



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA – EAB
MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CUSTOS E INSEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS AO INSTITUTO DA
TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DAS EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**

Glauco Braga Dias

BRASÍLIA - DF

2018

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE BRASÍLIA – EAB
MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**CUSTOS E INSEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS AO INSTITUTO DA
TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DAS EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**

Glauco Braga Dias

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Administração Pública.

Orientador: Prof. Doutor Luiz Ricardo Cavalcante

BRASÍLIA - DF

2018

**CUSTOS E INSEGURANÇA JURÍDICA RELACIONADOS AO INSTITUTO DA
TERCEIRIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA PERCEPÇÃO DAS EMPRESAS
PRESTADORAS DE SERVIÇOS À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso – Mestrado em Administração Pública do Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP) – 1º Semestre de 2017.

Aluno: Glauco Braga Dias

Banca Examinadora:

Prof. Orientador Dr. Luiz Ricardo Cavalcante

Prof. Dr. Fernando Boarato Meneguim

Profa. Dra. Mariana Devezas Rodrigues Murias de Menezes

Brasília, 09 de novembro de 2018.

A todos os que acreditam no aprendizado contínuo e persistem nessa missão, no forte propósito de que nações melhores são feitas com boa educação.

A minha esposa, por incentivar a realização do mestrado e compreender as ausências decorrentes de tal decisão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por se fazer sempre presente na minha vida. Aos professores; em especial, ao meu orientador prof. Dr. Luiz, pelos ensinamentos e acompanhamento contínuos e pela disposição em direcionar ao caminho correto. Ao IDP por ter me acolhido nos estudos de Administração Pública, composto por professores tão notórios e engrandecedores. Aos meus familiares. Enfim, a todos aqueles que participaram comigo da elaboração desta dissertação.

RESUMO

Carente de uma regulamentação específica até 2017, a terceirização foi objeto da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que disciplinaram esse instituto no país. Entretanto, ainda não se sabe em que medida as alterações legislativas impactarão os custos e a insegurança jurídica relacionados à terceirização no país. O objetivo deste trabalho é analisar esses dois aspectos relacionados à terceirização no Brasil buscando, em particular, discutir os impactos da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 nessas variáveis. A hipótese é que as inovações legislativas produzidas em 2017 podem contribuir para diminuir tanto a insegurança jurídica quanto o custo da prestação de serviços terceirizados no país. A análise fundamentou-se em revisão bibliográfica sobre a doutrina e a jurisprudência relativas ao instituto da terceirização atinente às cadeiras de Administração de Empresas e de Direito do Trabalho e a questões intrínsecas ao Direito Administrativo, já que se trata de contratos mantidos por Empresa Pública. A análise empírica foi realizada com base *i)* nas planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico mantidos pela Caixa Econômica Federal (CEF) entre 2013 e 2018 com empresas terceirizadas, dos quais nove foram assinados após as inovações legislativas mencionadas; e *ii)* em entrevistas semiestruturadas com dez gestores das empresas contratadas pela CEF, por meio das quais se buscou capturar sua percepção sobre os impactos do novo marco legal nos custos e na insegurança jurídica relacionados ao instituto da terceirização no Brasil. Embora as entrevistas tenham se limitado a gestores de empresas contratadas pela CEF, os resultados obtidos neste trabalho podem ser facilmente extrapolados, uma vez que os prestadores de serviços atuam também em diversos outros órgãos das esferas Federal, Estadual e Municipal. Verificou-se que tanto as reduções de custo e insegurança jurídica ainda não foram observadas nos contratos analisados. No entanto, os gestores entrevistados foram unânimes em considerar que o cenário prospectivo é favorável à redução dos valores envolvidos e ao aumento da eficiência na prestação dos serviços terceirizados. Assim, concluiu-se que os reflexos das inovações legislativas devem ser verificados de maneira diferida (possivelmente a partir de 2019), principalmente em decorrência do período para a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais pelas Cortes Superiores.

Palavras-chave: terceirização; custo do trabalho; insegurança jurídica; reforma trabalhista.

ABSTRACT

Lacking a specific regulation until 2017, outsourcing was subject to Law 13.429/2017 and Law 13.467/2017 (Labor Reform), which disciplined this institute in Brazil. However, it is not yet known to what extent the legislative changes will impact the costs and legal uncertainty related to outsourcing in the country. The purpose of this work is to analyze these two aspects related to outsourcing in Brazil, seeking, in particular, to discuss the impacts of Law 13.429/2017 and Law 13.467/2017 on these variables. The hypothesis is that legislative innovations produced in 2017 can contribute to reducing both the legal uncertainty and the cost of providing third-party services in the country. The analysis was based on a bibliographical review on the doctrine and jurisprudence related to the outsourcing institute, related to Business Administration and Labor Law, and issues related to Administrative Law, since these are contracts held by a Public Company. The empirical analysis was based on (i) the cost composition sheets of 121 contracts for the provision of reception, catering and telephone services maintained by Caixa Econômica Federal (CEF) between 2013 and 2018 with outsourced companies, of which nine were signed after the aforementioned legislative innovations; and (ii) in semi-structured interviews with ten managers of companies contracted by CEF, through which it was sought to capture their perception of the impacts of the new legal framework on costs and legal uncertainty related to the outsourcing institute in Brazil. Although the selection of managers refers to CEF service providers, the results can be easily extrapolated, since they also provide services to other Federal, State and Municipal bodies. It was verified that both the cost reductions and the legal uncertainty were not yet observed in the analyzed contracts. However, the interviewed managers were unanimous in considering that the prospective scenario favors the reduction of the amounts involved and the increase of efficiency in the rendering of outsourced services. Thus, it was concluded that the reflexes of legislative innovations should be verified in a deferred way (possibly after February 2019), mainly due to the period for the consolidation of jurisprudential understandings by the High Courts.

