

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E
NEGÓCIOS DE SERGIPE
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO
DO TRABALHO**

MARTA ROCHA PAIXÃO MELO

**A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

**ARACAJU/SE
2007**

MARTA ROCHA PAIXÃO MELO

**A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada à FACULDADE DE
ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE-
FANESE como exigência final para a obtenção da
Especialização em Direito e Processo do Trabalho.

ORIENTADORA: Msc.Profª Flávia Moreira Pessoa

ARACAJU/SE
2007

Aos meus filhos e esposo, que
representam a minha razão de
viver.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Arquiteto do Universo.

Aos meus filhos, pelo amor incondicional.

Ao meu esposo, pela compreensão e paciência.

“A terceirização é um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público na tentativa de implantação de uma Administração Pública gerencial, que se afasta da Administração burocrática ao introduzir o Estado em um quadro de modernidade, adequado às exigências da economia globalizada.”

Dora Maria de Oliveira Ramos

RESUMO

A terceirização é um fenômeno, hoje, totalmente inserido na economia mundial, fazendo-se presente, também, na Administração Pública. Com a crescente demanda da mão-de-obra terceirizada, os empresários terminam por utilizá-la largamente, no intuito de diminuir custos e minimizar problemas internos. O presente trabalho foi idealizado a partir de uma problemática evidente na atual situação econômica do país, pois retrata o perfil de uma economia globalizada, em constante crescimento, e cuja realidade histórico-cultural deve ser estudada de acordo com seu desenvolvimento dinâmico. Ao estudar este tema, tentou-se contextualizar uma nova roupagem para as antigas contratações e, assim, mostrar, de forma clara e simplificada, a legalidade e aplicabilidade da terceirização na Administração Pública, mesmo com algumas situações contraditórias no aspecto jurídico, especificamente no tocante ao Direito do Trabalho, e que serão apontadas ao folhear este trabalho. O aporte teórico estudado para consecução deste trabalho fez com que fossem abordados subtemas esclarecedores dentro da terceirização na Administração Pública, a exemplo: os conceitos, fundamentação histórica, as vantagens e desvantagens da terceirização, as responsabilidades, os aspectos lícitos e ilícitos, a legalidade e a aplicabilidade da terceirização com a economia atual. Tudo isto numa linguagem simples e de fácil entendimento para que o leitor tenha a possibilidade de adquirir maiores conhecimentos sobre o tema abordado, com embasamento teórico aprofundado dentro do Direito do Trabalho, que é o nosso foco principal.

Palavras-chaves: Terceirização, Administração Pública, Direito do Trabalho, legalidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A TERCEIRIZAÇÃO INSERIDA NOS CONCEITOS DA ADMINISTRAÇÃO	11
2.1-	Conceitos básicos	11
2.2-	A modernidade com a terceirização	13
2.3-	Fatores condicionantes da terceirização	15
3	A TERCEIRIZAÇÃO	21
3.1-	Conceito e fundamentação histórica	21
3.2	– Terceirização: o novo fenômeno no Direito do Trabalho	25
4	A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	27
4.1-	Considerações preliminares	27
4.2-	Formas de execução de serviço público	28
4.3-	Serviços autorizados, permitidos, concedidos ou contratados	28
4.4-	Serviços públicos contratados são serviços terceirizados	29
4.5-	A terceirização nas Entidades Governamentais	31
4.6-	Requisitos para terceirizar nos Órgãos Públicos	31
4.7-	O controle dos serviços terceirizados	32
4.8-	Os servidores e os agentes públicos no processo de terceirização	33
4.9-	O processo de terceirização nas Empresas Públicas	35

5	A	TERCEIRIZAÇÃO	NO	DIREITO	DO	TRABALHO	38
		5.1-	Aspectos gerais				38
		5.2-	Outras formas jurídicas adotadas pela terceirização				43
		5.3	Inexistência de vínculo de emprego com o Poder Público				43
		5.4	Distinção entre Atividade-Meio e Atividade-Fim do Tomador do Serviço (IN nº 3/97 do Ministério do Trabalho)				45
		5.5	Especialidade dos serviços e da empresa prestadora				48
		5.6	Responsabilidade do Tomador do Serviço				50
6		CONCLUSÃO					54
7		REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS					58

INTRODUÇÃO

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado, em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em precisa consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito positivo pátrio, em breve completarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância.

Segundo o autorizado magistério do professor Sérgio Pinto Martins, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação, esclarece o mesmo jurista, pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

O crescimento desmensurado do Estado, fenômeno mundial, que caracterizou o século passado e o início deste, estendeu com bastante amplitude a dimensão do conceito do serviço público, gerando um intervencionismo que procurava suprir a ausência de participação da iniciativa privada e, por outro lado, implementa-la, e sempre que possível desenvolver o papel sócio-assistencial.

Sem laivo de dúvida, essa atuação sem limites provocou uma reação nos detentores do capital que passaram a enfrentar até uma concorrência do Estado com a iniciativa privada, lançando um ideário, nem sempre verdadeiro, que contrapõe o dilema “Estado burocrata” versus e “particular eficiente”, fazendo germinar a busca de alternativas no Direito Privado para tratar problemas da Administração Pública, e mais tarde gizar uma fronteira do intervencionismo estatal.

Hoje, a questão do agigantamento do Estado encontra resistência e reação. O neo-liberalismo consiste precisamente na idéia de restringir a atividade do Estado, ao extremamente mínimo necessário, deixando o exercício da atividade econômica para a iniciativa privada. Corolário dos

postulados do neo-liberalismo é a redução do paternalismo estatal e das “ditas” conquistas sociais, para que os que detêm o capital possam fortalecer sua atividade. Sobre outra ótica o fenômeno da privatização, é também um reflexo desse ideário.

A redução da atividade do Estado, além da privatização, encontra diversos caminhos, como esquematicamente segue:

I – delegação do serviço público:

a – concessão

b- permissão

II – de atividade meio da Administração

a – para outra pessoa jurídica – integrante da Administração

b – para outra pessoa jurídica – não integrante da Administração

b.1 – o serviço passa a ser prestado no estabelecimento do contratado

b.2 – o serviço passa a ser prestado no estabelecimento da Administração

c – para pessoa física, com as mesmas possibilidades da alínea “b”

A terceirização é um fenômeno que se apresenta, atualmente, em quase todos os países. As várias especializações ensejam a delegação, por parte do contratador, a terceiros da execução de serviços. É notória a crescente demanda terceirizada, haja vista o alto nível de desemprego, e levando-se em conta que os empresários, para diminuição de custos e desvinculação empregatícia, aderem para resolução dos problemas internos.

O presente trabalho foi idealizado a partir de uma problemática evidente na atual situação econômica do país. Retrata o perfil de uma economia globalizada, cujo crescimento é rápido, devendo ser estudada sua realidade histórico-cultural conforme a noção de seu desenvolvimento extremamente dinâmico.

Ao estudar a Terceirização na Administração Pública, procede-se à contextualização de uma nova roupagem para as antigas contratações, sendo mostrado, de forma clara e concisa, que a contratação de terceiros concerne com os preceitos legais, que mais adiante serão apontados.

Com a elaboração deste trabalho, foi possível delinear os aspectos econômicos, conceituais, vantajosos e desvantajosos, responsabilidades, licitude e ilicitude, fundamentação histórica, legalidade e aplicabilidade da Terceirização na Administração Pública.

Portanto, ao folhear este trabalho, o leitor terá a possibilidade de enriquecer seus conhecimentos sobre o tema em destaque, com enfoque no Direito do Trabalho, além de imbuir-se, teoricamente, nos demais aspectos que o auxiliarão como referência para pesquisas futuras.

2- A TERCEIRIZAÇÃO INSERIDA NOS CONCEITOS DA ADMINISTRAÇÃO

2.1- Conceitos básicos

Os conceitos básicos da administração e as funções administrativas, aplicados a todo tipo, nível e tamanho de empresa, devem ser lembrados, e estão a seguir descritos:

a) O planejamento: É a função administrativa que determina antecipadamente o que se deve fazer e quais objetivos devem ser alcançados, e visa dar condições racionais para que se organize e dirija a empresa ou seus departamentos ou divisões a partir de certas hipóteses a respeito da realidade atual e futura.

b) A organização: A organização como função administrativa, isto é, como a segunda etapa do processo administrativo, significa o ato de organizar, estruturar e integrar os recursos e os órgãos, estabelecendo as relações entre eles e as suas respectivas atribuições. Aqui, a organização vem depois do planejamento e se antecipa à direção e ao controle.

c) O controle: É verificar, constantemente, que tudo ocorra de acordo com os planos, as regras estabelecidas e as ordens dadas.

d) A coordenação: É ligar, unir, harmonizar todos os atos e todos os esforços coletivos. Através da coordenação, o administrador procura integrar e concatenar o trabalho de diversas pessoas em diferentes atividades.

e) A direção: A direção implica transmitir às pessoas o que elas devem fazer e conseguir que eles o façam da melhor maneira possível. Se as pessoas não conhecem os objetivos a alcançar, os seus esforços serão feitos ao acaso. A direção se baseia no trabalho conjunto de pessoas, visando orientá-las e integrá-las na direção dos objetivos almejados. É basicamente uma atividade de ativação, comunicação, motivação, liderança e coordenação.

Todas estas funções, juntas e equilibradamente desenvolvidas no conjunto das ações das empresas, definem o sucesso das organizações no trato certo da Administração pelos seus gerentes e dirigentes.

A ação da Administração ainda se revela efetivamente presente na aplicação da Terceirização, quando incorporamos à argumentação a seguir:

ADMINISTRAÇÃO= CORAGEM DE MUDAR X RISCO

Assim, a premissa que se coloca neste contexto é exatamente caracterizar uma realidade conjuntural: para o administrador (dirigente/gerente) da empresa, a visão estratégica que deverá ter passado pela ação prática de decidir por um programa de Terceirização. E isto o leva, naturalmente, a praticar as mudanças necessárias para a empresa buscar novos rumos planejadamente.

Praticar mudanças, nos nossos tempos, é um verdadeiro ato de coragem.

Os fatores que obstaculizam o processo são claros e inevitáveis:

- O conservadorismo das pessoas
- A resistência natural às mudanças
- O medo do novo
- A cultura e os valores das organizações
- O custo de mudança
- A dificuldade de conscientização da Alta Administração
- A capacidade da empresa em enfrentar a mudança
- A falta de planejamento e da visão estratégica da direção, dentre

outros.

Cabe ao administrador a missão inerente de enfrentar o processo, com coragem, avaliando, de forma plena, os riscos das mudanças da organização.

Para tanto, ele terá que conhecer todos os fatores que envolvam a decisão, avaliá-los com antecedência e dispor de todos os dados para, enfim, decidir.

Isto é planejamento estratégico, que requer daqueles que irão propor a Terceirização nas empresas a vantagem competitiva, a vantagem do conhecimento, para se alcançar o sucesso.

Na realidade, cabe aqui a proposta de uma questão, ao cabo destes últimos argumentos: Terceirização é moda ou é uma ação que veio para ficar?

Conforme Giosa (1995) a resposta se revela em uma afirmação máxima: analisada sobre o prisma estratégico, a terceirização terá mais condições de êxito nas empresas, pois sim baseia numa concepção moderna de aplicação ampla e definitiva, buscando um novo posicionamento no espectro empresarial de organização se insere.

