



UNIVERSIDADE GAMA FILHO

Amelia Midori Yamane Sekido

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS**

Brasília
Setembro 2010

Amelia Midori Yamane Sekido

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Monografia apresentada à Universidade Gama Filho como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Auditoria Governamental.

Orientador: Rogério Gonçalves de Castro

Brasília
Setembro 2010

Amelia Midori Yamane Sekido

**TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS**

Monografia julgada e aprovada:

Prof. Orientador: Rogério Gonçalves de Castro

Brasília/2010

Dedico este trabalho

À minha mãe e ao meu pai (*in memoriam*), que batalharam muito para me proporcionar o estudo,

Ao Reinaldo, meu marido, acima de tudo companheiro e sempre meu maior incentivador,

À Marina e ao Henrique, meus filhos, a quem eu quero ser um exemplo de dedicação e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Contas da União, pela oportunidade de realizar o curso,

Ao Marcus Seganfredo, pelo incentivo à realização do curso,

Ao Erivan, pelas orientações e auxílio na elaboração deste trabalho,

Às companheiras de curso, Adriana e Flávia, por compartilharem esse momento.

RESUMO

O presente trabalho trata da terceirização na Administração Pública, mais especificamente da gestão e fiscalização dos contratos firmados com empresas prestadoras de serviços ou fornecedoras de bens. Para o entendimento e aprofundamento do tema são abordados o estudo do conceito, do histórico, das características, das problemáticas, da inserção na Administração Pública e dos papéis e responsabilidades dos gestores e fiscais de contratos. Em seguida, são apresentados os resultados de uma pesquisa realizada num órgão público federal visando obter um panorama da gestão e fiscalização dos contratos de terceirização. Com base nesses resultados e na pesquisa bibliográfica procurou-se apresentar possíveis alternativas que possam minimizar problemas enfrentados por gestores e fiscais no exercício de suas funções, os quais, juntamente com o conhecimento aprofundado do tema poderão servir de subsídios para a melhoria do desempenho da Administração, visando economia de recursos públicos por meio da prevenção de fraudes e erros.

Palavras-chave: Administração Pública, terceirização, prestação de serviços, fiscalização de contratos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. ENTENDENDO A TERCEIRIZAÇÃO.....	10
3. ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO.....	16
3.1. Vantagens da terceirização.....	17
3.2. Riscos e fraudes.....	18
3.3. Trabalho temporário.....	19
3.4. Responsabilidade do tomador do serviço.....	20
3.5. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST.....	22
3.5.1. Atividade-meio x Atividade-fim.....	23
3.6. Anteprojeto de Lei.....	24
4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	25
4.1 Surgimento da terceirização na Administração Pública.....	26
4.2 Limites da terceirização na Administração Pública.....	28
4.3 Formação de vínculo empregatício com a Administração Pública.....	30
4.4 Responsabilidade da Administração Pública.....	31
4.5 Aspectos para reflexão.....	34
5. A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	36
5.1. Distinção entre gestor e fiscal de contrato.....	36
5.2. Perfil do gestor de contratos.....	39
5.3. Atribuições do fiscal e gestor de contratos.....	40
5.4. Medidas preventivas para auxílio na gestão e fiscalização.....	42
6. RELATÓRIO DE PESQUISA.....	46
6.1. Metodologia.....	46
6.2. Resultados.....	47
6.3. Conclusões e sugestões.....	55
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
8. REFERÊNCIAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada e passou também a ser utilizada largamente pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo.

Sua aplicação, porém, suscita algumas dificuldades, as quais são dirimidas pela legislação existente, pela jurisprudência e principalmente pela justiça trabalhista, pois grande parte delas envolvem a garantia dos direitos trabalhistas dos empregados envolvidos nas contratações. Por esse motivo, o tema é constantemente discutido e as normas e os entendimentos jurisprudenciais evoluem à medida que novas questões se tornam controversas.

Na Administração Pública não é diferente. A gestão desses contratos também passa por algumas adversidades, como falta de servidores capacitados para gerir e fiscalizar os contratos, responsabilização do Poder Público pelo inadimplemento das empresas contratadas, corrupção etc. Para garantir que os contratos sejam executados conforme os termos contratados, visando o bom uso dos recursos públicos, é indispensável acompanhar e fiscalizar.

Diante dessa necessidade, a Lei de Licitações e Contratos determinou que em todos os contratos celebrados com a Administração Pública seja designado um servidor para realizar essa tarefa. Ao serem designados para essa função, os servidores encontram dificuldades as mais variadas. Com o intuito de preencher possíveis lacunas de competências para consecução de suas tarefas, surgiu a motivação para a realização desta pesquisa, contribuindo assim com a melhoria do desempenho da Administração Pública.

Para a compreensão do tema terceirização, o presente trabalho pretendeu fazer um estudo do conceito, do histórico, das características, das problemáticas, da inserção na Administração Pública e dos papéis e responsabilidades dos gestores e fiscais de

contratos, dando subsídios para que eles possam melhorar seu desempenho por meio do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e dos processos de trabalho, resultando em uma atuação mais eficiente da Poder Público.

Também, por intermédio da aplicação de um questionário aos gestores/fiscais de contratos de um órgão público, o trabalho procurou identificar possíveis dificuldades encontradas por esses profissionais na gestão e fiscalização de contratos com empresas terceirizadas, permitindo subsidiar o levantamento de necessidades de treinamento para o exercício pleno da função.

Por meio do estudo do tema, realizado com base em pesquisa bibliográfica e relacionando aos resultados da pesquisa obtidos dos questionários, procurou-se ao final apresentar possíveis alternativas que possam minimizar problemas enfrentados por gestores e fiscais no exercício de suas funções.

2. ENTENDENDO A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização, vista como a transferência de algumas atribuições de apoio às atividades-fim de uma organização a terceiros, surgiu como reflexo da necessidade de adaptação do mercado às mudanças advindas da globalização, entendida por Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 35) como:

Globalização pode ser entendida, pois, como um fenômeno que assola o mundo contemporâneo, com facetas econômicas, sociais e políticas. Cuida-se de processo movido pela força do capital econômico e que tem como causa palpável o avanço tecnológico, provocando reflexos na organização dos Estados (processos de desestatização e desregulamentação) e alterando as relações de trabalho (aumento do desemprego e criação de técnicas de flexibilização das relações trabalhistas, como a terceirização).

O termo “terceirização” surgiu no âmbito da Administração de Empresas e posteriormente foi aceito e adotado pelos tribunais brasileiros como sendo a contratação de terceiros para exercer atividades que não constituam o objeto principal de uma empresa. O fenômeno teria surgido nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, no setor privado, como uma necessidade de atender à grande demanda por material bélico.

No Brasil, teria sido introduzido por empresas multinacionais do ramo automobilístico, por volta das décadas de 50 e 60, que buscavam focar seus negócios apenas na montagem dos veículos, deixando para terceiros a tarefa de fabricar e fornecer os componentes. A partir daí ganhou impulso, com o surgimento de empresas prestadoras de serviços de conservação e limpeza e em seguida de vigilância, expandindo cada vez mais o campo de atuação para outros setores.

A necessidade de regulamentação se mostrava premente, uma vez que a terceirização vinha sendo cada vez mais adotada pelas empresas brasileiras. Em 1966, os Decretos-leis 1.212 e 1.216 permitiram aos bancos contratarem serviços de segurança por empresas particulares de segurança bancária e em 1974 foi editada no Brasil a primeira norma que efetivamente tratou da terceirização, a Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, o qual já ocorria em larga escala no mercado de modo informal (MARTINS, 2005, p.16-17). Posteriormente, foi sancionada em 1983 a Lei 7.102, que tratava da segurança dos

estabelecimentos financeiros e permitia a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores nesse setor.

Devido à escassez de leis disciplinando o assunto, Ilse Lora (2009) explica que exames do tema pela Justiça do Trabalho eram recorrentes, pois as empresas adotavam a terceirização extrapolando os limites impostos pela legislação. Surgiu, então, a necessidade de unificar entendimentos sobre a matéria. O TST editou o Enunciado nº 256/1986, o qual sofreu revisão em 1993 por meio do Enunciado nº 331. Este, por força da Resolução nº 129/2005-TST passou a se denominar Súmula nº 331. A Súmula encontra-se em vigor até hoje, sendo motivo de discussão entre os juristas e doutrinadores e por esse motivo será abordada mais adiante neste trabalho.

Ciro Pereira da Silva (1997, apud RAMOS, 2001, p.50) traz uma definição que reflete a terceirização em seus termos ideais. Assim, terceirização seria:

A transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e ganhando competitividade.

Observa-se da definição que, ao transferir uma parcela de suas atividades a terceiros, a empresa contratante deixa de realizar gastos com parte de sua estrutura, otimizando tempo, recursos pessoais e financeiros. Isso permitirá que se concentre no foco do seu negócio, aproveitando melhor seu processo produtivo, investindo em tecnologia e desenvolvimento de novos produtos, obtendo ao final mais agilidade, flexibilidade e competitividade no mercado.

Nas empresas terceirizadas (prestadoras de serviços ou fornecedoras de bens) também ocorreram mudanças. Com o incremento na contratação dessas empresas, o mercado se tornou mais competitivo, forçando-as a se especializarem e buscarem a excelência nas atividades as quais se propõem realizar. Vale lembrar que essa competitividade pode trazer mais um benefício para a contratante, que é o barateamento dos preços dos produtos ou serviços ofertados. A terceirização permite ainda aos empregados que desfaçam o vínculo empregatício com as empresas e prestem seus serviços por conta própria, podendo ser uma oportunidade de ganho e independência. Geralmente casos como esses ocorrem na área da tecnologia da

informação, pois é um setor em constante evolução que necessita de forte treinamento e atualização, o que pode não ser vantajoso para uma empresa ter em sua estrutura.

Para que seja uma ferramenta vantajosa, a terceirização precisa ser encarada como uma parceria. As partes envolvidas precisam ter o mesmo objetivo, que é a busca da excelência, visando a satisfação dos seus clientes. Para isso, ambas precisam estar em sintonia, auxiliando-se mutuamente, pois o sucesso ou fracasso de uma refletirá na atuação da outra. Cita-se como exemplo, um hospital em que o corpo médico seja excelente, porém o serviço de fornecimento de materiais médico-hospitalares seja precário. São atividades distintas, mas que precisam de parceria para o bom atendimento aos pacientes. Assim, o papel do terceiro será auxiliar a empresa a aperfeiçoar uma área para que ela possa prestar serviços de qualidade, sem se preocupar em gerí-la por seus próprios meios. Se com a parceria o objetivo comum é atingido, ambas se beneficiam. Para isso, é essencial que a empresa contratante escolha bem seus parceiros, não levando em consideração apenas o preço ofertado, pois muitas vezes um contrato mal sucedido pode gerar problemas não só financeiros mas também operacionais, afetando seus negócios.

A terceirização foi objeto de estudo de diversos autores e classificada por alguns quanto à forma, ao estágio, ao objeto, e à finalidade. Sérgio Pinto Martins (2005, p.25) aborda as duas primeiras, sendo que quanto à forma, a terceirização pode ser interna ou externa. Na interna, a empresa repassa para terceiros certas etapas de produção que trabalham no mesmo ambiente da tomadora, dividindo responsabilidades. Atualmente é a modalidade mais praticada, gera maior agilidade e redução ou compartilhamento de custos, além de permitir maior sinergia entre as partes. Na externa, a empresa repassa para terceiros certas etapas de produção que são feitas pelas empresas terceirizadas fora da empresa contratante.

Quanto ao estágio, ele pode ser inicial, intermediário ou avançado, entendido respectivamente como aquele em que a empresa repassa a terceiros atividades não preponderantes, a empresa repassa atividades ligadas indiretamente à atividade da empresa e a empresa repassa atividades ligadas diretamente à atividade da empresa (seria a terceirização na atividade-fim da empresa).

Outra classificação seria quanto ao objeto, apresentado por Saratt (2008, p.10-12) como:

a. Terceirização de serviços – o objeto do contrato é exclusivamente a execução de serviços e a responsabilidade do prestador limita-se à realização das atividades contratadas.

b. Terceirização de serviços e materiais – o objeto do contrato é a execução de serviços mais os insumos necessários para sua realização e o terceiro agora passa a ser um gestor da atividade, com maior exigência quanto à garantia de qualidade, motivado pela inclusão do insumo.

c. Terceirização de serviços e equipamentos – o objeto inclui, além da prestação dos serviços, o fornecimento de maquinário e dos demais equipamentos fundamentais à correta e eficiente execução do contrato, visando viabilizar o serviço que está sendo oferecido.

d. Terceirização plena ou transferência de atividades e tecnologia – definida por Saratt (2008, p.13) como “ uma ferramenta de gestão que consiste na delegação a um terceiro especialista da execução integral de etapas ou da totalidade da atividade produtiva da empresa contratante”. Ao executante da atividade compete administrar todos os aspectos que envolvem a cadeia produtiva objeto da parceria, ou seja, é responsável pela gestão integral da atividade contratada. Nesse caso há uma compra de produto por meio de parceria, onde os parceiros compartilham deveres e os riscos do empreendimento. Para Saratt, apesar de ser uma modalidade de terceirização, essa ferramenta não se enquadra na compra e venda de serviços, não se subordinando às suas normas, como a Súmula 331 do TST. Ele ilustra esse modelo de terceirização com o setor calçadista, onde as empresas terceirizam totalmente a produção, focando no seu principal negócio: desenvolvimento da marca e de produtos, design e comercialização. Também considera o setor automobilístico um exemplo.

