

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

ANDRÉ DAMAS DE MATOS

**TERCEIRIZAÇÃO: OS REFLEXOS DAS REPACTUAÇÕES
DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA COM BASE NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

**BRASÍLIA/DF
FEVEREIRO/2017**

ANDRÉ DAMAS DE MATOS

**TERCEIRIZAÇÃO: OS REFLEXOS DAS REPACTUAÇÕES
DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA COM BASE NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Administrativo.

**BRASÍLIA/DF
FEVEREIRO/2017**

ANDRÉ DAMAS DE MATOS

**TERCEIRIZAÇÃO: OS REFLEXOS DAS REPACTUAÇÕES
DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA COM BASE NAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE
TRABALHO**

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Administrativo.

Aprovada em 16, de fevereiro de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Professora Cristiane Damasceno

Professora Maria Janete Ricken

RESUMO

O presente trabalho visa abordar questões pertinentes à aplicação das Convenções Coletivas de Trabalho como fundamento do pedido das repactuações para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de execução continuada, com mão de obra residente, celebrados com a Administração Pública. Considerando que nestes tipos de contratos, comumente referidos como contratos de terceirização de mão de obra, o salário é o principal elemento intrínseco aos custos da empresa prestadora de serviços, as disposições sobre direitos e o valor do piso da categoria, bem como os reajustes concedidos aos trabalhadores previstos na Convenção Coletiva de Trabalho lastreiam a majoração dos custos contratuais a serem repassados ao Tomador, qual seja, a Administração Pública. Conforme demonstrado ao longo do trabalho, os percentuais de reajustes salariais corriqueiramente concedidos pelas CCT's aplicáveis aos casos de terceirização são superiores aos índices de cálculo da inflação. Em sentido contraposto, foi recentemente promulgada a Emenda Constitucional n.º 95, a qual estipula o teto de gastos públicos e que impede, em linhas gerais, a realização de gastos superiores ao exercício financeiro do ano anterior acrescidos do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA). A questão lógica a ser extraída é se as repactuações futuras estarão limitadas ao teto do limite de gastos previstos para o exercício. Assim, o debate a ser resolvido é o confronto entre o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o de austeridade fiscal, concretizado no limite de gastos trazido pela Emenda Constitucional n.º 95/2016.

Palavras-Chave: Terceirização. Convenção Coletiva de Trabalho. Contrato Administrativo. Repactuação. Reajuste. Emenda Constitucional n.º 95/2016.

ABSTRACT

This paper analyzes the issues related to the application of Collective Agreements as a basis for the request for maintaining the initial economic-financial balance of contracts of continuous execution services with resident labor signed with the Public Administration, commonly referred as Outsourcing. Considering that, in these types of contracts, employee's salaries are the main expense supported by the company that provides these kinds of services, any readjustments of benefits or of minimum wage values granted to a certain category by the Collective Agreement has to be passed on the Public Administration. As explained throughout the paper, the percentages of salary adjustments currently granted by the Collective Agreements applicable to outsourcing cases are higher than the inflation calculation indexes. In contrast, the recently enacted Constitutional Amendment nº 95 stipulates the exact amount for governmental expenses. In general terms, this bill prevents excessive expenditure, limiting the government's budget to the expenses of the previous financial year plus the National Consumer Price Index (IPCA). The question that must be answered is whether future repricing will be limited to the government's spending limit. Thus, the debate to be solved is the confrontation between the principles of maintaining economic-financial balance of the contracts against the fiscal austerity, materialized in the limit of expenses brought by the Constitutional Amendment nº 95/2016.

Keywords: Outsourcing. Collective Agreements. Administrative contract. Renegotiation. Readjust. Constitutional Amendment nº 95/2016.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – As 10 CCT's de maior impacto no orçamento dos órgãos públicos no DF	57
Gráfico 2 – Comparativo entre o IPCA e os índices de reajuste das CCT's.	59

LISTA DE QUADROS

Tabela 1 – Comparativo entre os salários para o piso da categoria nas CCT's.....	56
Tabela 2 – Índices de reajuste concedidos nas CCT's (2012 a 2016).....	57
Tabela 3 – Índices Nacional de Preços ao Consumidor – IPCA (2012 a 2016).....	58

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 TERCEIRIZAÇÃO.....	11
1.1 Histórico da terceirização no Brasil e na Administração Pública.....	13
2 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS.....	19
2.1 Contrato para prestação de serviços por prazo determinado e continuado .	19
2.2 Duração dos contratos de prestação de serviços.....	21
3 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A CONTRATAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇO.....	23
3.1 Licitação.....	25
3.1.1 Amplitude das licitações.....	27
3.1.2. Dimensão objetiva.....	27
3.1.3. Dimensão subjetiva.....	28
3.1.4. O direito à participação nas licitações (direito de licitar).....	29
4 REEQUILIBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO.....	32
4.1 Revisão.....	35
4.2 Reajuste.....	37
4.3 Repactuação.....	40
4.3.1 Requisitos para a repactuação.....	43
4.3.1.1 Interregno mínimo de 1 (um) ano.....	43
4.3.1.2 Demonstração analítica de variação dos componentes dos custos do contrato.....	43
5 CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.....	44
5.1 Inserção das CCT's no ordenamento jurídico brasileiro.....	44
5.2 Conceito.....	44
5.3 Natureza Jurídica.....	45
5.4 Sujeitos.....	45
5.5 Conteúdo obrigatório.....	46
5.6 Efeitos.....	46
6 PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE ACORDO COM ACÓRDÃO DO TCU Nº 1.214/2013 – PLENÁRIO:.....	48

7 SALÁRIO PRIVADO X TERCEIRIZADO.....	52
7.1 Índices de reajustes das principais CCT's x IPCA.....	56
7.2 Discussão acerca da adoção das CCT's como gatilho da repactuação.....	59
8 EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 95.....	62
8.1 Efeitos e aplicação da EC n.º 95/2016	64
CONCLUSÃO.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	70
ANEXO A.....	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a figura da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) como instrumento que irá subsidiar o pedido de repactuação contratual da prestação de serviços de terceirização de mão-de-obra, em razão do direito constitucional da garantia do reequilíbrio econômico-financeiro.

A Convenção Coletiva de Trabalho é o instrumento no qual se formaliza os termos de um acordo entre os sindicatos dos trabalhadores e das empresas de um determinado ramo de atividade comercial. Em razão de seus efeitos normativos aos contratados pela Administração, há que se perquirir se a concessão de reajustes salariais está condizente com aos índices inflacionários apurados para o período, pois como consequência lógica, o lucro das empresas é elevado no mesmo percentual dos custos observados no período.

Para apuração das alegações apresentadas, utilizou-se pesquisas do Ipea nas quais analisou-se os salários de pessoas que labutam em postos de trabalhos contratados diretamente com o empregador e aqueles que são terceirizados. Em confronto com esta informação obtida, será feito um cotejo com os custos dos principais contratos de terceirização com a Administração e seus respectivos reajustes contidos nas CCT's de suas categorias desde o ano de 2012 até 2016. Com base neste cruzamento, tem-se o intuito de verificar se as condições negociadas pelos sindicatos estão dentro da realidade de mercado.

Esta conclusão a que se pretende alcançar deve ser confrontada com a nova disposição da Emenda Constitucional n.º 95/2016 que implementou o teto de gastos no orçamento público. Em princípio, essa EC permite que a previsão orçamentária seja equivalente ao valor das despesas corrigidas pelo índice inflacionário do exercício financeiro anterior. Uma das hipóteses a serem observadas seria uma adequação dos índices de reajuste salarial contidos nas CCT's e, logo, os custos contratuais estarão em conformidade com a nova moldura constitucional. Por outro lado, verificando-se um descompasso entre estes índices de reajustes salariais e os custos contratuais *versus* o índice inflacionário apurado para o exercício anterior,

tem-se um aparente conflito entre o direito de reequilíbrio econômico-financeiro diante de uma política pública de austeridade de gastos.

Para desenvolvimento do trabalho, será necessário, ainda, revisitar o conceito de terceirização e seu histórico que culminou na definição como política pública de estruturação do Estado. Após este ponto, abordar-se-á temas do procedimento licitatório por ser o meio adequado para promover a contratação pelo Estado. Uma vez celebrado o instrumento, tem-se que analisar a sua duração e os dispositivos que garantem a imutabilidade financeira da avença. Neste aspecto, importante se debruçar sobre os instrumentos que possibilitam a alteração do valor contratual e, especificamente, no que tange à repactuação, esmiuçar a natureza e efeitos Convenção Coletiva de Trabalho. Aliado às conclusões do cotejo dos achados das pesquisas do Ipea, será possível dissertar sobre a importância da integridade das Convenções Coletivas de Trabalho num contexto de razoabilidade dos gastos públicos.

1 TERCEIRIZAÇÃO

O termo terceirização é um neologismo utilizado para denominar um fenômeno de estabelecimento de uma relação de produção que resulta da segregação das atividades empresarias, cujas etapas são identificadas e as que possam ser descentralizadas são repassadas para a execução de terceiros, sem prejuízo para objeto final a ser alcançado, com o intuito de otimizar os recursos disponíveis, bem como de promover a especialização das técnicas de produção, visando uma maior competitividade.

Para Sérgio Pinto Martins (2014, p.10), em sua clássica doutrina “Terceirização e o Direito do Trabalho”, a definição de terceirização seria:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

[...]

Compreende a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio da outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando ajuda mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado.

Indubitavelmente, a relação estabelecida por estas empresas parceiras envolvidas no processo de terceirização tem como escopo mediato a flexibilização das relações trabalhistas e, por conseguinte, essa nova relação acarreta uma redefinição dos papéis dos sujeitos envolvidos na produção, seja no aspecto econômico, como também no âmbito do Direito do Trabalho. Neste último espectro, resta descaracterizado o conceito básico e vertical de empregado e empregador e surge, portanto, uma relação triangular, na qual a empresa (tomadora) celebra contrato de direito civil para a prestação de serviços com a empresa denominada prestadora que, por sua vez, estabelece o vínculo laboral formal com o empregado.

Insta salientar, sob a análise do viés econômico, que a empresa chamada tomadora, nas relações laborais anteriores, suportava todos os encargos trabalhistas e previdenciários, além de ser a responsável pela subordinação dos empregados. No modelo adotado pela terceirização, a tomadora afasta-se dos citados encargos e passa a compartilhar, tão somente, os riscos da atividade econômica e adimplemento contratual com a prestadora de serviços, a qual assume a relação hierárquica com o empregado, bem como os consectários econômicos deste vínculo laboral. Como aduz Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 74), a terceirização

[...] demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse a 'terceiro', no sentido de 'outro', da posição de empregador na relação empregatícia (e consequentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados.

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro (2015, p.129-139) pontua neste mesmo sentido quando analisa as alterações promovidas nos conceitos de Direito do Trabalho trazidas pelo fenômeno da terceirização:

A terceirização é um dos procedimentos mais evidentes da transformação havida nas relações de produção com a introdução do conceito de empresa em rede; ela insere também a modificação do Direito do Trabalho, por meio da flexibilização que, por sua vez, surgira para a reestruturação das relações de trabalho. Enquanto no contrato de trabalho temporário, expressão inicial de terceirização, tem-se um contrato previsto em lei trabalhista, nos novos casos é adotado um contrato de direito civil, a prestação de serviços. Por meio desse procedimento, a empresa transfere parte dos serviços, como setores ou seções, a outras empresas, suas parceiras, ou leva para suas dependências para, ali, prestarem certos serviços, trabalhadores vinculados a outras empresas.

[...]

Há uma relação triangular, em que figuram a empresa e a prestadora de serviços, ligadas por um contrato civil, ou administrativo, e o trabalhador vinculado por um contrato trabalhista à prestadora de serviços. Mesmo com a distinção da natureza dos contratos, pode-se ver que o trabalhador é o elo entre eles, pois é para o serviço que ele executa se volta à finalidade do ajuste empresarial. Esse ajuste pode adotar a fórmula direta, em que o trabalhador constitui uma empresa, entre as quais as empresas de prestação de serviços intelectuais, para prestar serviços que já executava no âmbito da contratante, ou para estabelecer um contrato civil com uma empresa; ou a fórmula

indireta, em que há contratação de uma empresa terceirizante, à qual se vinculam formalmente os trabalhadores.

Neste último trecho, a autora ressalta uma das diferenças da terceirização interna e externa, sendo a primeira aquela em que os trabalhadores da prestadora de serviços executam as atividades diretamente nas instalações da tomadora de serviços, até mesmo em sua linha de produção. A segunda, a externa, as atividades são repassadas para as empresas executarem-na em seu próprio estabelecimento, sendo exigido, tão somente, o adimplemento do objeto contratual, seja o fornecimento do bem ou a consecução de uma atividade específica.

Para fins do presente trabalho, dar-se-á ênfase ao processo de terceirização interna, pois, via de regra, os contratos celebrados com a Administração Pública envolvem a execução de atividades-meio ou instrumentais, que sugerem a alocação de mão de obra nos órgãos e repartições públicas, principalmente para os serviços de limpeza, vigilância e manutenção predial.

1.1 Histórico da terceirização no Brasil e na Administração Pública

Sérgio Pinto Martins (2014, p. 2-3) defende que noção de terceirização no Brasil iniciou-se na década de 1950, com a inserção de ideias de um novo método produtivo trazido pelas indústrias multinacionais automotivas, preocupadas em se dedicar apenas com a “essência” do negócio, repassando a produção de componentes dos automóveis para as empresas parceiras.

