a lei a estabelece ou quando o próprio homem a aceitou, em face das circunstâncias, dentro nas quais voluntariamente se investiu (idem, 12).

No mesmo sentido, a procuradora federal Katiane da Silva Oliveira, que considera louvável a interpretação do STF na decisão da referida ADC, que afastou “a responsabilidade objetiva prevista art. 37, §6º da CF, como queria o TST” não mais possibilitando a responsabilização automática em decorrência da mera inadimplência do prestador de serviços contratados (OLIVEIRA, 2011, p. 2). Sobre a caracterização da culpa imputada à Administração, a articulista defende que:

Não há que se falar em culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*. A primeira estaria descaracterizada uma vez que a Administração realiza a escolha do contratado nos limites impostos pela legislação. É o processo licitatório que determina o vencedor do certame público, ao qual o ente público fica adstrito. O agente público não age com dolo ou culpa, eis que é a empresa que vence a licitação e não o agente que a escolhe.

A segunda também não ocorre, uma vez que a fiscalização a ser promovida pela Administração Pública é aquela relativa ao objeto contratual e não a que deve ser promovida pela empresa em relação a seus empregados.

A autora, no entanto, registra entendimento – ao qual nos alinhamos – em que a decretação da constitucionalidade do Art. 71, da Lei nº 8.666/93 não significa "irresponsabilidade" da Administração Pública, contudo exige do judiciário a análise do caso concreto visando a comprovação de que "a inadimplência da empresa prestadora teve por causa principal a falha ou a falta de fiscalização pelo órgão público contratante e não mais considerá-la automática como vinha aplicando a justiça trabalhista" (op. e loc. cit).

É que, como cediço, a Constituição Federal adotou em nosso sistema jurídico a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. É o que está disciplinado no Art. 37, §6º:

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, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os que defendem que a Administração deve ter responsabilidade solidária com relação às obrigações trabalhistas argumentam que a Administração, quando contrata empresas terceirizadas para prestação de atividades, estaria incorrendo na hipótese do Art. 37, § 6º. Entendimento, no nosso juízo, equivocado. No caso, seguimos o ensinamento de Sérgio Pinto Martins, o qual leciona que "empresas de prestação de serviços de limpeza ou de vigilância não são empresas privadas que prestam serviços públicos, mas serviços privados. Logo, o § 6º do Art. 37 da Constituição não se aplica a tais empresas" (MARTINS, 2001, p.133).

Com muita propriedade e clareza, como de costume, Di Pietro faz uma diferenciação entre a terceirização – ou locação, de serviços, disciplinada pela 8666/1993, e o regime de concessão ou permissão, trazendo à lume as especificidades de cada instituto com relação ao objeto (execução de atividade acessória vs. serviço público),

forma de remuneração (pagamento da empresa realizado diretamente pelo poder público vs. serviço remunerado pelo usuário, em regra), prerrogativas públicas (só são transferidas as prerrogativas nos contratos de concessão/permisão), e poder de intervenção (o poder concedente pode intervir na empresa concessionária. Não ocorre isso na contratação de indireta de serviços) (DI PIETRO, 2002, p.181).

Já Amorim (2009, p. 95) se refere, ao fazer a distinção, em Desestatização “de” serviço público (concessão e permissão) e terceirização “no” serviço público. O que importa, no momento, nesta diferenciação entre terceirização no serviço público e concessão/permisão de serviço público é que somente a esta se aplica a responsabilização objetiva da Administração Pública prevista na Constituição Federal.

É essa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, da qual nos valemos como arremate:

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E, se não foi o 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” (MELLO, apud RAMOS, 2009, p. 12. grifo nosso).

3.4 A LRF e a responsabilidade da Administração Pública

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei complementar nº 101/2000, foi resultado de um projeto do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), em que se buscou impor limites e critérios aos gestores públicos com relação aos gastos, com mecanismos que possibilitassem maior transparência e controle, ampliando, assim, a possibilidade de acompanhamento da atuação dos gestores pela sociedade. Parece inegável que, além da busca por uma gestão pública fundamentada no planejamento, na transparência e no controle públicos, houve influência de órgãos financeiros internacionais na gestação da LRF, como o Fundo Monetário Internacional^{7 8},

⁷ MOTTA, Fabrício. Notas Sobre Publicidade E Transparência Na Lei De Responsabilidade Fiscal, (2008, pág 10)

⁸ Escreve no trabalho Lei De Responsabilidade Fiscal E Terceirização De Mão-De-Obra No Serviço Público, o Prof. Luciano Ferraz: “A despeito de ter sido inspirada no código de boas práticas para a transparência fiscal do Fundo Monetário Internacional (FMI) [...], A LRF, sob a perspectiva político-social, vem responder aos anseios da sociedade no que tange à aplicação eficiente e escorreita dos recursos

cujos interesses não soem coincidir com os interesses nacionais. Não obstante, a posição predominante na doutrina é que a LRF foi um importante passo rumo ao objetivo de se ter uma Administração Pública eficiente.

Destaque-se que foi, provavelmente, a primeira lei em que se utilizou o termo “terceirização” (DI PIETRO, 2009, p. 66).

De lamentar que, com intenção louvável, mas com redação infeliz, ficou assentado o Art. 18, da LRF:

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal". (BRASIL, 2000).

A impropriedade consiste em a Lei admitir a existência de terceirização ilícita, que é justamente o caso do parágrafo primeiro. O caso ficou aclarado, de forma exemplar, pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, quando respondeu à Consulta nº 638.893, formulada da seguinte maneira:

Os gastos referentes a esses gastos com serviços terceirizados incluem-se no limite de 70% (setenta por cento) com a folha de pagamento de que trata o § 1º do Art. 29A da Constituição Federal? - Esses gastos com contratos de terceirização incluem-se no total de despesa com pessoal, segundo os arts. 18 e 19 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)". (BRASIL, 2000).

Trazemos a lume a resposta do TCE-MG, com as vêrias pela extensão da citação, mas que entendemos justificável pela importância:

A propósito, a respeito das atividades-acessórias, atribuíveis a terceiros, prescreve o § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000:
'Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal".' A lei não contém expressões vazias, perdidas ou sem significado, daí determinar o transcrito parágrafo primeiro que as despesas provenientes de mão-de-obra terceirizada, aquelas oriundas de substituição de servidores e empregados, sejam contabilizadas na rubrica 'outras despesas com

públicos." (2007, p. 2).

pessoal'. E o porquê disso? Qual a juridicidade do vocábulo 'substituição de servidores e empregados públicos' se, em última análise, toda e qualquer terceirização substitui mão-de-obra que poderia ser executada por servidor ou empregado de carreira? Ora, para a solução do tema decidendum não devemos omitir que existe no nosso ordenamento jurídico a distinção entre terceirização permitida e a não-autorizada (vedada). O legislador complementar, preocupado com a escalada da terceirização ilícita, aquela que substitui, sem amparo legal, mão-de-obra reservada ao servidor ou empregado público de carreira, bem assim para colocar um basta nessa prática imoral de administração, separou as duas figuras para explicitar, com clareza solar, que as despesas oriundas de terceirização lícita, as fundadas no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/67; nos incisos II dos arts. 6 e 10, bem como no de nº 13, todos da Lei nº 8.666/93, combinados com o art. 3º da Lei 5.645/70, não serão consideradas como de pessoal para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ainda com relação a essa questão, chamo a atenção do consultente para o fato de que tais serviços de terceiros, pessoa física ou jurídica, não poderão, nos estreitos limites do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal, exceder, até 2003, em percentual da receita corrente líquida, o valor de 1999. Lado outro, na terceirização lícita, a Administração não emite folha de pagamento a favor dos terceirizados, pois eles são empregados não do ente público, mas da empresa fornecedora de mão-de-obra. Ademais, despesas dessa natureza correm por conta da rubrica "serviços de terceiros", conforme determina a Lei 4.320/64. (apud FONTINI e DA PIEVE, 2009, p. 19/21).

