

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

“DECISÃO: O Parecer Coletivo nº 03/97, que tem como Relator o Auditor Substituto de Conselheiro, Vergilio Perius, pelo estudo jurídico que apresenta, é suficientemente esclarecedor às dúvidas suscitadas na inicial.

Assim, o Tribunal Pleno, em sessão de 06-08-97, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, pelas razões e fundamentos expostos nas fls. 86 a 89, bem como o Parecer Coletivo nº 03/97 da Auditoria, acolhido por este Pleno nesta nata, decide que se responda à Consulta nos seus termos, encaminhando-se cópia do referido Parecer ao Prefeito Municipal de Ibirubá, Senhor Olando Kanitz, por bem representar o entendimento desta Corte sobre a matéria questionada e, de igual forma, servir de subsídio àquela Autoridade Consulente.

Decide, ainda, que seja encaminhado à FAMURGS cópia do Parecer Coletivo nº 03/97 da Auditoria para que ela tome conhecimento e distribua a todos os municípios o posicionamento desta Corte a respeito da matéria.”

Consultava o Prefeito Municipal de Ibirubá-RS, através de Ofício nº 163/97, datado de 31-03-97, quanto à correta orientação relativamente à matéria de terceirização, nos termos:

“1. A intenção desta Administração é terceirizar alguns serviços, como por exemplo, recolhimento de lixo. Solicitamos então, orientação neste sentido.”

A decisão supramencionada responde a consulta formulada e nivela o entendimento deste Tribunal sobre a terceirização e os serviços públicos.

O exame da **terceirização** demanda, primeiramente, uma análise histórica quanto ao tratamento que a matéria vinha recebendo junto ao Tribunal de Contas/RS.

1. A TERCEIRIZAÇÃO E O TRIBUNAL DE CONTAS

1.1 - Manifestação/Controle Externo

O extenso e laborioso trabalho, sob o título : “*A Terceirização no Serviço Público*”, de autoria de Cezar Miola - Auditor Público Externo, em auxílio ao Programa de Orientação às Administrações Públicas, promovido pelo TCERS, se constitui valiosa referência ao tema, porquanto amplia o debate em torno da terceirização de serviços públicos. Ao lado de visualizar os regimes de execução, examina a ingerência do Direito do Trabalho, do Direito Administrativo e sinaliza para as áreas específicas por onde a Administração poderá terceirizar, lembrando a da limpeza pública, a da saúde, a da educação. Oferece ainda o mesmo autor especial destaque às cooperativas de trabalhadores.

1.2 - Outro estudo sobre o tema, intitulado “*A Administração Pública e as Cooperativas de Trabalho*”, de autoria desse relator, enfoca a questão da terceirização via Cooperativas de Trabalho, forma jurídica mais aperfeiçoada da terceirização, na medida em que a proposta cooperativada, quando bem organizada, consegue beneficiar melhor tanto o tomador dos serviços, como o trabalhador, associado à cooperativa (Revista do Tribunal de Contas-RS, Ano XIV, nº 25, 2º Semestre de 1996, p. 187).

1.3 - A Informação nº 087/96, da Consultoria Técnica, subscrita por quatro Auditores Públicos Externos e que reflete, em síntese, uma posição mais restritiva à terceirização. Fundamentam seus autores linha de pensamento na interpretação de texto constitucional - art. 175 (CF), visualizando o tema à luz de contratos de concessão e permissão. Situa o campo de terceirização apenas ao disciplinamento trazido pela Lei nº 8.666/93 nesta análise:

“Tal situação, é completamente irregular uma vez que os serviços que podem ser executados mediante locação ou prestação de serviços, nos termos da Lei nº 8.666/93, são os que o ordenamento jurídico local, à vista da norma constitucional, não disciplinou como públicos, portanto passíveis de serem alcançados pela chamada terceirização. Exatamente nestes limites deve pautar-se o Administrador Público, sob pena de desviar-se da própria finalidade

do Estado, que é o interesse público.”¹ (grifos da Consultoria Técnica e nossos)

A informação, ao final, trata ainda da Cooperativa de mão-de-obra, abordando seu arcabouço jurídico, elemento para sua regularidade.

1.4 - A Auditoria tem tratado da matéria em cinco ocasiões. Por ordem cronológica dos Pareceres:

1.4.1 - Parecer nº 233/94 (19-05-94), tendo como Relatora Heloisa Tripoli Goulart Piccinini, cuja ementa reza:

“Terceirização de serviços de recebimento, armazenagem e beneficiamento de grãos. Consulta. Município de Independência. Opções. Criação de entidade paraestatal, através de lei específica, com forma adequada à finalidade a que se destina. Contratação de concessão de serviços de administração. Observância dos preceitos da Lei nº 8.666/93.”

1.4.2 - Parecer nº 262/94 (31-05-94), sendo Relatora Dra. Judith Martins Costa, assim ementado:

*“Contrato de prestação de serviços. Solicitação de esclarecimentos. Inspeção Regional de Caxias do Sul. Indevida **terceirização de serviços públicos**. Atividades de administração e gestão pública ‘locadas’ a empresa particular. Ilegalidade. **Desvio de finalidade**. Inexigibilidade de licitações não configurada. Constituição Federal, art. 71, XI, 1º e 2º.”*

1.4.3 - Parecer nº 327/94 (25-07-94), tendo como Relatora Heloisa Tripoli Goulart Piccinini, rezando assim a ementa:

“Contrato. Prestação de serviços para implantação do sistema de contabilidade do Município de Nova Hartz. Vícios no procedimento licitatório. Indevida terceirização de função essencial do Poder Executi-

¹ Processo nº 2198-02.00/97-3, p. 20.

vo local. Sustação do acordo celebrado. Decreto-Lei nº 2.300/86. Constituição da República, art. 71, §§ 1º e 2º.”

1.4.4 - Parecer nº 452/94 (18-11-94), tendo como Relator Wremyr Scliar, cuja ementa assim se expressa:

“Contrato de prestação de serviços celebrado com terceiro. Solicitação de esclarecimentos. Inspetoria Regional de Caxias do Sul. Parecer nº 262/94, da Auditoria. Singularidade do instrumento. Especialização. Comprometimento tributário. Serviços públicos indisponíveis e indelegáveis. Parecer nº 72/93, da Auditoria, Reexame de matéria. Caso concreto.”