Já para outra corrente de doutrinadores, dentre os quais encontra-se Maria da Graça Duck (1999, p. 102-105), a terceirização foi implementada no Brasil, gradualmente, em três etapas, com influência do modelo de organização e gestão do toyotismo, iniciando-se em meados de 1960, com a inserção dos Círculos de Controle de Qualidade (CCQ). Sua derradeira etapa, teria ocorrido na década de 1990, em virtude do fenômeno da globalização.

De toda sorte, diante deste novel fenômeno das relações de produção, a primeira referência legislativa no ordenamento jurídico brasileiro a que se tem notícia

sobre a terceirização¹ é o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal. A política de descentralização da Administração Pública restou, então, positivada consoante expressa previsão do parágrafo 7º do art. 10 do mencionado Decreto:

§ 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.

Contudo, como se vê, o teor do dispositivo não definiu as atividades a serem repassadas à iniciativa privada, mostrando-se, em verdade, ser uma norma programática que apontava o conjunto de ações a serem adotadas para um cenário ideal de composição da Administração e desenvolvimento de suas atividades.

Essa omissão na descrição das atividades só veio a ser enfrentada com a edição da Lei n.º 5.645, de dezembro de 1970, que trouxe, em seu art. 3º, parágrafo único, um rol exemplificativo e a natureza de algumas atividades que deveriam ser repassadas às empresas privadas, em consonância com o apregoado pelo Decreto-Lei 200/67:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Em seu turno, no âmbito privado, tem-se como normativo inaugural o Decreto n.º 62.756/1968, que regulamenta o funcionamento de agências de colocação ou

¹ Sérgio Pinto Martins faz referência aos Decretos-Leis n.º 1.212 e 1.216, ambos de 1966, que tratariam dos serviços de segurança prestados por empresas particulares à empresas de segurança bancária. Todavia, em pesquisa no site www.lexml.gov.br e www.planalto.gov.br, não há registros de tais decretos, sendo que os Decretos-Leis de 1966 iniciam-se no n.º 2 de 14 de janeiro de 1966 e vão até o n.º 103 de 13 de dezembro de 1966.

intermediação da mão-de-obra, e, posteriormente, o art. 4º do Decreto-Lei n.º 1.034/69², que determina medidas de segurança para o funcionamento de empresas de segurança bancária. Já a marcante³ disciplina acerca dos trabalhadores temporários, surge em 1974, com a entrada em vigor da Lei n.º 6.019⁴, que, inclusive, trazia a definição de trabalho temporário como sendo *aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços*.

Diante de inúmeros esparsos normativos, visando regular e impor uma sistematização à terceirização de mão-de-obra nos mais variados setores da economia, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado 256 de sua Súmula, restringindo, de forma considerável, a possibilidade de terceirização da prestação de serviços:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Todavia, diante de tamanha limitação de atuação do mercado para regular suas atividades, em 1993, o próprio TST mitigou seu entendimento acerca da vedação e editou novo Enunciado de n.º 331, definindo alguns limites para as atividades que poderiam ser objeto de terceirização, sendo certo que exercício de atividade-meio (instrumentais) não poderia possuir relação de subordinação direta e pessoalidade:

² Art. 4º Os estabelecimentos de crédito manterão a seu serviço, admitidos diretamente ou contratados por intermédio de empresas especializadas, os elementos necessárias à sua vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministro da Justiça, ou, quando se tratar de serviço local, do Secretário de Segurança ou Chefe de Polícia.

³ “Em 03/01/1974 foi sancionada a Lei n.º 6.019, que tratou sobre a intermediação lícita de mão-de-obra. Atendendo a interesses e preocupações das empresas, para procedimento de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, foi permitida a inserção de trabalhadores contratados de empresas fornecedoras de mão-de-obra temporária.” In CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P 118 apud CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro, *A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite*

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Entendimento semelhante também é pactuado pelo Tribunal de Contas da União, consoante ressaltado no Acórdão n.º 2.132/2010 – Plenário, o qual versava sobre a auditoria dos contratos de terceirização das empresas estatais:

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos nºs (i) 1.557/05 – P; (ii) 169/04 – P; (iii) 1193/06 – P; (iv) 593/05 – 1ª Câmara; (v) 256/05 – P; (vi) 143/99 - 2ª Câmara; (vii) 341/04 – P; (viii) 1.815/03 – P; (ix) 1.193/06 – P; (x) 1.565/05 – P; e, (xi) 1.520/06 – P.

Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Em suma, examinando a legislação e a jurisprudência depreende-se que o entendimento é no sentido de que somente as atividades-meio, em princípio relacionadas no Decreto nº 2.271/97, podem ser terceirizadas, atentando para o fato de que, caso essas atividades estejam previstas nas atribuições dos respectivos Planos de Cargos e Salários - PCS, igualmente não poderão ser terceirizadas.

Da mesma forma, atividades finalísticas, entendendo como sendo aquelas que compreendem as atividades essenciais para o atingimento dos objetivos para os quais o órgão/entidade foi legalmente constituído, ainda que não previstas no PCS, não são passíveis de terceirização.

Ultrapassado o óbice jurisprudencial acerca da possibilidade de haver terceirização, a celeuma passou a residir sobre a definição, ramo de atividade e a ostensividade da natureza dos serviços a serem terceirizados, qual seja: (a) instrumentais ou atividade-meio; e (b) finalísticos ou atividade fim.

Por mais interessante que se pareça o avanço sobre a matéria, não é, no presente momento, apropriado tecer maiores digressões sobre este debate, por duas razões: (a) o Enunciado da Súmula 331 do TST será objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no RE 958.252⁵, que tramita sob o rito da repercussão geral, que irá abarcar justamente esta definição sobre a amplitude das atividades a serem terceirizadas; e (b) para fins do objeto do presente trabalho, parte-se da premissa de que o contrato de terceirização da prestação de serviços com a

⁵ Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. OMISSÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DAR SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 2. O thema decidendum, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima. (ARE 713211 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 14-04-2014 PUBLIC 15-04-2014)

Administração é legal, foi formalmente celebrado, está vigente e preenche os requisitos para a sua repactuação com base na Convenção Coletiva de Trabalho.

Outrossim, de maneira objetiva, apenas para conceder maior segurança dos aspectos abordados pela Súmula do TST, pode-se trazer como definições de subordinação e pessoalidade, requisitos do contrato de trabalho, aquelas ventiladas por Sérgio Pinto Martins (2000, p. 95-96) em sua obra Direito do Trabalho:

Subordinação

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. Essa subordinação pode ser econômica, técnica, hierárquica, jurídica, ou até mesmo social. O empregado é subordinado economicamente ao empregador por depender do salário que recebe [...]. A subordinação técnica dá-se pelo fato de o empregado depender tecnicamente do empregador, que determina as diretrizes técnicas da produção [...]. A dependência social diz respeito ao fato de que o contrato de trabalho se funda numa condição social das partes, sendo que as leis devem ser editadas para regular as referidas questões sociais pertinentes às partes envolvidas [...]. A subordinação pode ser hierárquica, pelo fato de o empregado se achar inserido na empresa que é dirigida e organizada pelo empregador, devendo respeitar suas determinações. A subordinação jurídica é verificada na situação contratual e legal pela qual o empregado deve obedecer às ordens do empregador, que é a teoria mais aceita.[...]

Pessoalidade

O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O empregado não pode fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o empregado seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, uma locação de serviços, uma empreitada etc.

Não obstante isso, não serão abordados os aspectos de legalidade ou ilegalidade da terceirização da prestação de serviços de maneira concreta e exaustiva, uma vez que cada atividade desenvolvida mereceria um cotejo entre a sua essencialidade e o desempenho do órgão/empresa a que o contratante está vinculado, fato este que transbordaria os limites de cognição do presente estudo.

2 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS

Feitas as considerações iniciais sobre os conceitos básicos de terceirização necessários ao desenvolvimento do presente trabalho, passa-se à análise dos procedimentos inerentes à contratação de interposta pessoa jurídica que irá se tornar a prestadora de serviços de cessão ou locação de mão de obra, os quais devem, preferencialmente, ser avaliados quanto aos seus resultados e não com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

Com fim de delimitar o escopo do presente trabalho, tem-se que serão analisadas as avenças de contratação de prestação de serviços celebrados pela Administração, uma vez que são estes os instrumentos que podem ser objeto de reajuste de seus valores, cuja definição de serviços encontram-se no inciso II do art. 6º da Lei n.º 8.666/93, como sendo toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Por sua vez, estes serviços elencados podem ser demandados pela Administração de forma perene ou por prazo determinado. Esta verificação acerca do lapso de tempo no qual perdura o interesse da Administração na prestação de serviços é de suma importância para a tipificação do contrato dentre os normativos da Lei n.º 8.666/93, especificamente no que tange à possibilidade de prorrogação do ajuste contratual e, por conseguinte, dá azo ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2.1 Contrato para prestação de serviços por prazo determinado e continuado

Para a identificação da extensão necessária para a prestação de serviços à Administração, há que se perquirir sobre o interesse da Administração no objeto contratual. Se a necessidade do objeto pela Administração for por prazo determinado, por um tempo específico, o contrato a ser celebrado será classificado como temporário ou de prestação de serviços não continuados. Logo, se a

necessidade é permanente e o interesse se protraí no tempo, estar-se-ia diante de um contrato de prestação de serviços contínuos.

Joel de Menezes Niebuhr (2011, p.728) destaca que para ser classificado como serviço contínuo, a prestação do serviço não necessita ser realizada diariamente, mas sim, como dito, que o interesse na disponibilidade dos serviços pela Administração seja contínua. Nas palavras do autor:

Todavia, para qualificar serviço como contínuo não é necessário que o prestador do serviço realize algo em favor da contratante diariamente. Por exemplo, serviços de manutenção de bens móveis ou imóveis são qualificados como contínuos, muito embora não seja usual necessitar os préstimos do contratado diariamente. Então, a rigor, serviços contínuos são aqueles em que o contratado põe-se à disposição da Administração de modo ininterrupto, sem solução de continuidade. Em vista disso pode-se dizer que, em regra, os serviços contínuos correspondem à necessidade permanente da Administração, a algo que ela precisa dispor sempre, ainda que não todos os dias.

Como dito, essa classificação é de suma importância para enquadramento das hipóteses de duração dos contratos administrativos, como ressaltado por Marçal Justen Filho (2012, p. 829):

3.3) Os efeitos da diferenciação em face da questão do prazo de vigência do contrato

As distintas características das duas espécies contratuais acima referidas produzem reflexos marcantes relativamente ao prazo de vigência, o qual desempenha função normativa diversa em cada caso.

Num contrato de execução instantânea, o prazo de vigência se destina a delimitar o período de tempo para a execução da prestação pela parte. Assim, o prazo de vigência de um contrato de obra de engenharia é fixado em face do tempo necessário e adequado para a execução do objeto.

Já num contrato de execução continuada, existe uma clara dissociação entre as condições temporais para execução da prestação e o prazo de vigência. Um exemplo facilita a compreensão.

Suponha-se um contrato de serviço de limpeza, que especifique a obrigação contratual de o contratado promover a limpeza dos vidros do edifício uma vez por mês. O sujeito estará obrigado a realizar essa prestação a cada mês, sem que tal especificação se destine a

determinar a duração propriamente dita do contrato. O prazo de vigência destina-se, nesse caso, a estabelecer o período de tempo durante o qual a contratação produzirá efeitos.

2.2 Duração dos contratos de prestação de serviços

De acordo com o art. 57 da Lei de Licitações, *in verbis*, “a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários”. Ou seja, a vigência dos contratos abarcados pela Lei n.º 8.666/93 seria de, no máximo, 12 meses se sua formalização coincidisse com o início do exercício financeiro, isto é, de 1º de janeiro até 31 de dezembro. Como leciona Niebuhr, a vinculação fixada pelo legislador para a duração contratual seria manifesta e irrecusável, principalmente porque possuiria espeque constitucional, precisamente no inciso I do art. 167 da CF⁶, que obrigaria a Administração Pública a realizar contratações apenas quando houver previsão orçamentária para tanto, a qual finda juntamente com o ano civil.

Todavia, a interpretação do *caput* deste citado artigo já caminhou no sentido de que a vigência contratual dos contratos poderia ultrapassar o término do exercício financeiro, mas desde que as despesas a eles referentes estejam empenhadas até 31 de dezembro e inscritas em restos a pagar, conforme Orientação Normativa da AGU n.º 39, de 13 de dezembro de 2011⁷.

Por outro lado, o próprio diploma legal elenca as hipóteses que são excetuadas da disciplina estabelecida pelo *caput*:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados

⁶ Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

⁷ A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS REGIDOS PELO ART. 57, CAPUT, DA LEI 8.666, DE 1993, PODE ULTRAPASSAR O EXERCÍCIO FINANCEIRO EM QUE CELEBRADOS, DESDE QUE AS DESPESAS A ELES REFERENTES SEJAM INTEGRALMENTE EMPENHADAS ATÉ 31 DE DEZEMBRO, PERMITINDO-SE, ASSIM, SUA INSCRIÇÃO EM RESTOS A PAGAR.

se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Vê-se, portanto, que a definição do contrato como sendo de prestação de serviços executados de forma contínua é de fundamental importância para que a avença possa ter duração de até 72 (setenta e dois) meses, se considerado os 60 (sessenta) meses previstos pelo art. 57, inciso II, combinado com a excepcionalidade de prorrogação por mais 12 (doze) meses prevista no parágrafo 4º deste mesmo artigo⁸, todos da Lei n.º 8.666/93.

Diante de todo este arcabouço normativo, tem-se que os contratos de terceirização de mão-de-obra a serem celebrados com a Administração Pública são classificados como contratos de prestação de serviços continuados, com possibilidade de duração de até 72 meses, caso haja alguma excepcionalidade que exija a dilação da avença por mais 12 meses, como afirmado anteriormente.