Di Pietro faz severa crítica à redação do Art. 18, § 1º, "pelo fato de fazer referência à terceirização para fornecimento de mão-de-obra, porque, se o contrato é ilegal, a lei não deveria fazer referência a ele" (2009, p. 76). Ainda segundo a grande administrativista, no intuito de "corrigir a falha" (op. e loc. cit), uma lei federal foi editada com os seguintes dispositivos:

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.
- (BRASIL, 2000).

Em suma, a lei está dizendo que havendo terceirização ilegal, com fornecimento de mão-de-obra, a despesa referente a essa rubrica entra no cálculo da despesa total com pessoal.

O intuito claro do legislador foi barrar a burla recorrente na contratação de pessoal, já que a despesa com contrato de terceirização de serviços não entra no cálculo da despesa de pessoal. Só entrará nesse cálculo, como espero tenha ficado esclarecido, nos casos de terceirização ilegal.

3.5 Normas infralegais – atividades-fim *versus* atividades-meio e outras limitações à terceirização

Em razão das inúmeras controvérsias que se transformaram em demandas judiciais, o Executivo federal decidiu por padronizar os procedimentos relativos à terceirização de serviços, dentro de sua esfera de atuação, no trilho das decisões judiciais e posicionamentos dos Tribunais de Contas, em especial o TCU.

Tal padronização se deu através do Decreto nº 2271/2007 e da Instrução Normativa nº 02/2008, editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Em síntese, de acordo com o referido Decreto:

a) é admitida a execução indireta de atividades (terceirização), desde que tais atividades sejam acessórias, instrumentais ou complementares;

b) as atividades que preferencialmente devem ser objeto de execução indireta são as seguintes: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;

c) é vedada a terceirização de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, “[...] com infeliz e inconstitucional ressalva quanto à existência quanto à existência de previsão legal que assim permita e ainda quando extintos os cargos.” (Fontini e Vieira, 2009, p. 32).

Já a Instrução Normativa nº 02/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos pontos que reputamos mais relevantes, dispõe que:

a) os serviços, continuados ou não, que podem ser contratados indiretamente pela Administração Pública são os de apoio às atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão;

b) não deve haver vínculo entre o terceirizado e a Administração, estando vedado qualquer ato que caracterize pessoalidade ou subordinação direta (Art. 6º, parágrafo único) bem como é vedado a ingerência da Administração na empresa contratada (Art. 10);

c) e vedase, outrossim, a indicação por parte da Administração de pessoas para serem contratadas, bem como o desvio de função.

Assim, defendem Fontini e Vieira, que a terceirização, ainda que “originalmente lícita”, por se tratar de atividade-meio (acessória, instrumental ou complementar, nos termos do Dec. 2271; ou de apoio às atividades essenciais, nos termos da IN 02/2008) pode “transmudar-se em terceirização maculada”, ao descumprir os dispositivos das normas em estudo no presente tópico, o que “tem sido considerado fatal para fins de responsabilização do Poder Público pelo pagamento das parcelas rescisórias pela Justiça do Trabalho” (FONTINI e VIEIRA, p. 35).

A Corte excelsa já se manifestou sobre o tema, entendendo por inconstitucional a terceirização em atividade “estatal essencial”, na decisão da ADI nº 3.700, que ficou assim ementada:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.742, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO GRANDE NORTE, QUE “DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO”.

1. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).
2. Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário.
Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira.
3. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.
4. Ação Direta julgada procedente.

Posição contrária à utilização da natureza da atividade (atividade-fim vs. atividade-meio) como critério de determinação da licitude da terceirização tem o Professor Flávio Amaral Garcia (cf. GARCIA, 2012). Segundo ele, a utilização desse critério não tem embasamento na Constituição, nem nas leis afetas ao tema: Decreto-Lei nº 200/67, Lei nº 8.666/93; bem como no Código Civil (cf. arts. 593/609) que “poderia ser invocado supletivamente por força do Art. 54 da Lei nº 8.666/93” (op. cit., 2010, p. 3).

A fixação desse critério, segundo o articulista, teve como responsável a Justiça do Trabalho, que foi sedimentado por força do enunciado nº 331, item III, pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo havido, no caso específico “flagrante violação ao princípio da separação dos poderes (Art. 2º, da CF/88)”. (idem, p. 5) prenunciando-se o “ativismo judicial que estava por vir na década seguinte [2000-2009]” (op. e loc. cit). O referido autor defende que “não há um critério seguro para diferenciar atividade-meio de atividade-fim, e

que “Existem várias atividades finalísticas da Administração Pública que podem ser objeto de delegação sem que isso vulnere nenhum princípio ou norma do ordenamento jurídico pátrio, (idem, p. 20”).).

No mesmo sentido, Marcos Juruena Villela Souto:

Em pronunciamentos anteriores, já me manifestei no sentido de que a Administração tanto pode se valer da criação de cargos ou empregos públicos – CF, art. 37, I e II – ou da contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos – CF, art. 37, XXI, Lei nº 8.666/93, art. 6º, II, e Código Civil, art. 1.216. Ambas as opções têm sede constitucional, não se presumindo, pois, burla na opção discricionária, constitucionalmente assegurada ao Chefe do Poder Executivo no exercício da função de direção superior da Administração Pública. (SOUTO, apud GARCIA. 2012. p. 16).

Assim, Garcia propõe que a caracterização de licitude das privatizações se daria por dois critérios, ou dentro dos seguintes limites, nos termos do autor; a) não podem ser privatizados atividades que demandam atos de império e de autoridade (v. g. segurança, fiscalização, regulação e poder de polícia); e b) igualmente são vedadas à contratação indireta as atividades referentes às carreiras com assento constitucional”. Entendemos que também não podem ser terceirizadas as atividades que exigem supervisão ou subordinação direta. *Contrario sensu*, não seria terceirização, mas contratação de mão-de-obra por interposta pessoa, o que é ilegal. Recorremos à lição de Di Pietro para esclarecer a diferenciação:

Tais contratos [de contratação fornecimento de mão-de-obra] tem sido celebrados [...] de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado. [...] Elas correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição. (2002, p. 166).

Se para Garcia o critério estabelecido de distinção entre terceirização lícita e terceirização ilícita constante da Súmula nº 331, e em outros termos repetidos no Art. 1º, *caput*, do Decreto nº 2.771/97, não é adequado nem encontra respaldo legal, ao revés encontram-se corretas outras disposições da referida norma infralegal, em especial a do Art. 1º, *caput*, que veda a terceirização de serviços relacionado a atividades abrangidas por plano de cargos, salvo se houver expressa determinação legal, ou se tratar de cargo extinto. Para o autor, não é que tais atividades sejam, de modo absoluto, destinadas exclusivamente ao acesso mediante concurso público. Em suas palavras,

Há uma confusão desse critério e o princípio do concurso público. Isso porque o que se pretende evitar – seja na atividade-meio ou na atividade-fim – é a coexistência de servidores efetivos e servidores terceirizados. Trata-se de preocupação legítima, eis que cabe ao administrador definir a forma de organização dos serviços, o que tanto pode se viabilizar por meio de uma carreira estruturada em cargos efetivos ou por intermédio da contratação de prestação de serviços. Mas o fato é que essa premissa é aplicável tanto à atividade-meio como à atividade-fim, não havendo nada que impeça o administrador, no exercício de sua competência discricionária optar pela melhor forma de organização do serviço com vistas a atender ao interesse público (GARCIA, 2012, p. 21).