1.4.5 - E Parecer Coletivo nº 3/97, sendo Relator Vergilio Perius, assim ementado:

“Terceirização. Consulta. Prefeitura Municipal de Ibirubá-RS. - Terceirização de serviços públicos. Inteligência de normas constitucionais e legais sobre a matéria. Doutrina e Jurisprudência. Conceituação. Estudos e análises no âmbito desse Tribunal de Contas. Os Pareceres nºs 262/94, 327/94 e 452/94, acolhidos pelo Tribunal Pleno. O Parecer nº 233/94. Legislação pertinente à matéria. Legalidade de terceirização dos serviços, objeto da consulta, mediante realização de contrato, condicionada ao procedimento licitatório, autorização legal e fiscalização dos serviços.”

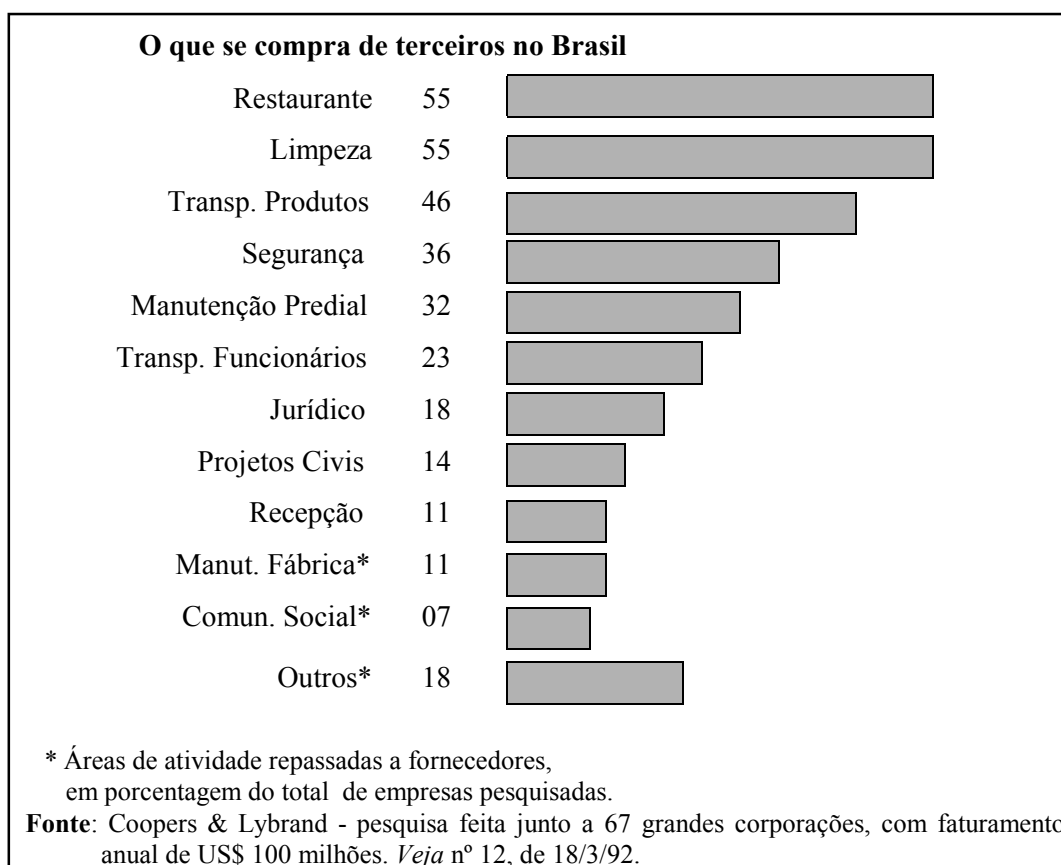
1.4.6 - Os Pareceres nºs 262/94, 327/94, 452/94 e Parecer Coletivo nº 3/97, foram apreciados e aprovados pelo Tribunal Pleno desta Corte, nas sessões de 08-03-95, 10-11-94 e 06-08-97, respectivamente.

2. O Fenômeno da Terceirização

A transferência de serviços para terceiros se constitui, hoje, em nível mundial, uma marca de “modernidade” e de “competitividade”. Sua prática nasceu nos Estados Unidos e consolidou-se na década de 50. O setor que mais terceirizou foi a indústria. No Brasil foram as multinacionais de automóveis que trouxeram esse modelo. A concepção do modelo consiste basicamente no seguinte raciocínio: é preciso, para ser eficiente e poder estar no mercado com preços de concorrência, concentrar-se nas atividades fins, ou seja, no **objetivo**, que é a produção, e transferir, para outras instâncias de execução, os meios necessários.

Surge, como conseqüência, a necessidade de mão-de-obra especializada e empresas cada vez mais especializadas, em substituição às empresas verticalizadas que faziam “tudo de tudo”. Dessa forma, minimizam custos e otimizam ganhos.

Para exemplificar o fenômeno da terceirização em nosso país, o quadro abaixo bem comprova o enorme crescimento de transferência de serviços para terceiros. A informação consta da obra “*Terceirização - uma alternativa de flexibilidade empresarial*”, de autoria de Jerônimo Souto Leiria e Newton Sarat., São Paulo, Editora Gente, 1995, p. 109:



Os mesmos autores tratam no capítulo terceiro a terceirização na Administração Pública, afirmando que:

“O desafio do Direito Público é fazer com que, dentro da Lei, o interesse da coletividade seja melhor atendido, através da prestação de serviços eficientes, mais ágeis, menos onerosos aos cofres públicos (em outras palavras, aos cidadãos).”²

Sem dúvida, cada vez mais surgem, na Administração Pública, formas de terceirização de serviços públicos, o que se constata do relato da Informação nº 087/96, da nossa Consultoria Técnica:

“1 - contratação para serviços eventuais, executados na forma de empreitada. Exemplos: capina, poda de árvores, mão-de-obra para construção civil. Esta situação foi constatada nas Prefeituras de Ijuí, Panambi, Horizontina e São Luiz Gonzaga;

“2 - contratação para serviços permanentes (terceirização). Cita-se, como exemplo, o serviço de coleta de lixo, verificado na PM de Ijuí.

“3 - contratação para atividades permanentes que integram o conjunto de atribuições de cargos de provimento efetivo criados no município. A situação foi verificada na PM de São Luiz Gonzaga, onde foram contratados serviços de operação telefônica, manutenção de veículos, atendimento social e condução de veículos, sendo que o plano de cargos e salários criou os cargos de Telefonista, Mecânico, Atendente Social e Motorista.”³

A terceirização também avança nas áreas da Educação, onde se destaca em nível nacional a experiência de Maringá-PR, através da escola cooperativada, dando-se integração entre a administração pública daquele município e a atuação da cooperativa como prestadora de serviços educacionais. O sistema implantado em 16 das 28 escolas

² LEIRIA, Jerônimo Souto et alii. *Terceirização passo a passo: o caminho para a administração pública e privada*. 2ª ed., Porto Alegre : Sagra-DC Luzzatto, p. 50.