⁸ § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

3 O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A CONTRATAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇO

Após a “*positivação*” da adoção da terceirização na Administração Pública, essa medida veio se propalando até os dias atuais, sendo o Decreto n.º 2.271/1997 considerado a hodierna disposição do Poder Executivo acerca das contratações de serviços pela Administração Pública Federal. Assim, com o intuito de dispor sobre as regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados contidos no referido decreto, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Instrução Normativa de n.º 02/2008. Especificamente, no que tange à terceirização, as orientações para o planejamento da contratação estão esculpidas no art. 6º e seguintes:

DA TERCEIRIZAÇÃO

Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize personalidade e subordinação direta. (Renumerado pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 2º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente como prestação de serviços, sendo vedada a utilização da contratação de serviços para a contratação de mão de obra, conforme dispõe o art. 37, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

§ 3º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho, aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e conterá, no mínimo: (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

I - justificativa da necessidade dos serviços; (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada; (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

Art.7º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes.

§ 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

§ 3º As funções elencadas nas contratações de prestação de serviços deverão observar a nomenclatura estabelecida no Código Brasileiro de Ocupações – CBO, do Ministério do Trabalho e Emprego. (Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009.)

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

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

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e

III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como:

- a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas;
- b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações;
- c) atos de inscrição, registro ou certificação; e
- d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos.

Nesse sentido, obtém-se que houve uma consolidação das orientações aos gestores públicos para a instrução do procedimento licitatório que irá culminar com a celebração do instrumento. Há que se destacar a previsão contida no art. 7º que justamente revisita a questão acerca das atividades que seriam passíveis de terceirização como: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes,

informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Ademais, a IN alerta sobre a vedação de se contratar para funções que sejam inerentes aos cargos previstos nos quadros de servidores do órgão, bem como aqueles que envolvam o cerceamento do exercício de direitos pelos administrados, destacadamente o poder de polícia.

3.1 Licitação

Observadas as premissas estampadas na Instrução Normativa citada, instaura-se o procedimento interno do processo licitatório que disciplinará as regras do edital de chamamento dos interessados e conterà a minuta do instrumento a ser celebrado, o qual disciplinará, dentre outras matérias, questões atinentes ao prazo contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Inicialmente, insta salientar, portanto, que licitação é

procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2013, p. 532).

Resgatando os temas de hierarquização das normas e estabelecimento de uma norma fundamental⁹, cumpre mencionar que o tema das licitações é contemplado na norma fundamental brasileira, qual seja, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 22, inciso XXVII; 37, inciso XXI; 173, parágrafo 1º, inciso III; 175, *caput*, conforme transcrições a seguir :

⁹ A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 1998, p. 269.)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

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:

[...]

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.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

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.

Complementarmente, a matéria de licitações é regida – em âmbito federal – pela Lei nº 8.666/1993, que é a norma que estabelece as regras gerais. Posteriormente a essa norma, foi editada a Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão como nova modalidade de licitação.

O assunto também foi apreciado por ocasião da Lei Complementar nº 123/2006 que, em seus artigos 42 a 48, apresenta disposições específicas para o benefício de pequenas e microempresas. Por fim, há também a Lei nº 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e, por diversas vezes, remete-se aos dispositivos da norma geral das Licitações. Para a realização dos propósitos trazidos nessas leis, entretanto, deve-se observar algumas outras questões, conforme se verá a seguir.

3.1.1 Amplitude das licitações

Segundo o conceito de licitação apresentado, observa-se que o atendimento à sua finalidade depende, necessariamente, da delimitação de seu objeto e de seus sujeitos. Assim, passa-se à análise de cada uma dessas dimensões do instituto.

3.1.2. Dimensão objetiva

A grosso modo, pode-se resumir que o objeto do procedimento licitatório é aquele bem que a Administração Pública pretende adquirir, alienar ou contratar. Segundo Carvalho Filho (2015, p.177-179), esse objeto apresenta duas facetas, quais sejam: uma imediata e outra mediata.

Segundo o autor, objeto imediato seria a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da Administração, enquanto o objeto mediato consistiria na obtenção de uma prestação a ser obtida por intermédio da contratação de um (alguns) particular(es).

Cumpre mencionar que a definição do objeto da licitação é de extrema importância para a Administração Pública, uma vez que o defeito em sua indicação pode eivar o certame de forma insanável. Sobre o tema, ensina Meirelles (1999, p.260):

[...] licitação sem caracterização de seu objeto é nula, porque dificulta a apresentação das propostas e compromete a lisura do julgamento e execução do contrato subsequente. Daí por que a lei declarou expressamente que as obras e serviços somente serão licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados [...].

Em igual sentido, aduz Gasparini (2008, p.478) que *essa descrição do objeto da licitação, que não é outra coisa senão a definição do objeto, não pode faltar, sendo, portanto, condição de legalidade do edital e, por via de consequência, da licitação e do contrato.*

3.1.3. Dimensão subjetiva

Conforme disposto no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, tanto os entes integrantes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto as entidades que compõem a Administração Pública Indireta (isto é, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais) encontram-se obrigados à licitação pública. Em que pese a referida disposição constitucional, há uma peculiaridade relativa às sociedades de economia mista e às empresas públicas que exploram atividades econômico-empresariais.

Segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 548-550), não raro a obrigatoriedade de observância ao dever de licitar esbarra na incompatibilidade com a finalidade à qual a empresa/sociedade se destina. Assim, por vezes haverá de se reconhecer a inaplicabilidade da Lei de Licitações (CARVALHO FILHO, 2015, p.245).

Em observância a essa peculiaridade, a Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o art. 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal admitiu que o regime de contratação imposto às sociedades de economia mista e às empresas públicas seja disciplinado em lei própria. Entretanto, tendo em vista a pendência na edição da referida norma, reputa-se a licitação inexigível a esses sujeitos quando houver incompatibilidade entre tal exigência e a finalidade à qual a empresa/sociedade se destina (CARVALHO FILHO, 2015, p.245).

Identificados os sujeitos aos quais se impõe o dever de licitar, cumpre identificar também àqueles aos quais se atribui o direito de participar do procedimento licitatório. Segundo parte da doutrina, atribui-se a esse direito a nomenclatura de “direito de licitar”.

3.1.4. O direito à participação nas licitações (direito de licitar)

Primordialmente, cumpre salientar que o direito de participar da licitação e o direito à contratação pelo poder público não se confundem, uma vez que este se refere ao reconhecimento do autor da proposta vencedora (e, portanto, só ocorre após o encerramento da licitação), enquanto aquele diz respeito à faculdade de formular proposta de contratação perante a Administração Pública. Justen Filho (2014, p.533-534) refere-se à participação no procedimento licitatório como “direito de licitar”, sobre o qual ensina:

[...] O chamado direito de licitar é reconhecido a todos quantos preenchem os requisitos de idoneidade e capacitação para executar o contrato.

[...] Esse direito é indisponível e insuprimível, subordinando ao regime de direito público (por isso, um direito público subjetivo). Porém, é um direito abstrato, porque se distingue entre o direito de provocar a jurisdição e o direito de obter uma sentença favorável.

[...]

O direito de licitar assegura a qualquer pessoa a formulação de uma de uma proposta de contratação dirigida à Administração Pública, sujeito passivo do direito de licitar reconhecido a particulares, segundo as condições fixadas na lei e no ato convocatório.

Segundo essas considerações, observa-se que – ao menos em tese – qualquer pessoa (tanto brasileiros quanto estrangeiros em situação regular, inclusive) pode participar da licitação. Por essa razão, costuma-se referir ao direito de licitar como sendo “um direito de todos”.

Em que pese a referida aceção quanto aos sujeitos do direito de licitar, entende-se também que tal possibilidade de ampla participação no procedimento licitatório não resulta, necessariamente, na impossibilidade de condicionamento dessa participação ao atendimento de exigências que garantam à Administração Pública a contratação de um participante idôneo, que apresente a proposta mais vantajosa (JUSTEN FILHO, 2014, p.533-534). Por esse motivo, não raro ocorre o esvaziamento prático da noção de direito de licitar enquanto direito de todos.

Nesse sentido, cumpre analisar a disposição do 4º, caput, da Lei nº 8.666/1993 sobre o referido direito de licitar:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Observa-se, portanto, que a norma atribui ao direito de licitar o caráter de “direito público subjetivo”. Cumpre recordar que direito público subjetivo é aquele em que, em função do relevante interesse público na matéria, retira o direito da órbita de total disponibilidade (característico das situações subjetivas da esfera privada).

No âmbito das licitações, afirmar a existência de um direito público subjetivo é retirar do particular a total liberdade quanto à celebração do contrato, afirmando-se a exigência de subserviência ao procedimento licitatório (JUSTEN FILHO, 2014, p.125). É exatamente essa preponderância do interesse público sobre o privado que justifica a submissão do particular que pretende contratar com o poder público a determinadas condições.

Conforme já mencionado, o estabelecimento de condições à participação de um particular em um procedimento licitatório decorre da necessidade de garantir que a Administração Pública contrate apenas com aqueles que efetivamente possuem condições para executar satisfatoriamente a proposta e com os institutos colocados à disposição da Administração para fazer valer o seu papel de supremacia na relação negocial entabulada. Por essa razão, embora o direito de licitar seja concebido como um direito de todos, admite-se a existência de restrições ao seu exercício no âmbito prático e com o empoderamento da Administração para provê-la de meios a alcançar a consecução do interesse público.

Diante destas premissas, consoante o tema proposto, busca-se avaliar os impactos e limites das alterações contratuais ocasionadas pelas suas repactuações,

registrando-se os pontos que ainda possam ser debruçados em outros momentos mais oportunos e com a profundidade que merecem.

4 REEQUILIBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, garante o direito dos contratantes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, a manutenção da relação de proporção entre os custos prospectados e o valor apresentado em sua proposta, momento no qual o licitante quantifica sua contrapartida para atender aos interesses da Administração:

Art. 37. [...]

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.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o reajustamento, em sentido amplo, está disciplinado em vários dispositivos que impõem à Administração o dever de promover o reequilíbrio das propostas apresentadas nos certames licitatórios. Reza a Lei n.º 8.666/93, a título exemplificativo, em seus artigos 40, 55, 57, 58 e 65, a necessidade de estabelecer no instrumento as denominadas cláusulas obrigatórias, bem como estes mecanismos e requisitos para o reequilíbrio econômico-financeiro:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Art. 57 [...]

§ 1º. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

[...]

Art. 58. [...]

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º. Na hipótese do inc. I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II – por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro.

Em complemento, o Decreto Federal nº 2.271/97 trata da figura da repactuação, aplicável aos contratos “que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, desde que previstos no edital”, e a Instrução Normativa MPOG nº 2/08, em seu artigo 37, admitem a repactuação desde que

observado o interregno mínimo de um ano das propostas. O termo inicial do prazo é estabelecido no artigo seguinte:

Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir:

I – da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou

II – da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.

Nesse diapasão, impende salientar que a garantia à manutenção das condições efetivas das propostas encontra albergue no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que tutela a equação econômico-financeira estabelecida originalmente na proposta apresentada ao Poder Público, ou seja, a relação existente entre o conjunto de encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

Resguardando a manutenção efetiva da proposta do particular e fixando-se os resultados a serem obtidos provenientes da contratação, a Administração estaria evitando que os particulares lançassem mão de artifícios para garantir financeiramente a eventual ocorrência de fatos que não estavam inicialmente inseridos na projeção dos encargos que, ao cabo, poderiam não se concretizar ou, até mesmo, não alcançar a magnitude/reflexos estimados.

A regra é a estabilidade dos termos contratuais, quiçá dizer imutabilidade dos contratos em razão do princípio *pacta sunt servanda*, partindo-se da premissa que não houve alteração das situações fáticas existentes à época da contratação, durante a vigência e execução do contrato. Todavia, é plausível a mitigação da aplicação do princípio *pacta sunt servanda* desde que haja a necessidade de restauração da equação econômico-financeira original da avença, que se dá por: (a) revisão contratual; (b) repactuação; ou (c) cláusulas de reajuste de preços

previamente previstas em edital e contrato, todos esses institutos aplicáveis aos contratos administrativos.

4.1 Revisão

A revisão contratual é o instrumento que visa reestabelecer a equação econômico-financeira do contrato em virtude da ocorrência de um evento imprevisível e inevitável ou, se previsível, de consequências incalculáveis. Niebuhr (2011, p. 895) didaticamente exemplifica a fixação desta balança econômico-financeira entre os encargos a serem desempenhados e a contraprestação a ser efetuada pela Administração:

Como já anotado, a licitante oferta sua proposta de acordo com os termos do instrumento convocatório. Com supedâneo nas exigências descritas pela Administração para cumprir o contrato, a licitante calcula os custos que arcará e a proposta a ser ofertada, que lhe deve proporcionar alguma margem de lucro. No cálculo do custo da proposta, diga-se de passagem, a licitante deve inserir todos os ônus e os encargos que sejam previsíveis, o que requer redobrados cuidados e atenção.

Daí nasce uma equação de proporcionalidade entre o que se espera gastar e receber em contrapartida. Conquanto as condições contratuais possam ser alteradas de modo consensual ou unilateral por parte da Administração ou, até mesmo, por fatos alheios à vontade das partes contratantes, essa equação deve sempre ser mantida. A Administração não reúne forças para compelir terceiros a operarem em prejuízo ou sem lucro. Então, deve-se proceder à revisão do contrato se as condições da época da proposta são alteradas, sem, é claro, que o proponente tenha conseguido prever ditas alterações (porque se fosse possível prever seria o caso de reajuste), bem como se elas repercutem na equação econômica e financeira, aumentando ou diminuindo os custos do empreendimento contratado.