Ademais, ao Administrador não caberia livremente a escolha entre da realização do serviço mediante contratação indireta do serviço ou através de corpo próprio estruturado em cargos, providos por concurso público. A opção se daria com vistas a atender aos princípios do interesse público e da eficiência, seguindo as diretrizes previstas no Art. 2º, do referido Decreto⁹.

Dora Maria Ramos de Oliveira, sobre a questão advoga que

[...] no âmbito do estudo da função pública é pertinente a discussão relativa a atividade-meio ou atividade-fim a partir de uma visão ampla do problema, tomando-se como parâmetro a totalidade das funções do Estado. Assim, a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim mostra-se pertinente no direito administrativo, na medida em que é imprescindível discutir se a terceirização poderá atingir, no âmbito do Estado, as atividades que constituem o cerne de sua existência.

No entanto, continua a autora, a questão não pode ficar restrita ao tipo de atividade (atividade-meio ou atividade-fim) de um específico órgão ou entidade pública. O administrador não pode fugir das diretrizes fixadas na norma que instituiu o órgão ou entidade, porém, na busca pela consecução de sua finalidade pública, dentro dos limites legais, “a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade.” Ramos cita como exemplo a contratação, por fundação pública voltada para a produção de remédios, de laboratórios privados para a complementação da atividade de sua competência (2009, 4.1).

E conclui a referida autora:

Cuida-se assim da manutenção no seio do Estado, sem a atuação do setor privado, dos serviços públicos de caráter essencial. A terceirização atingiria apenas os serviços públicos derivados ou adquiridos (na classificação de Caio

⁹ o Art. 2º, do Decreto nº 2.271/97 prevê que: Art . 2º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;
II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;
III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Tácito e Maria Sylvia Zanella Di Pietro), de utilidade pública ou de caráter impróprio (no conceito de Hely Lopes Meirelles e Edmir Netto de Araújo), além de ser admitida plenamente quando o Estado desempenha atividade econômica em sentido estrito.

A posição que defendemos é a de que a verificação da licitude da terceirização não pode ser restringida unicamente ao tipo de atividade, mas que deve ser analisada nos termos da “nova hermenêutica constitucional” conforme exposto no item 3.1.

Assim, nos posicionamos no sentido de que não pode ser apenas considerado o princípio da eficiência, mas também outros afetos ao tema, tais como o da organização funcional da administração pública; o da impensoalidade – que, dado o histórico de nossos administradores eleitos, corre seríssimo risco de ser violado com a terceirização; e o da proteção social do trabalho.

As normas em tela (Decreto nº 2.271/93 e IN nº 02/2008), como visto, aplicam-se no âmbito do Executivo federal. Não obstante, em razão de que a iniciativa dessas normas deveu-se à tentativa de sistematização do que vinha sendo decidido pelos tribunais judiciais e de contas, foram bastante utilizado no âmbito da Administração Pública dos demais poderes e esferas.

Posteriormente, no âmbito do Poder Judiciário, foram editadas normas específicas para regulamentar o instituto da terceirização, conforme veremos a seguir.

3.5.1 A Resolução nº 98- CNJ e a Resolução nº 23.234/2010-TSE e a terceirização

O Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral expediram a Resolução CJN nº 98, de 10 de novembro de 2009 e a Resolução TSE nº 23.234, de 25 de março de 2010, que tratam diretamente sobre terceirização, no âmbito do Poder Judiciário e da Justiça Eleitoral, respectivamente.

A resolução do CNJ “Dispõe sobre as provisões de encargos trabalhistas a serem pagos pelos Tribunais às empresas trabalhistas contratadas para prestar serviços de forma contínua no âmbito do Poder Judiciário”. Já em seus “considerandos”, ou seja, nas justificativas da referida Resolução, há a referência à responsabilidade subsidiária

dos Tribunais, em caso de inadimplemento, “conforme a jurisprudência dos Tribunais trabalhistas”.

Ora, já se viu que no julgamento da ADC nº 16/DF o Pretório Excelso declarou a Constitucionalidade do Art. 71, § 1º. Não há que se falar mais em responsabilidade da Administração em razão de simples inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Como veremos no item seguinte, a própria Justiça trabalhista reviu o Enunciado nº 331, firmando que “A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. No entanto, ainda não foi editada nova Resolução em substituição a esta aqui em análise. No essencial, a Resolução do CNJ determina que as provisões de encargos trabalhistas a serem pagas às empresas contratadas para prestação de serviços contínuos seja glosadas do valor mensal do contrato e depositadas em banco oficial (Art. 1º, *caput*); que o depósito desses valores seja realizado em conta vinculada e bloqueada (Art. 1º, Parágrafo único); e que o saldo total depositado na conta corrente deverá ser liberado à empresa, no momento do encerramento do contrato, presente o sindicato da categoria.

Vê-se que a intenção, merecedora de elogio, diga-se de passagem, da presente norma, é resguardar os cofres públicos, eximindo a Administração de ser responsabilizada pelo pagamento de verbas trabalhistas, na justiça especializada.

Por seu turno, a Resolução nº 23.234/2010-TSE é mais abrangente, e “dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços” no âmbito dessa justiça especializada”.

A referida resolução tratou de normatizar as contratações acolhendo as interpretações jurisprudenciais sedimentadas sobre a matéria, como o fez o Decreto nº 2.271/1997 no âmbito do Executivo federal. Aliás, muitos dispositivos são idênticos em ambas as normas.

Podemos verificar que a norma em tela busca o albergue, em sede constitucional, principalmente no princípio da eficiência (Art. 37, *caput*), conforme se pode ver na Seção I – Do planejamento; Seção III – Do projeto básico ou termo de referência, em especial os itens I, ‘c’, do Art. 11, referente aos benefícios resultantes da contratação, e III, “g”, do mesmo artigo: “identificação dos resultados esperados”; Seção IV – Do acordo de nível de serviço; Art. 20, que dispõe sobre a responsabilização da empresa contratada por ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento da proposta; Art. 34, §1º, III, que permite à Administração reter o pagamento à contratada caso esta

não produza os resultados pactuados no contrato. Destacam-se também os itens amparados nos princípios da impessoalidade (cf. Art. 5º, II, Art. 7º e Art. 17, §2º); da economicidade, (cf. Art. 11, III, Art. 28, § 5º, I e II); da isonomia (cf. Art. 11, § 1º); da supremacia do interesse público (cf. entre outros, o Art. 20).