³ Idem, p. 5.

“...colheu em apenas meio ano de funcionamento índices expressivos de rentabilidade, aproveitamento escolar e qualidade de ensino devido basicamente ao interesse pessoal, direto, dos professores-trabalhadores-empresários. Por exemplo, no primeiro semestre de 1991, o índice médio de evasão nas escolas do município foi de 3,41%. Já em igual período de 1992, o mesmo índice não passou de 1,99%. Além disso, o salário médio dos professores era (em junho de 1992) 24% superior às demais escolas que continuavam sendo geridas pelo poder público. Por tudo isto, é que não há qualquer exagero em afirmar que a escola cooperativa é a prática viva do poder partilhado, essência da terceirização.”⁴

Outro setor que avançou se refere à área da saúde, já que a própria Constituição Federal, em seu art. 199, § 1º faculta.

A onda de terceirização avança tanto em nosso país, a ponto de a **Revista Exame, 5 agosto 92**, à p. 56, chega a afirmar que *“... vai comandar os negócios no Brasil neste final de milênio”*. Restrita a áreas como de limpeza, conservação, restaurantes, vigilância, transporte, de início ingressou no comércio, na indústria e agora no serviço público. A mesma revista, na p. 58, demonstra um quadro de ganhos obtidos pelas empresas mediante a terceirização:

Empresas	O que terceirizaram	Ganhos
ELEVADORES VILLARES (SP)	Fabricação de parafusos, pinos, porcas, transformadores, montagem de placas e serviços de serralheria	Redução de 15% no custo de produção e ganho de 36% na área física da fábrica.
XEROX (RJ)	Produção de peças para copiadoras da fábrica de Vitória, ES.	Aumento da capacidade de produção de dezesseis para 25 máquinas.
INEPAR (PR)	Montagem de placas eletrônicas, usinagem e ferramentas.	Duplicação da capacidade produtiva sem grandes investimentos.
AUTOLATINA (SP)	Fabricação de assentos, chicotes industriais e molas helicoidais.	Redução de 10% a 50% nos custos de produção nesses componentes.
PHILIPS (SP)	Produção de plásticos e de componentes eletrônicos básicos.	Redução de 10% a 15% nos preços dessas peças.
RIOCELL (RS)	Serviços administrativos, manutenção, extração e transporte de madeira.	Diminuição de US\$ 100 no custo da tonelada de celulose.
PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL (SC)	Manutenção de frigoríficos e transporte de produtos.	Economia mensal de US\$ 250 000 e desmobilização de US\$ 1,6 milhão.
SHELL (RJ)	Processamento de dados.	Economia anual de US\$ 1 milhão.
SANTA MARINA (SP)	Distribuição e montagem de produtos domésticos	Duplicação de volume de vendas e redução da dependência de grandes ataca-

⁴ LEIRIA, Jerônimo Souto et alii. *Terceirização passo a passo: o caminho para a administração pública e privada*. 2ª ed., Porto Alegre : Sagra-DC Luzzatto, p. 66.

		distas.
LOCALIZA (MG)	Manutenção dos veículos e contratação de motoristas.	Economia de US\$ 200 000 mensais e eliminação da ociosidade de 50% dos motoristas.
CIBIÉ (SP)	Fabricação de 25 componentes de faróis para automóveis.	Redução de até 50% nos preços dos itens e queda para menos de 1% no índice de rejeição.
LUPO (SP)	Produção de modelos mais simples de meias.	Redução do custo da dúzia de pares de meia de US\$ 9 para US\$ 8,65.

Outros estudos revelam outros dados, como a Revista Ciência Jurídica - 59, set/out/1994, na p. 305:

“... em pesquisa feita pelo Jornal “Folha de São Paulo”, junto a 2.350 empresas dos Estados de Santa Catarina, São Paulo e Ceará, revela que praticamente a metade (48%), adota, ou já utilizou, a prática de contratação de serviços de terceiros para determinadas tarefas.”

3. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

3.1 - Conceito Empresarial

Segundo alguns, a terceirização define-se como sendo o “passaporte rumo à tão almejada modernidade” (Revista *Veja*, 05-08-92, suplemento publicitário). A *Revista de Administração de Empresas/EAESP/F.G.V.*, São Paulo, na p. 7, define-a como sendo “... um processo de transferência, dentro da firma (empresa-origem) de funções que podem ser executadas por outras empresas (empresa-destino)”.

Constitui-se a terceirização um modo de delegação a terceiros das atividades não relacionadas com “a atividade fim da cadeia produtiva de um negócio”⁵.

3.2 - Conceito Jurídico

Há enorme dificuldade de conceituação do termo sob o ponto de vista jurídico.

De Plácido e Silva desconhece qualquer conceituação. O Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, em magistral artigo sobre “*O Direito e a Terceirização da Economia*”, informa, com muita propriedade:

*“Talvez esteja o direito frente a uma nova realidade econômico-jurídica, ainda não avaliada pelos doutrinadores ou pela jurisprudência e nem acolhida pela legislação, tão recente é entre nós o fenômeno, ao menos com as características diferenciais com as quais agora parece se apresentar.”*⁶

Embora, segundo o mesmo autor, inexistir conceito jurídico de terceirização, o mesmo professor recomenda:

“Tratando-se de novidade jurídica, deverá haver, por parte dos tribunais, extremo cuidado em ver

⁵ LEIRIA, op. cit., p. 17.

⁶ RT, fevereiro de 1993, p. 29.

uma realidade nova e não ficarem presos a critérios estratificados de julgamento.”⁷

A busca de uma concepção de terceirização junto à complexidade das relações no Direito do Trabalho já avançou. Roberto Pessoa, Juiz do TRT/5ª Região, citando Aryon Sayão Romita, define:

“Terceirização consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços, e atualmente emprega-se este vocábulo para designar a prática adotada por muitas empresas de contratar serviços de terceiros para as suas atividades meio.”⁸

⁷ Idem, p. 36.

⁸ Revista Ciência Jurídica 59, set/out/94, p. 303).

4. ARCABOUÇO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

De igual modo como as empresas privadas, a Administração Pública inclinou-se pela nova alternativa de prestação de serviços públicos via terceirização. União, Estados-Membros e notadamente Municípios, passam para terceiros a execução dos serviços de transporte público, de coleta de lixo, de limpeza pública, de operação de elevadores, de conservação, de vigilância, de telefonia, de energia elétrica, de gás canalizado, de iluminação pública, de assistência médica complementar, de ensino e outros.