Armando de Souza Prado (apud. DI PIETRO, 2008. p.212) por sua vez, classifica a terceirização em três modalidades com finalidades distintas: tradicional, de risco e com parceria. Na tradicional há transferência de serviços a terceiros, sendo o preço de grande relevância para a realização do negócio, o que pode gerar exploração econômica de mão-de-obra, interferências na administração dos serviços além de outros abusos e irregularidades visando economia no negócio. Na terceirização de risco ocorre a transferência de obrigações trabalhistas por meio de contratação intermediada por terceiros, com a finalidade de burlar a legislação trabalhista, pois a mão de obra é administrada e supervisionada pela empresa contratante. A terceira

modalidade, por sua vez, é aquela em que ocorre a transferência da execução de atividades a parceiros com especialização na que foi contratada, estabelecendo parceria mútua entre as contratantes.

Observa-se dessa classificação que existe a terceirização lícita e a ilícita. Assim, ensina Leiria (2006, p.25) que a empresa terceirizada deve ter maior expertise do que a tomadora na prestação da atividade contratada, caso contrário será mera contratação de mão-de-obra. Também se as tarefas dos empregados terceirizados ficam sob a supervisão do tomador, configura-se a locação de mão-de-obra, o qual é ilegal por ser contratação irregular de trabalhadores por empresa interposta. Deve-se, então, observar que uma empresa terceirizada sempre executa a atividade contratada por sua conta e risco, interessando ao tomador do serviço, somente o resultado ou produto objeto do contrato.

A terceirização é formalizada geralmente por meio de contrato e deriva de manifestação da vontade das partes envolvidas, ou seja, se os interessados acordam com os termos do contrato, assumem que tem plenas condições de cumpri-las. Se assim não fosse, não seriam obrigados a realizar o pacto. Mesmo nos contratos firmados com a Administração Pública, o particular contratante manifesta sua vontade de realizá-los, submetendo-se aos termos do edital.

A natureza jurídica da terceirização, por sua vez, dependerá do contrato utilizado ou da combinação de vários deles, pois o contrato pode ser de prestação de serviços, de empreitada, de locação de serviços etc (MARTINS, 2005, p. 25). Pode ser ele então regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo e tem como escopo a produção de bens ou prestação de serviços.

Em decorrência de seus desdobramentos, outros fenômenos foram surgindo junto com a terceirização. Como uma necessidade pela perda da qualidade dos serviços terceirizados, surgiu a chamada “terceirização gerenciada” ou “quarteirização”, que é a contratação de uma empresa especializada encarregada de gerenciar as empresas terceirizadas. Geralmente essa empresa é especialista em um determinado ramo de serviços ou de administração de serviços e tem como objetivo melhorar e otimizar a gestão da empresa tomadora, permitindo-lhe envidar esforços para sua atividade principal. É comum a prestação desse tipo de serviço para auxiliar na fiscalização de grandes obras, como construção de pontes ou prédios, pois

envolvem conhecimentos específicos necessários para o correto acompanhamento da obra ou serviço.

Outro fenômeno que ocorreu recentemente foi a volta de certos serviços que eram terceirizados mas que não foram bem sucedidos, muitas vezes após constatação da necessidade do retrabalho com mão de obra própria. É o que se tem denominado de “desterceirização”, ou seja, “terceirização às avessas” (MARTINS, 2005, p.21).

3. ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

Observa-se que o emprego da terceirização pelo setor privado e pela Administração Pública não irá retroceder, pois apesar das dificuldades enfrentadas, ela ainda se mostra uma ferramenta vantajosa. Porém, para que proporcione plenamente os benefícios pretendidos é necessário que sejam adotadas algumas regras:

- ✓ Antes de se decidir pela terceirização, a empresa deve realizar um estudo prévio da real necessidade e vantajosidade do negócio, seguido de planejamento minucioso da contratação;
- ✓ A empresa contratada deve estar legalmente constituída, possuir capacidade técnica e administrativa para executar o serviço, ter idoneidade econômica e assumir os riscos pela terceirização;
- ✓ A mão de obra empregada deve ser especializada, adequadamente remunerada e subordinar-se exclusivamente à empresa contratada, não devendo existir entre os empregados da contratada e o contratante, elementos que pressupõem a relação de emprego (pessoalidade, subordinação, continuidade e onerosidade);
- ✓ As partes devem buscar a parceria, visando o mútuo crescimento e a qualidade total dos produtos e serviços, pois os interesses devem ser convergentes;
- ✓ A empresa terceirizada deve ter total autonomia para dirigir os serviços contratados, não sofrendo interferência da contratante em relação aos seus empregados. Para esta só deve interessar se o serviço será prestado conforme o avençado, não importando quais empregados irão executá-lo;
- ✓ A atividade transferida deve estar relacionada à atividade-meio da contratante, evitando-se a terceirização da atividade-fim;

Vê-se que a decisão em terceirizar não deve ser feita precipitadamente, e sim precedida de estudo sobre o assunto e confrontada com a realidade da organização, a fim de verificar se a ferramenta se aplica a ela e qual meio poderá ser utilizado para melhor adequar aos fins pretendidos, pois não existe uma forma padrão, como mostram alguns autores no trabalho de Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p.68):

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. Sérgio Pinto Martins. A terceirização e o direito do trabalho, pp.51/79, e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. O direito e a “terceirização” da economia, in Marly A. Cardone e Floriano Corrêa Vaz da Silva (orgs.). Terceirização no direito do trabalho e na economia, pp.9/32.

3.1. Vantagens da Terceirização

Escolhendo a melhor forma de terceirizar e observando as diretrizes para uma contratação plena e eficaz, ela se torna uma ferramenta de gestão que proporciona diversas vantagens. Apenas citando algumas delas, temos:

- Reduz custos na tomadora, devido ao barateamento na prestação dos serviços, proporcionado pelo “acirramento da competição entre os fornecedores ou prestadores do serviço terceirizado” e também “barateamento dos custos da terceirizada, obtido a partir da economia de escala, inviável de ser alcançado pela empresa terceirizante” (RAMOS, 2001, p.57);
- Proporciona agilidade “pela substituição de custos fixos, decorrentes da manutenção por vezes ociosa de estruturas internas destinadas a atividades de apoio, por custos variáveis” (RAMOS, 2001, p. 57);

- Permite que o empregado se especialize em uma atividade, tornando-se mais preparado tecnicamente para executar as tarefas com mais qualidade e eficiência, pois se dedicará a uma parte restrita do processo produtivo;
- Permite otimização de espaço físico, com a retirada de pessoal e material, o qual poderá refletir diretamente nas condições laborais e ambientais, além de melhorar as condições de saúde e segurança dos empregados;
- Gera “melhoria da qualidade do produto ou do serviço, com o aparecimento de empresas altamente especializadas e com capacidade para dar respostas imediatas às necessidades de seus clientes” (RAMOS, 2001, p.57);
- Proporciona o “direcionamento da empresa para a sua atividade principal, permitindo aumento de produtividade, aprimoramento do produto e diminuição de custos” (RAMOS, 2001, p.57);

3.2. Riscos e fraudes

Observa-se que, se bem planejada e executada, a terceirização pode gerar muitos ganhos para as organizações. Porém, como todo negócio, o uso dessa ferramenta pode apresentar riscos ou desvios. Algumas empresas se utilizam da terceirização com o intuito de obter mais lucro para si, valendo-se para isso de fraude às leis e às obrigações trabalhistas. Nesses casos, a ferramenta pode se tornar prejudicial não só para os trabalhadores, mas também onerosa para as tomadoras, como será visto a seguir.

Quando uma empresa decide terceirizar uma parte de sua estrutura, ela deve buscar no mercado uma parceira que a auxiliará no cumprimento de sua missão. Porém, há o risco de se contratar uma empresa inadequada, que não tenha competência ou idoneidade financeira e que poderá lhe causar problemas no futuro, geralmente de natureza trabalhista. E como será visto mais adiante, apesar dos empregados estarem ligados juridicamente à contratada, a tomadora também pode ser responsabilizada pelos prejuízos causados a eles.

Algumas empresas tomadoras incluem cláusulas preventivas nesses contratos, eximindo-as de arcar com eventual passivo trabalhista, porém a Justiça do Trabalho, visando proteger o trabalhador, não tem considerado esses dispositivos. Então, o que tem ocorrido é que se a empresa contratada se torna inadimplente com o trabalhador, não podendo arcar com os custos de sua contratação, o tomador é chamado a fazê-lo. Porém, a inclusão dessas cláusulas é importante, pois com base nelas a tomadora poderá peticionar na Justiça ação de regresso para reaver o dinheiro que pagou em razão do inadimplemento da contratada.

Outro risco é o de, mesmo não ocorrendo esses problemas, não se alcançar os objetivos esperados com a terceirização, tais como redução de custos, agilidade e melhora na qualidade de seus produtos ou serviços. Isso pode acontecer devido à falta ou à inadequação na realização de estudo e planejamento prévio para a mudança na estrutura. Porém, pode se também acabar terceirizando um setor que não se encaixe nela, que acabe gerando custos com retrabalho, por exemplo. Por isso, a decisão de transferir para terceiros parte das atividades, deve ser tomada somente após estudos de viabilidade dessa transferência.

Além dos riscos já citados, muito tem se discutido na doutrina, revistas especializadas (especialmente de Direito do Trabalho) e até na mídia a respeito do uso da terceirização de modo fraudulento, visando lucro às custas de burla à legislação trabalhista. A fraude pode advir tanto da contratada como da contratante.

A primeira, por vezes ocorre na Administração Pública, onde as empresas são escolhidas mediante procedimento licitatório, na maioria das vezes vencendo aquela que conseguir ofertar o menor preço. Ocorre que, para vencer o certame, parte dessas empresas apresentam propostas aparentemente inexeqüíveis, com margem de lucro mínima, às vezes chegando ao ridículo, ensejando um futuro quadro de inadimplência. Muitas vezes essas empresas atrasam salários e até deixam de depositá-los, por não conseguirem mais arcar com as obrigações ou mesmo por má-fé, casos em que chegam a abandonar os empregados sem deixar vestígios.

3.3. Trabalho Temporário

Em outros casos, são constituídas empresas não especializadas que oferecem qualquer tipo de serviço, tornando-se meros intermediadores de mão de obra ou “empresas de fachada”,

contribuindo para a precarização das relações de trabalho. A terceirização não deve se confundir com a intermediação de mão de obra, cujo único caso aceito pela legislação brasileira é o trabalho temporário, previsto na Lei nº 6.019/74 e regulamentado pelo Decreto 73.841/74.

O trabalho temporário deve obedecer às seguintes regras: somente pode ocorrer nos casos de necessidade transitória de substituição de pessoal da tomadora ou acréscimo extraordinário de serviços, não podendo exceder o prazo de três meses (salvo autorização do Ministério do Trabalho e Emprego), são exigidos dois contratos (entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário e outro entre a tomadora e àquela), a empresa de trabalho temporário é quem remunera, dá assistência e direciona o empregado, além de existir, entre o empregado e o tomador, a subordinação. Os direitos trabalhistas dos trabalhadores temporários são, em regra, os mesmos dos trabalhadores permanentes da empresa que exercem a mesma atividade (VIANA, 2009, p.13).

A intermediação de mão-de-obra que não se encaixa nas regras acima, em geral é exercida mediante fraude e provoca a precarização das relações de trabalho. Caracteriza-se pela “contratação de trabalhadores por interposta pessoa, com a presença do elemento subordinação entre tomador do serviço e trabalhador, além de este usar sua energia de trabalho na atividade-fim da empresa” (VIANA, 2009, p.7). É, inclusive, uma forma de terceirização proibida pela Organização Internacional do Trabalho - OIT.

3.4. Responsabilidade do tomador do serviço

A doutrina tem apresentado posições divergentes acerca da responsabilização do tomador, nos casos de descumprimento por parte da empresa terceirizada das obrigações trabalhistas para com seus empregados. Para uns, a responsabilidade deve ser solidária e para outros apenas subsidiária. Como o Tribunal Superior do Trabalho adota a segunda posição (conforme veremos mais adiante), nos ateremos a ela. Ilse Lora (2009, p.666-669) apresenta alguns fundamentos da responsabilidade do tomador do serviço baseando-se na teoria da responsabilidade subjetiva, teoria do abuso de direito, teoria objetiva e função social do contrato.