Como “moda”, a Terceirização será uma operação de rotina das empresas, sem embasamento, sujeita a erros, a “idas e vindas” de mudanças que só irão desgastar os dirigentes e o corpo funcional, insensibilizados que estarão pela falta de conhecimento macro que se espera, e, naturalmente, a somar custos e despesas sem retorno às organizações.

De acordo com Giosa (1995), algumas empresas estão mais preparadas que outras para a Terceirização.

A cultura e o clima organizacional reinantes, a situação econômica e do mercado no qual estão presentes servirão de elementos balizadores e facilitadores ou não desta definição.

À alta administração caberá perceber se o processo será um avanço para a empresa e se os elementos estratégicos envolvidos se firmarão com muito mais base para subsidiar a decisão.

2.2- A Modernidade com a Terceirização

De acordo com Leira (1992), implantar modernização nas empresas brasileiras é, portanto, uma provocação! Exige garra, conhecimento, jogo de cintura e muita sensibilidade.

Várias Organizações, mesmo assim, estão pondo à prova estes valores e com sucesso, servindo de exemplos às outras, que se encorajam para ganhar a sua própria batalha.

A modernização, portanto, pode ser vista como grande investimento quando entendemos esta equação:

MODERNIZAÇÃO= TECNOLOGIA + CONHECIMENTO DA APLICAÇÃO + USO DE TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS INOVADORAS + CRIATIVIDADE + VALORIZAÇÃO DOS TALENTOS HUMANOS.

Esta somatória reflete, unicamente, o estado das economias modernas que aplicam inevitavelmente a equação.

O uso adequado da tecnologia deve ser o parâmetro diferencial das empresas que despertam no mercado, aprimorando cada vez mais o seu produto/serviço.

Conhecer a exata aplicação da tecnologia é a consequência natural da otimização dos recursos disponíveis que irá alavancar ganhos de escala, gerando resultados positivos.

Segundo Giosa (1995) o desenvolvimento e treinamento do corpo funcional instrumentalizará, informará e atualizará cada vez mais as operações com equipamentos. E isto, além dos resultados, trará condições de maior motivação e qualidade do produto/serviço oferecido.

A criatividade, definida como a “vitória sobre o limite”, deve ser a alavanca para a participação do corpo funcional nos novos tempos que a empresa enfrentará com a modernidade.

As “seções de exercícios de criatividade – SECs” poderão ser desenvolvidas de forma sistemática e ampla, abordando destes temas específicos até assuntos gerais, coordenadas por um comitê interno, formado por funcionários de todos os níveis, que analisará as sugestões enquadrará no cenário e momento da empresa.

Esta verdadeira provocação acaba sempre abrindo espaço para os talentos humanos da empresa. Que devem ser valorizados com a participação, comprometendo-se, com responsabilidade, para o atingimento das metas da empresa.

E, finalmente, uso de técnicas administrativas inovadoras atrairá os pólos das inteligências internas, somando eficiência às organizações.

Conhecer essas técnicas, já com amplo uso nos países do primeiro mundo, dará o verdadeiro “salto da modernização” à empresa.

São elas, dentre outras:

a) introduzir os conceitos de qualidade, melhoria da produtividade, qualidade total e excelência, nos seus estágios específicos é hoje o princípio básico para o real aprimoramento organizacional e ponto de honra para a entrada da empresa no mercado mundial do produto ou serviço que opera;

b) desenvolver a “administração participativa” é outro fator preponderante de êxito das empresas, gerando o compromisso do funcionário com a empresa, co-responsabilizando-o com os resultados esperados no

período, e, ao mesmo tempo, criando condições de motivação e valorização plena do corpo funcional;

c) introduzir o “downsing”, quando for o caso, para as grandes organizações principalmente, e que é, por definição, a redução dos níveis hierárquicos, providência necessária para se “enxugar” o cronograma, reduzindo o número de cargos e agilizando a tomada de decisões – o que não implica, necessariamente, em cortes de pessoal;

Sob estes enfoques é que surge também como técnica inovadora, tratada sob o prisma estratégico, a terceirização, que visa, acima de tudo, propor um novo paradigma para a concretização da empresa moderna com excelência.

Em síntese, a caracterização das técnicas administrativas inovadoras, levará à aplicação do que chamamos os “modernos instrumentos de gestão”, baseados:

- na introdução ao modelo organizacional “pró-resultado”;
- na execução de planos de gestão que se baseiam em desafios;
- na gestão participativa com o real compromisso de execução dos planos e atingimento dos resultados.

2.3- Fatores Condicionantes da Terceirização

Podemos considerar de uma forma ampla e geral, e uma série de fatores que condicionam, de maneira efetiva e determinante do sucesso, a implantação de processos de Terceirização nas empresas.

São eles: ambientes estratégico, organizacional, político, tecnológico, jurídico, social, econômico.

Cabe, a cada um deles, esclarecimentos de alguns pontos importantes que podem ser avaliados e que estão abaixo descritos.

1. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE ESTRATÉGICO

Este, por sua vez, deverá ser completo, abordando:

a) Os motivos da existência da empresa, conhecendo e focalizando a sua verdadeira missão, os objetivos e as diretrizes, as políticas gerais e

setoriais, a verdadeira aderência e compatibilidade do negócio, além de um conhecimento amplo do mercado e as formas de comercialização;

b) As vertentes estratégicas que levam a uma maior “aderência” e compatibilidade com os sistemas de informação;

c) A necessidade natural do conhecimento amplo dos funcionários sobre o novo sistema de gestão que será implantado;

d) Em nível de conflitos, com a revisão dos objetivos/diretrizes/políticas, a empresa estará apta a relacionar com todos os níveis hierárquicos e postos de trabalho, com confiança e competência necessária para esta ligação;

e) A revisão dos papéis/funções dos funcionários através da implantação de políticas setoriais. Assim, os conflitos internos poderão interromper, com a presença ou não de sindicatos, com grande poder de influenciar adequadamente ou não a implantação de programas de Terceirização nas empresas.

Outras vertentes estratégicas secundárias poderão ser consideradas, tais como:

- A disseminação da tecnologia terá efeitos nos programas de Terceirização usados pelo fornecedor/parceiro;
- Surgirão novos concorrentes entre as empresas prestadoras de serviços, nos seus respectivos segmentos;
- Haverá um “boom” natural de novos empreendedores, que estarão no mercado, incentivados ou não pelas empresas em que atuavam;
- Na tentativa de ocupar espaços no mercado, estes novos empreendedores poderão aparecer como substitutos de antigos “fornecedores” com a aplicação de novas tecnologias;
- O consumidor/cliente mudará rapidamente de hábitos, podendo, com,isso, aumentar seu grau de exigência na prestação de serviços;
- Dependendo do mercado de oferta de serviços e do número de empresas que surgirão, poderá haver amplas oportunidades de crescimento;
- A modernização nas empresas prestadoras de serviços poderá levar a uma automação da oferta de serviços, como consequência da personalização destes mesmos serviços.

2. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE POLÍTICO

Cada vez mais os governos brasileiros, seja nível municipal, estadual e federal, têm considerado a Terceirização como uma adequada de proceder a mudança estratégicas/operacionais nos órgãos públicos.

Conforme Marinho (1995), os programas de desestatização da economia, de privatização de empresas estatais, de abertura da economia para produtos antes não liberados, de desregulamentação das leis e da burocracia, e os programas de qualidade e produtividade, dão ao Estado condições de avaliar os reflexos multinacionais que ocorrerão com a implementação da Terceirização nos órgãos públicos.

De acordo Marinho(1995), iniciativas como a tentativa da diminuição da máquina pública e busca de menos interferência na economia, com a participação da iniciativa privada em parceria com o Governo, dão destaque ideal que consagram a terceirização como processo gerador da reflexão sobre o papel do estado e a necessidade de redução de custos, melhoria da qualidade dos serviços prestados à população, uso da tecnologia e transferência de conhecimento entre as empresas.

3. TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE ORGANIZACIONAL

Vários tópicos poderão ser considerados com a introdução da Terceirização nesta abordagem, tais como:

- a) O espaço físico de ocupação da empresa poderá ser significativamente alterado;
- b) A estrutura funcional sofrerá mudanças, com alterações nos níveis hierárquicos, extinção e criação de novos cargos nas áreas terceirizadas e nas áreas que executam as atividades principais da empresa;
- c) A atividade funcional e a delegação de autoridade sofrerão variações freqüentes;
- d) Haverá rupturas nos processos de centralização e descentralização administrativas, dependendo da área e empresa, à luz do conceito da abordagem contingencial, específico para cada companhia;

e) As normas, sistemas e métodos operacionais deverão sofrer alterações e revisões constantes, para suportar as mudanças advindas da terceirização;

f) O quadro de pessoal, invariavelmente, sofrerá mudanças;

g) Os controles internos e os sistemas de informações gerenciais deverão se adaptar ao novo processo, trazendo mais suporte e qualificação de dados para a tomada de decisão.

4. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE ECONÔMICO

Poderão ser considerados os seguintes tópicos decorrentes da aplicação da Terceirização nas empresas:

a) A estrutura de custos internos deverá ser adaptada à nova sistemática, definindo a sua conceituação a nível contábil e operacional.

Os dados fornecidos por este sistema de custeio permitirão avaliar, com freqüência, os custos terceirizados em relação aos custos despendidos pela atividade interna;

b) Em nível de investimentos, poderá haver variações de planejamento, de acordo com a agilidade de implantação da Terceirização, bem contábeis da depreciação dos mesmos;

c) Os preços e tarifas praticadas deverão ser revisados pelas empresas com a introdução da Terceirização considerando a participação dos serviços que têm influência, direta ou indireta, na determinação do cálculo final;

d) Os custos dos processos de produção, distribuição, comercialização e das atividades administrativas de apoio, deverão ser revistos com a implementação da Terceirização, pois refletem diretamente na máquina administrativa-operacional da empresa.

5. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE TECNOLÓGICO

Neste tópico, consideraremos:

a) A disponibilidade do uso da tecnologia pelas prestadoras de serviços, já que poderão assim fazê-lo, com economia virtual de escala no uso otimizado;

- b) A adequação da tecnologia na adaptação dos equipamentos ao nível de exigência do cliente;
- c) A necessidade de transferência do conhecimento da utilização da tecnologia entre contratado e contratante, no aperfeiçoamento das relações;
- d) A possibilidade de desenvolvimento de um plano de melhoria tecnológica que o prestador de serviços poderá propor ao contratante, com vistas a obter melhores resultados operacionais.

6. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE SOCIAL

As circunstâncias especiais do momento político e social que o Brasil enfrenta nos levam a refletir sobre a questão do emprego.

Este tópico enseja analisá-lo sobre dois prismas:

- Quanto à abertura de novos negócios

Neste sentido, por exemplos internacionais até, a Terceirização levará à rápida formação de novas empresas em vários segmentos do setor serviços.

Com isso, já está ocorrendo uma oferta de mão-de-obra mais intensa nestas áreas, aquecendo um pouco o mercado e freando naturalmente os efeitos do desemprego causados pela recessão, em nível de todos de atuação das empresas.

- Quanto à revisão das funções decorrentes da aplicação da Terceirização

As reestruturações funcionais são inevitáveis nas empresas com a implantação da Terceirização.