Importa conhecer o conjunto normativo que cerca a matéria, ora em exame.

4.1 - Do Direito Constitucional

A Constituição Federal de 1988 fixou, em seu art. 175, a regra básica de como serviços públicos podem ser prestados por terceiros:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

“Parágrafo único - A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;
III - política tarifária;
IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

A Lei Magna, ao dispor sobre a competência da União, previu, no art. 21, inc. XI, serviços que podem ser explorados mediante concessão, e inc. XII, conforme a regra do art. 175:

“Art. 21. Compete à União:

.....

“XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;”

“XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.”

Quanto aos Estados-Membros, à luz de norma da Lei Maior, no seu art. 25, § 1º, vê-se o amplo grau de liberdade para a exploração de serviços públicos, via terceirização:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

“§ 1º- São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Relativamente aos Municípios, mais magnânimo foi ainda o Constituinte Federal ao dispor, no art. 30, inc. V, da Constituição Federal, sobre o campo de terceirização de serviços públicos de interesse local:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

.....
“V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

Há que referir sobretudo que na disposição constitucional contida no art. 37, inc. XXI, o legislador máximo elencou os serviços ao lado das obras, compras e alienações a serem contratadas mediante processo de licitação:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

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

Entre os artigos da Carta Magna de 1988 que repercutem também sobre a existência das Cooperativas de Trabalho, figura o artigo 174, § 2º, cujo texto requer efetivo apoio do Estado em favor desse segmento cooperativo, a saber:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....
“§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

A conquista acima definida das cooperativas brasileiras junto à Assembléia Nacional Constituinte reclama um novo papel do Estado em relação ao cooperativismo. A Constituição Federal foi clara e precisa ao exigir leis brasileiras a favor do cooperativismo e não contra. Pode-se concluir que, a partir da sua promulgação, o trabalho parlamentar do Congresso Nacional se dirigirá sob a égide de que o cooperativismo deve ser estimulado e apoiado, também no campo das Cooperativas de Trabalho. Alterar lei que beneficia as cooperativas parece, assim, s.m.j., constituir afronta constitucional, porquanto norma superior consagrou o apoio ao cooperativismo. De outra sorte, existindo legislação favorável ao setor cooperativo, esta só poderá ser melhorada e jamais alterada quanto aos benefícios incorporados à coletividade cooperativada.

4.2 - Do Direito Constitucional Estadual

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul consagrou regra especial na hipótese de privatizações, de notável importância para as Cooperativas de Trabalho:

“Art. 163. Incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente, ou, através de licitação, sob regime de concessão ou permissão, devendo garantir-lhes a qualidade.

§ 1º - Na hipótese de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista, os empregados terão preferência em assumi-las, sob a forma de cooperativas.”

A opção dada pelos parlamentares gaúchos às privatizações de estatais, bem revela a seriedade e fidelidade à proposta cooperativa, na medida em que o Estado Gaúcho deverá transferir, de preferência, o capital investido em suas empresas aos empregados das mesmas. A assunção do capital dessas empresas pelos empregados enseja a organização de Cooperativas de Trabalho. Reside neste exemplo a inflexível obediência à norma constitucional federal, que determinou que a lei deverá apoiar e estimular o cooperativismo.

4.3 - Do Direito Administrativo

a) **Lei nº 8.987**, de 13-02-95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

b) **Lei n° 9.074**, de 07-07-95, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, alterando o art. 28 da Lei n° 8.987/95.

c) **Lei n° 8.666**, de 21-06-93, que fixou normas para licitações e contratos da Administração Pública.

d) **Decreto-Lei n° 200**, de 25-02-67, dispendo, no art. 10, §§ 1º, “c”, e 7º, quanto às diretrizes da Administração Federal e quanto à execução indireta de prestação de serviços:

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

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

.....
“c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

.....
“§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmensurado 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.”

e) **Decreto n° 1.717**, de 24-11-95, que estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei n° 9.074, de 07-07-95, e dá outras providências.

4.4 - Do Direito do Trabalho

a) **Lei n° 6.019**, de 03-01-74, que instituiu o trabalho temporário nas empresas urbanas. O art. 2º do diploma legal fixou a natureza jurídica desse trabalho:

“Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.”

b) **Lei nº 7.102**, de 20-07-83, que regulamentou os serviços prestados por vigilantes de segurança para os estabelecimentos financeiros, transporte de valores e empregos de vigilância.

c) **Lei nº 8.036**, de 11-11-90 que, legislando sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), fez considerações quanto ao empregador, na qualidade de tomador de mão-de-obra e quanto ao trabalhador, na qualidade de prestador de mão-de-obra:

“Art. 15 - Para os fins previstos nesta Lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

“§ 1º - Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

“§ 2º - Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.”

d) Lei n 8.949, de 12-12-94, pela qual o legislador brasileiro declara a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados, bem como entre estes com os tomadores de serviços das sociedades cooperativas. A lei veio acrescentar parágrafo único ao art. 442 da CLT:

“Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

É imperioso examinar os elementos essenciais que a norma contém, quais sejam:

a) qualquer ramo de atividade, que só pode ser definido pela legislação ordinária das sociedades cooperativas. Ora, a Lei nº 5.764/71, pelo artigo 5º, universaliza a livre adoção de objeto, como se deduz do texto legal:

“Art. 5º. As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão ‘cooperativa’ em sua denominação.”

A nova norma trabalhista se estende, portanto, a todos os ramos de atividade das cooperativas, o que equivale a afirmar que a norma abraça todas as cooperativas brasileiras e não somente as Cooperativas de Trabalho.

b) sociedade cooperativa, cuja definição também é dada pela lei cooperativista em seu artigo 4º, ‘caput’ e incisos, a saber:

“Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

“I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo a impossibilidade técnica de prestação de serviços;

“II - variabilidade do capital social, representado por quotas-partes;

“III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

“IV - inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

“V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;

“VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital;

“VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;

“VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica, Educacional e Social;

“IX - neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social;

“X - prestação de assistência aos associados e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

“XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.”