A primeira delas se refere à culpa, a qual não deriva do propósito de lesar outrem, mas da infração do dever de cautela para se prevenir um dano. A responsabilidade subsidiária explicitada na Súmula nº 331 - TST e entendida com base na teoria da responsabilidade subjetiva (decorrente de dano causado por ato doloso ou culposo) se baseia nas culpas *in vigilando* ou *in eligendo*. Na culpa *in vigilando* observa-se a falta de fiscalização da conduta de um terceiro que está sob a responsabilidade do agente, no caso causando dano ao empregado ao não fiscalizar corretamente o cumprimento dos encargos trabalhistas pela prestadora. A culpa *in eligendo* decorre de uma escolha inapropriada, o qual ocorre quando se contrata com uma empresa prestadora de serviços que se omitiu e não adimpliu os direitos de seus empregados.

A teoria do abuso do direito também fundamenta essa responsabilidade, e assim explica Ilse Lora (2009, p.667) que:

Embora seja assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre iniciativa e da livre concorrência (Constituição Federal, art. 170), delegar a terceiros atividades especializadas ou de mero apoio, a fim de concentrar-se na atividade finalística, buscando assim maior eficiência e produtividade, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho.

A teoria da responsabilidade objetiva se apresenta na interpretação do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho como mais um argumento para responsabilização do tomador. Dispõe o artigo que o empregador deve suportar os riscos do negócio, os quais incluem a satisfação dos direitos dos trabalhadores diretamente contratados e também daqueles que lhe prestam serviços por meio de empresas terceirizadas, pois ele é o beneficiário direto da energia pessoal do obreiro.

Ensina, por fim, Ilse Lora (2009, p. 666) que a função social do contrato encontra-se expresso no artigo 421 do Código Civil e:

É consequência do princípio constitucional previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, consagrador dos valores da sociedade livre, justa e solidária. Desse princípio deriva a concepção de que a análise do contrato não pode se restringir ao prisma formal e seus efeitos não devem se circunscrever ao aspecto meramente econômico, devendo, necessariamente, observar também sua função social, onde se insere a justa, adequada e efetiva remuneração da força laboral.

A compreensão dos ensinamentos da autora não nos deixam dúvidas em relação à responsabilidade do tomador, pois ele se beneficiou da força laboral e deve responder subsidiariamente pelos prejuízos causados aos trabalhadores. A responsabilidade subsidiária obedece a uma espécie de benefício de ordem, sendo responsabilizado o devedor secundário somente após acionado o devedor principal. Assim, como a tomadora é beneficiada da prestação dos serviços, o Enunciado 331-TST estabelece que ela deve responder subsidiariamente, em decorrência da culpa *in eligendo e in vigilando*, ou seja, pela inadequação na escolha de empresa que se mostrou inidônea financeiramente e por não fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. Porém, para que a responsabilização recaia sobre a tomadora é necessário que ela seja incluída no pólo passivo da ação trabalhista e que haja o trânsito em julgado da decisão (MARTINS, 2005, p.140). Esta, por sua vez, pode ingressar com ação regressiva em face da prestadora de serviços, requerendo ressarcimento dos valores desembolsados na ação trabalhista.

Na prática, porém, Sérgio Pinto Martins (2005, p.141) alerta que ocorrem abusos nas ações contra o tomador de serviços, pois muitas vezes ele é incluído no pólo passivo sem ter sido apresentada prova ou afirmação da inidoneidade financeira da prestadora dos serviços. Para ele, é necessário que a petição inicial venha acompanhada da justificativa dessa inclusão, assim como de documentos que a comprovem.

3.5. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST

A função social do Direito do Trabalho é promover o equilíbrio e a convivência pacífica dos fatores de produção: empresa, capital e trabalho. Para isso, deve acompanhar as mudanças decorrentes da globalização, mas sempre tendo como foco preservar a função social da empresa e observar a importância do trabalhador como fator de produção. É com essa visão que os juízes e tribunais trabalhistas vinham julgando diversas ações decorrentes da terceirização e a partir daí surgiu a necessidade de firmar entendimentos sobre fatos recorrentes. Como uma forma de disciplinar parte controversa da matéria, surgiu o Enunciado nº 331/TST. E sobre ele, ensina Dora Ramos (2001, p.64) que

Embora os enunciados representem mera uniformização da jurisprudência do TST, o Enunciado n. 331, pela ausência de legislação sobre a matéria, assumiu caráter normativo, havendo até quem afirme que, pela aparência da lei, certos enunciados têm constituído verdadeira “usurpação do poder de legislar”, como seria o caso do enunciado em questão.

O Enunciado suscita controvérsias quanto à sua aplicação e se apresenta nos seguintes termos:

TST Enunciado nº 331

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

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

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

3.5.1. Atividade-meio x Atividade-fim

Este trabalho não pretende fazer uma análise profunda das discussões em relação à Súmula, porém vale a pena uma análise acerca da obrigatoriedade da terceirização se limitar à atividade-meio da tomadora. Apesar do inciso III da Súmula trazer o entendimento de que o vínculo de emprego com o tomador não se forma na contratação de serviços especializados que dizem respeito somente à atividade-meio do tomador (desde que inexistente a subordinação direta e a pessoalidade), Sérgio Pinto Martins (2005, p.136-137) entende que a terceirização não deva se restringir à atividade-meio da empresa, devendo ser observado sim a inexistência de ilicitudes. Para o autor, “ainda que os serviços terceirizados coincidam com as necessidades permanentes da empresa tomadora, não há que se falar na formação do vínculo com esta quando inexista subordinação” (MARTINS, 2005, p.142).

Como ilustração do uso da terceirização na atividade-fim, Martins apresenta exemplos como a indústria automobilística e a construção civil. No primeiro exemplo as peças são

fabricadas por terceiros, conforme padronização imposta pela montadora e somente a montagem do automóvel ocorre na tomadora e no segundo, atividades essenciais da empresa construtora, como eletricidade e fundação são transferidos para empresas terceirizadas.

Sabe-se que a atividade-fim é a atividade central da empresa, que se relaciona aos seus objetivos, podendo ser a produção de bens ou serviços, e a atividade-meio é a atividade que não é seu objeto central, mas de apoio ou complementar. Porém, o que se observa é que o conceito de atividade-fim precisa ser constantemente revisto, pois atividades consideradas essenciais para as empresas hoje, podem não ser mais no futuro. A legislação brasileira tem acompanhado a evolução. Um exemplo é a Lei 9.472/97, a qual autoriza as concessionárias de serviços de telecomunicações a contratarem com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

3.6. Anteprojeto de Lei

Ainda não existe norma geral regulamentando a terceirização, apenas algumas normas especiais e a Súmula 331 do TST. Sabe-se, porém, que o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, em conjunto com algumas centrais sindicais, elaboraram um anteprojeto de lei dispendo sobre os contratos de serviços terceirizados e as relações de trabalho deles decorrentes celebrados por pessoas de natureza jurídica de direito privado, que será encaminhado à Casa Civil para posteriormente ser levada à apreciação do Congresso Nacional. É uma proposta polêmica, que ainda deve gerar muita discussão, pois entre seus dispositivos, há previsão de responsabilidade solidária da tomadora de serviços perante eventuais créditos devidos pela prestadora de serviços a seus empregados, ao contrário do que prescreve atualmente a Súmula nº 331/TST. Esta posição é defendida por Martins (2005, p.163) como um meio de se evitar ilícitos, junto com a exigência de requisitos mínimos para a criação de empresas (exigência de capital mínimo, verificação de idoneidade etc).

Diversos setores empresarias já se manifestaram contra a aprovação dessa norma, prevendo perdas caso ela seja implementada do modo como foi elaborada. Porém, é importante ressaltar que ela ainda está em sua fase inicial e poderá passar por diversas discussões, ajustes e possíveis alterações até sua aprovação. Espera-se que haja muitas contribuições das categorias envolvidas (trabalhadores, empresários, sindicatos e órgãos públicos envolvidos) e que o resultado final atenda o interesse coletivo da sociedade.

4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A partir da década de 80, a Administração Pública Brasileira iniciou um processo de reforma, visando reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, tornando-a mais flexível, eficiente e voltada para o atendimento ao cidadão. Surge o instituto da privatização, em sentido amplo, o qual compreendia entre outros a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público, a delegação de serviços públicos aos particulares e a terceirização, na qual se buscava a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração (DI PIETRO, 2008, p.28).

O Estado objetivava com essa colaboração a economicidade, entendida não apenas como a economia de recursos, mas também em termos de rendimento pelo capital empregado, ao se buscar prestadores de serviços especializados fora dela e redução de custos com a gestão dos serviços executados (SOUTO, 2001, p.373).

Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p.40), aborda com singela clareza o conceito de privatização em sentido amplo e situa a terceirização nesse contexto:

O termo (privatização) abrange uma acepção ampla e outra restrita. Genericamente pode-se englobar no conceito amplo de privatização todo um conjunto de medidas adotadas com o objetivo de diminuir a influência do Estado na economia, ampliando a participação da iniciativa privada em uma série de atividades antes sob controle estatal. Essa concepção ampla abrange a venda de ativos do Estado, notadamente com a transferência do controle acionário de empresas estatais (desnacionalização); a desregulamentação, diminuindo a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a flexibilização das relações trabalhistas e a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos e a adoção, cada vez mais freqüente, de contratações externas (*contracting out*), com a celebração de ajustes para que a iniciativa privada desempenhe atividades no âmbito do setor público. Essas contratações têm sido, no direito brasileiro, denominadas de terceirização.

A gestão do serviço público refere-se à forma pela qual ele é administrado e pode ocorrer em três níveis: gestão estratégica, gestão operacional e execução material. A primeira está ligada à definição das estratégias e macro objetivos. A gestão operacional refere-se à forma como as atividades serão realizadas e o último nível caracteriza-se pela simples execução material das atividades.

Na descentralização por colaboração (concessão e permissão), a gestão estratégica do serviço fica a cargo do Poder Público, sendo delegadas a gestão operacional e a execução direta da atividade. Na descentralização por serviços, quando o Poder Público delega, mediante lei, a execução de um serviço público a uma pessoa jurídica de direito público ou

privado criado para esse fim (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações públicas), as entidades recebem a própria titularidade do serviço público. Esses dois casos são espécies de descentralização, entendida como o repasse pelo Poder Público de competências para uma entidade dotada de personalidade jurídica.

Na terceirização (em sentido estrito), o Poder Público não delega a gestão estratégica nem operacional, apenas repassa a execução material de determinado serviço (RAMOS, 2001, p.116-118).

Vê-se que a concessão não se confunde com a terceirização, pois na primeira o concessionário recebe a gestão operacional do serviço público e presta-o em seu próprio nome. Inclusive a remuneração por ele recebida é realizada diretamente pelos usuários dos serviços. Na terceirização o contratado é mero executor da atividade (que lhe foi atribuída pelo gestor operacional, que é quem o remunera por meio de contrato), a qual constitui apenas elementos ou tarefas anexas ao serviço público com ausência de laço contratual com os usuários do serviço público. Além disso, o objeto da concessão é todo um serviço público, enquanto na terceirização é apenas uma atividade específica (RAMOS, 2001, p.121).

Verifica-se então que, por meio da terceirização, a Administração se utiliza dos meios privados da execução dos serviços para transferir a execução material mantendo, contudo, a titularidade do serviço público, a qual é constitucionalmente atribuída a ela (RAMOS, 2001, p.44).

4.1. Surgimento da terceirização na Administração Pública

A terceirização no setor público teve início legal a partir do Decreto-lei nº 200/67, o qual previa que a Administração Pública se utilizasse sempre que possível da execução indireta de algumas atividades, mediante contrato e desde que satisfeitas algumas condições:

Decreto-Lei 200/67:

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

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Ela, porém, se desenvolveu mais rapidamente após o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, quando foram criadas novas carreiras de nível superior e extintos cargos de nível médio e intermediário, adotando-se a política de contratação desses serviços.

Na Constituição Federal de 1988, também há previsão do instituto. O inciso XXI do artigo 37 permitiu a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, desde que houvesse lei específica prevendo licitação e regras para os contratos a serem realizados. Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 8.666/93, denominada Lei de Licitações e Contratos, a qual deu início à proliferação de contratos no país.

Posteriormente, em 1997 foi editado o Decreto Federal 2.271 que veio para disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo um rol de atividades que devem ser preferencialmente executadas de forma indireta: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

No mesmo ano, o Ministério do Orçamento e Gestão da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio expediu a Instrução Normativa/MARE n.º 18/97, visando disciplinar a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, a qual foi revogada posteriormente com a publicação da Instrução Normativa n.º 2/2008 pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Essa norma veio para suprir a ausência de regras específicas sobre planejamento e acompanhamento das contratações de serviços de terceiros pela Administração, constatadas em diversas deliberações do Tribunal de Contas da União – TCU como aspectos relevantes, porém não tratadas na IN/MARE n.º 18/97. Recentemente, a fim de disciplinar outros aspectos não presentes na IN n.º 2, porém necessários para o disciplinamento das contratações, foram expedidas as Instruções Normativas n.º 3, 4 e 5/2009 pela SLTI.