Caberá à alta administração, com a sua visão estratégica, delimitar as conseqüências internas deste processo, abordado:

- a) O aspecto social das demissões, quando ocorrem, procurando facilitar o processo junto aos funcionários, tentando, sempre que for possível, através de negociação com o fornecedor de serviços/parceiros que estará sendo contratado, o acolhimento, de uma forma, total ou parcial, destes funcionários que irão ser agora colaboradores em uma nova empresa-parceria;
- b) A movimentação interna funcional, com a Terceirização, ensejará ao administrador a possibilidade de aproveitar a mão-de-obra disponível das

áreas terceirizadas, mas já com o conhecimento da empresa, sua cultura e filosofia, e, devidamente treinados e com potencial, para as atividades-fim, que serão naturalmente incentivadas e em crescimento, pois a Terceirização tenderá a fazer expandir a empresa nestas micro-unidades.

Este enfoque é extremamente importante pois a tendência empresarial, com a implantação da Terceirização sem atentar para os seus talentos humanos, poderá leve-los a demitir, num determinado momento, sem perceber que no instante posterior necessitará de admissões imediatas, tendo em vista a expansão natural das áreas que compõe as atividades principais, decorrentes do aumento dos negócios.

7. A TERCEIRIZAÇÃO E O AMBIENTE JURÍDICO-LEGAL

De acordo com Giosa (1995), as experiências iniciais de aplicação da Terceirização trouxeram dúvidas na conceituação jurídica, trabalhista e legal para as empresas brasileiras.

No entanto, hoje, está claro que as relações são empresariais e de pessoas jurídicas entre si. Não existe lei que proíba o processo de Terceirização.

No entanto, cuidados especiais deverão ser tomados quando a relação se dá entre empresa-mãe com a empresa formadora pelo ex-funcionário são eles:

a) A relação entre a empresa e o seu ex-funcionário deverá ser como pessoa jurídica e não como autônomo;

b) A empresa formada pelo ex-funcionário não poderá ter empresa-mãe como único cliente.

c) Caberá à empresa-mãe até incentivar a conquista de outros clientes pela formada por ex-funcionários, verificando se isto está ocorrendo, para assegurar verdadeiramente a situação;

d) Os sindicatos e os empresários, dentro dos limites de relacionamento naturais, já avançaram muito na discussão e na interpretação da utilização da Terceirização nos mais variados segmentos.

3– A TERCEIRIZAÇÃO

3.1- Conceito e fundamentação histórica

A Terceirização traz de volta um velho conceito – A especialização da produção – em que cada empresa focaliza todos os recursos humanos, tecnológicos e materiais naquela atividade que lhe garante vantagens competitivas. Essa nova forma de Gestão Empresarial é inserida dentro de um contexto, a nível mundial, de profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, haja vista a nova ordem internacional com a globalização da economia, a formação de blocos comerciais, a queda dos regimes socialistas, o conjunto de inovações tecnológicas das últimas décadas o qual chamaremos de III Revolução Industrial e que resultou na queda de velhos paradigmas e na busca de novas alternativas que viabilizem aos Estados, às Empresas e aos Homens a continuidade ou o melhoramento das condições de vida, de competitividade e de emprego respectivamente.

Nesse ramo, a idéia da intermediação da mão-de-obra foi repelida, havendo notícias no direito comparado de que, em 1º de março de 1848, a França haveria abolido o *marchandage*, o qual consista precisamente na intermediação de mão-de-obra, sob o argumento de que não sendo o trabalho mercadoria descaberia a sua intermediação.

A segunda guerra mundial, trouxe a noção de desverticalização da indústria bélica, fenômeno que guarda exata simetria com a terceirização.

No Brasil, foi seguida a mesma trilha que condenava a intermediação da mão-de-obra, até meados da década de 1.960, quando, pelos Decretos-lei nº 1.212 e 1.216 nasce a possibilidade da contratação de serviços de segurança bancária. Paralelamente, com a instalação das indústrias automobilística, verdadeiras montadoras, ocorre a desverticalização da linha de produção, porque o serviço era prestado diretamente aos fornecedores de tais indústrias, ficando o prestador de serviço vinculado apenas ao seu verdadeiro empregador, fornecedor de peças.

Mais tarde, copiando uma recém editada Lei francesa, o Brasil permite a concentração do trabalho temporário, nos moldes da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e nessa linha evolutiva, a Lei 7.102, a qual revogando o

Decreto-Lei 1.034/69 melhor disciplinou a contratação de empresas de segurança.

O verdadeiro marco evolutivo da terceirização deita raízes no Dec.-lei 200/67, o qual, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização, nos seguintes termos:

“Capítulo III – da descentralização

(...)

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

(...)

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controlo e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das 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.”

Por que não reexaminar o papel da organização, transferindo para terceiros a incumbência pela execução das atividades secundárias, passando a empresa a concentrar todos os seus esforços na sua atividade principal, gerando com isso mais resultados?

A recessão como pano de fundo levou também as empresas a refletirem sobre sua atuação. O mercado, cada vez mais restrito, acabou determinado à diminuição das oportunidades, possibilitando que novas abordagens fossem aplicadas para buscar a minimização das perdas.

O QUE É TERCEIRIZAÇÃO ?

É a tendência de transferir para terceiros, atividades que não fazem parte do negócio principal de empresa.

É uma tendência moderna que consiste na concentração de esforços nas atividades essenciais, delegando a terceiros as complementares.

É um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros – com os quais estabelece uma relação de parceria mais ficando

a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

- Processo de gestão
- Parceria

Prosseguindo à análise de sua denominação e conceito, registre-se que terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas.

Segundo MARTINS, a terceirização pode ser definida como:

“...contratação de terceiros visando à realização de atividades que não constituam o objeto principal da empresa.”

Sendo assim, podemos definir este termo como uma técnica administrativa que repassa as atividades acessórias da empresa tomadora de serviços a quem contrata.

Para Pedro Vidal, a *“terceirização seria a transferência a outras organizações de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meios para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fins”*.

Logo, a terceirização define-se como uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial.

MARTINS também divide a terceirização em estágios de atuação, sendo eles: inicial, intermediário e avançado. O **inicial** abrange as empresas que repassam a terceiros atividades que não têm tanta importância no seu âmbito empresarial, a exemplo de serviços de limpeza, conservação, transporte, assistência contábil, etc. O **intermediário** é quando se desenvolvem atividades mais ligadas à atividade principal da empresa, como manutenção de máquina, usinagem, etc. O **avançado**, quando são terceirizadas atividades ligadas diretamente à atividade da empresa, como fornecimento de produtos, administração de fornecedores, etc.

O conceito de terceirização é discutido por diversos estudiosos do Direito. Muitos desses autores privilegiam neste conceito a especialização dos serviços terceirizados ligados à atividade-meio.

De acordo com BARAÚNA (1997, p.55):

“Atualmente, emprega-se este vocábulo para designar a prática adotada por muitas empresas, de contratar serviços de terceiros para suas atividades-meio. Da noção de contratar terceiros, surge a palavra terceirização”.

Leiria (1991) define como sendo *“o fenômeno consistente na contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros, para suas atividades-meio”*

Magano (apud MAUAD, 1999, p.208) define o tema da seguinte forma: *“o verbo terceirizar usa-se modernamente para significar a entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa”¹.*

Robortella (apud MAUAD, 1999, p. 208) faz a seguinte colocação:

a palavra terceirização incrustou-se definitivamente ao processo econômico, indicando a existência de um terceiro que, com competência, especialidade e qualidade, em condição de parceria, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante.

Para Martins (2001, p.23):

a terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando até o momento do tema. Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organiza-la e estabelecer métodos da atividade empresarial. No entanto, a utilização da terceirização pelas empresas traz problemas jurídicos, que necessitam ser analisados, mormente no campo trabalhista (...). Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra.

Magano e Nascimento, entre outros autores, chamam a atenção para a definição de conceitos correlatos ao da terceirização, como é o caso da locação de serviços.

De acordo com Magano (1984, p.27 apud COSTA, 2001):

A locação de serviços diferencia-se do contrato de trabalho porque este pressupõe trabalho subordinado, enquanto que aquela comporta também o trabalho autônomo: porque a primeira autoriza a presença de pessoas jurídicas como partes contratantes, ao passo que a segunda requer serviço executado por pessoa física. Ademais, alguns autores admitem a gratuidade da locação de serviços, enquanto a relação de trabalho é necessariamente onerosa.

Nas palavras de Nascimento (1993, p.417):

"[a prestação de serviços] caracteriza-se pelo fato de o contrato ter como objeto o intercâmbio entre empregados. Enquanto na terceirização de fornecimento se tinha a circulação de bens, nesse tipo se tem a circulação de pessoas que prestam serviços a várias empresas, não possuindo vínculo empregatício com nenhuma delas, tendo o registro consignado si perante a prestadora de serviços". Acrescenta: "enquadra-se também neste processo de locação de mão-de-obra. Porém aqui não há a figura de empresas interpostas, pois a administração da cooperativa se efetua através dos próprios empregados".

Ressalte-se que, assentar tais conceitos, é de suma importância para que se possa compreender o processo de terceirização, devendo ser analisados alguns aspectos relevantes para concepção desse sistema.

3.2 – Terceirização: o novo fenômeno no Direito do Trabalho

A terceirização constitui-se num fenômeno resultante da evolução das relações trabalhistas no tempo. O Direito do Trabalho teve a sua gênese, enquanto ramo jurídico, na Primeira Revolução Industrial, no século XVIII, quando a produção em massa atraiu a aglomeração de mão-de-obra, cuja consciência coletiva favoreceu a luta por melhores condições de trabalho provocando a migração da mão-de-obra rural para os grandes centros urbanos. Logo após, urge a intensa mecanização do trabalho no campo e dos processos industriais de produção em série provocou a transmigração do setor secundário para o terciário. E, como finalizadora, a conhecida "*Revolução Tecnológica*", representada pelos setores da cibernética, informática e automação já tem produzido profundas modificações nas relações de trabalho, exigindo mão-de-obra qualificada pelo conhecimento intelectual

Outra grande alteração na absorção de contingente laboral resultou da globalização, produto maior dessa mais recente fase mutante. É que, como consequência da acirrada competitividade dos mercados mundiais, os empregadores se depararam com pressões econômicas de tal monta que somente na terceirização e na flexibilização dos direitos trabalhistas vislumbraram sua amenização.

O principal objetivo das empresas tem sido a diminuição de custo, a fim de fomentar a concorrência, extraindo maior margem de potencial lucrativo.

O setor público, por seu turno, não objetiva concorrência, tampouco lucratividade.

Foi primeiramente na esfera das relações públicas que a terceirização foi introduzida e se desenvolveu no Brasil. Como mentor da terceirização brasileira, o Poder Público estabeleceu como alvo o aprimoramento das estratégias de administração, descentralizando ao máximo as atividades sob a sua direção.

A Administração Pública comprime-se ao princípio da legalidade, podendo somente fazer aquilo que a lei determina e não o que a lei não proíbe. A Terceirização, nas suas mais variadas formas, na Administração Pública deverá estar respaldada na lei, sob pena de ilegalidade.