O instrumento de revisão está previsto no art. 65 da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe da seguinte forma:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração,

para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadoras ou impeditivas da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurado álea econômica extraordinária e extracontratual.

Consoante apregoadado pelo diploma legal, há que se preencher os requisitos trazidos pelo normativo com o intuito de se lastrear um pedido de revisão baseado na teoria da imprevisão, ou seja, mister se faz a ocorrência de um evento cujas consequências para seu saneamento geram repercussões econômicas, como por exemplo:

- a) fato excepcional, pela sua natureza e amplitude;
- b) fato imprevisível ou, se previsível, de consequências incalculáveis, independente da vontade dos contratantes;
- c) fato determinante da inexecutabilidade ou que torne muito mais oneroso o cumprimento do contrato pela repercussão sobre a equação econômico-financeira inicialmente pactuada.

Destarte, apenas após a constatação da ocorrência de uma dessas condicionantes anteriores é que a Administração poderá, sendo requisito, ainda, a bilateralidade de vontade entre as partes, modificar o valor contratual. Insta salientar que deve restar inconteste que houve a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caracterizando-se como álea econômica extraordinária. Esta álea econômica extraordinária é aquela que não é congruente com os encargos esperados durante a execução natural do contrato

Não basta, por si só, a alegação da contratada desprovida de lastro probatório de que houve a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro da avença. É condição *sine qua non* que todas as alegações fiquem formal e materialmente comprovadas em processo administrativo destinado a prover a autoridade competente de subsídios para a tomada de decisão.

Ademais, a comutatividade do contrato é direito constitucional assegurado no art. 37, inc. XXI, da CF e, na medida do possível, deve ser preservado, atendendo-se não apenas aos princípios administrativos vinculados às licitações e aos contratos, mas também aos princípios da ordem econômica e social concernentes à preservação da empresa e das relações de trabalho, exceto se houver renúncia, por se tratar de direito disponível.

Em seus ensinamentos acerca da teoria da imprevisão e seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro, Odete Medauar pontua que

a alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo “déficit” ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula rebus sic stantibus (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tiverem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. (MEDAUAR, 2005, p.257)

Assim, a revisão é o instrumento adequado a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato afetado por eventos imprevisíveis, sem que o contratado os pudesse antever, no momento de apresentação de sua proposta, bem como os efeitos de tais fatos são de tamanha relevância nos custos suportados em razão da avença que se impõe a revisão do contrato.

4.2 Reajuste

O reajuste é o instrumento legal que visa a preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato em virtude de variação dos custos que compõem o objeto da avença, com a nuance de que, no caso de reajuste, essa alteração é previsível e geralmente atrelada aos efeitos do processo inflacionário.

Joel Niebuhr define o reajuste como sendo

o instrumento por meio do qual a Administração antecipa-se à variação de preço que ela de antemão sabe que irá ocorrer, prevendo, no próprio edital de licitação e no contrato, critério para fazer frente a ela. Ou seja, a Administração toma à frente da inflação, prevendo como os efeitos dela devem repercutir no contrato, com o escopo de evitar que o equilíbrio econômico-financeiro dele seja rompido (NIEBUHR, 2011, p.884).

Por sua vez, Caio Tácito afirma que

a continuada perturbação da ordem financeira deu continuidade à tendência revisionista dos contratos, inclusive nas relações privadas, mediante a crescente adoção de critérios de reajuste de preços contratuais, a princípio pela acolhida da teoria da imprevisão e pelo nascimento de cláusulas preventivas da ruptura do equilíbrio entre as obrigações. Neste sentido prosperaram as cláusulas móveis na composição dos preços contratuais e, em seguida, se generalizou a regra da correção monetária do valor das obrigações de pagar, sempre em coerência com o princípio capital da justa correspondência entre as obrigações [...] (TÁCITO, 1982).

Destarte, como acima transcrito, o art. 40, inciso XI, da Lei de Licitações determina que o instrumento contratual contenha “o critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”, ou seja, trata-se de cláusula obrigatória, sem a qual o contrato padeceria de patente ilegalidade, como adverte Marçal Justen Filho (2012, p. 647):

Se estivessem presentes os pressupostos do reajuste e se o edital negasse sua concessão, os interessados agregariam ao valor da sua proposta um montante destinado a compensar a inflação. Por cautela, acrescentariam uma margem de risco. A Administração acabaria desembolsando valores muito superiores ao que seria necessário e cabível. A maior prejudicada seria a Administração Pública, pois os particulares possivelmente formulariam propostas em que não existisse risco de prejuízo.

Outrossim, a periodicidade mínima para a concessão do reajuste obedece a diretriz trazida pelo mesmo artigo 40, em seu inciso XI, da Lei n.º 8.666/93,

combinado com o art. 3º, §1º, da Lei n.º 10.192/01¹⁰. Assim, o reajuste contratual será devido depois de transcorridos 12 meses, contados a partir da apresentação da proposta ou orçamento. Esse é, inclusive, o posicionamento do Tribunal de Contas da União que, em exaustivo acórdão, abordou os aspectos da periodicidade do reajuste:

O marco inicial a ser contado para início do período de um ano para a aplicação dos índices de reajustamento de contratos está estabelecido pela Lei 10.192/2001, nos seguintes termos:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitem, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.'

[...]

Basta que esteja claramente estabelecido no edital.

Aliás, este já foi o entendimento exarado no Acórdão 1707, Ata 43/2003 - Plenário, publicado no Diário Oficial da União em 21.11.2003, onde foi determinado [...] que:

- estabeleça já • a partir dos editais de licitação e em seus contratos, de forma clara, se a periodicidade dos reajustes terá como base a data-limite para apresentação da proposta ou a data do orçamento, observando-se o seguinte:
- se for adotada a data-limite para apresentação da proposta, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte;
- se for adotada a data • do orçamento, o reajuste será aplicável a partir do mesmo dia e mês do ano seguinte se o orçamento se referir a um dia específico, ou do primeiro dia do mesmo mês do ano seguinte caso o orçamento se refira a determinado mês;
- para o reajustamento dos contratos, observe que a contagem do período de um ano para a aplicação do reajustamento deve ser feita a partir da data-base completa, na forma descrita no item 9.2.1.1, de modo a dar cumprimento ao disposto na Lei 10.192/2001, em seus arts. 2º e 3º, e na Lei 8.666/93, em seu art. 40, inciso XI;

¹⁰ Art. 3o Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

[...]

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Assim, quanto ao marco inicial para reajuste de contratos, bem como quanto à periodicidade de um ano para reajustes contratuais, consiste em assunto dirimido pelo TCU em acórdão recente, acima mencionado e não há divergência entre o parecer da Consultoria Jurídica do MT e as leis que regem o dispositivo. **Acórdão 474/2005 Plenário (Relatório do Ministro Relator)**

Em decorrência da prescrição de todos os normativos citados no mencionado acórdão, após o interstício de 1 ano da apresentação da proposta ou orçamento, marco este a ser expressamente definido no edital, a Administração Pública deve, de ofício, dar cumprimento à previsão legal e as regras do edital e conceder o reajuste. Trata-se de medida a ser adotada automaticamente, mesmo sem o pedido do contratado, como pontua Niebuhr:

Pois bem, por força dos supracitados dispositivos legais, o reajuste deve ser disciplinado no edital. Então, a Administração deve determinar, no edital, o critério para o reajuste, que é devido depois de doze meses da data proposta ou do orçamento a eu a proposta se refere. Em vista disso, vencidos os dozes meses, a Administração deve dar cumprimento de ofício ao edital e, em última instância, à legalidade, independentemente de requerimento do contratado. Se de fato ocorrem as condições que autorizam o reajuste, na forma de edital e do contrato, ele deve ser concedido quase que de forma automática, ainda que o contratado não tenha se manifestado. O cumprimento do edital e da legalidade em todos os seus aspectos e inclusive no que tange ao reajuste não é condicionado ao pleito do contrato. (NIEBUHR, 2011, p. 890).

4.3 Repactuação

A repactuação, assim como o reajuste e a revisão, é instrumento destinado à preservação do reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos, cujos objetos envolvem a terceirização de mão-de-obra. Para estes instrumentos, não é despiciendo rememorar que as suas durações se enquadram na mencionada exceção prevista no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93 e, portanto, sua vigência pode alcançar até 72 meses.

Não obstante o extenso tratamento normativo dado ao reajuste e a revisão, a figura da repactuação passou a ser expressa no ordenamento jurídico por meio do Decreto Federal n.º 2.271/1997, especificamente em seu art. 5º:

Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Por sua vez, a IN/MPOG n.º 02/08, que foi alterada posteriormente pela IN/MPOG n.º 03/09, detalhou um pouco mais o instrumento, trazendo, dentre outras nuances, a definição de repactuação como sendo uma espécie de reajuste contratual, ou seja, tem-se que o reajuste *lato sensu* é o instrumento que se presta a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face de variação previsível dos encargos da contratada.

Tal recomposição poderia ser implementada por mais de uma forma: índices financeiros setoriais ou específicos ou por meio de negociação entre as partes. O reajuste *lato sensu* se dividiria em duas espécies: o reajuste em sentido estrito, que foi detalhado anteriormente, e a repactuação. A diferença entre o reajustamento de preço em sentido estrito e a repactuação reside no critério empregado para a sua consecução, pois, na primeira opção, vincula-se a um índice estabelecido contratualmente e, na segunda, à demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

Outrossim, a mencionada instrução estabelece a condição de que os contratos de prestação de serviços que podem ser objeto de repactuação são tão somente aqueles que possuem mão de obra residente. Estariam, excluídos, assim, os demais contratos de prestação de serviços continuados que não atendem este requisito.

Joel Niebuhr assim explicita sua definição sobre repactuação:

Em linhas gerais, a repactuação demanda o ajustamento do valor dos contratos de terceirização de serviços de acordo com a variação efetiva do custo de produção, o que pode ser apurado ao tempo da data-base da categoria dos profissionais postos à disposição da Administração pelos contratados, por ocasião de acordo, convenção ou dissídio coletivo. (NIEBUHR, 2011, p. 905).

O cerne da questão referente à repactuação diz respeito à mensuração dos custos destes contratos de terceirização. Anualmente, em razão de sua própria natureza, ocorre a data-base dos empregados da empresa prestadora referente à categoria dos serviços contratados pela Administração e este consiste no principal fator de majoração dos custos a serem suportados pelo contratado.

Até a edição da Instrução Normativa n.º 02/08, a celebração de nova Convenção Coletiva de Trabalho não era considerada como fato imprevisível, requisito imprescindível a ensejar um pedido de revisão contratual¹¹, o que ocasionava uma ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que até o Decreto n.º 2.271/97 não existia a figura da repactuação.

Desta forma, era responsabilidade do contratado projetar seus custos no momento de realizar a proposta de forma a considerar os possíveis reflexos da data-base da categoria. Percebe-se, portanto, que invariavelmente esta projeção acarretava em prejuízos ao erário, pois as CCT's não são homogêneas e, principalmente, como se verá, não observam os índices inflacionários. Por isso, qualquer projeção do valor a ser adotado para os anos de vigência dos contratos seria mera futurologia, sem qualquer probabilidade de se concretizarem.

¹¹ ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DISSÍDIO COLETIVO - AUMENTO DE SALÁRIO - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO - ART. 65 DA LEI 8.666/93. 1. O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93. 2. Precedente da Segunda Turma desta Corte no REsp 134.797/DF. 3. Recurso especial improvido. (REsp 411.101/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 279)

4.3.1 Requisitos para a repactuação

Como já amplamente afirmado anteriormente, o Decreto n.º 2.271/97 e a da IN n.º 02/MPOG detalharam o instrumento da repactuação e trazem os hodiernos requisitos para a sua concessão.

4.3.1.1 Interregno mínimo de 1 (um) ano

Em cumprimento do disposto no art. 5º do Decreto n.º 2.271/97, o requisito temporal para a primeira repactuação é o necessário transcurso de um ano, contado a partir dos marcos fixados pela já citada IN, quais sejam, (a) da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução dos serviços decorrentes do mercado; e, quando os custos estiverem atrelados à mão-de-obra, (b) da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho equivalente, vigente à época da apresentação da proposta.

4.3.1.2 Demonstração analítica de variação dos componentes dos custos do contrato

O segundo requisito à repactuação trazido pelo art. 5º do Decreto n.º 2.271/97 é a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato. No mesmo sentido, a Instrução Normativa n.º 02/08 prescreveu em seu art. 40 a mesma condicionante, explicitando que seria necessária a apresentação de planilha de custos e formação de preços, ou mesmo a convenção coletiva que fundamenta a repactuação, como forma de justificar a alteração contratual pretendida.

Esta planilha de custos, por dedução, seria aquela contida no edital de licitações que serviu de base para apresentação da proposta e que, por óbvio, deveria vir destacada com o cotejo dos preços históricos e o pretendido pelas modificações incidentes. Destarte, tem-se que as modificações solicitadas pelas repactuações são alterações concretas e apuráveis mediante o seu detalhamento e não mera aplicação generalizada de índice de preços.

5 CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

5.1 Inserção das CCT's no ordenamento jurídico brasileiro

A Convenção Coletiva passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro por meio da edição do Decreto n.º 19.770, de 19 de março de 1931, conhecida também como Lei Sindical, pois consignava oficialmente os pilares do sindicalismo no Brasil. Naquele diploma era facultado aos sindicatos “*firmarem ou sancionarem convenções ou contractos de trabalho dos seus associados, com outros syndicatos profissionaes, com empresas e patrões, nos termos da legislação*”.