Depreende-se então que as bases legais e normativas da terceirização no âmbito da Administração Pública Federal atualmente são: Lei 8.666/93, Decreto Federal 2.271/97, IN n.º 2/2008 – SLTI e suas alterações, além da Súmula 331 – TST e, apesar de não se constituir em norma, devem ser considerados também os entendimentos constantes das deliberações do TCU.

4.2. Limites da terceirização na Administração Pública

Administração Pública somente pode adotar formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização do agente que o praticou e, em regra, devem ser precedidas de licitação (MARTINS, 2005, p.152-156).

Tendo em vista essa obrigatoriedade, Sérgio Pinto Martins (2005, p.153-154) apresenta algumas formas de terceirização (em sentido amplo) permitidas para a Administração Pública:

1. Contratação temporária de servidores para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público nos casos de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.745/93).

2. Concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulado pela Lei nº 8.987/95. Sendo que a concessão “é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração” (MARTINS, 2005 p.153) e a permissão “é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público” (MARTINS, 2005 p.154).

3. Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada como forma de complementar os sistemas públicos, conforme artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna (MARTINS, 2005, p.155).

Além da legalidade, Dora Ramos (2001, p.135) aponta a importância de se observar os princípios da eficiência e economicidade como limitadores do uso da terceirização no setor público. A eficiência se refere à excelência dos meios utilizados para consecução dos objetivos, a qual deve ser perseguida pela Administração. Alguns gestores públicos imaginam

que a simples introdução da terceirização possa proporcionar maior eficiência na prestação dos serviços, porém essa associação pode não ocorrer, caso surjam fatos como o monopólio (gerando ineficiência e onerosidade), corrupção, custos adicionais com a fiscalização, além de maior rotatividade e pouco investimento de pessoal na empresa terceirizada, ocasionando perda da qualidade. Por isso, devem ser feitos estudos sérios que evidenciem que a execução por particulares é a que melhor atende o interesse público, ou qual a melhor forma para se prestar cada atividade, a fim de obter efetiva vantagem, tendo em vista os princípios norteadores da Administração Pública, principalmente da economicidade, entendida como a aplicação racional dos recursos públicos visando o melhor custo-benefício para a sociedade (RAMOS, 2001, p. 143).

Em relação às modalidades de terceirização estudadas no capítulo 1, quais sejam: tradicional, de risco e com parceria, Dora Ramos (2001, p.144) aponta que as duas primeiras são inadmissíveis no setor público, pois geralmente envolvem mão de obra desqualificada, baixa produtividade e empresas técnica e economicamente inidôneas. Esta posição é justificada pelo fato de que o Poder Público não pode ser movido somente pelo máximo lucro, mas visar sua finalidade primordial: a consecução do bem comum.

A Lei 8.666/93, ao definir a contratação de serviços pela Administração Pública, apresenta também um rol exemplificativo das atividades terceirizáveis: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais.

Já no Decreto Federal 2.271/97 há uma vedação para terceirização na Administração Pública, que é a execução por terceiros de atividades inerentes a cargos pertencentes à organização administrativa de órgão ou entidade pública, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (RAMOS, 2001, p.132).

Ramos ensina que a questão da terceirização e a burla ao concurso público não é um assunto simples, pois envolve alguns aspectos que precisam ser compreendidos. A Administração Pública tem o dever de criar cargos ou empregos inseridos em seu núcleo fundamental, os quais só podem ser exercidos por servidores públicos devido à sua relevância para o interesse público. Porém, há outras atividades que não coincidem com o núcleo exclusivo e que, portanto, poderiam ser terceirizados, desde que observados os princípios da economicidade e moralidade (RAMOS, 2001, p.134).

A autora (RAMOS, 2001, p.127) vai além em relação aos limites para a terceirização, ao afirmar que:

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

Ela sugere que a terceirização poderia extrapolar a atividade-meio do Poder Público, desde que sob o manto da lei, pois sua atuação é pautada pela estrita observância do princípio da legalidade:

Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade (RAMOS, 2001, p.126).

4.3. Formação de vínculo empregatício com a Administração Pública

Como já visto anteriormente, os empregados da prestadora de serviços não devem ter qualquer tipo de subordinação direta com a tomadora para evitar que estejam presentes os requisitos da relação de emprego, os quais possam presumir a formação de vínculo. Trata-se aqui da subordinação jurídica, a qual se distingue da subordinação técnica. A primeira relaciona-se com aquela que admite, demite, dá ordens e a segunda refere-se àquela que diz à empresa contratada como o serviço deve ser prestado, ou seja, essa permitida à tomadora. Para caracterizar a subordinação, porém, é necessário que haja ordens diretas aos empregados, além de submissão ao seu poder disciplinar (DI PIETRO, 2008 p. 215).

A contratação irregular realizada pela Administração Pública, ao contrário do que ocorre no setor privado, seja por fraude na terceirização ou inidoneidade da prestadora de serviços, não formará vínculo de emprego, porque o inciso II do art. 37 da Carta Magna prevê que a investidura em cargo ou emprego público depende obrigatoriamente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Tal regra se estende às autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, conforme decisão do STF no MS 21.322-1 DF. A Constituição prevalece sobre a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e os princípios do Direito do Trabalho, assim o princípio da primazia da realidade, nesse caso, não pode se sobrepor à norma constitucional. Portanto, não há que se falar em formação de

vínculo de emprego com a Administração Pública sem a realização prévia de concurso público (MARTINS, 2005, p.148).

4.4. Responsabilidade da Administração Pública

Apesar de haver entendimento constitucional em relação à impossibilidade de formação de vínculo de emprego, a Administração pode responder pelos encargos trabalhistas e previdenciários da força de trabalho utilizada na prestação dos serviços, caso haja inadimplemento da contratada. Essa responsabilidade, porém, apesar de ser considerada subsidiária pelo TST, possui entendimento divergente no §1º do artigo 71 da Lei 8.666/93:

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

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

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

Apesar do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 pretender excluir a Administração Pública de responsabilidade perante créditos trabalhistas devidos por empresas que prestam serviços a ela, referida norma não tem sido aplicada pelo Judiciário, pois o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência é a da teoria da responsabilidade objetiva, insculpida no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal:

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

.....

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

Assim, para que surja a obrigação de reparar é necessário somente que haja dano decorrente de conduta comissiva do Estado ou de uma situação criada pelo próprio Estado. Nesse sentido, esclarece Ilse Lora (2009 p. 665) que:

O Estado, através de comportamento ativo (celebração de contrato de prestação de serviços), provoca a contratação de trabalhadores pela prestadora dos serviços. Esta, ao deixar de satisfazer direitos trabalhistas dos empregados que arrematou por força do ajuste celebrado com a Administração Pública, enseja dano, em cuja causação participou o Estado.

Além disso, informa a autora que o Judiciário tem considerado esse dispositivo contra o princípio da dignidade humana, da valorização do trabalho e dos trabalhadores contidos na Constituição Federal (LORA, 2009 p. 665).

Em relação a quais verbas trabalhistas poderão ser demandadas pelos empregados da prestadora junto à Administração Pública, Patrícia Oliveira Lima Pessanha (2010, p.83) esclarece:

Saliente-se a previsão contida na Súmula nº 363, também do TST, a qual vaticina que em tais hipóteses será garantido ao trabalhador irregularmente contratado pela Administração Pública (direta ou indireta) tão somente o pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas, observando-se, para tanto, o valor do salário mínimo bem como aqueles referentes aos depósitos do FGTS.

Dora Ramos (2001, p. 149), porém, defende a constitucionalidade do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, que isenta a responsabilidade do Estado, pois seu entendimento é a de que nesse caso não estão presentes os pressupostos da responsabilização objetiva do Estado, como se segue:

O poder-dever de fiscalização da execução contratual fixado pelos artigos 58, III, e 67 da Lei de licitações refere-se ao adimplemento do objeto ajustado, vale dizer, à execução do contrato na forma e sob as condições pactuadas. Significa que a Administração Pública deve orientar a execução do contrato, fornecendo normas e diretrizes e constatando a conformidade do que foi executado com o que estava especificado na documentação que instruiu o instrumento convocatório da licitação e o contrato. A lei não concede à pessoa jurídica pública, enquanto parte numa relação contratual, o poder-dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada.

Decorre do exposto que a inexecução das obrigações trabalhistas pela prestadora dos serviços não estabelece relação de causa e efeito com a conduta do Poder Público. Ausente o nexos causal, pressuposto indispensável para caracterização da responsabilidade objetiva do Estado, não se cogita de sua responsabilização. O dano sofrido pelos trabalhadores da contratada não tem nexos causal com ação ou omissão anti-jurídica perpetrada pela Administração.

A autora alerta que a possibilidade dessa responsabilização diante do inadimplemento da contratada torna-se um risco que pode onerar os cofres públicos, portanto deve ser considerado quando da decisão de terceirizar determinada atividade (RAMOS, 2001, p.152).

Também nesse sentido, juntamente com o argumento de que é desarrazoado exigir que a Administração faça análise minuciosa de toda a documentação comprobatória trabalhista de cada empregado, encontra-se no Supremo Tribunal Federal - STF ação declaratória de

constitucionalidade (ADC) ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, solicitando que a Corte Suprema reconheça a compatibilidade entre o art. 71 § 1º da Lei Federal 8.666/93 e a Constituição Federal, a fim de afastar a controvérsia jurídica com a Súmula 331 do TST. Referida ADC, porém, ainda não tem data para ser julgada no mérito e apresenta manifestação do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido, por trata-se de matéria eminentemente infraconstitucional.

Quanto à responsabilidade da Administração pelos débitos previdenciários, a questão é menos controversa. O § 2º do artigo 71 da Lei 8.666/93 traz explícita a responsabilidade da Administração Pública em relação aos encargos previdenciários, a qual é solidária com o contratado em relação aos contratos celebrados. Nesse sentido, visando eliminar a responsabilidade solidária por débitos previdenciários da prestadora, por determinação da Lei 9.711/98 (que alterou a Lei 8.212/91), as tomadoras devem fazer a retenção do equivalente a 11% (onze por cento) sobre o valor total dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo emitido pela empresa prestadora de serviços. Essa mudança teve vigência a partir de fevereiro de 1999 e objetivou reduzir a sonegação e estimular a contratação de prestadoras de serviços (GONÇALVES, 2005, p.20-27).

Porém, Sérgio Pinto Martins (2005 p.151) levanta uma discussão sobre o dispositivo e afirma que a Lei de Licitações e Contratos expressa que essa responsabilidade ocorre nos termos do artigo 31 da Lei 8.212/91 a qual, como já foi dito, recebeu nova redação dada pela Lei 9.711/98, não mais tratando do tema em questão (ou seja, houve mudança do texto anterior). Desse modo, por ter sido revogada tacitamente, “não há mais responsabilidade solidária entre a Administração Pública e a empresa contratada por encargos previdenciários decorrentes da execução do contrato” (MARTINS, 2005, p.151). Apesar desse entendimento, o que tem prevalecido é a aplicação da responsabilidade solidária.

Diante do entendimento majoritário de que a Administração deve responder pelos encargos da prestadora, pode-se concluir que a melhor prática a ser adotada pelos agentes públicos é que se acompanhe o contrato e observe se a empresa faz o recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários dos empregados que estão prestando o serviço, evitando demandas judiciais futuras.

Não resta dúvidas de que a Administração Pública deve se utilizar da terceirização com cautelas, como alerta Vantuil Abdala (2009, p.18), em relação aos litígios afetos à terceirização tanto no setor público quanto privado, que:

No TST, existem 9.259 processos em que o trabalhador cobra do tomador de serviços os direitos que não conseguiu receber da prestadora. Se considerarmos que chegam à Corte Superior Trabalhista menos de dez por cento de todas as ações ajuizadas por empregados no País, podemos ter ideia da dimensão da insegurança jurídica e da litigiosidade que tem gerado a ausência de regulamentação desse tipo de contratação.

Por fim, cabe lembrar que, havendo condenação do Estado, prevê também a lei que pode ocorrer responsabilização do administrador no âmbito penal, civil e administrativo, como ensina Dora Ramos (2001, p. 69):

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.

4.5. Aspectos para reflexão

Ainda em relação à terceirização na Administração Pública, há alguns aspectos que merecem atenção e que serão rapidamente colocados para suscitar discussões futuras. A primeira delas se refere à responsabilidade civil do Estado. Sobre o assunto ensina Di Pietro (2008, p.221):

Em caso de danos causados a terceiros pelos trabalhadores contratados de forma ilícita, incide a responsabilidade do Estado, que é objetiva e independe de quem seja o agente causador do dano, conforme art. 37 §6º, da Constituição. Vale dizer que, embora contratado ilicitamente, esse agente é considerado agente público para fins de responsabilidade civil do Estado.