4– A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1- Considerações preliminares

Segundo Leira (1992), o poder Público exerce, além de serviços públicos, outras atividades de interesse da comunidade, como mediar relações entre particulares proporcionando segurança nas transações; exercer atividades instrumentais oferecendo equipamentos, tecnologias e recursos humanos necessários para a prestação de serviços; fomentar atividades de interesse comum com a criação de incentivos fiscais ou materiais; e a fiscalizar as atividades dos particulares exercendo, para tanto, seu poder de polícia administrativa.

De todas essas funções destaca-se a prestação de serviços pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes. O serviço oferecido pelo Poder Público tem natureza distinta daquele serviço ofertado por particulares, posto que o regime jurídico é de Direito Público, configurando assim uma preponderância dos interesses da sociedade e não dos particulares.

Os serviços não são considerados públicos porque são prestados pelo Estado ou por suas entidades, mas são públicos porque o interesse na sua prestação é geral e atinge indistintamente toda a comunidade. A prestação de serviços pelo Estado faz parte de sua missão, ou seja, ele existe enquanto prestador de alguns serviços ou atividades inerentes à sua essência.

A doutrina jurídica define serviço público como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administradores, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico”.(Celso Antônio Bandeira de Mello, Prestação de serviços públicos e administração indireta, Revista de Administração de Empresas, 1993, p.1).

Ao lado do serviço público propriamente dito, pode-se dizer, com segurança, que o Estado exerce outros serviços não definidos como públicos, a exemplo da limpeza do prédio da Prefeitura ou da Câmara. Muito embora

sejam distintos, há, por vezes, alguma confusão. Contudo, é importante afirmar que o Poder Público pode valer-se deles de forma direta – executando-os por seus próprios meios – ou de forma indireta, quando contrata com terceiros que possam, em seu lugar, executar a atividade desejada.

Na observação de Costa(1994) as atividades que o Poder Público não oferece diretamente à comunidade podem ser executadas por terceiros, pois não se discute o princípio da supremacia do interesse público, por tratar-se de atividade interna, muito embora todos os atos da Administração Pública devem atender à lei.

4.2- Formas de Execução de Serviço Público

A instituição, regulamentação, execução e controle dos serviços públicos são, via de regra, do Estado. Isto quer dizer que é a Administração Pública, direta e indireta, quem decide, nos termos de sua competência legal e constitucional, quais os serviços que irá oferecer à comunidade e de que forma será. A doutrina aponta duas formas de prestação de serviço público: a centralizada (direta) e a descentralizada (indireta) que, por conveniência e oportunidade, podem, em princípio, ser utilizadas pelo Poder Público.

É centralizada quando o Estado, em seu nome e sob total responsabilidade, vale-se de seus próprios órgãos para executar um serviço público. Será prestação descentralizada ou indireta quando a execução é atribuída a outra entidade, diferente da Administração Pública, para que a realiza constante a lei e o interesse comum.

Costa (1994) cita que a descentralização da prestação do serviço público pode se dar através de uma pessoa pública, como é autarquia, ou de uma pessoa privada (empresa privada, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação) na qualidade de autorizaria, permissionária, concessionária ou contratada, conforme o interesse. Esta forma consagrada de prestação dos serviços estatais elimina qualquer dúvida sobre a possibilidade de se ter interposta pessoa trabalhando junto à Administração Pública.

4.3- Serviços Autorizados, Permitidos, Concedidos ou Contratados

A natureza do serviço ou a legislação podem definir a forma (direta ou indireta) que o Estado deve utilizar para executar certo serviço. Em linhas gerais, o Poder Público, após apurada análise das necessidades da comunidade e das suas condições políticas e econômicas e fundamentadas na lei, pode escolher a concessão, a permissão ou a autorização, se quiser, por exemplo, que o particular se remunere dos custos diretamente através de tarifas, ou pode optar pela contratação quando a remuneração for feita pelo próprio Estado. Ou, ainda, se dispuser de meios próprios poderá oferecer o serviço diretamente, remunerando-se com arrecadação tributária geral.

Numa rápida leitura dos artigos 30, V e 175 da Constituição Federal, que versam sobre uma administração indireta do serviço de transporte coletivo e, do conceito de serviço público, é possível pensar que tais serviços só poderiam ser prestados indiretamente por permissão ou concessão. Contudo, uma interpretação harmônica e sistemática da Constituição Federal e de legislação vigente, com apoio na doutrina e na jurisprudência, é facultado, ao Estado, valer-se também da autorização e da contratação de serviços de terceiros, quando optar por uma forma descentralizada (indireta) de execução de serviços.

O aspecto principal a ser considerado para a escolha da forma de execução não deve ser a forma de pagamento, mas sim a forma que melhor atender aos anseios da população. Assim de nada valerá optar pela concessão se o usuário não ficar satisfeito.

A par desta possibilidade o Estado não pode esquivar-se de sua missão, ou seja, não poderá delegar a terceiros funções que lhe são próprias e, portanto, indelegáveis, a exemplo do serviço de segurança pública, do serviço judiciário, da produção de leis e atos normativos, da fiscalização, etc. São, pois, atividades inerentes à existência do Estado consolidando sua existência como prestador destes serviços próprios e indelegáveis.

4.4- Serviços Públicos contratados são serviços terceirizados

De acordo com Pimenta (1994), é possível ao Estado delegar a execução de alguns serviços por autorização, permissão e a concessão ou simples contratação. A autorização, a permissão e a concessão encerram um

regime jurídico próprio do Direito Público por serem atos unilaterais, ao passo que a contratação, muito embora o Estado tenha prerrogativas consoante o direito administrativo, há também de Direito Privado, por tratar-se de ato plurilateral. Esta distinção permite concluir que a contratação de serviços pelo Poder Público ou entidades por ele criadas é na verdade uma Terceirização de serviços públicos, sendo o contrato administrativo o instrumento desta terceirização.

Segundo Costa (1994), a terceirização de serviços realizada pelo Estado pode ser definida como um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, sob um regime de Direito Administrativo, ficando o Estado concentrado apenas nas atividades próprias e de império, que são indelegáveis.

Tal afirmação fundamenta-se, também, na legislação que disciplina a contratação de obras, bens e serviços. Assim se a lei regulamenta como contratar terceiros para, em nome do Estado executar certas atividades, permitiu, em outras palavras, ao Estado valer-se de uma terceirização. No entanto, o processo de contratação dos serviços é distinto daquele visto na iniciativa privada. É diferente porque o Estado tem prerrogativas para atender ao interesse público. É diferente pois há uma legislação própria para o Estado contratar serviços. É diferente pois o Estado deve observar as regras pertinentes aos servidores e aos agentes públicos. Mas não é por ser diferente que está vedado ao Estado contratar terceiros num processo de terceirização adaptado ao Direito público.

Assim quando o Estado contrata terceiros deve observar o procedimento licitatório, os ditames da Lei Orgânica quando for município, a natureza do serviço e tantas outras exigências que surgem a cada caso, que não são prevista para a iniciativa privada.

Sendo possível a terceirização de serviços, resta saber se há limites para o Poder Público terceirizar. A resposta é afirmativa. O limite está na natureza do serviço, pois nem todos podem ser delegados.

Os serviços inerentes ao Estado hão de ser prestados diretamente ou pelas entidades governamentais, como serviços de educação, saúde, segurança pública. Assim não se pode falar em terceirização do ensino, mas poder-se-ia falar em terceirização da limpeza das dependências das escolas de

rede pública. Assim como não se pode terceirizar a prestação de saúde, mas nada impede que se tenha um serviço de transporte de pacientes executado por uma empresa contratada. Os limites são inerentes à missão do Estado.

A regra poderia ser: todas as atividades estatais de poder ou império são indelegáveis e, portanto, não podem ser terceirizadas; e todas as demais que não apresentem tais características podem ser terceirizadas pelo Estado.

4.5- A Terceirização nas Entidades Governamentais

A terceirização também pode alcançar alguns serviços prestados pelas entidades governamentais, que são aquelas criadas pelo Estado para prestarem serviços públicos ou para explorarem atividades econômicas. Essas entidades governamentais são as fundações.

Por serem organizações privadas, as entidades governamentais estão submetidas ao regime de Direito Privado podendo contratar com terceiros, nos termos da lei.

As entidades governamentais poderão ser ainda concessionárias ou permissionárias do Poder Público e neste caso não poderão terceirizar os serviços objeto da permissão ou concessão. Eis o limite para estas entidades terceirizarem suas atividades.

4.6- Requisitos para terceirizar nos Órgãos Públicos

Como toda idéia a ser posta em prática, a terceirização no setor público depende de um projeto capaz de analisar todas as circunstâncias que envolvem a questão:

- deve ser discutida a oportunidade ou necessidade da prestação do serviço, considerando, dentre outros, os custos e a qualidade. É fato que alguns serviços foram elevados, por lei, à categoria de serviço por entender-se, à época, que a iniciativa privada não estava apta a exercê-lo livremente. Mas na tentativa de modernizar a atuação do Estado, devem-se considerar quais serviços precisam continuar ser deixados à cura dos particulares, permitindo que as leis de mercado exerçam o controle.

- listados os serviços públicos que a Administração pretende continuar prestando, resta considerar quais poderiam ser delegados à execução de terceiros, mantendo o controle e a fiscalização. Com isto o Estado pode se concentrar em atividades inerentes à sua existência, melhorando a qualidade de sua prestação.

- identificado quais os serviços que serão delegados a terceiros, o administrador público deve buscar, através de um procedimento licitatório, nos termos da Lei federal nº 8666/93, com as alterações feitas pela Lei nº 8883/94.

De acordo com Costa (1994) parceiro é aquele que tem interesse comum com alguém. Na iniciativa privada os interesses são particulares; no setor público os interesses não de ser públicos. Assim o Estado vai buscar um parceiro que, nos termos do contrato, terá interesse público, não implicando que deva prestar o serviço gratuitamente, mesmo porque nem o Estado assim os realiza, posto que a população remunera-o através dos tributos ou das tarifas. Então nada obsta que o Estado tenha parceiros.

- coroando o procedimento licitatório a Administração deve celebrar o respectivo contrato com o vencedor do certame. Este contrato espelha as cláusulas do edital, daí a importância de ser o edital cuidadosamente elaborado.

- Uma das vantagens de contar com terceiros executando serviços junto ao poder Público é a possibilidade de exigir tudo o que foi pactuado, aplicado as sanções preestabelecidas toda vez que o contrato for descumprido. Assim, é fundamental que o contrato de prestação de serviço contenha cláusulas que permitam o controle e a fiscalização, além dos destaques já referenciados, relativos à qualidade, preço, prazo e inovações tecnológicas.

4.7- O Controle dos Serviços Terceirizados

Sobre um serviço ou uma atividade estatal de responsabilidade da administração direta, autarquia ou das pessoas governamentais, que é trespassado para um terceiro explorar, incidirá, sempre, um controle e uma fiscalização daquele que delegou.

O poder de controlar e fiscalizar são naturais do Estado que apenas outorga a execução dos serviços ou atividades. Busca-se assim atender ao interesse geral consoante as regras de Direito Público.

Entendem-se, desta forma, ser compatíveis com a terceirização no Estado as disposições que prevê o controle do Tribunal de Contas do Estado (art. 35, parágrafos 1º e 2º da Constituição) sobre os contratos administrativos, pó ser este controle uma das regras de observância comum. Isto não afronta a autonomia das partes contratantes que pactuam nestes termos.