Destacamos a seguir os dispositivos da resolução que reputamos mais relevantes para o nosso estudo: a) toda a seção II – da terceirização, por óbvio, é de suma importância para o presente trabalho. b) § 2º, do Art. 4º - dispõe que “não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação que caracterize pessoalidade e subordinação direta”. Como se sabe, a pessoalidade e a subordinação são características que vinculam a empresa contratante – no nosso caso, a Administração – com o empregado que está prestando o serviço, descaracterizando a terceirização e tornando a contratante passível de responsabilização pelos encargos, inclusive trabalhistas, não adimplidos, demonstrando-se, assim, a importância o presente dispositivo; c) § 3º, do Art. 4º - trata da definição do objeto, que deve constar expressamente no edital e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços, “vedada a utilização de contratação de serviço para a contratação de mão de obra”. O objeto do contrato, portanto, deve ser a realização de determinado serviço. A contratação de mão obra, no serviço público, só pode se dar, em regra, por concurso. Contratar mão de obra por interposta pessoa, através de atravessador, é comercializar trabalho, prática ilegal e imoral conhecida como *marchandise*, que pode ser definida como a disponibilização de trabalhador a terceiros, em regime de subordinação; c) art. 5º - trata dos limites à terceirização, vedando contratação indireta de atividades que sejam inerentes às destinadas ao quadro de pessoal próprio com as mesmas ressalvas previstas no Decreto nº 2.221/97, já estudado, e mais uma outra, a vedação com atividades que “constituam a missão do Tribunal¹⁰; d) Art. 8º - “deverá ser adotada unidade de medida que permita a mensuração de resultado para pagamento [...] que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de serviços ou em postos de trabalho”. O objetivo do presente dispositivo é vincular o pagamento à realização do serviço contratado, eliminando ingerências da contratante sobre a quantidade de horas ou de postos de trabalho, “adequando o pagamento aos resultados efetivamente obtidos” (§8º); e) Art. 17 – entre outras disposições, exige cláusula, no instrumento convocatório, que autorize o Tribunal a reter o FGTS dos trabalhadores,

¹⁰ No caso do TRE-CE, a missão é “Garantir a efetividade e transparência dos processos eleitorais e contribuir para a educação política da sociedade”

determina que o salário seja depositado em conta individual do trabalhador. Visa resguardar a Administração de futuras demandas judiciais por inadimplemento da contratada com seus empregados, inclusive, para o mesmo fim, a Administração deve acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais (Art. 32, § 5º) Ademais, a contrapartida da Administração, ou seja, o pagamento, será efetuado mediante, entre outras exigências, a apresentação de comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas (Art. 34, III); f) Art. 18, I – vedação de fixação de quantitativo máximo de mão de obra. Objetiva evitar ingerência da contratante, já que o que interessa é o resultado, o serviço a ser prestado, e não os meios, que cabem ser decididos pela contratada. Isso fica claro no Art. 19, V, onde consta que as propostas (das empresas licitantes) devem definir a “quantidade de pessoal que executará os serviços”; e g) Art. 29 – “O acompanhamento e fiscalização da execução do contrato consistem na verificação do serviço e da alocação dos recursos necessários [...]. Tem dupla finalidade: garantir a eficiência do serviço e proibir ingerências na execução das atividades.

Sobre as precauções da Administração para se resguardar de responsabilização em demandas judiciais, em especial trabalhistas, (item “e” do parágrafo supra), remetemos ao que foi dito quando do estudo da Resolução do CNJ.

3.6 Perspectivas do Enunciado nº 331

A Justiça obreira foi criada para resguardar os direitos do trabalhador. Especificamente sobre a matéria da presente monografia, Simão de Melo informa que:

Sempre houve preocupação no direito brasileiro sobre a proteção do trabalhador, diante da intermediação de mão-de-obra, do atravessador, do "gato" e da merchandising. Assim é que foi criada a Súmula 256, posteriormente substituída pela 331 do TST, estabelecendo alguns freios contra a exploração do trabalhador nas terceirizações.

A súmula em análise foi uma revisão da Súmula nº 256, *verbis*:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a

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

Como se pode notar, era altamente restritivo o enunciado anterior, na verdade, era um descompasso da jurisprudência com o mundo dos fatos.

Quando analisamos os dispositivos da Lei nº 8.666/93, bem como a decisão da corte suprema a respeito da constitucionalidade do Art. 71 da referida lei, expusemos as divergências entre esse dispositivo legal e a Súmula nº 331, do TST. Na verdade, em razão da citada decisão do STF, na ADC nº 16-DF, o Superior Tribunal do Trabalho procedeu à revisão da Súmula 331, dando nova redação do item IV e inserindo os itens V e VI, o que o fez mediante a Resolução TST nº 174/2011, divulgada em 27, 30 e 31 de maio de 2011 no DEJT.

A redação original da Súmula 331 era a seguinte:

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), 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 8.666/93, de 21.06.1993). (BRASIL, 2003).

Com a revisão, foi alterado o item IV, e incluídos os itens V e VI, passando a ser assim redigida:

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 de 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. 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. (BRASIL, 2003).

Tão recente modificação está gerando, como era de se esperar, diferentes avaliações. Sirotheau, após breve análise da matéria, enumera suas conclusões:

1. O Art. 70, §1º. [sic] Da Lei 8.666/93 é constitucional;
2. Como decorrência da constitucionalidade do Art. 70, §1º. Da Lei 8.666/93, os entes públicos não podem ser responsabilizados, em hipótese alguma, pelas verbas trabalhistas decorrentes da terceirização.
3. A Súmula 331, V, está contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16. (2011, p. 01) (BRASIL, 1193).

Entendeu o articulista que o Judiciário não poderia inserir novas condicionantes para responsabilizar o ente público, visto que a Lei não o fez, conforme se depreende da leitura do Art. 71, §1º.

Já tivemos oportunidade de defender, no presente trabalho, (cf. Item 3.3.1) que a Administração só pode ser responsabilizada pelo adimplemento de obrigações trabalhistas quando, e se, cometer ilegalidade, ou seja, se proceder contrariamente, ou deixar de cumprir obrigação imposta em lei. No intuito de evitar ser repetitivo, remetemos o leitor à citação de Ramos, colacionada à página 30).

Somente nos casos citados pode a Administração ser responsabilizada pelo pagamento de verbas trabalhistas em decorrência de contratos de terceirização.

3.7 Posicionamento do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem como missão “Assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade.” (PORTARIA-TCU Nº 2/2006). Determina a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 70, que cabe ao Congresso Nacional, mediante controle externo, a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta

e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”.

No artigo seguinte lê-se que o referido controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas da União e estabelecem-se as competências desse órgão. Com efeito, qualquer ato praticado por administrador público federal, inclusive nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo e Judiciário que envolvam “dinheiros, bens e valores públicos” está sujeito ao controle do TCU (Art. 71, IV, CF/88), cabendo inclusive “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (Art. 71, IX, CF/88).

Despiciendo proceder larga análise para demonstrar que a utilização de contratação indireta de serviços, mediante terceirização, na Administração Pública federal, está dentro da órbita de controle do TCU, que se manifestará sobre sua legalidade, economicidade, etc.

E assim tem procedido a esse importante órgão de controle, que, no julgamento das contas de gestores públicos, tem se manifestado sobre a legalidade dos contratos de terceirização e a seus limites de aplicação, tendo inclusive, juntamente com as interpretações jurisdicionais, servido de base para a edição de normas como o já estudado o Decreto nº 2.271/1997.