Na hodierna Constituição Federal, a previsão da convenção ou acordo coletivo está contida no rol dos direitos sociais constitucionalmente tutelados do art. 7º, especificamente no inciso XXVI. Muito embora a Constituição Federal tenha consagrado a denominação convenção coletiva, a doutrina por muito tempo dissentiu acerca de sua definição, principalmente em razão da natureza jurídica do instituto. Para Evaristo Moraes Filho (1973), a nomenclatura de contrato coletivo, utilizada até a Constituição de 1937 e na própria CLT de 1943, chocava-se com o contrato de equipe. Por sua vez, Orlando Gomes (1967, p. 64-65) acreditava ser o termo convenção aquele mais apropriado ao instituto em razão de sua natureza contratual. José Martins Catharino (1994) adotou convenção sindical normativa, em virtude do caráter cogente do ajuste coletivo. Não obstante a divergência apontada, verifica-se que a distinção entre os termos é meramente teórica, sendo considerado verdadeiros sinônimos.

5.2 Conceito

A conceituação da Convenção Coletiva de Trabalho está estampada no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho, que traz no seu Título VI os instrumentos de negociação coletiva:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

5.3 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do instituto é bastante debatida, subdividindo-se em (i) contratual, (ii) normativa e (iii) mista. Para a primeira vertente, a convenção coletiva é decorrente da bilateralidade do acordo de vontades entre sujeitos coletivos sindicais. Em seu turno, a corrente normativa alça a característica cogente do instrumento como elemento destaque, traduzindo-se em verdadeira lei em sentido material. Para a última hipótese, a natureza jurídica da convenção coletiva não seria nem contratual, nem normativa por si só, mas congregaria um fundamento social, “sendo compreendido como um instituto especial da coletividade organizada dos trabalhadores destinadas a dar significado ao valor social do trabalho”(AROUCA, 1998, p. 265).

Maurício Godinho Delgado traz relevante ponderações e ensinamentos acerca do instituto da convenção coletiva:

A convenção coletiva resulta, pois, de negociações entabuladas por entidades sindicais, quer a dos empregados, que a dos respectivos empregadores. Envolve, portanto, o âmbito da categoria, seja profissional (obreiros), seja econômica) empregadores. Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifesto.

As convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, via de consequência, à noção de lei em sentido material, traduzido ato-regra (Duguit) ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo), diplomas desveladores de inquestionáveis regras jurídicas (embora existam também no seu interior cláusulas obrigacionais,..). (DEGADO, 2016, p. 163-164)

5.4 Sujeitos

Como apontado por Godinho, um dos sujeitos da convenção coletiva obrigatoriamente é um ente coletivo, ou seja, um sindicato, que por representar a coletividade organizada dos trabalhadores, negocia com a organização coletiva da

atividade econômica respectiva e materializam o acordo que irá suplantar, naquilo que for mais benéfico, o contrato individual.

5.5 Conteúdo obrigatório

Como reza o art. 613 da CLT, as convenções coletivas devem obrigatoriamente conter, formal e materialmente, oito elementos: (a) Designação dos Sindicatos convenentes ou dos Sindicatos e empresas acordantes; (b) Prazo de vigência; (c) Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; (d) Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; (e) Normas para a conciliação das divergências; (f) Disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; (g) Direitos e deveres dos empregados e empresas; e (h) Penalidades para os Sindicatos convenentes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

As condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho, também conhecidas simplesmente como condições de trabalho, abarcam o cerne da convenção coletiva. Elas contêm as regras jurídicas e cláusulas obrigacionais. As primeiras, na definição de Godinho (2015, p.174), *são aquelas que geram direitos e obrigações que irão integrar aos contratos individuais de trabalho*, já as cláusulas obrigacionais, afirma o autor, *seriam aquelas que criam direitos e obrigações para as respectivas partes convenentes*. As cláusulas econômicas integram o núcleo das condições de trabalho e têm como *regra jurídica* a previsão dos índices de reajustamento da categoria laboral da base representada.

5.6 Efeitos

Previsto expressamente no Decreto n.º 21.761, de 23 de agosto de 1932, a convenção coletiva tornava-se de observância obrigatória tanto *aos sindicatos ou agrupamentos que as ajustarem ou que vierem a aderir, como aos seus componentes*, nos exatos termos de seu artigo 5.º.

Posteriormente, o já transcrito artigo 611 da CLT trouxe a definição de convenção coletiva e a ela atribui força normativa para as relações individuais de

trabalho. Aliado a este dispositivo, a Constituição Federal concedeu reconheceu a legitimidade do sindicato na defesa dos direitos e interesses coletivos OU individuais da categoria, alçando o entendimento de que os acordos firmados pelos sindicatos seriam cogentes, independentemente de filiação sindical. Esta afirmativa ganha relevo diante da novel Medida Provisória n.º 761, de 22 de dezembro de 2016, que trata do Programa Seguro-Emprego, a qual concede enorme força às Convenções Coletivas de Trabalho, podendo inclusive flexibilizar jornadas de trabalho e salário.

Diante desse cenário é que a CCT's são enfrentadas como institutos de garantias de direitos trabalhistas, principalmente no que diz respeito às cláusulas econômicas do acordo, cuja observância torna-se obrigatória para o empregador em benefício/garantia do reajuste salarial do obreiro. Apenas, com o intuito de ressaltar a participação dos sujeitos, percebe-se que as negociações são realizadas entre o sindicato dos empregados e o sindicato das empresas que atuam na atividade econômica da categoria e visam assentar interesses contrapostos que devem ser formalizados em instrumento próprio, o qual ainda será depositado e registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.

6 PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE ACORDO COM ACÓRDÃO DO TCU Nº 1.214/2013 – PLENÁRIO:

Em razão de representação da Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos do Tribunal de Contas da União - TCU, a Corte de Contas analisou relatório elaborado por um grupo de trabalho de seus servidores, do Ministério do Planejamento e da Advocacia-Geral da União, cujo objetivo era *apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.*

Especificamente no que tange à vigência contratual, sua prorrogação e aos reajustes, no sentido *lato sensu*, o grupo de trabalho entendeu que seria mais adequado que a Administração fixasse a vigência dos instrumentos de prestação de serviços continuados em 60 meses, em consideração ao limite exposto pelo inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93. Esse entendimento levou em conta que seria mais atrativo para as empresas licitantes que fosse oferecido um lapso temporal maior e, logo, uma estabilidade maior no vínculo contratual:

197. Portanto, como regra, a fixação do prazo de vigência dos contratos para a prestação de serviços de natureza contínua deve levar em consideração a obtenção de melhor preço e de condições mais vantajosas para a administração e não a vigência dos respectivos créditos orçamentários.

198. Seguindo orientação do TCU, tem sido praxe a administração pública firmar a vigência desses contratos por 12 (doze) meses e prorrogá-los sucessivamente, por iguais períodos, até o máximo de 60 (sessenta) meses.

199. Porém, o Grupo de estudos compreende que essa regra deve ser entendida de maneira que reste claro que o prazo de vigência fixado atende à sua finalidade, que é a obtenção do melhor preço e das condições mais vantajosas para a administração.

200. É pertinente concluir que, quanto maior o prazo de vigência desses contratos, maior é a segurança das empresas para ofertar seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhor qualificadas para prestar os serviços.

201. Ademais, o prazo de vigência de 60 (sessenta) meses só traz benefícios à administração, visto que os procedimentos atualmente adotados para a prorrogação serão significativamente reduzidos.

202. É fato que é necessário avaliar periodicamente se o contrato ainda permanece vantajoso e se ainda há interesse da administração em sua manutenção, como tem sido exigência nas prorrogações sucessivas.

203. Não obstante a vigência do contrato ser firmada por 60 (sessenta) meses, não existe impedimento para que seja fixado que sua manutenção será avaliada a cada doze meses, tanto sob o ponto de vista econômico quanto à qualidade dos serviços prestados. Com a adoção desse procedimento, ficam mantidas as mesmas condições atualmente adotadas para prorrogar esses contratos.

204. Desse modo, inexistindo a obrigação de realizar pesquisa de mercado para a prorrogação contratual, a única condição restante seria a verificação da necessidade e da qualidade dos serviços prestados.

205. Diante do exposto, verificadas as peculiaridades de cada serviço, os contratos de natureza continuada podem ser firmados, desde o início, com prazos superiores a 12 meses. Contudo, a cada doze meses devem ser avaliadas a necessidade e a qualidade dos serviços e se os valores estão compatíveis com os praticados pelo mercado. (grifou-se)

Partindo dessa premissa, não haveria o papel da prorrogação a cada 12 meses e seria necessário para verificar a vantajosidade da contratação apenas a apuração acerca da manutenção da demanda pela Administração, bem como no que diz respeito à qualidade dos serviços, uma vez que, em relação aos preços, estes seriam inferiores ao mercado desde a apresentação da proposta e seu reajuste se daria tão somente com base nas convenções coletivas de trabalho, que possuem, como visto, força normativa para sua adoção.

Contudo, o Ministro Arnaldo Cedraz, em seu voto, discorda do posicionamento exarado pela área técnica aduzindo que poderia ser facultado à Administração celebrar contratos com prazo de 24 ou 36 meses, como visto em outras oportunidades, mas que a celebração automática de avenças por 60 meses poderia ser temerária. O seu raciocínio se lastrearia na condição de que o contratado não possui direito subjetivo à prorrogação e, por isso, a Administração poderia se manifestar a cada 12 meses sobre a dilação da avença, principalmente

quando observado que a qualidade dos serviços não atendeu aos seus interesses. Por outro lado, se houvesse a celebração por 60 meses, a rescisão contratual antecipada possibilitaria a interpelação judicial e até mesmo a necessidade de reparação de prejuízos do contratado:

89. O que se verifica é a necessidade de equilíbrio entre dois aspectos: de um lado possibilitar à administração obter melhores preços ao firmar contratos com prazos de vigência superiores (e ainda reduzir custos administrativos para fazer eventuais prorrogações de 12 em 12 meses) e de outro possibilitar à administração avaliar periodicamente a qualidade e as condições econômicas daquela contratação e eventualmente não mais continuar a prestação dos serviços naquelas condições.

90. Com relação ao segundo aspecto, por mais que o grupo afirme que a vigência inicial de 60 meses não impede uma avaliação periódica do contrato por parte da administração, não se pode negar que é muito mais simples para a administração não prorrogar um contrato (até porque a prorrogação não se constitui direito do contratado) do que rescindir um contrato durante seu prazo de execução, medida que pode ser custosa e inclusive gerar ações judiciais.

Não obstante isso, o Acórdão n.º 1.214/2013 – Plenário TCU trouxe o dispositivo de que a realização de pesquisa de mercado estaria dispensada, uma vez que a vantajosidade econômica estaria presumida se o reajuste salarial concedido fosse aquele previsto em CCT, bem como se os reajustes de insumos e materiais fossem efetuados com base em índices oficiais:

9.1.17 a vantajosidade econômica para a prorrogação dos contratos de serviço continuada estará assegurada, dispensando a realização de pesquisa de mercado, quando:

9.1.17.1 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência da lei;

9.1.17.2 houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais;

9.1.17.3 no caso de serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação forem inferiores aos limites

estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Se os valores forem superiores aos fixados pela SLTI/MP, caberá negociação objetivando a redução dos preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato;

Destarte, muito embora o voto do relator não tenha abraçado todas as teses ventiladas pela área técnica, o acórdão trouxe esses dispositivos para que a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento os incorpore à IN/MP n.º 2/2008.

Neste ponto, insta salientar que a solução encontrada não atende proposta da área técnica, muito menos o entendimento do r. Ministro Relator. Uma vez que ficou assentado que o prazo contratual não deveria ser aquele de 60 meses, tem-se como conclusão que as empresas não terão a estabilidade do vínculo imaginado pela área técnica e, logo, não apresentarão o menor preço. Verificando-se essa hipótese, a melhor situação a resguardar a Administração seria a apuração do valor do contrato no momento de sua prorrogação por meio da pesquisa de mercado, instrumento este que foi dispensado, consoante item 9.1.17 da mencionada decisão. Ademais, essa sistemática legitima a aplicação dos índices de reajustes acima dos índices inflacionários trazidos pelas CCT's, sem qualquer contraponto da avaliação de mercado.

7 SALÁRIO PRIVADO X TERCEIRIZADO

Primeiramente, é preciso ressaltar que os dados acerca da quantidade de pessoas que ocupam postos de trabalho terceirizados é de difícil obtenção e mensuração. Para se verificar os reflexos da terceirização no mercado de trabalho, foram analisados dois trabalhos divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA: (a) Terceirização e Salários, artigo elaborado por Guilherme Stein, Eduardo Zylberstajn e Hélio Zylberstajn (2015); e (b) Impactos da Terceirização sobre a Remuneração do Trabalho no Brasil: novas evidências para o debate, do autor André Gambier Campos (2016).

Todos os dois artigos visam fomentar a discussão sobre o impacto no salário das pessoas que laboram com contrato de trabalho celebrado diretamente com o empregador e das pessoas cujos empregos são oriundos de postos terceirizados, indistintamente da natureza jurídica da entidade tomadora dos serviços. Em ambos os estudos, restou evidente a dificuldade para se apurar precisamente o número de trabalhadores em cada uma das duas situações, uma vez que a base de dados da Relação Anual de Informações Sociais - Rais não é exaustivamente detalhada, permitindo apenas um método de aproximação. Para explicitar melhor a metodologia utilizada para a elaboração dos trabalhos, faz-se necessária a transcrição exata de sua explicação pelos autores:

Artigo: Terceirização e Salários

O método é simples e pode ser dividido em três etapas. Primeiro, definimos um conjunto de ocupações que são tipicamente terceirizáveis, tais como: porteiros, vigias e afins; operadores de telemarketing; trabalhadores nos serviços de manutenção de edificações (que inclui, entre outros, faxineiros) etc. Segundo, definimos atividades econômicas que são tipicamente de empresas prestadoras de serviços de terceirização de mão de obra, como atividades de vigilância, segurança privada e transporte de valores, atividades de limpeza etc. Finalmente, cruzamos os dois conjuntos de classificações anteriores e identificamos os trabalhadores em ocupações tipicamente terceirizáveis que trabalhavam em empresas cuja atividade é a prestação de serviços de terceirização.