4.8- Os Servidores e os Agentes Públicos no Processo de Terceirização

O trespasse de um serviço, até então executado pelo Estado, implica na alteração da regulamentação do serviço (lei ou decreto). Assim, se o serviço ou atividade era executado diretamente pelo órgão público ou sob regime de concessão ou permissão, consoante a lei, será necessário compatibilizá-la, permitindo a terceirização.

Em um processo de terceirização a Administração Pública poderá extinguir departamentos, secretarias e, conseqüentemente, os cargos e empregos. Com a extinção dos cargos públicos da Administração direta, os servidores ficarão em regime de disponibilidade remunerada se estáveis, até que sejam aproveitados adequadamente em outro cargo ou então deverão ser dispensados, mediante processo administrativo, se forem servidores não estáveis.

Com a extinção dos empregos nas entidades governamentais, os agentes públicos poderão ser aproveitados adequadamente ou dispensados, consoante processo administrativo que demonstre o interesse público.

Os agentes públicos são admitidos por concurso público, nas áreas governamentais, num regime celetista de trabalho e não desfrutam a prerrogativa de estabilidade no Serviço Público.

Pode-se, então, demonstrar, de forma objetiva, as frases que comporão uma “planilha de operacionalização” da terceirização nos organismos públicos e que, se adotados, darão início integrado e equilibrado, para a sua implantação.

São elas:

1. Reconhecimento da vontade política dos dirigentes.
2. Planejamento estratégico com a definição completa das áreas a serem terceirizadas e identificação efetiva da missão da empresa.
3. Envolvimento do corpo funcional com a criação de grupos de trabalho com atividades e prazos previamente definidos.
4. Detalhamento dos itens a serem terceirizados com o aprofundamento dos estudos quanto:
 - a) Custos envolvidos;
 - b) Qualidade dos serviços;
 - c) Áreas físicas;
 - d) Regionalização;
 - e) Interesse estratégico e logístico;
 - f) Mão-de-obra disponível e reenquadramento em áreas de futura expansão:
 - g) Identificação de prováveis fornecedores;
 - h) Potencial de atendimento.
5. Definição de contrato
6. Redefinição das funções operacionais e de coordenação junto às áreas terceirizáveis.
7. Projeção dos custos/benefícios, a curto/médio prazos.
8. Disponibilidades de parceria com ex-funcionários
9. Controle/acompanhamento efetivo do processo através da diretoria/corpo funcional/grupo de trabalho com viabilização múltipla dos envolvidos.
10. Definição de índices identificadores dos resultados alcançados com a terceirização.

As atividades terceirizáveis mais comuns que hoje têm sido utilizadas nas empresas estatais e órgãos da administração direta são:

- Transporte (dependendo da empresa)
- Arquivo morto
- Desenvolvimento de sistemas
- Processamento de dados
- Administração de mão-de-obra

- Limpeza e conservação
- Serviços gráficos
- Segurança/vigilância
- Manutenção geral, entre outros.

4.9- O Processo de Terceirização nas Empresas Públicas

Segundo Vale (1992) a Terceirização no setor público surge, no Brasil, com certa defasagem cronológica, mas como uma alternativa possível para tornar as empresas mais competitivas e enxutas encontrando um ambiente muito favorável, com muito trabalho por fazer pois a maioria das corporações está com alto grau de verticalização. Um passado perdulário despreocupado com os custos, favorecido por reservas de mercado, incentivos fiscais e outras benesses governamentais, além da concorrência relativamente fraca, fez com que a estrutura organizacional de muitas empresas crescesse em proporção geométrica ao volume de negócios. A mudança radical no contexto externo e interno com o acirramento da concorrência, o estado deplorável das finanças públicas, o encarecimento do capital disponível para financiamentos e um consumidor cada vez mais consciente de seus direitos, colocam em evidência a necessidade de repensar as organizações e de operar com estruturas leves e enxutas.

De acordo com Pimenta (1994), terceirização significa transferir a terceiros atividades não essenciais de uma empresa, ou seja, a contratação de serviços de terceiros para a realização de atividade-meio, possibilitando-lhe concentrar-se em atividade-fim.

A escolha de parceiros tem contemplado as alternativas:

- Buscar no mercado empresas especialistas, que preencham os requisitos desejados;
- Promover a criação de empresas administradas por ex-funcionários, com reconhecido KNOW-HOW da atividade a ser terceirizada;
- Desenvolver fornecedores já estabelecidos, mas que ainda não tenham alcançado o perfil desejado.

Segundo Vale (1992), Terceirizar significa o estado se concentrar em suas atividades, contratando de empresas privadas as tarefas-meio, para que haja ganho da qualidade dos serviços e a redução de seus custos.

Ao liberar-se das atividades-meio, a administração pública esta:

1. • Agilizando seus serviços pela redução da burocracia estatal;
2. • Liberando recursos financeiros e humanos para suas atividade-fim;
3. • promovendo o desenvolvimento econômico e social, pela geração de novos empregos, empresas e impostos que reverterem um benefício a comunidade;
4. • Otimizando seus custos administrativos e trabalhistas;
5. • reduzindo seu imobilizado em estoque, parque de máquinas, equipamentos e material administrativo-burocrático, imóveis etc.;

De acordo com Vale (1992) ao optar pela terceirização, as empresas públicas devem identificar todos riscos, quantifica-los e só então partir para a sua administração de parceria. De qualquer forma, a contratação de terceiros para o desenvolvimento da prestação de diversos tipos de serviços que não representem a atividade-fim de uma empresa, tem mostrado resultados reconhecidos na eficácia, na desburocratização administrativa, economia de recursos, aumento de produtividade e melhoria da qualidade do produto.

As parcerias no caso dos serviços que não hajam considerados estratégicos e que apresentam um mercado competitivo entre os seus possíveis fornecedores, mantendo apenas o controle sobre a quantidade, a qualidade e o preço dos bons serviços ofertados.

Para tanto é importante a criação de um programa que estabeleça as condições necessárias para a terceirização ou parceria, possibilitando a implementação de projetos-piloto ou experimentais de forma gradual.

A terceirização monitorada por esse programa pode transferir a gestão e a operação de equipamentos e funções públicas para entidades privadas, associações, cooperativas, empresas etc.

Operacionalmente, o programa de terceirizações e parcerias atenderia à demanda das diversas unidades do estado, sejam da administração direta ou indireta, também seria descentralização, no intuito de

definir quais são suas funções “não-estratégicas” e possíveis de serem terceirizados.

Far-se-iam então estudos sobre as condições efetivas em que se encontram o mercado de fornecedores dos serviços que se pretende terceirizar. Isso porque é imprescindível haver uma oferta mínima de prestadores de serviços na região para garantir concorrência e a competitividade entre as empresas que disputarão a contratação, a fim de evitar a formação de cartéis ou oligopólios de fornecedores.

O estado garante a agilidade e a qualidade dos serviços contratados, terceirizando-as a um gestor, o qual se responsabilizará pela prestação dos serviços.

Além das terceirizações, parcerias e concessões de serviços que já existem no estado, é possível adotar esse perfil organizacional também em novos ramos da atividade estatal.

O programa de terceirização e parcerias deve gerenciar todos esses processos de descentralização de dentro para fora do estado, separadamente das privatizações, fusões ou extinções, que são outras modalidades de descentralização mais radicais e merecem tratamento específico e diferenciado.

Esse novo modelo de administração pública descentralizada implica a necessidade de institucionalizar mecanismos confiáveis de controle da gestão e dos resultados dos órgãos terceirizados ou que tenham adquirido maior autonomia devido à descentralização.

Os benefícios para o setor público, constantemente acusado de ser “máquina emperrada” ou se constituir em “cabide de emprego”, são claramente detectáveis. A terceirização “enxuga” quadros superlotados e sem função, e ao mesmo tempo que garante à comunidade um serviço eficiente.

5– A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

5.1- Aspectos Gerais

A terceirização é uma das formas adotadas para flexibilizar as relações laborais, sacrificando, em nome da busca de uma maior eficácia econômica, os direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.

A tradição de defesa dos direitos dos trabalhadores fez nascer, desde logo, enorme desconfiança de que o processo de terceirização provocaria prejuízos irreparáveis às conquistas trabalhistas. A intermediação na contratação da mão-de-obra, em prejuízo dos trabalhadores, sempre foi repudiada pela doutrina e jurisprudência, que a atacam veementemente como uma forma de marchandage.

Por marchandage entende-se a mercantilização da força de trabalho. A empresa de colocação de mão-de-obra, assumindo uma atitude de exploração do trabalho alheio, intermedia a relação entre patrão e empregado, subtraindo uma parte da remuneração deste. Por equiparar “trabalhador” e “mercadoria”, é prática repudiada pela doutrina e jurisprudência. A vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem.

Na Administração Pública, acresça-se que a contratação de pessoal exige a realização de concurso público (artigo 37, II, da Constituição Federal).

Nas relações privadas a intermediação de mão-de-obra é legal na contratação de trabalho temporário, admitido pela Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e regidas pelo artigo 442, parágrafo único, da CLT, introduzido pela Lei n. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, que assegura aos contratantes a não-formação do vínculo de emprego. A questão é, no entanto, polêmica, como será melhor delineado no item 4, deste capítulo.

A locação de mão-de-obra não se confunde com a terceirização. No entanto, a proximidade dos institutos justifica o estudo conjunto das matérias. Muitas vezes, em sua essência, o instrumento jurídico que formalmente representa um contrato de empreitada (artigos 1.237 e seguintes do Código Civil) configura mera intermediação de mão-de-obra. De tal forma, há quem

identifique nesses contratos “pura e simples comercialização do trabalho humano”, uma vez que “a intermediação ou a colocação do trabalho alheio a serviço de terceiros tem propiciado exploração e lesividade a significativa parcela da população, constituindo-se num instrumento de agravamento dos níveis de injustiça social”.

Ademais, a confusão que se formou inicialmente entre terceirização e intermediação de mão-de-obra provocou reivindicações dos sindicatos e repúdio da jurisprudência.

A questão trabalhista suscitada com a terceirização fez com que os sindicatos, desde logo, denunciasses os prejuízos sofridos pelos trabalhadores. Aponta-se a degradação das condições de trabalho nas empresas terceirizadas, que exigiram um ritmo de trabalho mais intenso, com remuneração menor e perda de benefícios como alimentação, transporte, assistência médica. A perda de postos de trabalho, apenas parcialmente repostos pela contratação de empresas terceirizadas, e a diminuição da massa salarial, com o pagamento de salários inferiores ao piso da categoria terceirizante, também foram indicadas como conseqüências perniciosas do processo.

As empresas passaram a demitir funcionários em massa, estimulando a transformação destes em pequenos empresários, prestadores de serviços aos antigos empregadores. Muitas vezes o empregador anterior torna-se o único cliente da nova empresa formada. Como reação a esse processo, que dá margem a inúmeras fraudes, a jurisprudência trabalhista passou a reconhecer a existência de vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador de serviço terceirizado, vendo no processo de contratação uma burla para evitar a caracterização da relação de emprego com os encargos conseqüentes.