O aspecto seguinte se refere a uma cláusula contida em algumas convenções coletivas de trabalho, a exemplo da cláusula quinquagésima quarta da convenção coletiva de trabalho 2009/2010 registrado no MTE sob nº DF000106/2009 a qual, sob o argumento de garantir a manutenção e continuidade do emprego, as empresas que sucederem outras na prestação do mesmo serviço à Administração Pública, são obrigadas a contratar todos os empregados da empresa anterior sem descontinuidade quanto ao pagamento dos salários e a prestação dos serviços, além de conceder garantia de emprego de 180 (cento e oitenta) dias, vedada celebração de contrato de trabalho a título de experiência nesse período. Referida cláusula parece contrariar as normas vigentes e a jurisprudência, pois na terceirização o objeto é a prestação de serviços, portanto a identidade do agente que desempenhará a função é irrelevante para o tomador. O que importa na relação contratual é a obtenção do resultado

material pactuado. Ademais, se ocorre substituição da empresa prestadora de serviços, mas continuidade dos empregados que trabalham na tomadora, ocorre o fornecimento de mão de obra, o qual é, segundo Di Pietro (2008, p.216-220), inadmissível na Administração Pública.

Outro aspecto que tem gerado discussões em torno da terceirização é em relação a que valores deverão estar enquadrados nos limites de despesas com pessoal trazido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta lei dispõe em seu artigo 18, §1º que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal”. Dúvidas tem surgido em relação a esse dispositivo, mas Dora Ramos (2001, p.153) esclarece que:

os contratos de terceirização firmados para suprir atividades que antes eram exercidas por servidores públicos, que tiveram seus cargos, empregos ou funções extintos para dar origem à contratação terceirizada, inquestionavelmente estão incluídos nesse limite de gastos, em decorrência de seu nítido caráter de substituição.

Quanto aos outros contratos de terceirização, deve-se analisar e observar se assumem caráter de substituição, pois ao que parece o intuito da norma é atingir aqueles gestores que objetivam meramente burlar os limites de gastos, buscando vantagens para si (RAMOS, 2001, p.156).

Por fim, é salutar trazer uma reflexão levantada por Dora Ramos (2001) em relação à vantajosidade da terceirização para a Administração Pública, pela dificuldade em estabelecer a parceria, considerada uma das características fundamentais dessa ferramenta.

Ramos ensina que no setor público essa relação encontra-se dificultada devido às limitações na escolha do contratado, a qual deve se vincular a um procedimento licitatório que não permite eleição. Assim, a Administração se prejudica em relação a fatores que podem ser utilizados no setor privado, quais sejam, “qualidade do produto, capacidade instalada, tecnologia empregada, seu conceito de mercado, seu relacionamento com os clientes e concorrentes, a situação econômico-financeira, preços praticados e, sobretudo, seu interesse na parceria” (MANUEL ALVAREZ. Terceirização: parceria e qualidade, p.7 apud RAMOS, 2001, p.154). No setor público, a determinação do parceiro se dá na maior parte pelo preço e não com base nesses fatores, ocorrendo apenas contratação de um mero prestador de serviços ou fornecedor de bens. Cabe, então, questionar se a terceirização apresenta resultados favoráveis à Administração Pública como os obtidos pelo setor privado, que tem como uma de suas premissas a de que “a escolha do parceiro é fundamental e não deve ter por prioridade a obtenção imediata do menor preço” (RAMOS, 2001, p.156).

5. A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei de Licitações e Contratos, no seu artigo 58, inciso III, atribui à Administração o poder dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com recursos públicos, os quais devem ser gastos visando a racionalização. Nesse sentido, o artigo 67 da mesma lei estabelece a forma como ela deverá ocorrer:

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Esse representante ao qual se refere deve ser um servidor, que possui diversas atribuições e responsabilidades a depender da função e do tipo de contrato no qual é responsável.

5.1. Distinção entre gestor e fiscal de contrato

A maior parte dos autores entende que o gestor e o fiscal não devem ser a mesma pessoa. Para Jessé Torres (2008, p.9), o gestor é aquele que tem uma visão ampla do sistema ao qual o contrato está inserido e o fiscal é o que comparece em campo e verificando se o contrato está sendo executado conforme seus termos. O gestor pode ser responsável por mais de um contrato e deve preferencialmente exercer suas atribuições com dedicação exclusiva, para que possa executá-lo com o devido zelo. Em relação a essas duas figuras, Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p.198) faz a seguinte distinção:

Então, o fiscal a que se refere o art. 67 da Lei nº 8.666/93 na nossa organização administrativa é o servidor que vai a campo, é o que está diariamente na obra, é o que está verificando como se executam os serviços de limpeza, conservação, manutenção ou vigilância; já o gestor está preocupado com outro nível de acompanhamento e exatamente por isso pode ser gestor de mais de um contrato porque tem que ter a visão do sistema – contratos que se reúnem por afinidade de objeto. Assim é possível ter 5, 6, 10 contratos de limpeza e conservação todos com o

mesmo gestor, mas cada um deles com o seu fiscal, porque dificilmente um fiscal vai dar conta de acompanhar o dia-a-dia da execução de mais de dois contratos.

Para o autor essa separação de funções é importante, pois as atribuições são diferentes, sendo, porém, complementares uma da outra:

Ora, se o gestor é essa peça que tem a visão do sistema, que conhece as prerrogativas da Administração, sabe usá-las no momento e na dose certos, ele tem que ter uma equipe que possa ir ao campo da execução para acompanhar o que está acontecendo – o gestor não vai, é evidente; se ele é gestor está na sua unidade administrativa tomando uma série de providências e acompanhando o desenvolvimento da execução através de relatórios, documentos, sem jamais perder esta visão do todo, a visão do sistema, eficiência e eficácia, relação custo-benefício e resultados. Mas ele precisa de gente do campo, e esse pessoal de campo é o que a lei chama de fiscal da execução (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p.9).

Para o autor, o ideal é que a função de gestor de contratos seja formalizado, possibilitando que apenas servidores capacitados a exerçam. Sobre o assunto, relata que:

No município paulista de São José dos Campos já se editou lei local, lei municipal, criando o cargo de gestor de contrato; cada Secretaria Municipal terá um desses cargos na sua estrutura. Vejam que ali já se percebeu que gerir não pode mais ser uma questão episódica, não pode ser apenas mais uma função a se exercer esporadicamente, que vale a pena começar a pensar em algo mais permanente, em algo mais estruturado, como o cargo de gestor de contratos, até para que seus ocupantes possam ter uma formação especializada e dedicação exclusiva às funções decorrentes da gestão. (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p.2).

Não há dúvidas de que o agente público investido nas funções de gestor e fiscal de contrato deverá ser capacitado para realizar as atividades inerentes ao cargo, pois poderá ser responsabilizado por eventuais erros ou ilícitos praticados. Além disso, não deveria acumular essas funções com outras alheias à contratação, fato que rotineiramente ocorre no serviço público (geralmente motivado pela falta de pessoal), mas que prejudica demasiadamente a gestão do contrato, pois os agentes não dispõem de tempo para se capacitarem adequadamente, e alguns nem mesmo para realizar adequadamente as rotinas necessárias para o acompanhamento do contrato. Aliado a isso, muitas vezes ainda acumulam as funções de gestor e fiscal do mesmo contrato.

O momento de nomeação do gestor também precisa ser planejado, pois deve ser dado a ele oportunidade para conhecer o contrato antes de sua assinatura. Leiria (2008, p.799) defende que o momento correto para nomeação do gestor é no momento da autorização do processo licitatório, permitindo que ele acompanhe o processo de contratação, participe da fase de elaboração do edital, preste consultoria interna para a comissão de licitação e para o

pregoeiro, contribuindo inclusive na escolha da melhor forma de realizar a gestão do contrato. Já a nomeação do fiscal deve ser logo após a assinatura do contrato.

Também no sentido de segregar as duas funções, este autor (LEIRIA, 2008, p.796) entende que gestor é aquele que acompanha e toma as decisões sobre a gestão do negócio, enquanto o fiscal tem atuação mais focal, cuja função é gerar informações para o gestor. Ele realiza a fiscalização, que deve preferencialmente ter caráter de especialização, admitindo-se inclusive diversos fiscais com competências diferentes para um mesmo contrato, em respeito aos princípios da eficiência e da especialização. Assim, a Administração garante agentes capacitados atuando nas áreas respectivas, gerando ganhos em termos de qualidade, pois a atuação inadequada poderá acarretar sanções, conforme prevê a Lei 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Diante dessa previsão, os gestores e fiscais devem, em caso de dúvidas, necessidade de tomar decisões que extrapolem suas competências ou dificuldades relacionadas à ausência de infra-estrutura, se salvaguardar, registrando e encaminhando referidas dificuldades aos seus superiores hierárquicos. Caso se mantenha inerte diante de situações em que deva atuar, o gestor ou fiscal pode ser responsabilizado por essa conduta (LEIRIA, 2008, p. 797). O agente estará sujeito inclusive à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992).

Em relação ao assunto, Jessé Torres (2007, p.7) apresenta uma novidade, como se segue:

Não se instauram mais procedimentos apuratórios de irregularidades de gestão tendo por alvo apenas a figura do ordenador de despesas. Chamam-se à colação para responder à apuração todos aqueles agentes que participaram naquele processo para a geração da despesa que se repute inadequada, imprópria, ineficiente, ineficaz, antieconômica.

Diante dessa mudança, a responsabilidade pelo dano é dividida entre todos aqueles que participaram do ato, cada qual respondendo pelo que praticou. Para afastar-se de sanções, o gestor deve cercar-se de cuidados ao tomar decisões, levando em consideração levantamentos, estudos e consultas a pessoas que detém conhecimento acerca do assunto. Tudo isso para que, documentando todos esses procedimentos, estará servido de provas a seu favor, caso no futuro a decisão tomada não produza os resultados esperados, não podendo ser

considerada como fruto de improbidade administrativa. Ao contrário, se forem tomadas decisões impensadas, sem fundamentos sólidos, tais decisões poderão ser questionadas futuramente e até julgadas impróprias (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p.196).

5.2. Perfil do gestor de contratos

Alguns autores consideram que o gestor de contratos deve possuir algumas competências que facilitarão o exercício da função. Maria Luiza Machado Granziera (2007, p. 412) defende que o gestor tem que ser proativo, ou seja, tem que estar a par da conjuntura, se antecipar aos problemas e buscar soluções, prevenindo acontecimentos que possam trazer reflexos na execução do contrato e evitando riscos (como perda de tempo ou de recursos financeiros). Um exemplo de atitude proativa seria o acompanhamento (desde o início) da remessa de algum produto, para certificar-se que será entregue na data acordada. Também nos casos de urgência, ao buscar auxílio de outros setores, deve não somente enviar uma solicitação e aguardar, mas ir ao encontro do responsável pelo setor para obter respostas mais rápidas.

Segundo a autora, o gestor não tem a incumbência de resolver todos os problemas técnicos, mas a de fazer com que o problema seja resolvido, consultando quem tem o conhecimento técnico que lhe falta para auxiliá-lo. Para isso ele tem que se articular com essas pessoas ou unidades a fim de munir-se de informações que irão ajudá-lo a fundamentar sua decisão para solucionar os problemas e viabilizar a entrega do objeto conforme definido no edital. Para auxiliá-lo na tarefa, recomenda-se ter uma equipe.

O gestor é o elo entre a contratante e a Administração, para isso tem que ser um negociador de prazos, reuniões, condições (exceto aquelas constantes do contrato) para que a execução do objeto ocorra a contento. Também deve se articular com os outros setores que lhe darão o suporte técnico (departamento jurídico, comercial, financeiro etc) e buscar apoio de suas autoridades superiores.

Em relação ao conhecimento técnico, Jessé Torres (2007, p.411) defende que o gestor deve ter um arcabouço mínimo de conhecimento, como se vê a seguir:

Fundamentalmente, o gestor é alguém que tem que conhecer um pouco do direito, das leis que regem as contratações públicas, tem que entender de direito administrativo; não precisa ser necessariamente advogado, não precisa ser bacharel, mas tem que ter noções dos princípios, noção do que é o Direito Administrativo na

questão das contratações, tem que ter noções básicas de direito financeiro. Com essa bagagem mínima do arcabouço legal que rege a execução de um contrato – porque a gente está falando de execução de contrato, mas existe a execução orçamentária junto com o contrato –, existe alguém que vai atestar o cumprimento de uma etapa do contrato e gerar um processo de pagamento dentro da Administração Pública. O gestor tem importância fundamental não só em relação ao acompanhamento físico da execução do objeto, mas também tem a responsabilidade de atestar que a partir daquele momento o contratado poderá receber a parcela respectiva ao cumprimento daquela etapa do contrato.

Referido autor relata ainda que a Controladoria Geral da União - CGU apresentou no 3º Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, as principais deficiências na gestão dos contratos, corroborando essa necessidade de se ter um agente capacitado:

Os erros que mais freqüentemente se observam no desempenho dos gestores públicos dos contratos: a ausência de fiscal designado ou a precariedade de sua atuação ocasionando, dentre outros, os seguintes problemas – estou lendo o texto da Controladoria Geral da República – falta de controle sobre a execução, ausência de sanção ao contratado que não cumpre cláusula, pagamento realizado sem a necessária medição dos serviços, recebimento de bens e serviços por agentes que não possuem conhecimento técnico sobre o objeto contratado e dificuldades em apurar responsabilidades do agente que recebe o objeto em desacordo com os termos e condições contratados (PEREIRA JÚNIOR, 2008, p.1).