Uma das preocupações das cortes de contas é com relação à característica da atividade – se atividade acessória ou finalísticas. Como bem demonstra Martins, “O Tribunal de Contas da União tem entendido pela impossibilidade de terceirização de atividades típicas de cargos permanentes [...] (procs. TC 225.096/93-5, TC 475.054/97-4, TC 000384/90-9)”.

Em louvor à concisão, buscamos transmitir os posicionamentos, já consolidados, do TCU, sintetizados no processo TC-033.625/2010-7, relatado de forma cristalina pelo eminente ministro Ubiratan Aguiar, de cujo relatório colacionamos abaixo os trechos mais importantes para o presente estudo:

[...]

2. Nos termos do art. 1º, caput, do Decreto nº 2.271/1997, é possível a terceirização de atividades de natureza acessória ou instrumental à análise de prestação de contas de convênio, desde que tal natureza seja inequívoca, haja vista que são de competência exclusiva dos servidores públicos o exame e o parecer sobre a regularidade da prestação de contas.

3. A terceirização será ilícita se houver necessidade de subordinação jurídica entre a pessoa prestadora do serviço e o servidor público, bem assim de pessoalidade e habitualidade, tornando-se imperativa, nesse caso, a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim do órgão ou entidade contratante.

[...]

11. Este Tribunal conta com jurisprudência consolidada ao se manifestar, em diversas ocasiões, sobre a terceirização de serviços na administração pública em casos concretos. O entendimento é unânime no sentido de que a terceirização somente pode ocorrer nos limites definidos legalmente, não se admitindo a terceirização de serviços atinentes à área finalística dos órgãos e entidades (Acórdãos 2085/2005, 1520/2006, 4730/2009, 1466/2010, todos do Plenário).

[...]

14. Resta claro que o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público como forma de provimento de cargos efetivos.

[...]

25. Outro ponto de entendimento pacífico no TCU é que a terceirização de serviços não deve gerar vínculos de subordinação entre o terceirizado e servidores da administração pública, de modo a não evidenciar vínculo empregatício que desconfiguraria o instituto da terceirização. O Acórdão nº 1815/2003-Plenário, deste Tribunal, ao qual foi concedido caráter normativo, determinou que: 'se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante.

[...]

27. A delegação de atribuições a elemento alheio aos quadros da Administração, sob supervisão direta de servidor público, resultaria em eventual quebra na cadeia hierárquica de execução da atividade administrativa, além de tornar ilícita a terceirização, como apontado na jurisprudência citada.

Do exposto, podemos conhecer, sem precisar nos alongar em comentários desnecessários, a sedimentada interpretação jurisprudencial do TCU com relação à terceirização, no que tange à impossibilidade de terceirização nas atividades finalísticas – itens 2, 11 e 14; e vedação de pessoalidade e subordinação – itens 3, 25 e 27.

4 ESTUDO DE CASO: CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE LIMPEZA NO TRE/CE

Propõe-se no presente capítulo, analisar o contrato de terceirização de serviço de limpeza no Tribunal Regional Eleitoral do Ceará – contrato que recebeu o número 45/2008 – em seu aspecto formal, com o objetivo de verificar a adequação do referido instrumento contratual aos ditames normativos vigentes.

4.1 Do objeto

A indicação correta do objeto deve estar albergada pela legislação, e em acordo com os entendimentos do Poder Judiciário e dos órgãos de controle.

Já no preâmbulo do contrato em tela, consta o seguinte: “Contrato de terceirização de mão-de-obra para prestação de serviços de limpeza, que entre si celebram a União, por intermédio do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará e a empresa [...]”.

Na cláusula segunda, que trata especificamente do objeto, temos que “O objeto do presente instrumento é a contratação de empresa especializada na terceirização de mão-de-obra, para prestação de serviços de limpeza, conforme quantitativo [...]. A terceirização de mão de obra é vedada pelo ordenamento jurídico, prática conhecida como *Marchandage*.

A redação constante no preâmbulo foi infeliz, ou, pode-se mesmo dizer, está malferindo a legislação, em especial a Constituição Federal, que veda a contratação terceirizada de mão de obra, ao exigir a prévia participação e aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Já na cláusula do objeto, que se refere, como visto, à “contratação de empresa de terceirização de mão-de-obra, para prestação de serviço” não há patente ilegalidade, mas, ainda assim, não nos parece a redação mais apropriada. Deveria a redação, no que tange ao objeto, seguir o disposto no Art. 4º, § 3º, da Res.-TSE nº 23.234/2010, que dispõe:

O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços, sendo vedada a utilização de contratação de serviços para a contratação de mão-de-obra.

A bem da verdade, o contrato em análise foi celebrado em data anterior à edição da resolução TSE acima referida, no entanto, no Contrato de Terceirização de Serviço nº 15/2011, portanto posterior à mesma resolução, a redação, no preâmbulo, é a mesma utilizada no Contrato nº 41/2008: “Contrato de terceirização de mão-de-obra que entre si celebram [...]”, embora na cláusula referente ao objeto, já esteja com redação adequada: “O objeto do presente contrato é a prestação de serviço [...]”, sem mencionar o termo “mão de obra”.

Exemplos de perfeita adequação na escolha do objeto podemos observar nos contratos de terceirização de serviços de limpeza do Conselho Nacional de Justiça: “Objeto: Prestação de serviços de limpeza, higienização, conservação de bens móveis e imóveis nas dependências do Conselho Nacional de Justiça, instaladas no Distrito Federal”; no TRE do Rio Grande do Sul:

CLÁUSULA 1 – OBJETO - Prestação de serviços de limpeza nas instalações do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS, com fornecimento de todos os equipamentos e materiais necessários a sua execução, conforme as cláusulas deste contrato. (TER/RS).

E no âmbito de outros poderes, citamos o exemplo do Tribunal de Contas da União:

Prestação de serviço continuado de limpeza, conservação e higienização de bens móveis e imóveis, em regime de empreitada por preço unitário, nas dependências da SECEX-PI, que compreende o emprego de mão de obra e de equipamentos, bem assim o fornecimento de todos os uniformes e materiais de consumo necessários à execução dos serviços. (TCU).

E no âmbito da Controladoria Geral da União

Contrato nº 12/2010 - Objeto: Prestação, de forma contínua, dos serviços de limpeza, asseio e conservação diária, com fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos, de modo a atender às necessidades da Controladoria-Geral da União. Contratado: Empresa Vera Ruth de Carvalho Fidalgo Vigência: 14/4/2010 a 13/4/2011 Modalidade de Licitação: Pregão nº 3/2010.

De ressaltar que o TCU e a CGU são órgãos que devem, em especial, primar pela legalidade de seus contratos, já que são órgãos de controle.

Aceitando a premissa de que o objeto do contrato em estudo é a contratação indireta de serviços de limpeza, e não contratação de mão de obra, ou seja, não havendo pessoalidade e subordinação direta entre o TRE-CE e empregado que presta o serviço, cabe analisar se referido serviço é “terceirizável”, ou melhor, se é passível de contratação indireta. É o que veremos no item a seguir.

4.2 Da jurisdic平de

De início, abrimos aqui um parêntese para trazer a lume os conceitos referentes ao princípio da jurisdic平de e ao princípio da legalidade¹¹. De acordo com Jardim de Amorim (2009),

Só será legítimo o comportamento administrativo se houver, além da observância dos aspectos formais de atendimento das regras legais, o respeito aos valores consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento jurídico-constitucional.

Portanto, a jurisdic平de engloba e vai além da legalidade estrita – esta referente ao atendimento da Lei em sentido amplo.