Quando o legislador trabalhista delimitou a norma criada pelo parágrafo único do artigo 442 da CLT, há que se entender estas sociedades como as definidas e caracterizadas pelo regramento acima descrito. Ao referir-se à expressão ‘sociedade cooperativa’, não cabe interpretação alienígena, mas restritiva ao conceito contido no artigo 4º da Lei nº 5.764/71. É importante frisar os incisos I, V, VII, IX, X e XI do artigo mencionado. Assim, por exemplo, se faltar uma destas características, a existência da sociedade cooperativa fica comprometida. Vejamos o caso da aplicação do inciso I, pelo qual se exige, como caracterização de cooperativa, a livre adesão. O pedido de ingresso e a matrícula na cooperativa se constituem atos de livre aceitação, não de imposição. Obrigar trabalhadores ao ingresso de cooperativas de mão-de-obra significa que tais cooperativas perdem uma das principais características que as definem. Logo, são coo-

perativas irregulares, falsas e jamais podem ser abrangidas pelo disposto na legislação trabalhista ora em exame. O legislador complementar na ordem trabalhista teve um conceito de cooperativa e este se circunscreve ao artigo 4º da lei ordinária das sociedades cooperativas. Esta circunstância afasta a extensão da nova regra trabalhista sobre as cooperativas, popularmente denominadas “cooperativas de gatos”, pois estas são oriundas da vontade dos patrões ou empresários rurais e não da vontade política e livre decisão dos trabalhadores.

c) **o vínculo empregatício entre cooperativas e seus associados** nunca constituiu questão jurídica relevante. As demandas trabalhistas dos associados de Cooperativas de Trabalho, normalmente, se dirigiam contra os tomadores dos serviços das cooperativas e não contra suas entidades associativas. Já há pacífica jurisprudência em torno da inexistência de vínculo empregatício entre sócios e cooperativas, sempre amparada na regra da lei cooperativista, artigo 90, que estabelece a ausência desse vínculo;

d) **o vínculo empregatício dos associados de cooperativas com os tomadores de serviços daquelas**, sempre constituiu o problema crucial das Cooperativas de Trabalho, no Brasil. As demandas trabalhistas foram inúmeras, provocando o fechamento de dezenas de cooperativas, em prejuízo dos associados mais conscientes do processo cooperativo. A Justiça do Trabalho e, inclusive, as Delegacias Regionais do Trabalho têm, por vezes, julgado e atuado no sentido de entender a existência de contratos de trabalho entre associados e tomadores de serviços. Era óbvio que a Justiça do Trabalho baseasse a fundamentação jurídica das suas decisões na legislação trabalhista e não na cooperativista. Convém esclarecer ainda que as reclamações quanto aos direitos trabalhistas, por parte de associados de sociedades cooperativas, tinham sua origem na desinformação destes a respeito da organização e funcionamento de cooperativa, ou na ação paternalista e antiooperativista de dirigentes ou gerentes das sociedades cooperativas. Faltavam, assim, algumas das características essenciais de sociedade cooperativa, como demanda o direito positivo brasileiro em matéria de cooperativismo.

A solução trazida pela norma trabalhista, contida no parágrafo único do artigo 422 da CLT, significa, portanto, enorme progresso em busca da consolidação desse segmento cooperativo. Para as lideranças cooperativistas, lutar pela sua manutenção significa garantir o futuro das Cooperativas de Trabalho.

e) **Enunciado nº 331 - do Tribunal Superior do Trabalho** cristalizou, até o momento, a matéria, oferecendo no âmbito da jurisprudência trabalhista uma orientação bem menos restritiva do que o **Enunciado nº 256**.

Pelo novo Enunciado (nº 331), o Tribunal Superior do Trabalho passou a considerar como legal um rol maior de serviços, como se depreende dos incisos do Enunciado:

“Enunciado nº 331

“Contrato de prestação de serviços - legalidade - revisão do Enunciado nº 256

“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 6019, de 31/01/74).

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

“III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7102, de 20/06/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

“Obs.: A responsabilidade subsidiária difere da solidária. A primeira é complementar, se o devedor não pagar ... A segunda é de principal pagador, cobra-se de um ou outro, ou dos dois, tomador e prestador de serviço.”

4.5 - Da Lei Previdenciária

As normas previdenciárias que atingem as sociedades cooperativas merecem análise, porquanto definem a situação do associado de Cooperativa de Trabalho.

A Previdência Social bem cedo reconheceu as Cooperativas de Trabalho, estabelecendo um modo de contribuição dos seus associados, de forma que estas sempre estavam, e continuam sendo, claramente definidas perante os órgãos previdenciários. A legislação previdenciária oferece o seguinte cronograma:

a) **Resolução nº 836/67**, do Departamento Nacional de Previdência Social, que estabeleceu serem os associados da Cooperativa de Trabalho segurados autônomos;

b) **Decreto nº 72.771**, de 06 de setembro de 1973, pelo qual os usuários dos serviços das Cooperativas de Trabalho ficaram obrigados a pagar a contribuição previdenciária a título de reembolso;

c) **Portaria nº 29/75**, expedida pela Secretaria da Previdência Social, que considerara como autônomos ‘os associados de cooperativa que, nessa condição, prestam serviços a terceiros’;

d) **Portaria nº 02**, de 06 de junho de 1979, face aos Decretos nºs 83.080 e 83.081, de 24 de janeiro de 1979, cuja cláusula 25, letra “c”, fixara a seguinte norma previdenciária:

“c) ...

“III - como empresário:

.....

“g) o associado eleito para cargo de direção, observada a legislação pertinente na sociedade cooperativa;

“Cláusula 25 - É segurado autônomo, entre outros:

.....

“c) o trabalhador associado à cooperativa de trabalho que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros.”

e) **Portaria nº 02/79**, da Secretaria da Previdência Social, publicada em 11 de julho de 1979, ratificando as anteriores e definindo, no item 24, letra “c”, “*que o trabalhador associado a qualquer cooperativa de trabalho e que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros, é segurado autônomo*”;

f) **Decreto nº 89. 312**, de 23 de janeiro de 1984, que expediu nova edição da Consolidação da Leis da Previdência Social, regulamentando o que segue:

“Art. 5º. Considera-se:

.....
“IV - trabalhador autônomo:

“Parágrafo único - Equipara-se à empresa o trabalhador autônomo que remunera serviço a ele prestado por outro trabalhador autônomo, a cooperativa de trabalho,...”

g) Em 1992, deu-se o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, via **Decreto nº 611**, de 21 de julho de 1992. Esse Decreto incluiu, entre os segurados obrigatórios da Previdência Social, os associados das Cooperativas de Trabalho, mediante a seguinte redação:

“Art. 6º. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

“IV - como trabalhador autônomo:

“4 - o trabalhador associado à cooperativa de trabalho que nessa qualidade prestar serviço a terceiros.”

h) **Decreto nº 167**, de 21 de julho de 1992, definiu a forma do salário-de-contribuição para o trabalhador equiparado a trabalhador autônomo;

i) **Lei Complementar nº 84**, de 19-01-96, pela qual o Congresso Nacional fixou enorme ônus às Cooperativas de Trabalho ao instituir nova fonte de custeio para a manutenção da Seguridade Social, através da seguinte contribuição social:

“Art. 1º - Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais:

.....
“II - a cargo das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados a título de remuneração ou distribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas.”

j) **Decreto nº 1776**, de 29-02-96, que regulamentou a nova exigência previdenciária.

l) Em 1997, foi decretado novo Regulamento, que assim estabelece:

“Art. 6º. São assegurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

“IV - como trabalhador autônomo:

“c) são trabalhadores autônomos, dentre outros:

.....
“4 - o trabalhador associado à cooperativa que, nessa qualidade, presta serviços a terceiros;”

Entidades civis e cooperativas discutem a nova fonte de custeio, criada pela Lei Complementar nº 84/96 no judiciário, sustentadas em duas correntes: uma, com base na inconstitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 84/96, pois *“... ao determinar a tributação do ato cooperativo, seja por ofensa ao princípio da igualdade concretizado no art. 146, III, ‘c’, seja por ofensa apenas a este artigo da Constituição que teleologicamente interpretado determina tratamento tributário benéfico ao ato cooperativo”* (Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de abril de 1996, nº 7/96 - p. 165). A segunda corrente se fundamenta na inconstitucionalidade da base de cálculo, pois *“... a Lei Complementar nº 84/96 conformou imposição idêntica, em seu fato gerador e em sua base de cálculo, ao Imposto de Renda e ao ISS, em notória inconstitucionalidade.”* (MARTINS, Ives Gandra da Silva - Consulta à Confederação Nacional das Cooperativas Médicas - 1996, p. 15).

4.6 - Da Legislação Municipal

Face à autonomia dos Municípios consagrada na atual Constituição (art. 30, incs. I, V, VI e VII) em assuntos de interesse local, não se pode ignorar a legislação municipal, notadamente:

a) a **Lei Orgânica Municipal**, que, no caso “sub examine”, faculta a terceirização de serviços públicos, a partir do ordenamento no:

“Art. 106 - A permissão de serviço público a título precário, será outorgada por Decreto do Prefeito Municipal, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, sendo que a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência pública.”

“Art. 108 - Nos serviços, obras e concessões do Município, bem como nas compras e alienações, será adotada a licitação, nos termos da Lei.”

“Art. 109 - O Município poderá realizar obras e serviços de interesse comum, mediante convênio com o Estado, a União ou entidades particulares, bem assim, através de consórcios com outros Municípios.”

b) a legislação ordinária sobre o Plano de Cargos, Funções e Salários; O ordenamento leva em conta a existência ou não de cargos, cujas atribuições devem ou não ser providas por servidores públicos civis.

No caso em exame, o Decreto Municipal nº 1.868, de 02 de maio de 1994, não manifesta a existência de cargos vinculados aos serviços de limpeza.

4.7 - Decreto nº 2.271, de 07-07-97, que dispõe sobre a execução indireta de atividades no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O mesmo Decreto estendeu a execução indireta (TERCEIRIZAÇÃO) para os seguintes campos de atuação: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

5 - Procedimentos na terceirização

Condensando o conjunto de normativos acima arrolados, há que se deduzir, agora, procedimentos a serem obedecidos na terceirização de serviços públicos:

5.1 - Processo Licitatório

A licitação, exigida por norma constitucional (arts. 175 e 37, inc. XXI - CF), é procedimento obrigatório na terceirização de serviços públicos, sempre tendo em vista a escolha da oferta mais vantajosa e ao mesmo tempo facultar a igualdade de condições para os licitantes. Celso Antônio Bandeira de Mello é claro, dizendo que a Administração é obrigada a *“proceder a uma licitação a fim de que se apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas”*⁹.

5.2 - Fiscalização do Serviço

Cabe ao Poder Público controlar a execução dos serviços públicos terceirizados, notadamente quanto aos aspectos do serviço adequado, como o exige a Constituição Federal no art. 175, inciso IV.

A Lei 8.987/95 fixou as regras da qualificação de “serviço adequado”, no § 1º do art. 6º:

“§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

Tem, portanto, a Administração Pública o dever de fiscalizar a eficiência do serviço terceirizado, levando em conta, especialmente:

“... critérios técnicos, tais quais a natureza da atividade, seu custo operacional, e as vantagens tanto

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo : Malheiros, 1995, p. 407.

para a Administração, como para os administradores.”¹⁰

O Decreto nº 2.271, de 07-07-97, prevê a figura do gestor do contrato, com a tarefa de acompanhar e fiscalizar a sua execução.

5.3 - Modos de Prestação

Consoante vários doutrinadores do Direito Administrativo, os serviços públicos, quanto ao modo, podem ser prestados pela Administração direta, por seus próprios servidores ou executados por particulares, via contratos de prestação de serviços. Estes serviços públicos são também denominados como privativos, pois só podem ser realizados pelo Estado, de forma direta ou mediante concessão ou permissão. É o entendimento de Odete Medauar:

*“Há serviços públicos prestados pela Administração direta, por seus próprios servidores, o. ex. ensino de primeiro e segundo graus. Outros são de responsabilidade da Administração direta, mas executados por particulares, mediante contrato de prestação de serviços, remunerados pelos cofres públicos, p. ex., em vários Municípios, a coleta de lixo e a limpeza de ruas. Estes são os serviços centralizados.”*¹¹

Ensina Hely Lopes Meirelles, que o Poder Público pode realizar seus **próprios serviços**, *“por empresas privadas e particulares individualmente”*¹².

Os modos clássicos de terceirização de serviços públicos compreendem a concessão, a permissão e a autorização, consoante os arts. 21, inc. XII, e 175 da Constituição Federal. Já o art. 10 da Lei nº 8.666/93, estabelece que as obras e serviços podem ser executados nestas formas:

“Art. 10 - As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas:

“I - execução direta;

“II - execução indireta, nos seguintes regimes:

¹⁰ GARCIA, Flávio Amaral. *Terceirização na Administração Pública*. Repertório IOB de Jurisprudência - 2ª quinzena de março de 1995 - nº 6/95, p. 114).

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 345.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 1992, p. 337.

- “a) empreitada por preço global;
- “b) empreitada por preço unitário;
- “c) (VETADO);
- “d) tarefa;
- “e) empreitada integral.”