Artigo: Impactos da Terceirização sobre a Remuneração do Trabalho no Brasil: novas evidências para o debate

Este artigo traz diversos elementos para o debate sobre a terceirização, ao estimar o número e, também, delinear o perfil dos assalariados afetados por esse fenômeno. A pesquisa recorre a uma nova metodologia, que utiliza registros administrativos recém-disponibilizados pelo MTE, sob a forma de microdados.

Esses registros são basicamente dois: os do CNES, em sua versão de 2013, e os da Rais, também em sua versão de 2013.

Os microdados do CNES são identificados em termos de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos sindicatos, de sua categoria econômica e profissional e assim por diante. Já os microdados da Rais são identificados em termos de: i) empregadores – CNPJ e Cadastro Específico do Instituto Nacional do Seguro Social (CEI/INSS), entre outros; e ii) empregados – Programa de Integração Social (PIS), Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), entre outros.

Independentemente do método utilizado, os resultados das duas pesquisas convergem para a mesma conclusão: Há uma redução do valor dos salários dos terceirizados em relação àqueles que possuem vínculo direto com o empregador. Nas palavras dos autores do primeiro texto:

Os resultados indicam que, em uma comparação não condicional, os trabalhadores terceirizados recebem em média um salário 17% menor do que no caso em que a contratação é direta. O diferencial diminuiu quando controlado pelas características observáveis dos trabalhadores, e diminuiu mais ainda para cerca de 3% quando controlado pelo efeito fixo dos indivíduos. Ou seja, os resultados indicam que as características não observáveis exercem um papel relevante na seleção e na determinação da remuneração dos terceirizados. (grifou-se)

Por ser assaz pertinente, colaciona-se o gráfico encontrado no artigo de André Gambier (2016) que demonstra a variação salarial, considerando aquelas funções que, de acordo com a metodologia adotada, possuem elevada probabilidade de ser referente a cargos terceirizados. Nesse gráfico, é possível reparar a elevada redução do valor dos salários para algumas categorias, especialmente vigilante.

Proporção dos assalariados que, com alta probabilidade, têm vínculo terceirizado, por CBO



Fonte: Microdados da Rais-2013/MTE.
Elaboração do autor.

Todavia, reconhecendo-se a dificuldade para obtenção destas informações e consolidação dos relatórios, observa-se que em nenhum dos dois artigos fez-se o cotejo entre os salários daqueles terceirizados que prestam serviços para pessoas jurídicas de natureza privada e para aqueles que tem como tomador de serviços a Administração Pública.

Para estes últimos empregados, observa-se, após análise das Convenções Coletivas, que a variação salarial é positiva, ou seja, aqueles empregados que trabalham em benefício da Administração Pública, recebem salários superiores àqueles que trabalham para empresas privadas. Para aqueles, o efeito da terceirização foi extremamente benéfico, vez que possuem salários superiores à iniciativa privada e contam com relativa estabilidade proporcionada pelas prorrogações contratuais quase que automáticas, estimuladas pelo mencionado Acórdão 1.214/2013 - do Plenário do TCU. Aliado a isso, ainda há disposições coletivas que, em grande parte das vezes, determinam a sucessão das empresas e aproveitamento dos empregados da contratada que eventualmente não se sagrou

vencedora do certame licitatório realizado após os 60 meses de vigência contratual possível.

Para demonstração do alegado, realizou-se a verificação do valor do piso salarial para as categorias com mesma nomenclatura contido nas Convenções Coletivas de Trabalho celebradas entre:

(a) o Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporário e Serviços Terceirizáveis do DF – SEAC x Sindicato dos Empregados de Empresas de Asseio, Conservação, Trabalho Temporário, Prestação de Serviços e Serviços Terceirizáveis do DF - SINDISERVIÇOS/DF;

(b) Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporário e Serviços Terceirizáveis do DF – SEAC x Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes Terrestres de Passageiros Urbanos Interestaduais Especiais Escolares Turismo e de Transporte de Carga do Distrito Federal – SITTRATER/DF;

(c) Sindicato das Empresas de Asseio, Conservação, Trabalhos Temporário e Serviços Terceirizáveis do DF – SEAC x Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações do Distrito Federal - SINTTEL;

(d) Sindicato dos Empregados no Comércio Atacadista do Distrito Federal - SINDICOM-DF x Sindicato do Comercio Atacadista do Distrito Federal - SINDIATACADISTA; e

(e) Sindicato dos Empregados no Comércio do DF – SINDICOM-DF x Sindicato do Comercio Varejista do Distrito Federal – SINDIVAREJISTA-DF.

O quadro elaborado evidencia que os salários obtidos pelas categorias listadas e contratados diretamente com a pessoa jurídica privada são inferiores àqueles contratados para a terceirização de atividades da Administração Pública.

Tabela 1 – Comparativo entre os salários para o piso da categoria nas CCT's

CATEGORIAS	Convenção Coletiva de Trabalho					Variação
	SEAC x SINDISERVIÇOS	SEAC x SITRATER	SEAC x SINTEL	SINDIVAREJISTA x SINDICOM	SINDIATACADISTA x SINDICOM	
Office Boy	R\$ 1.052,20			R\$ 1.040,00		1,1731%
Copeira	R\$ 1.052,20			R\$ 1.040,00	R\$ 1.013,00	2,5037%
Atendente	R\$ 1.087,48			R\$ 1.040,00		4,5654%
Telemarketing/Telefonista			R\$ 1.112,00	R\$ 1.040,00		6,9231%
Recepcionista	R\$ 1.553,46			R\$ 1.040,00		49,3712%
Motorista		R\$ 1.806,30		R\$ 1.104,00	R\$ 1.070,45	63,6141%
Serviço de Limpeza	R\$ 2.104,40			R\$ 958,00	R\$ 1.013,00	113,5363%

Fonte: Informações obtidas nas CCT's indicadas e registradas no site do TEM no ano de 2016

Elaboração do autor

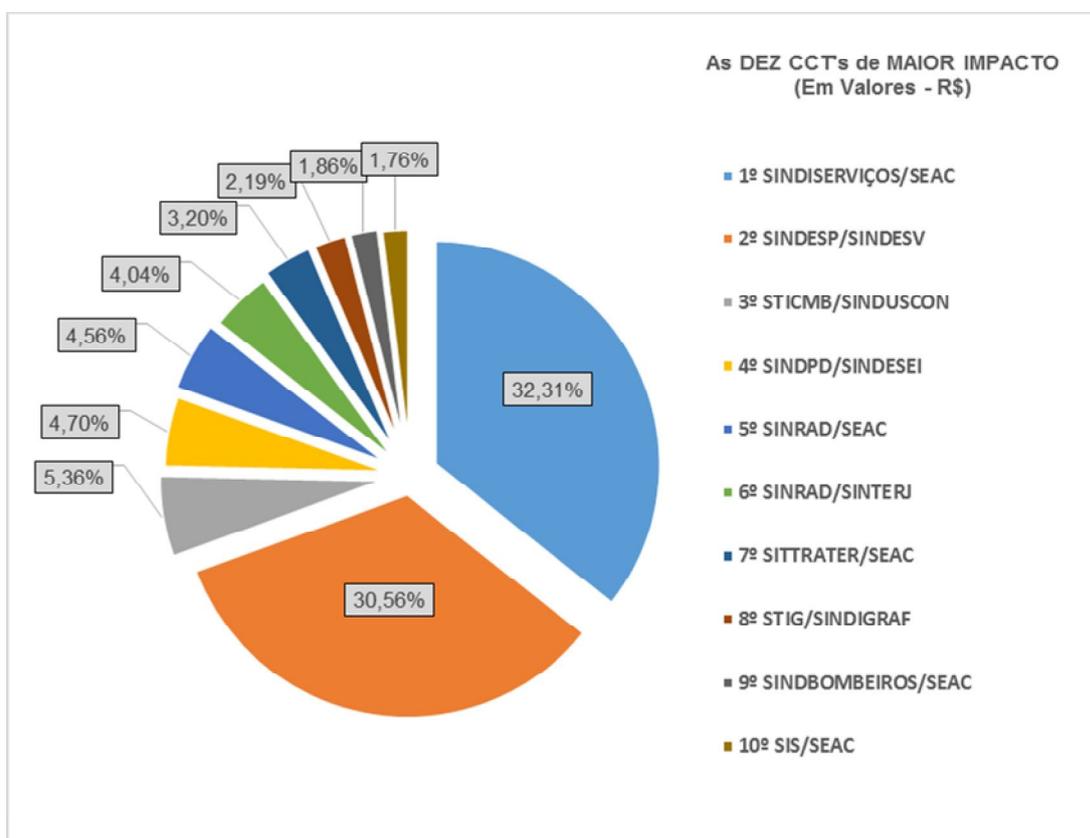
Destarte, conclui-se que, contrariando as conclusões dos judiciosos estudos apresentados pelo IPEA, no caso dos empregados destinados à atividade terceirizada da Administração Pública, não há uma redução salarial, mas, sim, um ganho remuneratório que tende a ser majorado com o passar do tempo.

7.1 Índices de reajustes das principais CCT's x IPCA

Em estudo destinado a avaliar o impacto das terceirizações na Administração Pública, cujos órgãos estão sediados no Distrito Federal¹², a Secretaria de Contratações do Senado Federal - SADCON produziu um relatório que listou as CCT's que representam o maior impacto nos orçamentos dos órgãos consultados e apresentou uma tabela descritiva que demonstra a relevância da terceirização em suas atividades. A integralidade do relatório elaborado pela SADCON encontra-se no Anexo 1 do presente trabalho. Para melhor visualização, colaciona-se o gráfico elaborado com as 10 CCT's mais relevantes para os órgãos da Administração Pública indicados.

¹² Os órgãos consultados que forneceram as informações para elaboração do trabalho foram: Senado Federal, Seplag, Sebrae, Tribunal de Contas do DF – TCDF, Tribunal de Justiça do DF e Territórios – TJDF, Ministério Público do Trabalho – MPT, Ministério do Planejamento – MPOG, Câmara dos Deputados, Procuradoria da República – PGR, Superior Tribunal Militar – STM, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - TRT 10, Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Tribunal de Contas da União – TCU.

Gráfico 1 – As 10 CCT's de maior impacto no orçamento dos órgãos públicos no DF



Fonte: Gráfico descritivo elaborado pela Secretaria de Contratações do Senado Federal.

Com base nos dados apresentados, fez-se um levantamento dos índices de reajuste concedidos desde o ano de 2012 até 2016, contidos nas cinco primeiras Convenções Coletivas de Trabalho descritas anteriormente, aplicáveis aos pisos salariais em favor das categorias abrangidas pelos Sindicatos. Considerando as informações obtidas, a tabela n.º 02 detalha os percentuais concedidos em cada convenção.

Tabela 2 – Índices de reajuste concedidos nas CCT's (2012 a 2016).

Convenção	Índice de Reajuste Concedido ao Piso da Categoria				
	2012	2013	2014	2015	2016
1º SINDISERVIÇOS/SEAC	15,50%	20,38%	12,00%	9,00%	10,50%
2º SINDESP/SINDESV	9,57%	6,72%	6,94%	7,49%	11,49%
3º STICMB/SINDUSCON	7,70%	8,40%	6,00%	6,00%	4,91%
4º SINDPD/SINDESEI	6,00%	8,50%	7,00%	10,67%	9,28%
5º SINRAD/SEAC	6,07%	6,20%	6,25%	7,00%	10,50%

Fonte: Convenções Coletivas de Trabalho registradas no MET e disponíveis em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>
Elaborado pelo Autor

Noutro giro, com o intuito de apurar o ganho real das categorias, repisa-se, que prestam serviços à Administração Pública por meio de contratos de terceirização de mão-de-obra, a tabela n.º 03 traz o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA¹³ apurado pelo IBGE, para o mesmo período entre 2012 a 2016.

Percebe-se, de plano, exceto para o ano de 2015, que a maioria dos reajustes concedidos superou o índice obtido pelo IPCA no acumulado anual.

Tabela 3 – Índices Nacional de Preços ao Consumidor – IPCA (2012 a 2016).