Para facilitar o exame da legalidade do contrato em estudo, faremos, neste tópico, a verificação da adequação das cláusulas contratuais principalmente com a Resolução do TSE nº 23.234/2010, visto que esta é uma sistematização das normas legais, infralegais, entendimentos jurisprudenciais e posicionamentos dos tribunais de contas estudados no capítulo anterior, sem olvidar, claro, de analisar a adequação aos princípios consagrados na Constituição Federal.

Desse modo, voltando ao ponto de onde finalizamos o item anterior, no esforço de configurar se determinado serviço pode ser objeto de contratação indireta, pedimos escusas para novamente colacionar a lição de Helder dos Santos Amorim:

Preservado o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quanto maior for o grau de restrição ao princípio da proteção social do trabalho, da impessoalidade e da organização funcional da administração pública, tanto maior haverá de ser a importância constitucional da satisfação do princípio da eficiência

¹¹ Para diferenciação entre esses dois princípios, cf. o artigo Princípio da jurisdic平de x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas (AMORIM, V. A. J. de, 2009)

administrativa, sempre que estiver a exigir a terceirização em atividades permanentes de apoio administrativo (AMORIM, 2009, p. 217).

No particular caso do contrato em estudo, qual seja, a contratação de serviço de limpeza, atividade permanente de apoio, estamos convictos de que a) não há restrição à proteção social do trabalho, já que o contrato prevê cláusulas que garantam que sejam atendidos os direitos fundamentais dos empregados e cumpridas, dentre outras, as obrigações trabalhistas e previdenciárias, por parte da contratada; b) o princípio da impessoalidade é atendido em razão da licitação pública, prévia, logicamente, à escolha da contratada, baseada em critérios objetivos, desde que não haja interferência do Poder Público na escolha das pessoas que efetivamente prestarão o serviço; c) o serviço de limpeza configura-se como um serviço não ligado à atividade-fim, nem mesmo proximamente ligada ao que Amorim (já citado acima, v. princípio da organização da administração pública) chama de sequência de operações burocráticas necessárias à realização da competência do órgão. Nesse diapasão, sobre os tipos atividades que podem ser prestadas por terceiros, dispõe a Resolução do TSE em seu Art. 4º, *verbis*:

Art. 4º - As atividades de limpeza, conservação, higienização, segurança, vigilância, transporte, apoio administrativo, informática, copeiragem, recepção, operação de elevadores, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. (BRASIL, 2010).

Da leitura desse dispositivo, já se pode inferir a legitimidade e oportunidade da contratação desse tipo de serviço. Já no Art. 5º está disposto que:

Art. 5º É vedada a contratação de atividades que:

I – sejam inerentes às especialidades constantes do Quadro de Pessoal do respectivo Tribunal, salvo expressa disposição legal em contrário, nas seguintes situações:

- a) quando se tratar de cargo extinto ou em extinção no âmbito do quadro de pessoal;
- b) quando se tratar de serviço de natureza temporária, devidamente justificado, com indicação dos prazos de início, de etapas de execução, de conclusão, de entrega do objeto, de observação e de recebimento definitivo.

II – constituam a missão institucional do Tribunal. (BRASIL, 2010).

A respeito do referido artigo, podemos afirmar que a) o serviço de limpeza não se inclui entre os inerentes às especialidades do quadro de pessoal do TRE-CE; b) do mesmo modo, é indiscutível que referida atividade não constitui, nem mesmo indiretamente, a missão institucional do Tribunal: “Garantir a legitimidade do processo eleitoral e o livre exercício do direito de votar e ser votado, a fim de fortalecer a democracia”.

Do exposto, podemos deduzir que atividades ligadas direta ou, no mínimo, indiretamente ao processo eleitoral ou à garantia do direito ao voto são atividades que constituem a missão do TRE-CE, o que não é o caso da atividade de limpeza.

Conforme explicitado no item anterior, o objeto de contratação deve ser o serviço a ser prestado, e não a contratação de mão de obra, nesses termos está disposto no art. 8º que deve ser adotada unidade de medida que permita a medição do resultado, para fins de pagamento à contratada, de modo a eliminar a remuneração com base em horas de serviço ou postos de trabalho. Deve ser motivada e justificada a impossibilidade de remuneração com base na mensuração de resultados (Art. 8º, §1). Aqui cabe analisar se o contrato está em conformidade com a norma do TSE. De acordo com a cláusula quarta – do preço e do reajuste, o valor a ser pago pela execução do serviço contratado está previamente fixado. Na cláusula quinta – do pagamento, em seu item 5.2 o TRE-CE pode “recusar o pagamento se, no ato da atestação, for observado que a prestação dos serviços não está de acordo com as especificações exigidas”. Por esses dispositivos, observa-se que se segue o critério ligado ao resultado do serviço, e não o quantitativo de horas trabalhadas ou postos de trabalho.

Um outro ponto fulcral para caracterização da legalidade da terceirização diz respeito à questão da pessoalidade e subordinação na relação da empresa tomadora do serviço e o empregado que o presta. Isso por que, havendo pessoalidade e subordinação, descaracterizada está a contratação indireta de serviços, prevista na CF e na Lei nº 8666, em seu Art. 71, por seu turno caracterizando uma relação ilegal de contratação indireta de mão de obra, ilegal por que ao arreio da lei maior, a Constituição Federal, que só prevê a contratação mediante concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão e a “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (CF/88, Art. 37, II e IX).

Nem mesmo no âmbito do setor privado a intermediação de mão de obra é permitida, onde, constatada subordinação e pessoalidade, resta configurada a relação de emprego, ficando a empresa tomadora responsável pelo adimplemento de todas as obrigações devidas aos empregados. O Tribunal Regional Eleitoral, provavelmente não apenas preventivamente, mas já corretivamente, editou em 13 de setembro de 2011, a Portaria nº 696, que determina que os servidores se abstêm de utilizar os empregados em tarefas alheias às atribuições contratuais, tais como compra de lanches, condução de autos de processos, “haja vista que tais atos se caracterizam como ingerências na administração da empresa contratada”

Outro princípio a ser atendido nas contratações indiretas de serviços contínuos é o princípio da eficiência. Como vimos e revimos na argumentação de Amorim, todos os princípios constitucionais afins à terceirização de serviços – princípio da proteção social do trabalho, da impensoalidade e da organização funcional da administração pública – privilegiam a contratação direta mediante concurso público, em regra, pela Administração, salvo o princípio da eficiência. Ou seja, é a busca da eficiência que permite ao administrador realizar a contratação indireta de serviços contínuos no serviço público.

Nesse exato sentido, assevera que:

A terceirização tem como premissa e fundamento básico o princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37, caput, da CF. (art. 37, caput, da CF), lastreado em uma racionalidade técnica e econômica que demonstre o melhor formato para a organização daquela determinada prestação de serviços, sempre com vistas a melhor atender ao interesse público. Com efeito, quando se tem o princípio da eficiência como fundamento dessa tomada de decisão, não se quer dizer que devam ser valorados apenas os aspectos econômicos, mas, em especial, o dever de buscar os melhores resultados na execução daquela determinada atividade, com vistas a identificar a forma pela qual melhor será atendido o interesse público (GARCIA, 2012. p. 22).