Armando de Brito, Ministro do TST, prenuncia a terceirização muito além da posição clássica acima, quando diz:

“No serviço público as empresas de terceirização vêem o grande filão para atuar e expandir-se, notadamente após a edição do Decreto-Lei nº 200 que recomenda no âmbito da administração direta e autárquica, sempre que possível a contratação de serviços de forma indireta quando conveniente...”¹³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro relata a flexibilização legal na Terceirização de Serviços Públicos:

“Na esfera federal, o art. 10, parágrafo 7º, do Decreto-lei 200, de 25/02-67, já previa a possibilidade de a Administração desobrigar-se da execução de tarefas executivas mediante a execução indireta, mediante contrato. A Lei 5.645, de 10/12/70, permite, no art. 3º, parágrafo único, que as atividades relacionadas com transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, parágrafo 7º, do Decreto-lei 200, de 25/02/67.

“Posteriormente, o Decreto-lei 2.300, de 21/11/86, previu, também, a locação de serviços. E agora a Lei 8.666, de 21/06/93, no art. 10, permite que as obras e serviços sejam executados por execução direta ou indireta, esta última sob os regimes de empreitada ou tarefa.”¹⁴

¹³ BRITO, Armando de. “O Contrato Realidade e a Terceirização”, in *Doutrina*. Revista LTr, 58-02, fevereiro de 1994, p. 135

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Terceirização dos serviços públicos*. GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba (8), março de 1996, p. 38.

Não restam dúvidas que ao lado das três modalidades supramencionadas surgem outras formas utilizadas. Odete Medauar cita como exemplos: “o *arrendamento e a franquia*” (op. cit., p. 346). Hely Lopes Meirelles, situa no mesmo nível um contrato de prestação de serviço, ao lado de um contrato de concessão (op. cit., pp. 236 e 240). Vê-se, pois, que o autor não privilegia a concessão na terceirização do serviço público, comparativamente às outras modalidades de contratos. A realização de um serviço comum como limpeza ou conservação de prédios, pode ser contratado por empreitada, administração contratada ou tarefa, modalidades que não se enquadram nas formas clássicas de terceirização.

Ademais, o mesmo doutrinador agrega ainda outros meios de prestação de serviços públicos, através de convênios administrativos como uma espécie de cooperação associativa. Pelo **convênio**, faculta-se a contratação de “terceiros” para execução de seus projetos.

5.4 - Áreas de Terceirização de Serviços Públicos

O que a **Administração Pública** pode terceirizar? Este tema se constitui no mais polêmico entre os doutrinadores da área administrativa.

De plano, poder-se-ia inverter a pergunta e questionar o que o Estado (União, Estados-Membros e Municípios) não podem terceirizar. A resposta sobre as competências em matéria de execução intransferível de serviços públicos oferecerá, então, o campo de atuação dos transferíveis.

Veja-se as competências em relação aos serviços públicos.

5.4.1 - Competências da União

Há os **privativos da União**, previstos no art. 21 da Constituição Federal e os que **são comuns**, que permitem atuação paralela dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, previstos no art. 23 da Constituição Federal.

Do rol dos privativos da **União**, poderão ser terceirizados os seguintes serviços públicos:

“Art. 21. Compete à União:

.....
“XI - explorar, direta ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços

telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

“XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

“a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

“b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

“c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;

“d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

“e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

“f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

“XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

.....

“b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;”

Os demais incisos deste artigo, arrolados pelo Constituinte Máximo, não possibilitam a transferência de execução, não se admitindo sua execução indireta, através de Pessoas de Direito Privado ou por pessoas **físicas**.

Em relação aos **serviços comuns**, constantes do art. 23 da Constituição Federal, entre os serviços públicos passíveis de transferência a terceiros para sua execução, se configuram:

“a) Os da Saúde:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
“II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

A **saúde** não é serviço público que demanda execução direta, eis que a própria Constituição Federal previa a colaboração de entidades sem fins lucrativos.

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

“§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Prevvia também a Constituição Federal a ação da comunidade no sistema único preconizado:

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

.....
“III - participação da comunidade.”

“b) O ensino pode ser terceirizado?

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
“V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;”

A questão do ensino, na visão dos constituintes, demanda a coexistência de instituições voltadas ao ensino, como previu o art. 206, inciso III da Constituição Federal:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....
“III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;”

A Constituição Federal, de outra banda, estende o ensino à iniciativa privada, como prevê o art. 209 e incisos:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

“I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

“II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

A recém editada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20-12-96), quando determina o papel dos estabelecimentos de ensino, prevê uma forma especial de integração:

“Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

.....
“VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola;”

Apelou a mesma lei aos docentes na busca de integração:

“Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

.....
“VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.”

O art. 67 do mesmo diploma legal vedou, definitivamente, a terceirização dos serviços educacionais concernentes à atividade de **ensinar**, porquanto o profissional da educação deve submeter-se a concurso:

“Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

“I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;”

c) O campo dos serviços públicos ficou ampliado com o Decreto nº 2.271, de 07--7-97, como já se afirmou anteriormente.

5.4.2 - Competência dos Estados-Membros

Face ao art. 25, § 1º, da Carta Magna, as competências dos Estados se ampliam, face ser residual-remanescente para estas pessoas político-administrativas a competência em debate:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

Tem razão, assim, Hely Lopes Meirelles, em afirmar:

“Não se podem relacionar exhaustivamente os serviços da alçada estadual, porque variam segundo as possibilidades do Governo e as necessidades de suas populações. Por exclusão, pertencem ao Estado-membro todos os serviços públicos não reservados à

União nem atribuídos ao Município pelo critério de interesse local.”¹⁵

5.4.3 - Competências dos Municípios

Com base na autonomia administrativa (art. 30 da Constituição Federal), o leque de possibilidades de terceirização de serviços públicos ficou amplo, desde que tais serviços sejam de interesse local:

“Art. 30. Compete aos Municípios:

.....
“V - organizar e prestar, direta ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

Qual seria o elenco de tais serviços? Repete-se o que disse o autor retromencionado:

“Salvo os antes mencionados, inútil será qualquer tentativa de enumeração exaustiva dos serviços locais, uma vez que a constante ampliação das funções municipais exige, dia a dia, novos serviços.”¹⁶

5.4.4 - As áreas de terceirização, segundo a Justiça do Trabalho

A jurisprudência do Direito do Trabalho oferece um horizonte legal importante no campo da terceirização de serviços públicos.

Em que pese Cláusula II do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, a **regularidade** de contratação de trabalhador, via empresa interposta, vale também para o tomador-Estado, uma vez observado o inc. III, do mesmo Enunciado.

Se eventualmente a Administração não se pautar pelo Enunciado-III, na convicção do nobre Juiz Togado do TRT - 3ª Região, Dr. Sérgio Pinto Martins, esta “res-

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed., São Paulo : Malheiros, 1992, 303.