Em sua essência, a terceirização deixaria de fortalecer as relações entre o trabalhador e a empresa que se beneficia diretamente dos serviços prestados. Como conseqüência, a justiça trabalhista, vocacionada para a proteção do hipossuficiente, repudiou esse processo, uma vez que o lucro da empresa locadora de mão-de-obra adviria da diferença entre o recebido da empresa-cliente e o salário pago ao empregado.

A jurisprudência que se formou inicialmente, cristalizada no Enunciado n. 256 do TST, passou a invocar o artigo 9º da CLT, entendendo configurar a terceirização a prática de ato nulo de pleno direito, com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT.

Na justiça trabalhista, a reiteração de um dado entendimento do Tribunal Superior do Trabalho em dissídios individuais suscita a edição de enunciados de caráter uniformizador. Ao expressarem a pacificação da jurisprudência do TST, os enunciados ditam a interpretação que deve ser dada a dispositivos das leis que regulam as relações materiais ou processuais de trabalho. Na ausência de lei, a jurisprudência é fonte das decisões judiciais, conforme previsto no artigo 8º da CLT. Daí afirmarem os autores que “centenas de enunciados, embora destituídos de força vinculativa, como ocorria no passado com os prejudgados, acabam, muitas vezes, por serem considerados, praticamente, o direito positivo aplicável”.

Editado com intuito de unificar a jurisprudência, o Enunciado n.256, de 22 de setembro de 1986, adotou o firme entendimento de que, “salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis n.6.019, de 3 de janeiro de 1974, e n. 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 de serviços”.

Assim, a partir do Enunciado n.256 do TST, a terceirização aparentemente restava inviabilizada pela justiça trabalhista.

Não obstante, a construção doutrinária foi sendo reedificada no sentido de condenar a decisão do TST, que não acompanhava a modernidade da vida empresarial.

Autores como *Pedro Vidal Neto*, *Marly Cardone* e *Octavio Bueno Magano* acentuaram a impropriedade da jurisprudência então assentada, dado que no âmbito das relações privadas o que prevalece é a possibilidade de se fazer tudo que não é vedado pelo ordenamento jurídico. Admitindo o direito o contrato entre empresas, nada justificaria a posição adotada pelo TST contra a terceirização, especialmente porque a Constituição Federal garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal).

A questão seria então saber identificar e diferenciar a terceirização efetiva da simulada, para que o direito não ficasse distanciado da realidade dos fatos.

Pouco a pouco a jurisprudência foi reconhecendo que as atividades mencionadas no Enunciado n.256 não constituíam rol taxativo, representando mera exemplificação do que seria admitido nos ajustes condutores do processo de terceirização, dado que o Enunciado não condenaria a terceirização lícita, ou seja, aquela que não representa mera intermediação de mão-de-obra.

Entendeu-se necessário, nesse momento, diferenciar prestação de serviços (ou locação de serviços, terminologia adotada pelo Código Civil nos artigos 1.216 e ss.) de locação de mão-de-obra. Se o contrato entre terceirizante e terceirizado tivesse por objeto a prestação de serviços de natureza técnica e caráter especializado, em que não há pessoalidade na execução do trabalho, nada justificaria a invocação do Enunciado n.256.

A liberação foi então consagrada na revisão do Enunciado n.256 pelo Enunciado n.331 (de 17.12.1993, DJU de 4.1.1994), que deixou assentados quatro pontos básicos:

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 n.6.019, de 3.1.74).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.83), 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 na 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 (artigo 71 da lei n. 8.666/93).

O discurso vencedor, favorável à terceirização, procurou ressaltar a necessidade de o direito do trabalho voltar-se também para a proteção da imensa massa de excluídos do mercado de trabalho. A reinserção desse grupo

no mercado exigiria a adoção de mecanismos criativos e inovadores, abrangidos no amplo conceito de “flexibilização” do direito do trabalho. Nesse sentido, dentre outras, a lição de *Arion Sayão Romita*, para quem o direito do trabalho não deve preocupar-se apenas como os trabalhadores formalmente empregados, mas prestigiar novas formas de contratação. Até porque, como assinalam alguns, o direito do trabalho não deve ter característica exclusivamente protecionista, nem ser utilizado “como arma contra o empregador”, mas torna-se instrumento de melhoria da condição social do trabalhador, isto é, verdadeiro “instrumento de realização, do interesse nacional”.

Os defensores da terceirização assinalam, ainda, que o direito não deve distanciar-se da realidade dos fatos, o que significa que não devem ser condenadas as modernas técnicas adotadas que sinalizam para uma alteração no perfil das relações de trabalho.

A Justiça do Trabalho tem entendido que a empresa intermediária não assume as características de empregador descritas no artigo 2º da CLT, na medida em que, além de não assumir os riscos da atividade econômica, não se apropria diretamente da atividade do trabalhador nem dirige os trabalhos, atuando simplesmente o repasse de atividades a serem executadas.

Importa destacar que a ilegalidade da intermediação não decorre de expressa vedação legal, mas do não-enquadramento da noção de empregador ao intermediador da mão-de-obra.

A terceirização lícita estará presente, quer pelo contrato de empreitada quer pelo de prestação de serviços, “sempre que é parte daquele contrato uma organização (reunião de capital, matéria-prima e trabalho) que oferece, além do pessoal para executar os serviços, instrumentos de trabalho e fiscalização sobre o pessoal (...) porque todos os fatores da produção estão nele envolvidos. Repita-se: estes fatores são: capital, trabalho, matéria-prima e a organização que os reúne”.

Na terceirização lícita a contratada é empresa especializada que executa determinada atividade “com lógica, dinâmica e organização próprias”. “Na terceirização ilícita, tipificadora da mera intermediação de mão-de-obra, o trabalho em si é o objeto do contrato, sem que a ele sejam adicionados bens, produtos, insumos ou serviços que exijam alguma especialização”.

Nesses ajustes, o prestador nada mais faz do que colocar o trabalhador à disposição do tomador do serviço.

Presentes os caracteres da relação de emprego, a Justiça do Trabalho, reconhecendo-a, desfaz o vínculo com o empregador aparente, atribuindo ao tomador do serviço a responsabilidade como empregador real.

5.2- Outras formas jurídicas adotadas pela Terceirização

A terceirização não deve ser identificada apenas com prestação de serviços. Tanto assim que o contrato de empreitada e de prestação de serviços não são os únicos formatos jurídicos possíveis de ser adotados quando se estuda a terceirização da economia. Existem outras formas jurídicas para expressar esse fenômeno.

Instrumentos encontrados no direito comercial, como contrato de franquia, concessão mercantil, representação comercial, contrato de fornecimento, engineering, configuram formas de integrar terceiros ao processo produtivo da entidade contratante, sendo bastante adotados no âmbito das relações privadas. Ainda no direito civil pode ser encontrada a parceria rural (agrícola ou agropecuária), disciplinada pelos artigos 1.410 a 1.423 do CC, como exteriorização do processo terceirizante. Também multiplicam-se, tanto no setor público quanto no privado, as contratações de cooperativas de serviços como será melhor analisado adiante.

5.3- Inexistência de vínculo de emprego com o Poder Público

O item II do Enunciado n.331 talvez por não ser bem compreendido, tem sido objeto de críticas contundentes. Entendem alguns que o texto, ao negar o vínculo de emprego com a Administração Pública daquele irregularmente contratado, garante a impunidade do Estado pelos atos irregulares que pratica. Ademais, argumenta-se que a moderna doutrina administrativista prestigia a proteção da boa-fé dos administrados, princípio que restaria abalado com o teor da decisão do TST. Por fim sustenta-se que haveria ofensa ao princípio da isonomia. Outros apóiam a inexistência do vínculo como princípio de moralidade e legalidade, não impedindo, no entanto,

a responsabilização do administrador pela contratação irregular no âmbito penal, civil e administrativo.

O texto do Enunciado n.331, item II, coibiu a prática de maus administradores que utilizavam a terceirização para integrar aos quadros do funcionalismo seus protegidos. Sem dúvida que, se outra tivesse sido a decisão do TST, as portas estariam abertas à fraude, servindo o contrato de terceirização para inflar, de forma inconstitucional e lesiva ao erário público, expressamente exigido por norma constitucional (artigo 37, II), é instrumento altamente salutar de seleção dos trabalhadores do setor público, assegurando igualdade de oportunidades e privilegiando o mérito, de forma democratizar o acesso aos cargos e empregos públicos.

O concurso é corolário do princípio da igualdade de da impessoalidade. Afinal, como ensina a doutrina administrativista, “o que a Lei Maior pretende é assegurar a igualdade entre os cidadãos, permitindo-lhes postular o cargo público e garantir que se obterá servidores competentes”.

Ademais, foi intuito do legislador constituinte impedir o ingresso sem concurso, fora das exceções previstas na Constituição.

Não haveria, pois, como premiar o ardil das contratações irregulares, beneficiando o interesse individual do trabalhador contratado em detrimento do interesse maior da coletividade. Cuida-se de invocar, como reforço argumentativo, o princípio da supremacia dói interesse público sobre o particular.

Como visto, não se cogita de violação ao princípio da igualdade, mas de sua preservação. O próprio texto constitucional elegeu peculiar forma de acesso aos cargos de emprego públicos. Se assim é cuida-se apenas de reconhecer que a Administração representa o interesse público e tem o poder-dever de assegurar o acesso aos seus quadros apenas dos mais capazes, selecionados em concurso público.

O não-reconhecimento do vínculo de emprego, medida que se impõe como solução de moralidade, não significa, a toda evidência, que o administrador possa celebrar impunemente contratações irregulares.

O administrador que der causa à ilegalidade, deverá ser responsabilizado, estando sujeito inclusive aos rigores da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) e ao ressarcimento dos

prejuízos que venha causar aos cofres públicos, notadamente se o Estado for condenado ao pagamento de indenizações a qualquer título.

5.4- Distinção entre Atividade-Meio e Atividade-Fim do Tomador do Serviço (IN nº 3/97 do Ministério do Trabalho)

Como já visto, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim longe está de ser objetiva, não constituindo pilar seguro para alicerçar a diferença entre terceirização lícita e ilícita.

Existem casos bem-sucedidos de terceirização envolvendo a atividade principal da empresa, que não afrontam o direito. Essa é a situação, por exemplo, da indústria têxtil, em que a elaboração do produto final pode ser dividida entre diferentes estabelecimentos, cada um acrescentando ao bem sua especialidade, isto é, sua atividade-fim, ditada pela estratégia de atuação em dada conjuntura. A atividade-fim pode deixar de abranger a integralidade do produto para concentrar-se num estágio do ciclo produtivo. O objeto social resta imutável: industrialização de produtos têxteis. O estabelecimento, no entanto, está “focalizado” em desempenhar a tarefa que entende ser sua vocação natural: o corte, o cerzimento, determinados detalhes de acabamento etc. idêntica circunstância ocorre nos setores de construção civil, editoração, bancos, indústria automobilística e outros. Vários estabelecimentos fabris de diferentes setores atuam como montadores de partes produzidas por fornecedores diversos.

Como se vê, por vezes não é possível apontar a atividade terceirizada como meramente acessória da atividade principal desenvolvida pela empresa, como acontece nos serviços de limpeza, segurança, contabilidade, informática etc.