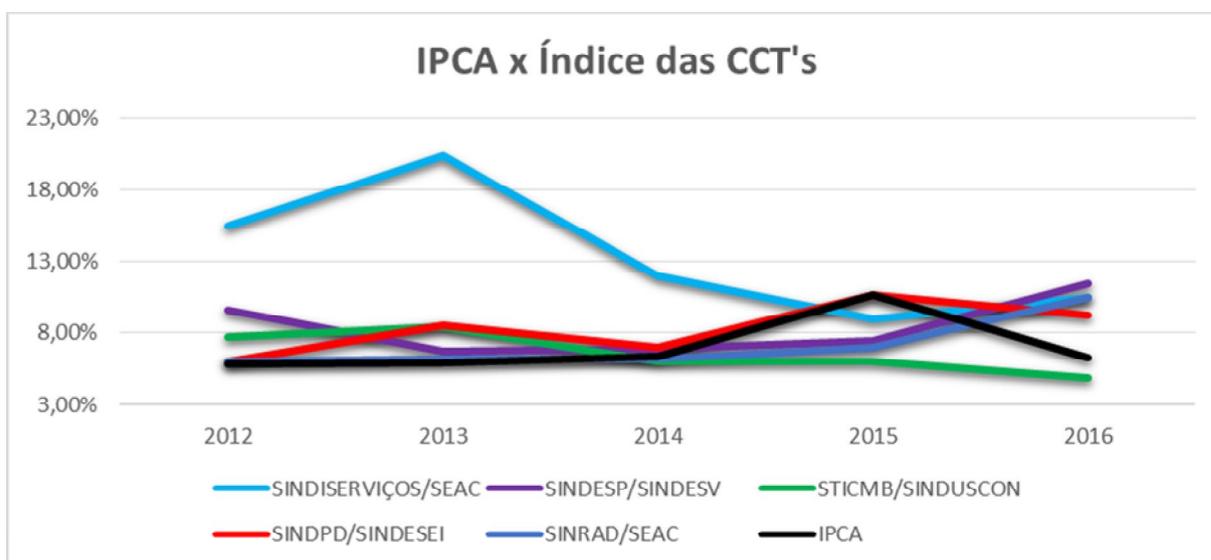
	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Acumulado Anual
2016	1,27	0,9	0,43	0,61	0,78	0,35	0,52	0,44	0,08	0,26	0,18	0,3	6,28%
2015	1,24	1,22	1,32	0,71	0,74	0,79	0,62	0,22	0,54	0,82	1,01	0,96	10,67%
2014	0,55	0,69	0,92	0,67	0,46	0,4	0,01	0,25	0,57	0,42	0,51	0,78	6,40%
2013	0,86	0,6	0,47	0,55	0,37	0,26	0,03	0,24	0,35	0,57	0,54	0,92	5,91%
2012	0,56	0,45	0,21	0,64	0,36	0,08	0,43	0,41	0,57	0,59	0,6	0,79	5,84%

Fonte:
IBGE

Para melhor visualização, elaborou-se gráfico que demonstra a evolução do IPCA *versus* os índices de reajustes aplicados aos pisos das categorias pela CCT's, o qual demonstra a majoração remuneratória acima da inflação.

¹³ O Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor - SNIPC efetua a produção contínua e sistemática de índices de preços ao consumidor, tendo como unidade de coleta estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, concessionária de serviços públicos e domicílios (para levantamento de aluguel e condomínio). O período de coleta do INPC e do IPCA estende-se, em geral, do dia 01 a 30 do mês de referência. A população-objetivo do INPC abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 5 (cinco) salários-mínimos, cuja pessoa de referência é assalariado em sua ocupação principal e residente nas áreas urbanas das regiões; a do IPCA abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 40 (quarenta) salários-mínimos, qualquer que seja a fonte de rendimentos, e residentes nas áreas urbanas das regiões.

Gráfico 2 – Comparativo entre o IPCA e os índices de reajuste das CCT's.



7.2 Discussão acerca da adoção das CCT's como gatilho da repactuação

A questão que se apresenta é que as Convenções Coletivas são os instrumentos adotados para embasar os pedidos de repactuação, pois efetivamente são adotados pelas empresas prestadoras de serviços de terceirização de mão-de-obra residente. Contudo, há nuances que devem ser observadas em toda cadeia de fatos/atos que, ao cabo, se concretizam no deferimento da repactuação e reestabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há, portanto, que se observar, primeiramente, que a Administração Pública, como tomadora dos serviços prestados, não participa das negociações das Convenções Coletivas de Trabalho. Estes instrumentos são entabulados pelos Sindicatos dos empregados e do Sindicatos das empresas prestadoras. Destarte, em razão dos institutos constitucionais e instrumentos legais já apresentados anteriormente é garantida a manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e, ao final, o impacto financeiro dos índices de reajuste concedidos pelas CCT's será todo suportado pela tomadora dos serviços, a Administração Pública.

Insta salientar ainda que, numa contratação de prestação de terceirização de mão-de-obra, a remuneração das empresas prestadoras de serviços é calculada com base em percentual de todos os custos ocorridos para as atividades. Ou seja, majoritariamente, no contrato, ficam estabelecidos os custos referentes às verbas remuneratórias dos empregados, acrescidos de diminuto valor de insumos, como uniformes, materiais de consumo etc. Sobre este valor, fixa-se um percentual a ser cobrado a título de lucro da empresa, o qual, por óbvio, é um valor atrelado aos custos dos contratos. Destarte, quanto maior o custo, maior o lucro. Sendo o reajuste concedido superior a inflação, assim será o valor do lucro obtido pela prestadora de serviços.

Diante desse cenário, poder-se-ia aventar que não há interesses contrapostos nas Convenções Coletivas de Trabalho dos Sindicatos envolvidos na prestação de serviços de terceirização, uma vez que os ônus pela majoração dos encargos será totalmente suportado pela Administração Pública e a empresa prestadora de serviços ainda verá seu lucro, que estará legitimamente previsto em planilha descritiva de custos como sendo diretamente proporcional aos custos com a mão-de-obra, ser reajustado, por via reflexa, em montantes acima dos índices de inflação.

Aliada a toda esta questão, reside ainda a sistemática trilhada pelo Tribunal de Contas da União, por meio de seu Acórdão n.º 1.214/2013 – Plenário, para a prorrogação contratual destes instrumentos de prestação de serviços de cessão mão-de-obra. Ao adotar-se as balizas indicadas por aquela Corte, tendo a licitante vencedora celebrado este contrato em comento, poder-se-ia concluir que a duração deste instrumento será invariavelmente de 60 meses, salvo a ocorrência de hipóteses ensejadoras de rescisão contratual.

Explica-se. Uma vez celebrado o contrato e após transcorridos os 12 meses iniciais da avença, de acordo com a mencionada decisão colegiada, a vantajosidade para manutenção do contrato **estará presumida**, pois adotar-se-á os índices previstos pela CCT's, com todas as nuances já indicadas, obrigatoriamente impostas à contratante e, por conseguinte, será dispensada a realização da respectiva pesquisa de preços. Este procedimento, portanto, referenda a perpetuação por até

72 meses de incidentes que, embora legalmente previstos, estão evitados e que podem causar danos ao erário.

8 EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 95

No dia 31 de janeiro de 2017, o Banco Central do Brasil divulgou nota para imprensa acerca dos resultados fiscais de 2016. Como era esperado pelo mercado, o *déficit* primário das contas públicas alcançou um recorde histórico negativo com uma somatória de 155,8 bilhões de reais, representando o percentual de 2,47% do Produto Interno Bruto brasileiro. Ainda, conforme a nota, o resultado nominal do setor público consolidado, que inclui o resultado primário e os juros nominais apropriados, foi deficitário em R\$ 105,2 bilhões em dezembro e, no ano, resultou num déficit nominal de R\$ 562,8 bilhões (8,93% do PIB).

Diante deste cenário de pessimismo fiscal brasileiro, o Congresso Nacional promulgou, no dia 15 de dezembro de 2016, a Emenda Constitucional n.º 95 – EC n.º 95, que institui o chamado Novo Regime Fiscal para a Administração Pública, limitando os seus gastos por até 20 (vinte) exercícios financeiros. Basicamente, os valores orçamentários utilizados para pagamento das despesas primárias de um exercício financeiro serão equivalentes ao do exercício anterior acrescido de reajuste de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

Ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram acrescentados os artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114. A principal disposição que estabelece o teto dos gastos públicos é trazida pelo novel artigo 107 do ADCT:

Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I - do Poder Executivo;

II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e

V - da Defensoria Pública da União.

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

§ 2º Os limites estabelecidos na forma do inciso IV do caput do art. 51, do inciso XIII do caput do art. 52, do § 1º do art. 99, do § 3º do art. 127 e do § 3º do art. 134 da Constituição Federal não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo.

Para melhor compreensão, pode-se dizer que as despesas primárias são o conjunto de gastos que possibilita a oferta de serviços públicos à sociedade, deduzidas às despesas financeiras, ou seja, excluem os juros e amortização da dívida. São o total das despesas correntes e de capital, exceto juros e amortizações, concessão e de empréstimos, aquisição de títulos representativos de capital já integralizado e pagamento de comissões relacionadas à venda de empresas privatizadas (FULGENCIO, 2007, p.208).

Diante deste regramento constitucional, estabelece-se um novo paradigma para a elaboração dos orçamentos anuais da Administração Pública, com o fito de limitar os desperdícios e descontroles na execução das despesas, impondo a obrigação de otimização dos recursos públicos e promovendo o necessário ajuste nas contas públicas.

É certo, contudo, que diante da política de austeridade fiscal, por que não falar em sua constitucionalização, rompe-se com a correlação entre os gastos públicos e a arrecadação/receita, consoante entendimento asseverado pela lei de responsabilidade fiscal que permeia o ordenamento jurídico brasileiro. O orçamento brasileiro deixa de ser elaborado de acordo com a expectativa de receita, que poderia ou não ser frustrada durante o exercício financeiro. A partir desta nova

sistemática constitucional, independentemente da previsão de arrecadação, as despesas/investimentos da União só poderão ser fixadas com base no orçamento anterior, recomposto pela inflação apurada no período.

Há que se destacar, ainda, que a ideia de se limitar os gastos públicos não é nova. A própria Constituição Federal traz dispositivos que fixam verdadeiros tetos a serem respeitados. O artigo 169, com redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, estabelece que a despesa com pessoal ativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites impostos por Lei Complementar. De igual modo, o art. 29-A impõe limites ao Poder Legislativo Municipal, bem como o inciso XI do art. 235, que versa sobre os limites de despesas orçamentárias com pessoal para a criação de Estados.

Poder-se-ia perquirir, então, as razões de se restringir tão somente o avanço das despesas primárias, devendo tal corte ser imposto também às despesas financeiras com juros e amortizações. De toda a sorte, com a promulgação da citada Emenda Constitucional discute-se inúmeros cenários para o futuro da economia brasileira e sua repercussão no orçamento da União, especialmente a aplicação de recursos na saúde e educação. Invertendo-se o atual cenário de crise fiscal na qual o Brasil se encontra, seria necessário um congelamento tão drástico e por um lapso temporal tão dilatado? Essa indagação, embora sedutora, merece aprofundamento adequado, com compilações de direito comparado e outras metodologias que transbordam os limites impostos para o presente trabalho.

8.1 Efeitos e aplicação da EC n.º 95/2016

Como efeito prático das medidas trazidas pelo Novo Regime Fiscal, a Administração Pública não irá dispor de meios para conceder repactuações com índices superiores àqueles obtidos no IPCA, sob pena de ser obrigada a corroer outras rubricas de seu orçamento para fazer frente a essas despesas. Repisa-se, considerando que o somatório de todas as despesas primárias estará restringido pelas despesas pagas no exercício anterior acrescidas do IPCA, seria possível comportar a concessão de uma repactuação com valor superior ao IPCA sem impactar as outras despesas primárias previstas? A resposta imediata leva a uma

conclusão de haver uma incompatibilidade entre as balizas orçamentárias trazidas pela EC n.º 95/2016 e o teor das negociações coletivas que extrapolarem na fixação de reajustes acima dos índices inflacionários.

Para sanear o aparente conflito entre os princípios constitucionais apontados, impõe-se a aplicação da máxima da proporcionalidade que envolve a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Como apontado por Robert Alexy (2003, p.135) os princípios da adequação e necessidade guardam relação à possibilidade fática ou o que seja factualmente possível na aplicação dos princípios. No dizer do autor, a adequação exclui a adoção de medidas que impeçam a efetivação de um princípio sem, por outro lado, promover o outro princípio para o qual eles foram adotados. Destarte, a medida adotada deve permitir que um princípio possa ser fomentado para que o meio empregado seja considerado apto.

Quanto à máxima da necessidade a ser apreciada antes mesmo da verificação da proporcionalidade, um ato estatal que limita direito fundamental só é necessário se a realização do objetivo visado não possa ser promovida, com a mesma intensidade, mediante outro ato que limite este direito, em menor medida (SILVA, 2002, p.38).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito

é traduzida quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. [...] Essa regra expressa a tese de que a otimização relativa de princípios concorrentes consiste em nada mais do que no balanceamento desses princípios. E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graduações e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas como também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, essencialmente por princípios opostos¹⁴. (ALEXY, 1997, p. 162, tradução livre)

¹⁴ Tradução livre: En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su

Partindo destes paradigmas, resta plausível a necessidade de modular a aplicação da garantia constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato frente à adoção das medidas pautadas pelo princípio da austeridade fiscal. Esse sacrifício é justificável uma vez que os recursos públicos são finitos e a perpetuidade de concessão de benefícios acima da recomposição inflacionária poder acarretar o desequilíbrio fiscal.

Todavia, como bem ressaltado anteriormente por Robert Alexy, o sacrifício da garantia constitucional ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não deverá ser absoluto, há que se permitir o fomento desta garantia até mesmo como forma de balizar o princípio preponderante.

Assim, propõe-se que os pedidos de repactuação sejam conhecidos e os encargos majorados promovam a correção dos valores contratuais, até o limite de sua variação acumulado com o IPCA. Com esta medida, garantir-se-ia, pelo menos em parte, o direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato dentro do meio possível e pautado pela Emenda Constitucional.

Outrossim, a consequência mais próxima seria uma participação mais ativa das empresas representadas junto aos seus sindicatos patronais, como forma de fiscalizar e não permitir a celebração de pactos que concedam um reajuste ou benefícios cujos custos superem a recomposição inflacionária.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que a terceirização, não obstante haver profunda discussão acerca dos benefícios e reflexos de sua adoção, ainda está enraizada como política de estruturação do Estado, visando-se a especialização de suas ações destinadas às atividades fins, as quais são as reais prestações de serviços públicos almejadas pela coletividade.