Coaduna-se com o princípio da eficiência a seção I, da Res-TSE nº 23.234/2010, dispõe que as terceirizações devem ser precedidas de planejamento. Quanto ao ramo de atividade estudada – serviço de limpeza, tem-se que os estudos realizados pelos órgãos administrativos já demonstraram que a relação custo-benefício é mais vantajosa quando se contrata indiretamente. Desde a edição da Lei nº 5.645/1970, de 10/12/1970, que esse tipo de serviço está no rol das atividades a serem preferencialmente terceirizáveis, vejamos:

Art. 3º [...]

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.

O governo federal praticamente repetiu o dispositivo no Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997:

Art. XX

§ 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. (BRASIL, 1997).

E, por fim, ficou assim assentado o Art. 4º, da Resolução - TSE nº 23.234/2010:

As atividades de limpeza, conservação, higienização, segurança, vigilância, transporte, apoio administrativo, informática, copeiragem, recepção, operação de elevadores, reprografia, telecomunicações e de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. (BRASIL, 2010).

Como se vê, há muito tempo tem-se verificado que o serviço de limpeza é mais eficientemente realizado quando contratado indiretamente, e isso se refletiu na edição das normas acima mencionadas. É o que se vê também na iniciativa privada.

Ainda sobre o tema da eficiência, podemos listar, no contrato em exame, as seguintes cláusulas/itens voltados para busca do atingimento de uma maior eficiência: execução de serviços de acordo com plano de trabalho constante do Termo de Referência (item 3.1); exigência de curso de formação na respectiva área de trabalho (3.10); exigência de supervisor com acúmulo da função de preposto da empresa, com a missão de garantir o bom andamento dos trabalhos, mediante fiscalização, acompanhamento e orientação do trabalho (3.18); promover a contratante, através de gestor, o acompanhamento e fiscalização do contrato, sob os aspectos qualitativo e quantitativo (cláusula nona), dentre outros. Por fim, mas não menos importante, deve a contratada seguir plano de trabalho, minuciosamente especificado (cf. Termo de referência, anexo ao contrato, item XIV).

Preocupação com a adequação ao princípio da impessoalidade estão previstos em vários dispositivos da Res-TSE nº 23.234/2010, como por exemplo: proibição de a contratante indicar profissionais para trabalhar na empresa contratada (Art. 6º, II) e proibição de contratação com empresas que tenham entre os sócios parentes de ocupantes de cargos de direção ou membros ou juízes vinculados ao Tribunal respectivo (Art. 7º, II). No contrato *sub examine* não há a repetição, de forma expressa desses dispositivos.

4.3 Da fiscalização

Os procedimentos a serem tomados no que se refere à fiscalização dos contratos de terceirização estão dispostos no Art. 32 da Resolução. De forma menos minuciosa, o que não é de estranhar, visto que foi celebrado antes da edição da resolução

do TSE, o contrato nº 45/2008, em sua cláusula nona, prevê o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato. O item 9.1, do contrato, prevê, de forma genérica, que “A realização de todas as atividades relacionadas à contratação será acompanhada e fiscalizada pela Seção de Administração Predial [...]”, e, na cláusula 9.1, que deverão ser anotadas as ocorrências relacionadas à prestação dos serviços, com determinação de regularização, de faltas e defeitos observador. Cabe aqui anotar que a determinação da regularização deve ser direcionada à empresa contratada, e não aos empregados, do contrário, estaria se quebrando os princípios da não subordinação e da imensoalidade, o que descharacteriza a terceirização lícita, conforme considerações tecidas no item seguinte.

4.4 Da responsabilização

A Resolução nº 23.234/2010, do TST trata desse tema no Art. 4º, § 2º, *verbatim*: “A realização de serviços de que trata esta Resolução não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação que caracterize pessoalidade e subordinação direta”.

Em conformidade com essa disposição, prevê o item b, da cláusula 7ª, do contrato em tela, que o gestor do contrato deve fazer o acompanhamento e fiscalização, sob os aspectos quantitativo e qualitativo, devendo comunicar à licitante vencedora as falhas detectadas, para que sejam promovidas as devidas medidas corretivas. Na cláusula nona especifica-se como o acompanhamento e fiscalização devem ser procedida.

Entendemos que caberia, nos contratos de terceirização, repetir o art. 4º, §2º, da Res. nº 23.234, acima colacionado, para ficar, não mais subtendido, mas expressamente registrado, essa importante disposição, já positivada na legislação (v. g. Art. 3º, da CLT), e sedimentada na jurisprudência (v. g. Rec. Ord. 01692/2007-001-07-00-6 CE).

Para se resguardar de eventuais demandas judiciais, dispõe o Art. 32, § 5º, da Res-TSE nº 23.234/2010 que será exigido, da empresa contratada, para fiscalização das obrigações trabalhistas, comprovantes de recolhimento da contribuição previdenciária, de

recolhimento ao FGTS, de pagamento de salários, de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, de pagamento do 13º salário, da concessão e pagamento do adicional de férias e do cumprimento de convenção coletiva. Adiante, no Art. 34, inciso III, consta que o pagamento será efetuado mediante a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas. Já o contrato do TRE-CE, no termo de referência anexo ao contrato, no item X – Do Pagamento, determina que deverá acompanhar a fatura mensal: cópia das folhas de pagamento, comprovante de pagamento de salários, recibos de vale-transporte e vale-alimentação, guia de recolhimento de FGTS, e a Guia de Recolhimento da Previdência Social (GRPS).

Ora, já expusemos largamente no item 3.3.1 entendimento, ao qual nos esposamos, de que a Administração não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento de obrigações da contratada, salvo com relação às obrigações previdenciárias, por força do Art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Destarte, não necessitaria a Administração exercer fiscalização e controle sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada para com seus empregados. No entanto, tendo em vista que a) o Estado tem a obrigação de zelar pela proteção social do trabalho; b) o administrador tem obrigação de ser diligente com a coisa pública, buscando evitar que decisões judiciais – embora equivocadas – condenem ao pagamento de verbas trabalhistas, com recursos públicos, óbvio; e c) a Justiça trabalhista foi infeliz na alteração do enunciado 331, Nos termos de Sirotheu, “A Súmula 331, V, está contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 16” (2011, p. 01), entendemos, não obstante, que os contratos de terceirização de serviços contínuos devem continuar incluindo essas cláusulas de precaução, pelo menos até que a justiça do trabalho adeque seu posicionamento à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI nº 16-DF, ou até que novamente o Supremo seja provocado para, ratificando sua decisão na ADI mencionada, declare a ilegalidade do item V, do Enunciado nº 331 – que contraria o disposto no Art. 71, § 1º, da 8.666/93, tornando pacífico o entendimento de que a Administração não cabe ser responsabilizada pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas, salvo nos casos de terceirização ilícita (RAMOS, 2009, 3.5.1).

Apresentaremos, na conclusão do presente trabalho, algumas sugestões que poderiam ser implementadas nos futuros contratos de terceirização, caso a seção competente do TRE-CE entender pertinentes.

5 CONCLUSÃO

A terceirização no serviço público, embora vir sendo adotada há longa data, ainda provoca acaloradas discussões. Não obstante, tem-se visto que a necessidade de modernização, de melhor aplicação dos recursos e de racionalização na gestão pública são fatores que têm exigido dos gestores públicos a adoção cada vez mais frequente da contratação indireta de serviços públicos.