A identificação das atividades ligadas ao fim do tomador nem sempre se mostra clara. Adotando como exemplo os serviços de compensação de cheques, a princípio coincidentes com só os fins dos bancos contratantes, Amauri Mascaro Nascimento entende ser necessário melhor desenvolver a teoria, para identificar dentre as atividades-fim aquelas que apresentam um grau de autonomia e especialização suficiente para justificar a contratação de terceiros. Isso porque “o processo mundial de terceirização desenvolveu-se em

função da necessidade de empresas maiores contarem com a parceria de empresas menores especializadas em determinado processo tecnológico”.

Em decorrência, autores do porte de *Pedro Vida Neto* assinalam que é relativa a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Ademais, é certo “que a rápida mutação das técnicas de produção pode transformar em acessória uma atividade tradicionalmente integrada aos objetivos empresariais”.

Se a terceirização abrange o fornecimento de bens, mais nítida fica a sua licitude, ainda que envolva atividade-fim da contratante. No entanto, dúvidas serão colocadas à regularidade do processo se o contrato envolver exclusivamente a prestação de mão-de-obra cuja atuação coincida com a atividade-fim da tomadora dos serviços. São exemplos desse quando a contratação de professores para uma escola ou de médicos para um hospital por meio dos instrumentos terceirizantes. Nesse caso no âmbito das relações trabalhistas, há a vedação do Enunciado n.331 do TST, por incidir, na espécie, o óbvio quanto à atividade-fim.

Alguns autores, com propriedade, afirmam que uma vez presentes dos requisitos de especialização do trabalho, direção da atividade pelo fornecedor, idoneidade econômica e inexistência de fraude, é irrelevante que a terceirização atinja a atividade-fim da terceirizante

A relativização da distinção entre atividade-meio e atividade-fim é reconhecida também por severos críticos do processo terceirizante, como Euclides Alcides Rocha, que assinala que nos ajustes em que a pessoalidade e a subordinação direta estão ausentes, não há que se cogitar da formação de vínculo de empregado com o tomador do serviço, ainda que o objeto contratado refira-se à atividade-fim do terceirizante.

Essas questões só evidenciam a inconsistência do critério atividade-meio/atividade-fim para diferenciar a terceirização lícita da ilícita. Não há nenhuma lei que impeça a terceirização na atividade-fim. A Justiça trabalhista, no entanto, estabeleceu uma presunção relativa de que, nessa hipótese, estará havendo uma fraude aos direitos dos trabalhadores.

A distinção entre atividade-meio e atividade-fim encontra raízes na Instrução Normativa do Ministério do Trabalho n.7, de 21 de fevereiro de 1990, que, embora invocando como fundamento jurídico o artigo 170, parágrafo

único, da Constituição Federal, e o artigo 1.216 do Código Civil, que asseguram o livre exercício de qualquer serviço ou trabalho lícito, já conceituava a empresa de prestação de serviços a terceiros como aquela destinada a “realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades essenciais e normais para que se constituiu esta última” (item I.10). Além disso, previa a referida Instrução Normativa que a contratante deveria desenvolver atividades e ter finalidades diversas das exercidas pela contratada (item II.2.a).

As disposições da Instrução Normativa foram desde logo criticadas pela doutrina trabalhista, uma vez que, além de impor restrição não prevista em lei, o órgão de fiscalização não seria competente para ditar a existência ou não de vínculo de emprego, matéria da alçada da Justiça do Trabalho. A despeito da crítica, a instrução teve o mérito de uniformizar a atuação fiscalizatória, entendendo que, nas circunstâncias mencionadas, pressupunha-se a existência de fraude e a formação do vínculo de emprego diretamente com o tomador do serviço, cabendo àquele que se sentisse prejudicado invocar a manifestação da Justiça do trabalho.

A Instrução Normativa n.7/90 foi revogada pela Instrução Normativa n.3, de 1º setembro de 1997, que provocou orientar a fiscalização do Trabalho para novas diretrizes introduzidas pelo Enunciado n.331 do TST.

Fiel à orientação traçada pelo TST, manteve a Instrução Normativa o conceito de empresa de prestação de serviços a terceiros como aquela destinada “a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última” (artigo 2º).

A identificação da atividade-fim, em decorrência da complexidade do processo produtivo atual, não é possível com mero exame do contrato social da empresa prestadora dos serviços, a despeito do teor da Instrução Normativa n.3/97 do Ministério do Trabalho, artigo 5º, d.

Isso porque o objeto social pode referir-ser genericamente à fabricação de determinado bem. A verdadeira atividade-fim, no entanto, na qual a contratante está efetivamente “focada”, é unicamente uma etapa desse processo produtivo. É o que ocorre, por exemplo, no setor de editoração, em

que são terceirizadas as diferentes fases do trabalho, como confecção da capa, composição gráfica, encadernação, distribuição etc.

Importa destacar ainda que a consequência decorrente da terceirização ilícita, formada a partir da contratação de trabalhadores para desenvolvimento de atividade-fim da tomadora de serviços, é o reconhecimento do vínculo de emprego com o contratante, desfazendo-se o vínculo como o empregador aparente, intermediário na relação entre o trabalhador e a empresa que se beneficia de seu esforço terceirizante. Nesse sentido atua a norma do artigo 5º, parágrafo único, da Instrução normativa n. 3/97 do Ministério do Trabalho. Mantém-se intacto, no entanto, o vínculo contratual entre tomador e prestador do serviço.

Decorre do exposto que descabe a invocação do Enunciado n.331 do TST para reputar nula a relação entre terceirizante e terceirizada. A competência da Justiça do Trabalho não alcança a análise da legalidade ou não de contratos firmados entre particulares ou entre um particular e o Poder Público. Os pressupostos de sua súmula uniformizadora de jurisprudência não extrapolam as relações laborais. A Justiça do Trabalho, portanto, limita-se a definir quem, sob sua ótica, é o empregador de direito, impondo-lhe os ônus consequente. Essa circunstância, no entanto, não implica a nulidade do contrato firmado entre terceirizante e terceirizado questão a ser tratada pelo direito civil ou administrativo, de acordo com a natureza do ajuste. Esse aspecto será relevante quando a matéria for discutida no âmbito da Administração Pública.

5.5- Especialidade dos Serviços e da Empresa Prestadora

O Enunciado n. 331 do TST, ao aceitar a terceirização de serviços voltados à atividade-meio do tomador, exige outro requisito, o da circunstância de que o serviço seja especializado. Assim, não é qualquer atividade, ainda que meramente acessória da atuação do contratante, que autoriza a terceirização.

A prática demonstra que é comum identificar entre as empresas de prestação de serviços terceirizados um objeto social com uma multiplicidade de

atividades a ser desenvolvidas, de caráter excessivamente multifacetado, que denuncia a mera intermediação de mão-de-obra.

Sobre essa questão a doutrina assinala que a exigência de serviços especializados impõe-se justamente para coibir a fraude. “Significa isto que a prestadora de serviços tem que ser uma empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha uma capacitação e uma organização para realização do serviço a que se propõe. Ou seja, não é uma empresa simplesmente de locação de mão-de-obra, mas sim efetivamente uma empresa especializada na execução de determinado serviço”.

É essencial para a legalidade do processo terceirizante que a contratada tenha uma atividade definida. Se “uma infinidade de objetos aparece no contrato social, há indícios de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão-de-obra, especialmente se houver finalidade lucrativa”.

Na verdadeira terceirização o contrato é firmado com uma empresa prestadora de serviços especializada em determinado ramo de atividade. São empresas de assistência, escritório de contabilidade, empresa de informática, de preparo de alimentos etc. O objeto de ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada, ainda que o serviço a ser prestado não requeira maiores conhecimentos técnicos (exemplo típico dos serviços de limpeza). De qualquer sorte, existe uma atividade material perfeitamente identificável, distinta do mero fornecimento de mão-de-obra.

É preciso, pois, examinar caso a caso o objeto social da empresa contratada para aferir sua especialização. Várias das empresas que se dispõem a prestar serviços terceirizados têm objetos sociais extremamente genérico, de forma a abarcar várias atividades, evidenciando a probabilidade de constituir-se mera intermediação de mão-de-obra.

5.6- Responsabilidade do Tomador de Serviço

A jurisprudência trabalhista, sempre voltada para proteção do trabalhador, define a responsabilidade do tomador do serviço em caso de inadimplemento das obrigações sociais pela empresa prestadora. O parâmetro legal invocado, por analogia, é o artigo 445 da CLT, que prevê a responsabilização do empregador principal pelo inadimplemento das obrigações

do subempreiteiro. Invoca-se também analogia, a norma do artigo 16 da Lei n.6.019/74, que responsabiliza a empresa contratante de mão-de-obra temporária em caso de falência da agenciadora, pelas contribuições previdenciárias e verbas devidas a título de remuneração e indenização.

Dois são os pontos a serem destacados neste item. O primeiro deles diz respeito ao alcance que se deve ser dado à responsabilidade atribuída ao tomador de serviços e o segundo, à natureza dessa eventual responsabilidade.

1. Alcance da responsabilidade do tomador do serviço

Com relação ao primeiro aspecto, tem prevalecido o entendimento de que a caracterização da responsabilidade ocorre com mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador do serviço, sem ser necessário discutir a legalidade ou não da terceirização ocorrida. Essa responsabilização ora seria fundada na teoria do risco, ora no reconhecimento da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*. Não se cuidaria, então, de alterar o vínculo de emprego em caso descumprimento das obrigações trabalhistas, mas apenas de reconhecer, sendo insolvente o devedor principal, a responsabilidade daquele que se beneficia do trabalho prestado.

A quem sustente, no entanto, que a responsabilidade do tomador do serviço só subsistirá em caso de configurar-se a irregular intermediação de mão-de-obra. Esse entendimento, a princípio, parece ser o mais correto.

Amauri Mascaro Nascimento assinala que “a fraude é uma causa principal determinante da ilicitude da subcontratação. A responsabilidade subsidiária deve ser reconhecida como técnica adequada nos casos em que a ilicitude da subcontratação for manifesta”.

A responsabilidade civil tem por fundamento a culpa ou o risco de desempenho de determinada atividade. A culpa caracteriza-se pela lesão a um dever jurídico, imputável a alguém, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito, na forma de negligência, imprudência ou imperícia. Ocorre que as transformações sociais da metade do século XIX introduziram a idéia da existência de uma responsabilidade sem culpa, decorrente do risco de determinada atividade. Cuida-se, então, da caracterização de uma responsabilidade objetiva, a partir da existência de um dano e do nexo de

causalidade entre a ação e o prejuízo (prescindindo qualquer avaliação subjetiva).

A responsabilidade objetiva, no entanto, existe apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei. Em decorrência é fácil depreender que no caso em exame não se pode cogitar de aplicação da teoria do risco, uma vez que inexistente norma legal estabelecendo a responsabilidade sem culpa.

Resta pois analisar a responsabilidade subjetiva, que torna imprescindível a prova da existência de culpa. Para caracterização da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* seria preciso concluir que o tomador do serviço tinha o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações sociais por parte do prestador. Ocorre que, com relação às verbas trabalhistas, não existe esse dever de fiscalização. A responsabilidade do tomador existirá apenas se a terceirização for reputada ilícita, isto é, se configurar mera intermediação de mão-de-obra, com pessoalidade e subordinação, por aplicação da norma do artigo 9º da CLT. Haverá a responsabilidade referida, ainda, nas hipóteses expressamente previstas pela lei, como o artigo 455 da CLT, relativo à responsabilidade do subempreiteiro. A também responsabilidade do tomador do serviço em caso de falência da empresa agenciadora de trabalho temporário (artigo 16 da Lei n.6.019, de 3 de janeiro 1974).