Observa-se que para exercer a função, é não só recomendável como necessário que o representante da Administração detenha algumas competências e conhecimentos que o auxiliarão no cumprimento das tarefas, além de minimizar problemas como os citados no relatório da CGU.

5.3. Atribuições do fiscal e gestor de contratos

Além do aspecto anteriormente abordado, é importante que o fiscal e o gestor de contratos tenham em mente qual é o seu papel, ou seja, quais são suas atribuições na função as quais foram designados. Elas podem variar dependendo do contrato, porém é possível listar algumas que se referem à maioria deles, como as apresentadas por Maria Luiza Machado Granziera (2007, p. 412):

- Planejar a execução do contrato (por meio de reuniões periódicas e reunião inicial com o preposto), conhecer as tarefas que deverá realizar naquele contrato e se preparar para elas programando, por exemplo, o prazo, como e com a ajuda de quem irá para executá-las;

- conhecer em detalhes o objeto do contrato, para que possa aferir com precisão se o objeto foi entregue ou prestado conforme especificado no edital;
- transformar e formalizar toda e qualquer negociação e planejamento no processo administrativo aberto para a contratação, pois o processo de contratação é de natureza formal e a documentação servirá como um histórico do contrato, contendo explicações, justificativas que poderão inclusive no futuro ser solicitada por órgãos de controle.
- também devem ser anexados ao processo de contratação e-mails, contatos telefônicos que foram importantes nesse processo, para que se possa compreender futuramente como elas ocorreram.

Em relação ao processo administrativo, Jessé Torres (2007, p. 196) chama a atenção para sua importância:

O processo administrativo da contratação é uma das mais importantes ferramentas jurídico-administrativas da gestão comprometida com os resultados, porque ali estarão todos os elementos que atestarão, ou não, a pertinência das escolhas, das opções, das decisões e dos resultados obtidos ou não obtidos.

- demonstrar tecnicamente o motivo de alterações no objeto, explicitando uma possível inadequação e mostrando a vantajosidade da alternativa escolhida;
- verificar a situação trabalhista como a anotação na carteira de trabalho, o gozo de férias e o uso de equipamentos de segurança, principalmente em contratos que envolvem realização de obras. Mesmo que esses itens constem do contrato ou do edital, o gestor deve se certificar que está sendo cumprido, sob pena de ser negligente;
- registrar a história do contrato, contendo os problemas detectados durante a contratação para que se possa aperfeiçoar o próximo edital, consequentemente a gestão dos próximos contratos, evitando cometer os mesmos erros. A anotação servirá para que caso haja mudança de gestor, o próximos saibam identificar as melhorias a serem feitas para que a Administração evolua para melhor;

Observa-se que o papel do gestor, em termos gerais, é o dever de garantir que o orçamento público será utilizado de forma racional, com o melhor custo-benefício possível, por meio do acompanhamento do estrito cumprimento do contrato pelo prestador de serviços, ou seja, viabilizar a execução do objeto nos estritos termos do contrato e do edital.

Jessé Torres (2007, p.199) recomenda que ele tenha domínio sobre os termos do contrato, pois ao fazer solicitações ou recomendações ao contratado ele somente pode se basear no que foi estabelecido no documento contratual. Por isso, também o edital, projeto básico e o contrato devem ser bem planejados:

Quando o fiscal vai a campo tem que conhecer perfeitamente os termos do contrato, do projeto, das especificações, porque este é o paradigma que ele tem para exigir a correção de faltas ou defeitos. Será falta ou defeito em face daquilo que está contratado, não em face daquilo que ele pensa o que ele gostaria que fosse, ou o que o contratado acha melhor.

5.4. Medidas preventivas para auxílio na gestão e fiscalização

Muitas vezes, mesmo havendo cuidado na escolha do gestor ou fiscal, é necessário que se tome outras medidas visando prevenir problemas futuros, principalmente aqueles relacionados ao inadimplemento da contratada.

Para se garantir a idoneidade financeira da contratada e conseqüente resguardo dos interesses dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços, Angélica Guimarães (2009, p.16) sugere a adoção de algumas medidas: exigir, nos atos convocatórios, comprovação de “patrimônio líquido de no mínimo 5% do valor estimado da licitação; planilhas abertas, com cotação de todos os itens que compõem o preço por categoria envolvida na prestação dos serviços”; “atestados de capacidade de execução de serviços similares em quantidade, qualidade e prazos e “que os valores correspondentes às parcelas salariais devidas aos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços sejam realizados através de depósito vinculado na conta-corrente da prestadora”, evitando “que a empresa receba os créditos e desvie a finalidade ou que esta tenha dívidas para com a instituição bancária e esta bloqueie os valores, impedindo o cumprimento das obrigações trabalhistas”.

Sérgio Honorato dos Santos (2008, p.1037-1040) também lista alguns cuidados que se devem ter ao se optar pela execução indireta: checar a idoneidade e capacidade financeira da empresa, exigir garantias, firmar contrato com cláusulas e obrigações claras e bem definidas, evitar contratar parentes de servidores, agentes públicos ou políticos como terceirizados (não

ofendendo os princípios da moralidade e da impessoalidade), definir claramente as atribuições de cada categoria profissional que se está contratando, evitando que se confundam com as atribuições típicas de servidores de carreira e instruir a contratação previamente com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

Para Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p.74) a especialização da empresa prestadora de serviços é um requisito importante que autoriza a terceirização. Porém, o que se observa em alguns contratos é a existência de empresas com objetos sociais extremamente genéricos, denunciando a mera intermediação de mão-de-obra. Portanto é essencial que se observe, numa contratação, se a contratada possui uma atividade definida, configurando uma empresa realmente especializada na execução do serviço a que se propõe prestar.

Patrícia Oliveira Lima Pessanha (2010, p.89) recomenda valer-se de assessoria jurídica especializada nos casos de dúvida em relação à aplicação da ferramenta, pois se torna mais vantajoso assumir custos com essa consultoria a ser eventualmente demandado judicialmente. Além disso, a mesma autora (PESSANHA, 2010, p.91) aconselha que, na fase posterior à prestação de serviço terceirizado, a tomadora guarde a documentação referente à mão de obra utilizada, por um prazo de cinco anos, para comprovações futuras, caso seja demandado pelos órgãos de controle ou pelo judiciário.

Visando municiar a Administração com informações sobre procedimentos que podem ser adotados para prevenir dificuldades na gestão dos contratos, foi editada a IN nº 2/2008 - SLTI, que estabelece entre outras medidas (SAMPAIO, 2008, p. 486-489):

- que as contratações devem ser realizadas em harmonia com o planejamento estratégico da instituição;
- a observância de algumas diretrizes, como mensuração dos serviços por resultados, definição de competências e responsabilidades para todos os envolvidos com a contratação, procurando garantir que cada um atue onde possui conhecimentos técnicos específicos (atestes dos produtos ou serviços, resolução de problemas, acompanhamento da execução dos trabalhos, gerenciamento de riscos, sugestão de aplicação de penalidades, avaliação da necessidade de aditivos contratuais e condução do processo de repactuação, quando for o caso), evitando entendimentos equivocados e contribuindo para a eficiência na gestão dos contratos;
- princípios e vedações para a contratação com terceiros;

- a adoção de unidades de medida que permitam a mensuração dos resultados, eliminando critérios de remuneração como quantidade de horas trabalhadas ou número de postos;
- o impedimento de condutas que não devem ser praticadas pela Administração em relação aos empregados contratados, como emitir ordens diretas, desviar funções, indicar pessoas para contratação e fixar salários e benefícios;
- a necessidade da elaboração de projeto básico ou termo de referência, que deve abranger todos os aspectos relacionados com a contratação e ser preferencialmente elaborado por profissional com qualificação técnica no serviço a ser contratado. Quanto maior a especialização do responsável, melhor será o resultado obtido;
- a possibilidade de celebrar contratos com base no atingimento de metas previamente estabelecidas, utilizando-se para isso o Acordo de Nível de Serviços (ANS), o qual deverá constar do edital e objetiva aferir a qualidade dos serviços prestados por meio de indicadores de desempenho objetivos e claros;
- a fixação de requisitos mínimos para aceitação das ofertas, visando torná-las mais claras e objetivas, como: preenchimento das planilhas de formação de preços, indicação dos atos normativos que orientaram as propostas e a produtividade adotada, além de relacionar a quantidade de pessoal e os materiais e equipamentos que serão alocados na execução contratual;
- a necessidade de especificar critérios para a verificação da exequibilidade e desclassificar propostas cujos preços sejam inexequíveis, entendidas como aquelas que comprovadamente sejam insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação. A norma prevê ainda a realização de diligências, caso haja necessidade de esclarecimentos complementares ou quando houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço;
- a necessidade dos termos aditivos de prorrogação serem aprovados previamente pela consultoria jurídica do órgão/entidade contratante;

- a especificação dos objetos de verificação, conduta dos fiscais e lista de documentos que devem acompanhar a fatura.

A Instrução Normativa nº 3/SLTI editada em 2009, por sua vez trouxe novas medidas que a Administração poderá adotar para resguardar os direitos trabalhistas da mão de obra contratada as quais foram resumidas por Bianca Lobato (2010, p.39). Assim, podem ser estabelecidos no edital:

- a) a possibilidade de abertura de uma conta vinculada ao contrato em nome da empresa contratada, bloqueada para movimentação, na qual a Administração depositará diretamente, descontando da parcela mensal a ser paga à contratada, os valores referentes a férias, 13º salário e rescisão contratual;
- b) a obrigação da contratada de autorizar, no momento da assinatura do contrato, que a Administração retenha na fatura e realize o depósito direto da parcela do FGTS, na conta vinculada do trabalhador junto à Caixa Econômica Federal;
- c) a previsão de que o pagamento dos salários dos empregados seja feito por meio de depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração.

São medidas que poderão evitar condenações da Administração com pagamento de verbas trabalhistas não pagas pelas empresas terceirizadas, porém alerta Bianca Lobato (2010, p.39-40) que elas também poderão elevar os custos da contratação, pois reduz o capital de giro das empresas e exige que a Administração esteja mais capacitada para realizar a nova função, sendo talvez necessária a contratação de empresa especializada para auxiliá-la ou realização de concurso público para exercer o cargo.

6. RELATÓRIO DE PESQUISA

A presente pesquisa foi realizada em um Órgão Público Federal, auxiliar do Congresso Nacional na atividade de controle externo, entendida como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. (art. 70 da CF/88). Referido órgão possui sede em Brasília e secretarias de controle externo em todos os estados da federação.

A pesquisa realizada junto aos fiscais de contrato visava atender alguns objetivos específicos do presente trabalho, quais sejam:

- Mapear possíveis dificuldades encontradas pelos gestores/fiscais na gestão e fiscalização de contratos com empresas terceirizadas;
- Subsidiar o levantamento de necessidades de treinamento para gestores e fiscais de contrato;
- Subsidiar o aperfeiçoamento de instrumentos de controle e processos de trabalho;
- Apresentar possíveis alternativas que possam minimizar problemas enfrentados pelos gestores e fiscais no exercício de suas funções.

6.1. Metodologia

Para a obtenção das informações para a pesquisa foi elaborado questionário (anexo) contendo 13 itens, o qual foi aplicado previamente a dois fiscais de contrato do referido órgão para realizar o pré-teste. Este procedimento teve como objetivo evidenciar possíveis falhas, como: clareza e precisão dos termos, desnecessidade de questões, clareza do comando, ordem de aparecimento das questões etc. Tais respostas não foram consideradas para o conjunto da pesquisa, pois objetivavam somente a realização de possíveis ajustes.

Posteriormente o questionário foi enviado por e-mail a 58 (cinquenta e oito) servidores detentores da função de gerir e fiscalizar os contratos de prestação de serviços do órgão. A listagem destes servidores foi obtida no Serviço de Apoio à Fiscalização de Contratos (SFC),

pertencente à Divisão de Gestão Contratual (Dicad), esta por sua vez à Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio (SELIP). O órgão possui aproximadamente 60 desses contratos espalhados na sede (Brasília-DF) e nos estados. Para a pesquisa foram respondidos e utilizados para análise dos resultados 15 (quinze) questionários, sendo 9 (nove) da sede e 6 (seis) dos estados. O restante dos questionários enviados não foram devolvidos supostamente por ausência dos respondentes ou mesmo desinteresse, pois alguns foram lidos mas não respondidos (informação obtida com o recurso “confirmação de leitura” do software Microsoft Outlook).

Cumpra ainda esclarecer que será utilizado o termo “fiscal de contrato” tanto para a função de gestor, quanto de fiscal, pois a grande maioria dos servidores do órgão (senão todos) acumulam as duas funções e são denominados como tal.

6.2. Resultados

Para essa etapa foram realizadas análises quantitativas e qualitativas das respostas obtidas. Na primeira técnica os dados são obtidos por métodos estatísticos, sendo uma análise mais objetiva, fiel, rígida e exata. Já a análise qualitativa é um procedimento mais intuitivo e maleável e que permite o estudo das relações entre diversos índices, a fim de se obter um resultado mais preciso.