¹⁶ Idem, p. 304.

ponderará subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas, sem prejuízo, é claro, de ação regressiva contra o administrador.”¹⁷.

Configuram-se, assim, as hipóteses da terceirização lícita de serviços públicos, excludentes de contratação irregular, a saber:

a) terceirização para o trabalho temporário, com clara observância do preceituado no art. 10 da Lei nº 6.019, de 03-01-74;

“Art. 10. O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de 3 (três) meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.”

b) a terceirização dos serviços de **vigilantes**, com fundamento na Lei nº 7.102/83;

c) a terceirização de serviços de **limpeza**;

d) a terceirização de serviços de conservação;

e) a terceirização de serviços especializados ligados às atividades-meio do Estado (tomador);

f) a terceirização via Cooperativas de Trabalho, face à Lei nº 8.949, art. 1º:

“Art. 1º - Acrescente-se ao art. 442 do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, o seguinte parágrafo único:

“Art. 442 - (...)

“Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Terceirização Lícita e Ilícita*. Repertório IOB de Jurisprudência. 2ª quinzena de abril de 1997, nº 8/97, Caderno 2, p. 158.

culo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Sérgio Pinto Martins acresce à lista acima as seguintes áreas de serviços:

“... da empreitada (art. 1.237 do Código Civil); da subempreitada (art. 455 da CLT); da locação de serviços (arts. 1.2216 e ss. do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços do ISS, conforme a redação da Lei Complementar nº 56 ao Decreto-lei nº 406, pois tais empresas pagam inclusive impostos; em relação ao representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65); do estagiário, desde que de modo a propiciar àquele a complementação de ensino, mediante intervenção obrigatória da instituição de ensino (Lei nº 6.494/77).”¹⁸

5.5 - O Princípio da Economicidade

Ao lado da obediência aos princípios arrolados no “caput” do art. 37 da Constituição Federal, como: a legalidade, a moralidade, a publicidade e a impessoalidade, impõe-se o da **economicidade** (art. 70 da Constituição Federal), a também reger a Administração Pública. O princípio tem fundamental importância a justificar a terceirização no desejo da Administração reduzir suas despesas pela realização direta dos serviços. Importa, por isso, a necessidade de inexistirem os cargos públicos com os seus titulares, na ocasião da terceirização dos mesmos. Do contrário, o Poder Público teria que arcar duplamente, ou seja:

“... os servidores continuariam a ser remunerados, além dos gastos despendidos com a prestadora de serviços. Feriria o princípio da economicidade previsto no artigo 70 da Constituição Federal.”¹⁹

¹⁸ MARTINS, op. cit. , p. 158.

¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *Terceirização na Administração Pública*. Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de março de 1995, nº 6/95, p. 113.

6. JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

O Judiciário Trabalhista oferece ao mundo jurídico forte jurisprudência favorável à **terceirização**, desde que não sejam fraudados direitos sociais dos trabalhadores. Cita-se apenas três Acórdãos para, meramente, anunciar a postura em prol da terceirização:

a) Decisão proferida em 06-03-96 pelo Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no Proc. nº 94.031935.7, apreciando, em recurso ordinário, a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Trabalho, contém o seguinte “decisum”:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A mera intenção de o Município contratar empresa prestadora de serviços, retratada na realização de concorrência pública, não faz presumir ofensa a nenhum dispositivo de ordem trabalhista ou constitucional.”

b) Acórdão do Magistrado Mauro Breton Viola, do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

“(...) Sustenta o recorrente que a faculdade estabelecida pela Lei 5.764/71, concernente à constituição de cooperativas de trabalho, não importa em óbice ao reconhecimento de vínculo de emprego, estabelecido, alegadamente, entre o recorrido e a primeira reclamada. Realmente, óbice não há, sem embargo da faculdade legalmente prevista à constituição das entidades mencionadas. Necessária, contudo, a demonstração de que, a despeito do aspecto formal, concernente à associação na cooperativa, haja o demandante mantido com a tomadora verdadeiro contrato de emprego. O que não se justifica é a presunção de que toda a integração de trabalhador em tais sociedades revista a característica de fraude. A reunião de pessoas, formando sociedades cooperativas, como a de que tratam os autos, configura-se, como lícita, estando legalmente organizada. Conseqüentemente, para que se tenha por existente o invocado vínculo de emprego, necessária a demonstração do caráter fraudulento da inclusão do prestador de serviço na sociedade, com a incidência, em decorrência, do disposto no art. 9º da CLT (...) O de-

mandante associou-se à cooperativa, percebendo as quantias que a ele concerniam, em decorrência da prestação do trabalho (...) a prestação de trabalho, em si mesma, não importa em indício de qualquer fraude, pois, por óbvio, cooperativas de trabalho destinam-se a prestá-lo a terceiros. Assim, inexistindo prova de que a ocorrência da prestação de serviços, por parte do autor, haja decorrido de procedimento fraudulento, visando obstar a aplicação das normas de tutela, mas, ao contrário, advindo da prova a convicção de que a prestação laboral fez-se em decorrência de integração do autor em cooperativa à qual pertencia, nega-se provimento ao recurso... ”²⁰

c) Acórdão do Magistrado Gelson Azevedo, do TRT da 4ª Região:

“SÓCIO DE COOPERATIVA. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. O trabalho prestado por trabalhador, na qualidade de sócio cooperativado, na forma da Lei 5764/71, não gera vínculo de emprego com a cooperativa, como estabelece o artigo 90 daquele instituto legal.” ²¹

²⁰ Ementa nº 5928, Acórdão lavrado em 03-11-87, Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 4ª Região, p. 283.

²¹ Acórdão lavrado em 20-05-96, sob nº 9500007610-4RO

7. CONCLUSÃO

Em resposta à consulta, pode-se concluir que:

7.1 - A Administração tem amparo na legislação federal, estadual e municipal para terceirizar o serviço público de **recolhimento de lixo**, desde que obedeça aos seguintes procedimentos:

a) editar Decreto ou autorizar legislativamente, com base no art. 106 da Lei Orgânica Municipal

b) realizar **licitação**, nos termos da Lei nº 8.666/93, para escolha da oferta mais vantajosa;

c) fiscalizar os serviços terceirizados, em obediência ao preceito do art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95 e art. 6º do Decreto nº 2.272/97;

d) vincular-se com a empresa tomadora mediante contrato de prestação de serviço ou outro modo de contrato.

Porto Alegre, 01 de setembro de 1997.

VERGILIO PERIUS,
Auditor Substituto de Con-
sultor
Professor da UNISINOS