Vimos, no capítulo primeiro, o histórico e a contextualização da terceirização, nos países precursores, e no Brasil. Neste, no âmbito público e privado. Vimos também que, com a crise do lucro, o Estado Social não suportou o custo da manutenção de benefícios a grandes massas populacionais, o que exigiu uma reformulação do próprio papel do estado. Os empresários buscaram tornar suas empresas mais enxutas e ágeis, para isso recorreram ao modelo japonês de produção, que incluía, entre outras medidas administrativas, a terceirização de serviços não finalísticos.

No serviço público brasileiro, os primeiros registros de terceirização de serviços contínuos foram regulados durante a década de 60, com grande incremento durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, a partir da reforma Administrativa, cujo principal mentor foi Bresser-Pereira, e continua sendo verificada nas últimas gestões, não obstante sejam os presidentes de partidos que, à época da reforma administrativa, tenham se posicionado contra as medidas propostas na chamada “reforma gerencial”.

Do estudo procedido no capítulo segundo, chegamos à síntese de que o instituto da terceirização de serviços, contínuos ou não, no serviço público tem albergue constitucional, conforme disposto no Art. 37, XXI. Vimos também que na legislação ordinária e complementar há previsão de a Administração contratar indiretamente a execução de serviços (Dec. Lei nº 200/1967, Art. 10º, § 7º; Lei nº 8.666/93/93, Art. 10; e Lei Complementar nº 101/00, Art. 18).

À mingua de Lei mais específica que regulamente o instituto, normas infralegais surgiram para ocupar esse vácuo. É o caso do Decreto nº 2271/2007 na esfera do executivo federal, e das resoluções CNJ nº 98 e Res-TSE nº 23.234/2010, no âmbito do Poder Judiciário.

A jurisprudência já firmou entendimento no sentido da legalidade da terceirização na Administração, conforme se vê no enunciado 331 – do TST,

recentemente modificado. No mesmo sentido as decisões do TCU e de outras cortes de contas.

A doutrina majoritária também defende a jurisdic平de da terceirização no serviço público, dentro de determinados limites.

Por último, ao analisar o contrato celebrado pelo TRE-CE, podemos concluir que o que segue:

a) a redação da cláusula do objeto não está adequada – como vimos, não é juridicamente viável a contratação indireta de mão de obra. Sugerimos que nos contratos vindouros a redação da cláusula sobre o objeto se adeque estritamente ao disposto no Art. 4º, § 3º, da Res.-TSE nº 23.234/2010;

b) excetuando-se o disposto no item acima, entendemos que o contrato atende aos princípios constitucionais e normas legais que afetam ao tema: é possível de contratação o serviço de limpeza; está de acordo com o princípio da eficiência; não fere os direitos fundamentais dos trabalhadores, nem tampouco os princípios da proteção social do trabalho, da imparcialidade e da organização funcional da administração pública;

c) Os mecanismos de fiscalização previstos no contrato não exorbitam o disposto na Resolução do TSE. Ao contrário, caberia, a nosso ver, estar previsto nos contratos a serem celebrados um maior detalhamento no que se refere à fiscalização da execução dos contratos, seguindo o disposto na SEÇÃO IX Res-TSE nº 23.234/2010, em especial a disposição prevista no artigo 32.

Desta forma, tendo em vista que a Justiça Eleitoral dispõe de uma excelente peça normativa - a tantas vezes mencionada Res-TSE nº 23.234/2010, que deve ser o norte para os agentes públicos dessa justiça especializada responsáveis pelos procedimentos referentes aos contratos de serviços, sugerimos uma rigorosa adequação dos contratos ao disposto na referida Resolução. Assim procedendo, estará garantida a jurisdic平de dos contratos, em consonância com os princípios constitucionais, normas legais e infralegais, bem como de acordo com os firmados entendimentos jurisprudenciais, posicionamentos dos tribunais de contas e de acordo com a melhor doutrina.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder dos Santos. *A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Princípio da juridicidade x princípio da legalidade estrita nas licitações públicas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14065>>. Acesso em: 21 mai. 2012.

BIONDI, Aloysio, 1936-2000. *O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo : Fundação Perseu Abramo, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. *Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997*. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 29 de ago. 2012.

_____. *Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970*. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 22 de set. 2012.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 20 edição. Editora NDJ, 2003.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 29 ago. 2008.

_____. MARE *Plano Diretor da Reforma do Estado*. Presidência da República. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Brasília-DF, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal*. In FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FORTINI, Cristiana; DA PIEVE, Flávia Cristina Mendonça Faria. *As terceirizações e as contratações temporárias realizadas pela Administração Pública: distinções entre as duas figuras e o impacto na LRF*. In FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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 (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Terceirização no setor público: encontros e desencontros*. In FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. In FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIOSA, Lívio Antônio. *Terceirização: uma abordagem estratégica*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Pioneira, 1997.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos. O breve século XX: 1914-1991*. Trad. SANTARRITA, Marcos. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBRAHIM, Saigg. *Terceirização de mão-de-obra na câmara dos deputados: elementos quantitativos e financeiros dos contratos*. [95]f. (Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Orçamento Público, realizado, em parceria, pelo Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, da Câmara dos Deputados, e Universidade do Legislativo Brasileiro, do Senado Federal.) - Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/951512.PDF>>. Acesso em 20 mai 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MANUAL de normas para estrutura formal de trabalhos científicos da Faculdade Integrada do Ceará / organização Luzia Helena de Jesus Barbosa, Adriana Patrícia Costa Batista. 3. ed. Fortaleza: FIC, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O neocolonialismo e o direito administrativo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 03 mai. 2011.

MELO, Raimundo Simão de. *Cooperativas de trabalho: modernização ou retrocesso?*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, I, n. 0, fevereiro 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4981>. Acesso em: 03 jun. 2011.

MOTTA, Fabrício. *Notas sobre publicidade e transparência na lei de responsabilidade fiscal*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDE-14-ABRIL-2008-FABRICIO%20MOTTA.PDF>>. Acesso em: 21 mai. 2011.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. *STF decide a ADC 16, declara a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n° 8.666/93 e impõe limites à aplicação do Enunciado n° 331 do TST*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2903, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19329>>. Acesso em: 21 mai. 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. *A terceirização na administração pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18933>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. *STF decide a ADC 16, declara a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei n° 8.666/93 e impõe limites à aplicação do Enunciado n° 331 do TST*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2903, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19329>>. Acesso em: 21 mai. 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. *A terceirização na administração pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18933>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995. *Revista eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 26 de maio de 2011.

SILVA, Edna Aparecida da. *Terceirização na administração pública: conflitos na legislação, orçamentação e escrituração da despesa*, 2008. [59]f. (Monografia apresentada para aprovação no Curso de Especialização em Orçamento Público, realizado, em parceria, pelo Instituto Serzedello Corrêa (ISC), do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal.) - Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. Disponível em: <portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/951507.PDF> Acesso em: 20 mai. 2011.

SEKIDO, A. M. Y. *Terceirização na Administração Pública: a gestão e a fiscalização dos contratos*, 2010. [61]f. (Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Auditoria Governamental) - Universidade Gama Filho, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1642929.PDF>> Acesso em: 20 mai. 2011.

SIROTHEAU, Leonardo de Oliveira. *Nova redação da Súmula 331 do TST e sua aplicabilidade contra os entes públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2903, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19317>>. Acesso em: 24 jul. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Terceirização na Administração Pública: uma prática* *inconstitucional*. Disponível na internet:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2011.