Optou-se por utilizar as duas técnicas porque, apesar das respostas serem abertas, a maior parte delas se adequou à análise quantitativa e para uma melhor contribuição para o trabalho não se poderia negligenciar a abordagem qualitativa, conforme nos ensina Laurence Bardin (2009, p.140):

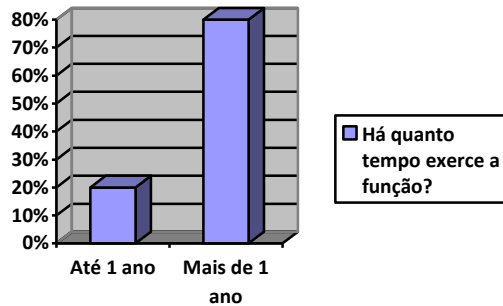
Laurence Bardin: A abordagem quantitativa funda-se na frequência de aparição de determinados elementos da mensagem. A abordagem não quantitativa recorre a indicadores não frequenciais susceptíveis de permitir inferências; por exemplo, a presença (ou a ausência) pode constituir um índice tanto (ou mais) frutífero que a frequência de aparição.

Além disso, a combinação das duas se mostrou mais adequada ao objeto estudado.

A seguir são apresentados item por item os resultados obtidos:

Questão 1: A maioria dos servidores (80%) exerce a função há mais de 12 (doze) meses.

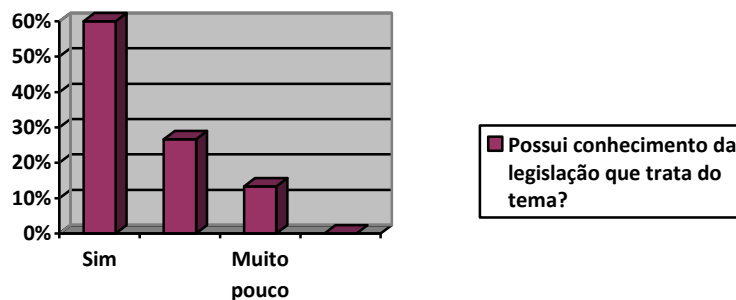
Tabela 1 – Tempo de exercício na função



Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 2: Apesar de grande parte dos fiscais (60%) relatarem que conhecem a legislação que trata da contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública, 40% ainda conhecem muito pouco ou apresentam alguma deficiência. Considerando a constatação do item anterior, percebe-se que mesmo estando na função por tempo considerável, alguns servidores ainda carecem de conhecimento acerca da legislação.

Tabela 2 – Conhecimento da legislação específica

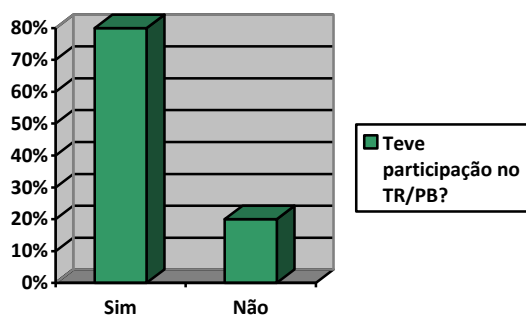


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 3: A maioria (80%) participou da elaboração do termo de referência (TR) ou projeto básico (PB), sendo que dois deles acumulam a função de elaboração dos editais da unidade. Esse resultado é bem positivo, visto a necessidade dessa participação para o sucesso na posterior gestão do contrato. Vale ressaltar que dos três servidores que afirmaram não

terem participado dessa etapa, um relatou não ter participado por ter sido designado para a função no decorrer do contrato.

Tabela 3 – Participação na elaboração do TR/PB

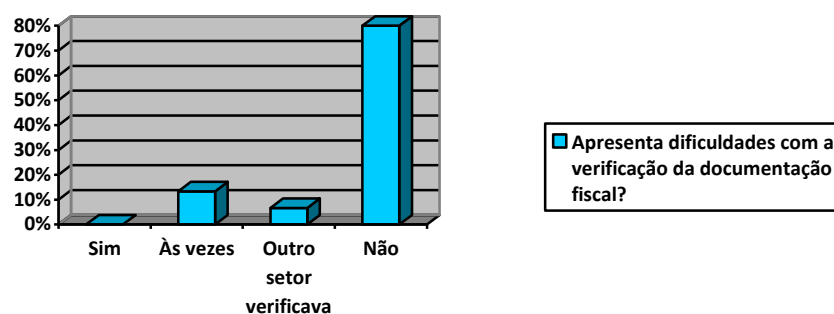


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 4: Todos os fiscais (100%) sabem quais são os documentos que devem ser exigidos da empresa terceirizada para autorizar o pagamento mensal da fatura. Para isso se utilizam de alguns recursos, como *check list* e consultas aos contratos, além de contarem com o apoio da unidade especializada do órgão para se manterem atualizados em relação à documentação exigida. Pode-se inferir que não há dificuldades em relação a quais são os documentos para liberação do pagamento.

Questão 4.1. Além de conhecer quais dos documentos devem ser exigidos, a maioria dos fiscais (80%) não apresentava dificuldade em verificar a correção (autenticidade e validade) da documentação fiscal, havendo relato do uso do SICAF como um facilitador.

Tabela 4 – Dificuldades com a documentação fiscal

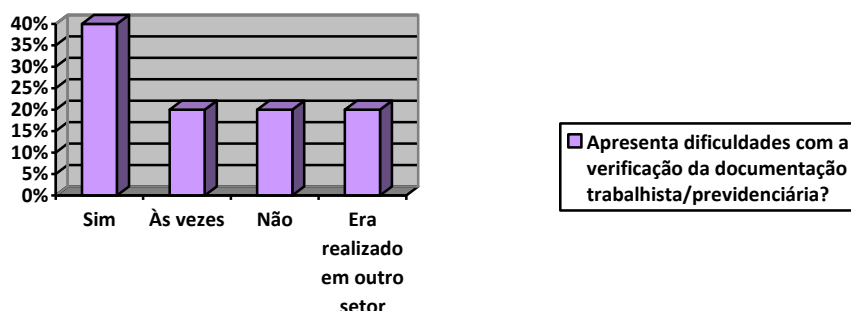


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 4.2: Apesar de conhecerem os documentos que devem ser exigidos, apenas 20% dos fiscais não apresentavam dificuldades em verificar a correção da documentação trabalhista e previdenciária dos empregados da contratada, sendo que dentre eles houve um relato no qual atribui a resposta ao auxílio recebido da unidade especializada do órgão (denominado Serviço de Apoio à Fiscalização de Contratos - SFC) que os apoiavam e auxiliavam nessa tarefa. Em relação à essa unidade, muitos relataram que a conferência dessa documentação era feita por ela, facilitando assim o trabalho dos fiscais.

A documentação trabalhista e previdenciária envolve muitos detalhes e necessidade de conhecimento acerca da legislação trabalhista e previdenciária (FGTS, férias, INSS, abonos etc), o qual é exigido ainda na fase de contratação, ou seja, na análise da planilha de custos apresentada pela contratada. Talvez por tudo isso seja um ponto que suscita muitas dúvidas e dificuldades por parte desses profissionais, que geralmente possuem conhecimento apenas do serviço especializado objeto da contratação.

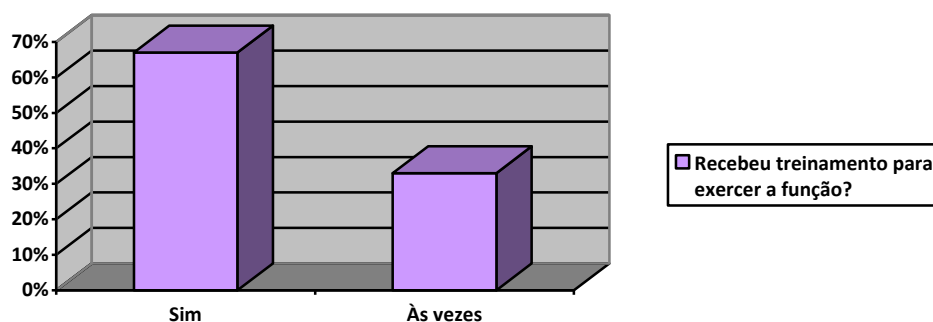
Tabela 5 – Dificuldades com a documentação trabalhista e previdenciária



Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 5: A maioria (67%) considera ter sido treinado adequadamente para exercer a função. Inclusive, dois servidores relataram que não fizeram o treinamento, mas que o curso havia sido disponibilizado pelo órgão. Houve, porém, um relato de que há escassez de cursos e vagas ofertadas pelo órgão. Apesar deste relato, infere-se que o órgão disponibiliza cursos para a capacitação na função. Apenas não se sabe se esses cursos atendem às necessidades daqueles que exercem a função, pois das respostas obtidas houve apenas dois relatos, sendo um em termos positivos e outro, negativos.

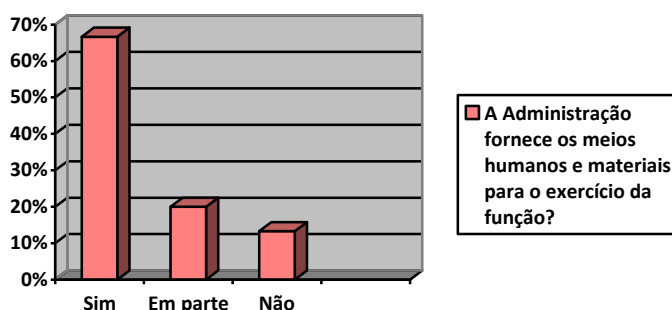
Tabela 6 – Participação em treinamento



Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 6: A maioria (67%) relatou que a Administração fornece os meios materiais e humanos que lhe permitem acompanhar com eficiência a execução do contrato. Porém, entre aqueles que disseram “não” ou “em parte”, houve diversos relatos em sentido contrário, especialmente em relação ao acúmulo do exercício do cargo efetivo com a função de fiscal, o qual dificulta a realização das tarefas relacionadas à gestão e à fiscalização dos contratos. Também levantou-se a necessidade de se compensar esse acúmulo de tarefas por meio de uma gratificação pecuniária e a preocupação em relação à possibilidade de não haver mais o apoio do SFC, o qual parece ser um meio de apoio importante no órgão.

Tabela 7 – Apoio da Administração

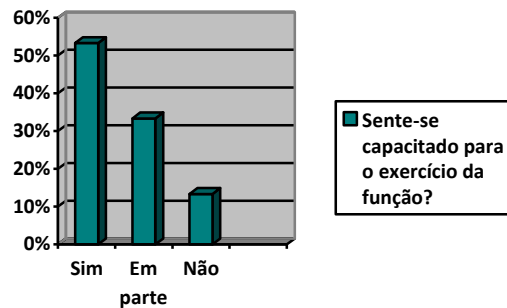


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 7: Pouco mais da metade dos fiscais (53%) se sentia capacitado para exercer a função de fiscal do contrato (com conhecimento técnico acerca do objeto do contrato), porém relataram diversas dificuldades: pouco investimento do órgão em capacitação, comprometimento das tarefas pelo acúmulo de funções, dificuldade em relação ao

conhecimento técnico do serviço especializado e em relação à documentação contratual. Considerando que 80% exercem a função há mais de um ano, o resultado não parece satisfatório, sendo necessárias medidas para preencher as lacunas existentes.

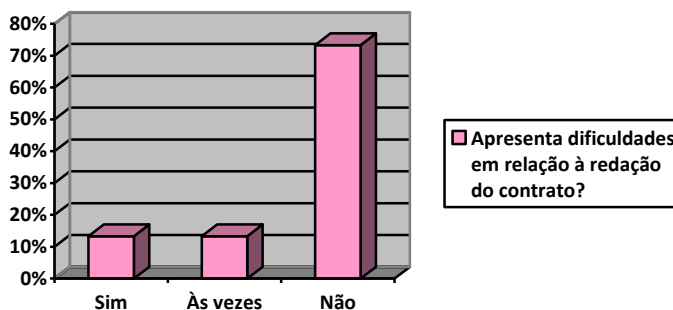
Tabela 8 – Capacidade técnica para exercício da função



Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 8: Em relação à redação inadequada ou confusa do contrato que dificulte a execução da fiscalização e/ou aplicação de sanções, a maioria dos fiscais (73%) assinalou não apresentar dificuldades, havendo apenas um relato alertando sobre a necessidade do detalhamento preciso de cláusulas que se referem à aplicação de sanções, para que os fiscais possam instrumentos eficazes de cobrança.