Como se vê, a responsabilização do tomador do serviço ou decorre de lei expressa nesse sentido ou tem fundamento no artigo 9º da CLT, que busca neutralizar os efeitos da ação fraudulenta, criadora de obstáculos à aplicação das normas trabalhistas.

Ademais, a responsabilidade civil tem com pressupostos a existência de uma ação ou omissão voluntária, de um dano causado à esfera jurídica de outrem e de uma relação de causalidade ligando os dois eventos. A configuração desses três pressupostos é indispensável para que fique caracterizado o dever de ressarcir.

Na ausência do dever de fiscalizar, parece não ser o caso de estender indiscriminadamente a responsabilidade pelos débitos trabalhistas, ainda que sobre o meritório fundamento de proteção ao hiporssuficiente.

O TRT da 2ª região já decidiu pela inaplicabilidade do Enunciado n. 331 do TST, entendendo que “nenhuma responsabilidade da tomadora dos

serviços subsiste quando não há interposição de mão-de-obra, mas nítida terceirização de atividade-meio”.

Também quando é contratante a Administração Pública a doutrina e a jurisprudência têm fixado o dever de indenizar os trabalhadores em caso de inadimplemento da tomadora dos serviços, a despeito da norma do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que isenta o Poder Público dessa obrigação.

2. Natureza da responsabilidade do tomador do serviço

Discute-se, ainda, configurada a responsabilidade do tomador do serviço, nas hipóteses em que ela ocorre, a natureza dessa responsabilização, se de caráter solidário ou subsidiário.

Embora alguns julgadores mencionem a responsabilidade solidária, o certo é que a jurisprudência fixou-se no sentido de determinar a responsabilização meramente subsidiária, ora fundada na teoria do risco, da culpa *in eligendo* elou *in vigilando*.

Sobre esse aspecto pondera *Sergio Pinto Martins* ser correta a responsabilização meramente subsidiária do tomador do serviço, dado que a solidariedade não se presume, mas decorre da lei ou da vontade das partes (artigo 896 do CC), assinalando ainda que o artigo 455 da CLT não fixa responsabilidade solidária.

Na responsabilidade solidária o credor pode exigir a integralidade do débito de qualquer um dos devedores, enquanto na responsabilidade subsidiária a obrigação só é transmitida ao garante subsidiário se o devedor principal torna-se inadimplente. Assim, o devedor secundário pode exigir que antes sejam executados os bens do primeiro devedor, como previsto no Código Comercial, artigo 350, e artigo 596 do Código de Processo Civil, com relação à responsabilidade dos sócios pelas dividas da sociedade.

O enunciado exige, ainda, que tanto o prestador quanto o tomador dos serviços sejam chamados a integrar a lide. A execução do título executivo judicial incidirá inicialmente sobre a devedora principal (prestadora dos serviços), respondendo a empresa tomadora apenas após esgotados os bens daquela.

O tomador do serviço tem assegurado direito de regresso contra o devedor principal, correspondente à integralidade do débito.

6– CONCLUSÃO

A terceirização na iniciativa privada é um modelo de gestão que permite a especialização das atividades da empresa, com objetivo de aumentar sua eficiência e agilidade ao possibilitar a concentração de esforços no que se convencionou chamar de atividade-fim da organização empresarial. Essa

atividade-fim pode licitamente referir-se a uma parcela da atividade antes executada pela empresa.

A nota peculiar que da à terceirização um aspecto de modernidade é a integração de terceiros ao processo produtivo na condição de parceiros. Marcada pelo conceito de parceria, a terceirização se distingue das formas de contratação anteriormente contratadas.

Na esfera das relações trabalhistas, a terceirização suplantou uma fase inicial de intensa rejeição, assumindo gradualmente posição de destaque na reestruturação de empresas.

A crise econômica global e a necessidade de dar à economia a competitividade requerida pelo mercado mundial provocaram a flexibilização das relações trabalhistas, alterando a relação tradicional de emprego. Entre as novas formas que passaram a ser adotadas, a terceirização foi uma das pioneiras. A insegurança provocada pela transformação de relações sociais sedimentadas, aliada à violação de direitos trabalhistas, explica a condenação inicial do processo, expressa no Enunciado n. 256 do TST.

Após acirrados debates doutrinários e intensa construção jurisprudencial, compreendeu-se que a terceirização não é fenômeno isolado ditado por administradores sequiosos em ferir direitos trabalhistas. Com objetivos bem delimitados, e sujeita a controle para que não reflita prejuízo aos trabalhadores da empresa terceirizada, a terceirização passou a ser aceita conforme expresso no Enunciado n.331 do TST. Referido Enunciado ao condensar a jurisprudência predominante da Justiça do Trabalho, admitiu a terceirização da atividade-meio da empresa, preservando a responsabilidade subsidiária da terceirizante em caso de inadimplemento dos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no processo.

No setor público, utiliza-se a terceirização na tentativa de reduzir a estrutura administrativa do aparelho estatal, transferindo para iniciativa privada a execução concreta tanto de atividades materiais acessórias (limpeza, vigilância, manutenção de equipamentos etc.) quanto de atividades voltadas para a satisfação de necessidades concretas da coletividade (coleta de lixo, transporte urbano, limpeza pública, entre outras).

Na Administração Pública, a terceirização pode ser entendida como transferência para entidade privada, por meio de contrato de prestação de

serviços ou de fornecimento de bens, da execução de atividade que não constitua o núcleo substancial do Estado (segurança pública, forças armadas, justiça), conservando a terceirizante a gestão estratégica e operacional da atividade contratada.

Com a terceirização, o administrador público passa a atuar no exercício da função administrativa por meio de contratos deixando de realizar concursos públicos destinados a integrar aos quadros funcionais pessoal próprio para realização material de grande parte das atividades de interesse público.

No sentido de terceirização com parceria, conceito que a ciência da administração realça, a Lei n. 8.666/93 impõe limitações tais que obrigam a Administração em regra a escolher a proposta de menor preço. Dessa forma, o contratado nem sempre possui o perfil ideal para formar uma verdadeira relação de parceria com o Poder Público.

Dada essa peculiaridade própria enfrentada pela Administração, ausente nas relações privadas, aquilo que genericamente vem sendo rotulado como terceirização na Administração Pública e, portanto, como novidade que causa sensação por conformar-se com a modernidade do mundo globalizado, envolve apenas velhas formas de contratação, há muito admitidas e utilizadas no direito brasileiro com intuito de dar ao administrador a flexibilidade de contratação existente no setor privado, sem a necessidade de submissão à impessoalidade própria do concurso público.

É evidente que existem distorções em diferentes sistemas. Por conta disso, é necessário desmistificar a adoção de fórmulas mágicas, sopesando seus acertos e desacerto e dotando a sociedade de meios eficazes de controle.

A terceirização realizada com objetivo de reduzir os custos de manutenção da máquina estatal, identificada com o que se poderia chamar de terceirização “tradicional” é “de risco”, potencialmente lesiva ao interesse público.

A terceirização é um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público na tentativa de implantação de uma Administração Pública gerencial, que se afasta da Administração burocrática ao introduzir o Estado em um quadro de modernidade, adequado às exigências da economia globalizada.

Tratando-se de serviço público, eficiência é eficácia da atividade não são mensuradas exclusivamente pela redução de custo. Justamente por cuidar-se de administração do interesse público, que por definição conjuga os anseios de uma coletividade, inexistente o intuito de lucro de forma que se admite até a operação deficitária de determinadas atividades. Ademais, existem custos sociais inerentes à atuação do Estado, que não podem deixar de ser atendidos dentro das disponibilidades orçamentárias.

O processo de terceirização, quando implementado, não pode descuidar-se da qualidade do produto final.

Além disso, a conveniência da introdução de um processo de terceirização deve ser cuidadosamente avaliada pelo administrador, a partir de critérios que envolvem, além da legalidade, a eficiência e a economicidade da decisão de transferir a terceiros a execução material de determinadas atividades. Os parâmetros pela terceirização no âmbito das relações privadas devem ser relativizados quando transportados para o setor público.

Descabe nas relações administrativas a integral invocação do Enunciado n.331 do TST para decidir se é regular ou não dada terceirização pelo Poder Público. O Enunciado não é lei, servindo apenas para orientar, no âmbito das relações trabalhistas, quem deve assegurar os direitos sociais dos envolvidos diretamente na prestação dos serviços.

Desta forma, os parâmetros a serem adotados para aferir a regularidade ou não do processo de terceirização no setor público são aqueles ditados pelo direito administrativo e pelo direito constitucional.

O serviço público, como atividade da Administração Pública, tem por objetivo a consecução do bem comum. Assim, a existência de um quadro funcional próprio, com os direitos e deveres inerentes à condição de servidor público, é condição essencial, em determinados setores do Estado, para a preservação do interesse da coletividade.

Constata-se que a decisão de terceirizar atividades do Poder Público envolve o mérito da discussão a cerca do tamanho do Estado e das funções que lhe devem ser atribuídas. O Estado de Direito exige, para segurança das relações sociais a predominância da legalidade. A vontade do administrador, ainda que em nome de uma atuação que pretende ser eficiente não pode

prevalecer sobre a vontade da lei. Até porque não se pode reputar eficiente uma administração que se afasta da legalidade.

7– REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; Vicente, Paulo; BARRETO, Gláucia. Direito do trabalho. 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005

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

AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro : Delta, 1964.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. A terceirização à luz do direito do trabalho. São Paulo : LED, 1997.

COZZA, Eric. Mudança de Perfil. Construção, Região Sul, n. 345, p. 6-10, julho 1997.

FALGETANO, Edylita. Terceirização conquista seus aliados. Revista Administração, n. 6, janeiro 1995.

FONTANELLA, Denise; TAVARES, Eveline; LEIRIA, Jerônimo Souto. O lado (des) humano da terceirização: o impacto da terceirização nas empresas, nas pessoas e como administrá-lo. Salvador : Casa da Qualidade, 1995.

FILHO, João Colemar J. M.; MEDEIROS, Fabiana. Revista da OAB Goiás Ano XIV nº 50 Responsabilidade Civil do Estado por Danos Decorrentes de Atos Judiciais a Violência .

GIOSA, Lívio A. Terceirização: uma a abordagem estratégica. São Paulo Pioneira, 1993.

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

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

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005

_____, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001.

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

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos de. Manual de terceirização: onde podemos errar no desenvolvimento e na implantação dos projetos e quais são os caminhos do sucesso. São Paulo : STS, 1992.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na administração pública. São Paulo: LTr, 2001

SILVA, Ciro Pereira da. A terceirização responsável: modernidade e modismo. São Paulo : LTr, 1997.

VALE, Gláucia Vasconcellos Vale. Terceirização e Competitividade. Rumos, p. 18-22, setembro/outubro 1992.

VANCA, Paulo M. Evolução do processo de terceirização nas 500 maiores empresas do Brasil. Suma Econômica, São Paulo, n. 176, p. 10-12, março 1994.