Assim, as regras que devem disciplinar toda a execução contratual de prestação de serviços com mão-de-obra residente necessitam estar adequadamente previstas no edital licitatório, de maneira a informar todos os interessados em participar do certame acerca do exato comportamento esperado da Administração e consecução do princípio da boa-fé contratual. Neste momento é que as medidas a serem adotadas para evitar o abuso resultante das negociações coletivas, retratadas pelas informações obtidas pelas Convenções Coletivas de Trabalho e expostas durante todo o presente trabalho, é que precisam ser aprimoradas de forma a possibilitar a compatibilidade de um reequilíbrio econômico-financeiro e a obtenção de uma austeridade fiscal pública.

Da lei trabalhista se extrai que uma convenção coletiva de trabalho não poderia ser um instrumento hábil a criar obrigações à Administração Pública ou a terceiros, devendo fazê-lo apenas para as partes a ela vinculadas, empresas e empregados representados pelos sindicatos convenentes, no âmbito das respectivas bases territoriais.

Posto isso, não poderia a CCT fixar encargos, por vias transversas e desproporcionais, à Administração Pública, tomadora da prestação de serviços, ao estabelecer reajustes acima dos índices inflacionários, transferindo tais ônus diretamente à Administração Pública, que não tomou parte das negociações coletivas de trabalho.

Nesse contexto, restou evidenciado nos casos das negociações coletivas havidas entre os sindicatos que representam as categorias de profissionais que atuam em postos de trabalho terceirizado em favor da Administração e os sindicatos

patronais, que não houve interesses contrapostos a serem mediados e/ou amparados, uma vez que, independentemente do percentual e dos benefícios concretizados no bojo das CCT's, os custos a serem repassados serão invariavelmente transmitidos e suportados pelo erário.

Destarte, tendo em vista os vícios apontados nas cláusulas econômicas, forçoso concluir o desvirtuamento da CCT, considerando-se o intuito deliberado de o prestador de serviços não arcar com a majoração dos preços contratuais. Por conseguinte, diante do confronto da garantia constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que artificialmente foi inflado em benefício dos representados pelos sindicatos ante o novel princípio constitucional da austeridade fiscal que pauta pela otimização e adequação da despesa pública, conclui-se que será indevida a total procedência dos pedidos de repactuação que contiverem valores contratuais que se traduzam em ganhos superiores aos índices do IPCA discriminado pela Emenda Constitucional n.º 95/16.

Noutro giro, considerando que o sindicato patronal é instituição autônoma em relação às empresas que representa, admitindo-se, em tese, haver divergência entre as propostas por ele defendidas, de um lado, e pelas empresas que compõem a respectiva categoria econômica, parece nos razoável que a participação nas atividades sindicais será imperativa, sob pena de se impor prejuízo patrimonial às contratadas por todo abuso que porventura seja praticado por seus representantes.

Não é forçoso relembrar a esse respeito, que o art. 623 da Consolidação das Leis do Trabalho é claro ao fulminar a validade das CCT's celebradas na contramão das políticas salariais vigentes ou que, direta ou indiretamente, violem normas de ordem pública:

Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acôrdo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.

Assim, estatuído pela Emenda Constitucional n.º 95/16 que a Administração não poderá realizar gastos superiores às suas despesas havidas nos exercícios anteriores e corrigidas pelo IPCA, a admissibilidade de CCT's com índices superiores à inflação seria prejudicada, pois flagrante o seu descompasso com a política fiscal e, portanto, com a política salarial vigente. Porém, nada impede que a Administração atrele o direito de repactuação a um ônus certo e determinado, mediante vínculo contratual, condicionando o reajuste em sentido lato ao estabelecimento de teto possível a ser concedido, condizente com a nova moldura constitucional fixada.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica**. DOXA, n.º 5, Madrid, 1988. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/sistema-juridico-principios-juridicos-y-razn-prctica-0/>>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

_____. **Constitutional rights, balancing, and rationality**. *Ratio Juris*. Oxford, v. 16, n. 2, p.131-140, 2003.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. 208p.

AROUCA, José Carlos. **Repensando o sindicato**. São Paulo: LTr, 1998. p.265

BRASIL. Banco Central do Brasil. Política Fiscal. Nota para imprensa, em 31 de janeiro de 2017. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/htms/notecon3-p.asp>>. Acessado em 03/02/2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm> Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto n.º 19.770, de 19 de março de 1931. Institue a convenção coletiva de trabalho. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21761-23-agosto-1932-526768-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto n.º 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto n.º 21.761, de 23 de agosto de 1932. Regula a sindicalização das classes patronaes e operarias e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº. 1.034, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre medidas de segurança para Instituições Bancárias, Caixas Econômicas e Cooperativas de Créditos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1034.htm> Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del0200.htm>>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº. 62.756, de 22 de maio de 1968. Dispõe sobre a coordenação e fiscalização das Agências de Colocação, submetendo-as ao controle do Departamento Nacional de Mão-de-Obra, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=176387&norma=193756>> Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Enunciado 256 Súmula TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Enunciado 331 Súmula TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultinpc.shtm>, Acessado no dia 19/01/2017.

BRASIL. Instrução Normativa n.º 02, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-1>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm>. Acesso em 03 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Medida Provisória n.º 761, de 22 de dezembro de 2016. Altera o Programa de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015, para denominá-lo Programa Seguro-Emprego e para prorrogar seu prazo de vigência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv761.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2016.

BRASIL. Orientação Normativa n.º 39, de 13 de dezembro de 2011. Advocacia Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/418810>. Acessado em: 15 de janeiro de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 411.101/PR. Publicação em 08 de setembro de 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=417220&num_registro=200200147329&data=20030908&formato=PDF> Acesso em 03 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 958.252. Decisão Monocrática. Ministro Luiz Fux. Publicação DJE n.º 236, em 04 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310665371&tipoApp=.pdf>>. Acessado em 20 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão n.o 1.214, de 22 de maio de 2013. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323638323238&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em 22 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão n.o 2.132, de 25 de agosto de 2010. Disponível em Acórdão TCU 2132/2010. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário. Acórdão n.o 474, de 27 de abril de 2005. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d3231383231&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em 03/02/2017

CAMPOS, André Gambier. **Impactos da Terceirização sobre a Remuneração do Trabalho no Brasil: novas evidências para o debate**. Textos para discussão, 2245, IPEA, Rio de Janeiro, outubro de 2016.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 74.

CARNELLUTTI, Francesco. **Teoria Geral del Derecho**, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941,p.223. in Zaneti, Paulo Rogério, **Flexibilização das regras do ônus da prova**, São Paulo: Malheiros, Edição 2011,p.73.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Atlas Editora, 2015.

CASTRO, Md. **A terceirização : relações de trabalho e a dicotomia atividade-meio e atividade-fim**. Direito do trabalho : elementos práticos e científicos p.129-139, 2015

CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**, São Paulo: LTr, 1994.

CRUZ, Luiz Guilherme R. . **A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite**. Revista do CAAP , v. 1, p. 319-343, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DRUCK,Maria das Graças. **Terceirização (des)Fordizando a fábrica**. São Paulo: Boitempo, 1999. p.102 a 105 apud **Terceirização de erviços: Antecedentes Históricos**. Sergio Miranda Carneiro. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8729, acessado em 02/01/2017.

FULGENCIO, Paulo Cesar. **Glossário Vade Mecum**. Rio de Janeiro: Mauad X Ed., 2007.

GASPARINI, Diógenes; **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.666/1993**. 16 ed. São Paulo: RT, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 13.ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p.10.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 260.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Evolução do direito das convenções coletivas no Brasil**, Revista LTr, ano 37, 1973.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.728.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais*, v. 798, São Paulo, p. 23-50.

STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN Hélio. **Terceirização e Salários**. Mercado de Trabalho, n.º 59, IPEA, outubro de 2015.

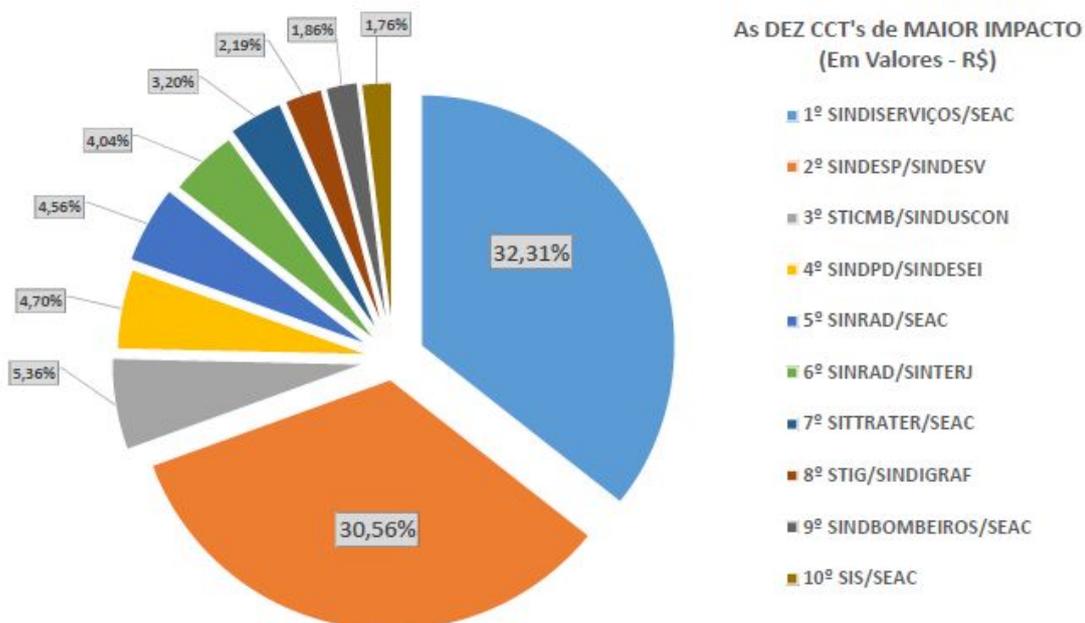
TÁCITO, Caio. **O equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, n.º. 187, São Paulo, jan/mar 1992.



SENADO FEDERAL

Secretaria de Administração de Contratações - SADCON

ANÁLISE PRELIMINAR DE CARGOS E SALÁRIOS





SENADO FEDERAL

Secretaria de Administração de Contratações - SADCON

CONVENÇÕES COLETIVAS DE MAIOR IMPACTO (%)
(Postos de Trabalho)

#	CITY	SENADO FEDERAL	SEPLAS	SEMAE	TOPT	ETM	TET 13	CÂMARA DOS DEPUTADOS	STJ	Total de Postos	Porcentagem de redução a partir de contratação
14	SINDSERVIDOS/SEAC	1012	3448	77	852	341	175	1467	673	6027	51,72%
24	SINDSEP/SINDSEP	264	1770	88	248	38	88	234	202	2774	21,87%
36	SINDMA/SINDCOND	240						487	65	792	5,83%
44	SINDFO/SINDSEI	138					87	609	54	802	4,36%
54	SEBRAE/SINTEB	84						699		405	3,51%
64	STTUTATS/SEAC	74			117		34	112		437	3,34%
74	SEBRAE/SEAC	278								278	2,16%
84	STJO/SINDSIMP	137			19			106		262	1,97%
94	SINDSERVIDOS/SINTEB/SEAC				244					244	1,83%
104	SEBRAE/SINTEB/SINDSERVIDOS/SINDCOND/SEAC			11	140				11	173	1,30%
114	DIREITO SALARIO MINIMO	200								200	1,59%
124	SECO/SEACDP					11			171	138	1,45%
134	SENA/SEAC								149	149	1,18%
144	SINTEC/SEBRAE	109				1				112	0,88%
154	SINDNORMIND/SEAC	61		11				81	1	154	0,86%
164	SINTE/SINDMIST	31					4	44		74	0,56%
174	Sindec/Conf. Tecnologia e Serviços Ltda	66								66	0,51%
184	SINTE/SEAC	81					4		4	84	0,34%
194	SINTEVOTO/SINDSEP						44			44	0,27%
204	STIMABE / SINDUTMO							82		82	0,25%
214	S. FURLETTIMEDI / S. AMERICAS PROP.							11		11	0,20%
224	SINTECO/SEAC						38			38	0,18%
234	STIMABE/SINPA								11	11	0,17%
244	ST/SINTEB						1	17		18	0,15%
254	SINDFLU/SINTEB								14	14	0,14%
264	SEFAC-DF e SINDCOMISSAO/DF		14							14	0,11%
274	SEF e SEB					14				14	0,11%
284	SINDACTO / SINDOMAS			14						14	0,11%
294	SINDCOB/SINDVAREZITA	11						1		12	0,10%
304	STIMABE e SINEB			4	4		4			12	0,10%
314	SINDSPORT/SINDVOMF					11				11	0,10%
324	SINDNORMIND/SEFAC						11			11	0,10%
334	Fund. Trabalho de Terceiros e Interligação de Serviços e Atividades	4								4	0,07%
344	SINDSALDO/SINDOMAS					4				4	0,06%
354	SINDALDO/SECOB								4	4	0,06%
364	SINDSERVIDOS/SEBRAE						4			4	0,03%
374	SEBRAE-DF e SEAC-DF									4	0,03%
384	SINTE/SINTEB					4				4	0,03%
394	SESEP								4	4	0,03%
404	SECOB-DF / SECOB-DF					1				1	0,02%
414	SINDOMAS/SESEP					1				1	0,02%
424	SINTEB/SEFAC-DF					1				1	0,02%
	Total de Postos / Cópia Pilões	6272	8482	344	1774	382	244	2432	1494	13817	



SENADO FEDERAL

Secretaria de Administração de Contratações - SADCON

ANÁLISE PRELIMINAR DE CARGOS E SALÁRIOS