Tabela 9 – Dificuldades com a redação do contrato

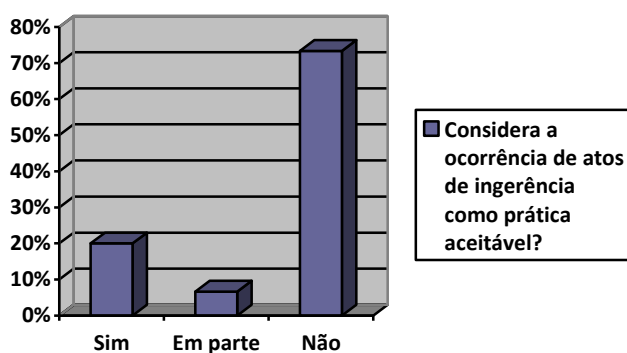


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 9: A maioria (73%) considera inaceitável a prática de atos de ingerência na administração da empresa contratada, por parte da Administração, tais como direcionar (indicar ou selecionar) a contratação de pessoas para trabalhar. Porém, alguns (33%)

defendem que poderia ser realizado, visando selecionar mão de obra mais capacitada e com o perfil que atenda às necessidades do órgão. Tal atitude é considerada por esses fiscais como mais vantajosa para ambas as partes, pois evita substituições frequentes de mão de obra.

Tabela 10 – Aceitação de atos de ingerência

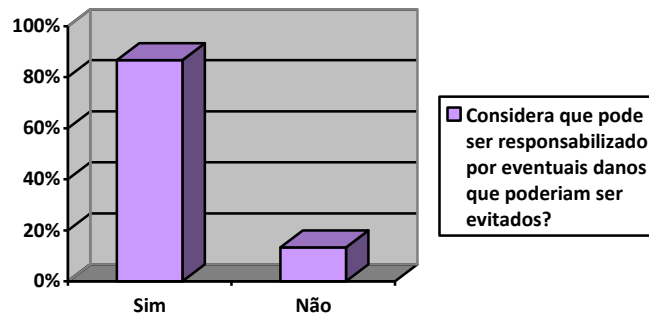


Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 10: A totalidade dos fiscais (100%) tem conhecimento que no contrato de terceirização é vedada qualquer relação entre os servidores públicos e os empregados que prestam serviços, que caracterize pessoalidade e subordinação direta. Apesar de alguns relatarem dificuldades em relação ao cumprimento da vedação, a maioria se refere a casos permitidos pelas normas, como a relação com recepcionistas, que podem receber ordens diretas da Administração desde que as tarefas estejam previstas nas atribuições do cargo. Porém, foi relatada situação em que não é viável a existência de um preposto, como nos contratos de pequeno vulto, onde muitas vezes há poucos terceirizados prestando o serviço. Nesse caso, foi relatado que a relação direta acaba sendo inevitável.

Questão 11: A maioria dos fiscais (87%) considera que pode ser responsabilizado por eventuais danos que poderiam ser evitados (motivados ou por omissão, imprudência ou negligência do fiscal), sendo que alguns levantam por isso a importância de haver um bom treinamento, além de contraprestação pecuniária (por parte da Administração) pelo exercício da função, pois esta envolve dedicação e muitas responsabilidades.

Tabela 11 – Responsabilização do fiscal/gestor



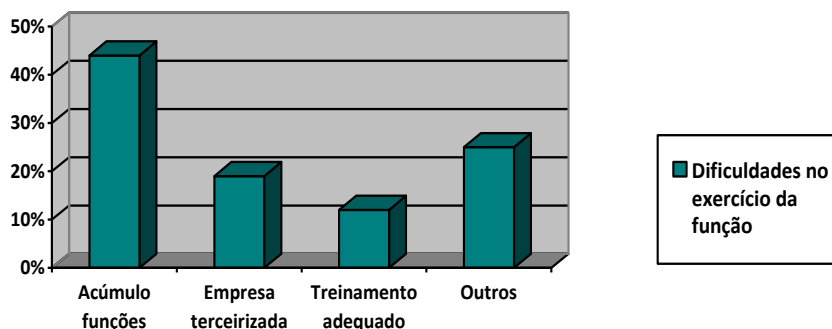
Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 12: Ao serem perguntados em relação à maior dificuldade enfrentada no exercício da função de fiscal de contrato, foram obtidos os seguintes grupos de respostas (ordenados segundo a frequência de aparição):

- 1º. Dificuldades para conciliar a função de fiscal com outras de sua unidade (44%);
- 2º. Dificuldades relacionadas à empresa terceirizada: desorganização, descumprimento das obrigações contratuais na prestação de serviços contínuos e tentativa de burla dos pagamentos obrigatórios mensais (19%);
- 3º. Carência de treinamento adequado, inclusive nas secretarias estaduais (13%);
- 4º. Outros*: Dificuldade em estabelecer cláusulas de nível de serviço efetivas e de fácil mensuração e acompanhamento, obtenção de profissionais terceirizados competentes e adequados à prestação dos serviços, dificuldade em afastar a pessoalidade e subordinação direta, termos de referência mal elaborados, falta de cartilhas explicativas tanto para os fiscais como para as empresas contratadas (25%).

*Cada um desses itens foi citado uma única vez.

Tabela12 – Principais dificuldades no exercício da função



Fonte: dados coletados pela autora, 2010.

Questão 13: Por fim, em relação à pergunta “Gostaria de acrescentar algo que não foi abordado no questionário?”, pode-se destacar:

- O pedido reiterado de ser dado algum benefício (gratificação) para o exercício da função de fiscal;
- A sugestão de centralizar a gestão dos contratos (com o auxílio de fiscais lotados nas unidades onde os serviços são prestados, que realizarão o acompanhamento e avaliação do desempenho dos mesmos);
- A idéia de atingir mais fortemente o procedimento licitatório (visando selecionar empresas idôneas, evitando problemas no decurso do contrato);
- A importância de se manter o alerta do término do contrato pelo sistema *Contrata* (sistema próprio do órgão), o qual auxilia no início do procedimento para prorrogação do contrato.

6.3. Conclusões e sugestões

Percebe-se que o acúmulo de funções tem sido relato recorrente nos resultados obtidos, dificultando o exercício das tarefas, seja pela falta de tempo para capacitação, para fiscalização ou para exame mais detalhado da documentação referente ao contrato.

Também chamou a atenção a necessidade de se ter no órgão uma unidade permanente de apoio, onde os fiscais possam tirar dúvidas, obter informações atualizadas do

tema ou parceria na execução das tarefas inerentes ao contrato, como o que ocorre em relação à análise da documentação trabalhista e previdenciária.

Além disso, há necessidade de se realizar frequente capacitação dos ocupantes da função, pois a norma é constantemente aperfeiçoada com o surgimento de novas necessidades e sua aplicação é obrigatória para a Administração Pública.

Também parece ser interessante a segregação das funções de gestor e fiscal de contratos, facilitando a aquisição de conhecimento e especialização do servidor. Desse modo, um único servidor não necessitaria de deter conhecimento em direito (administrativo, trabalhista, previdenciário, civil), contabilidade, e também em determinada área específica, objeto do serviço a ser prestado. Tal entendimento vai ao encontro das posições adotadas por Jessé Torres (2007 e 2008) e Jerônimo Leiria (2008), as quais foram abordadas anteriormente.

Pode-se concluir dos resultados obtidos que há uma preocupação do órgão pesquisado em relação à fiscalização e acompanhamento dos contratos de terceirização, sendo necessário porém, que alguns pontos sejam aperfeiçoados, visando a melhoria do desempenho de seus servidores na execução de suas tarefas. Vale lembrar que muitas recomendações importantes constam na IN nº 2/2008 – SLTI (e suas alterações) e nas deliberações do TCU.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização é uma forma de modernização das relações trabalhistas, proporcionando às empresas redução dos custos operacionais e maior competitividade por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas. Também é uma alternativa para minorar a falta de postos de trabalho (MARTINS, 2005, p.171-174).

Na Administração Pública ela vem sendo utilizada visando a economicidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos, pois a ferramenta possibilita redução de custos com pessoal e prestação de serviços especializados, as quais supostamente são mais vantajosas para o Estado, visto que não há necessidade de realizar gastos para capacitar seu próprio pessoal.

Porém, para que a contratação com terceiros contribua para o bom desempenho da Administração é necessário que ela seja acompanhada em todas as suas etapas. Esse acompanhamento, conforme determina a Lei de Licitações e Contratos deve ser realizado por um representante da Administração devidamente capacitado para exercer a função.

Tendo por pressuposto essa necessidade, o presente trabalho abordou o contexto de surgimento da terceirização no Brasil e depois mais especificamente na Administração Pública, permitindo um maior entendimento suscitado pela visão geral do fenômeno; elencou toda a legislação referente ao tema (aplicável apenas no âmbito privado, no público ou em ambos); trouxe as principais características e problemas relacionados ao tema e fez um apanhado da figura do gestor e fiscal de contrato que atua nos órgãos e entidades públicos. Os itens abordados são imprescindíveis para conhecer o fenômeno e suas peculiaridades, permitindo que a gestão e a fiscalização dos contratos sejam realizadas com mais segurança e responsabilidade.

Tais informações, juntamente com o mapeamento de dificuldades enfrentadas pelos servidores (realizado por meio dos questionários), como a dificuldade de atuação devido ao acúmulo de funções ou a falta de conhecimento em algumas áreas (como a legislação trabalhista), permitem subsidiar o Administração com informações que permitirão tomar decisões mais direcionadas para o aperfeiçoamento de instrumentos de controle e processos de trabalho, como a possibilidade de segregação das funções de gestor e fiscal, além de levantar possíveis necessidades de treinamento (ou reformular os já existentes).

Por meio do levantamento de sugestões para melhorias no processo de contratação, percebe-se que muito está sendo feito e muito ainda precisa ser feito para que a terceirização se torne realmente um instrumento que auxilie Administração na busca da excelência na prestação dos serviços públicos. Os problemas inerentes à terceirização são muito variados, como fraudes, inexperiência de ambas as partes, corrupção, inadimplemento da contratada, sobrecarga sobre o gestor de contratos etc. Cabe então à Administração entender cada um desses entraves e buscar a melhor solução, visando sempre o bem comum.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização, anomia inadmissível. Revista do direito trabalhista, v.15, n.2, p.18, fev., 2009.

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 29 de março de 2010.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 29 de março de 2010.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm. Acesso em 29 de março de 2010.

_____. Instrução Normativa nº 2/2008 do MPOG/Secretaria de logística e tecnologia da Informação. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in02_30042008.htm. Acesso em 20 de julho de 2010.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 de março de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FORTINI, Cristiana e outros. Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Madeline Rocha; SOUSA, Joaquim Furtado de. Aplicando a IN/MPOG/SLTI nº 02/2008: numa visão prática. Fórum de Contratações e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 83, p. 25-33, Nov. 2008.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

GIOSA, Lívio. Terceirização: Uma abordagem estratégica. São Paulo: Editora Meca, 2007.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Gestão dos contratos administrativos: a figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. Boletim de direito administrativo, v. 23, n.4, p. 409-416, abril, 2007.

GUIMARÃES, Angélica. Aspectos polêmicos do controle das licitações de prestação de serviços, com fornecimento de mão-de-obra, no último ano de mandato dos prefeitos, à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal, v.14, Edição especial, p.3-18, nov. 2009.

LEIRIA, Jerônimo Souto. A responsabilidade dos gestores e fiscais de contratos de órgãos da administração direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. BLC: Boletim de licitações e contratos, v.21, n.8, p.796-802, ago., 2008.

_____. Gestão da terceirização & gestão de contratos. Porto Alegre: Leiria & Pietzsch Editora Ltda, 2006.

LOBATO, Bianca Duarte. A responsabilidade do Estado nos contratos administrativos para terceirização de serviços. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 98, p. 35-40, fev. 2010.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Terceirização e responsabilidade do tomador dos serviços. Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário, n.21, p.671-664, 1ª quinzena nov. 2009.

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

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Gestão dos contratos administrativos. A figura do gestor contratual: perfil e atribuições típicas. Boletim de direito municipal, v. 23, n.3, p. 191-201, março, 2007.

_____. Gestão dos contratos administrativos. BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 21, n.1, p.1-12, janeiro, 2008.

PESSANHA, Patrícia Oliveira Lima. A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização: análise sob a ótica da prevenção de litígios. Revista IOB: trabalhista e previdenciária, v.21, n.249, p.80-93, mar., 2010.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001.

RIBEIRO, José. A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora do serviço. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. Instrução normativa N° 02/08 : um novo marco regulatório para as contratações de prestação de serviços. Revista Zênite : ILC : Informativo de licitações e contratos, v.15, n.171, p.486-489, maio, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo. Licitação e contratação de serviços continuados ou não: a instrução normativa nº2/08 (SLTI/MPOG). BLC: Boletim de licitações e contratos, v.21, n.12, p.1135-1145, dez., 2008.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. Reflexões sobre a terceirização legal na administração pública. Boletim de direito administrativo, v.24, n.9, p.1036-1044, set., 2008.

SARATT, Newton Dorneles. Gestão Plena da Terceirização: O Diferencial Estratégico. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VIANA, Silvia Fernanda Gimenez. Terceirização, intermediação de mão-de-obra e a Súmula nº 331 do TST. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, p. 7 – 16, jun. 2009.

VIEIRA, Antonieta Pereira; Vieira, Henrique Pereira; Furtado, Madeline Rocha; Furtado, Monique Rafaella Rocha. Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2006.