Keywords: *outsourcing; labor cost; legal uncertainty; labor reform.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	TERCEIRIZAÇÃO, REFORMA TRABALHISTA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	18
2.1	Análise Econômica do Direito	18
2.2	Definição de Terceirização	24
2.3	Atividade-meio X Atividade-fim	26
2.4	Reformas trabalhistas: experiências internacionais	31
2.5	Vantagens e Desvantagens na Terceirização	36
2.6	Cenário anterior à Reforma	41
2.7	Principais inovações trazidas pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)	47
2.8	A terceirização nas Estatais.....	54
2.8.1	<i>Concurso Público</i>	54
2.8.2	<i>Licitação Pública</i>	57
2.8.3	<i>Terceirização na Caixa Econômica Federal</i>	63
2.9	Custo da Insegurança Jurídica	67
3	METODOLOGIA DE PESQUISA.....	75
4	RESULTADOS	77
4.1	Análise dos insumos que compõem o custo da prestação de serviços	77
4.1.1	<i>Receptionistas</i>	77
4.1.2	<i>Copeiras</i>	79
4.1.3	<i>Telefonistas</i>	81
4.2	Entrevistas	84
4.3	Segurança jurídica no cenário pós Reforma.....	94
5	CONCLUSÃO	100
	REFERÊNCIAS.....	103

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRAT	Associação Nacional dos Advogados Trabalhistas
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
ANPT	Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho
BB	Banco do Brasil
CEF	Caixa Econômica Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
EC	Emenda Constitucional
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
ICJ	Índice de Confiança na Justiça Brasileira
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IN	Instrução Normativa
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
MGE	Médias e Grandes Empresas
MPE	Micro e Pequenas Empresas
MPOG	Ministério do Planejamento
MPT	Ministério Público do Trabalho
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OJ	Orientação Jurisprudencial
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
SDI	Subseção Especializada em Dissídios Individuais
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SESC	Serviço Social do Comércio
SESI	Serviço Social da Indústria
SINAIT	Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho
SLTI	Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União

TRT
TST

Tribunal Regional do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Competências: Eficiência x Risco	39
Figura 2 - Tempo médio do processo baixado na Justiça do Trabalho	98

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Motivos que levaram ao acionamento do Judiciário (2017).....	23
Gráfico 2 - Estimativa de altas para contratos permanentes (2006 - 2013) e estimativa para a ausência de Reforma Trabalhista	34
Gráfico 3 - Histograma por faixa de valores (posto recepcionistas)	78
Gráfico 4 - Histograma por faixa de valores (posto copeiras).....	80
Gráfico 5 - Histograma por faixa de valores (posto telefonistas).....	82
Gráfico 6 - Demonstração gráfica do período de instabilidade anterior à consolidação jurisprudencial	97

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Definição	48
Quadro 2 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Direitos do Trabalhadores	49
Quadro 3 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Quarentena	50
Quadro 4 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Requisitos de Funcionamento.....	51
Quadro 5 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Requisitos do Contrato..	52
Quadro 6 - Comparativo Lei de Licitações e Lei das Estatais (requisitos contratuais)	52
Quadro 7 - Distinção de tratamento dado pelo Decreto nº 9.507/2018	64
Quadro 8 - Quadro-Resumo do custo por empregado	70
Quadro 9 - Composição da remuneração	70
Quadro 10 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários	71
Quadro 11 – Provisão para Rescisão.....	72
Quadro 12 - Encargos sociais e trabalhistas	72
Quadro 13 – Insumos Diversos	72
Quadro 14 - Custos indiretos, tributos e lucro	73
Quadro 15 - Roteiro de entrevista semiestruturada.....	76
Quadro 16 - Comparativo Gratuidade de Justiça	90
Quadro 17 - Jornada Intermitente	90
Quadro 18 - Rescisão do Contrato de Trabalho e Equiparação Salarial.....	91

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de ações em que 600 empresas foram parte (10 anos)	22
Tabela 2 - Custo Recepcionistas: insumos	78
Tabela 3 - Custo Recepcionistas: Regiões do Brasil.....	78
Tabela 4 - Custo Copeiras: Insumos	80
Tabela 5 - Custo Copeiras: Regiões do Brasil.....	80
Tabela 6 - Custo Telefonistas: Insumos	82
Tabela 7 - Custo Telefonistas: Regiões do Brasil.....	82
Tabela 8 - Relação de abrangência de atuação e experiência dos entrevistados	84

1 INTRODUÇÃO

Apesar de a terceirização ser um instituto já antigo no Brasil, remontando ao Decreto-Lei nº 1.212/1966 e ao Decreto-Lei nº 1.216/1966 (CASTRO, 2000), e essencial para as empresas de todo o mundo, não havia até recentemente regulamentação pátria sobre o assunto (CNI, 2016). Desta forma, devido à inércia do Poder Legislativo, o instituto foi durante bastante tempo regrado por meio das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nº 239, nº 256, nº 257 e nº 331 (CASTRO, 2000).

De acordo com Hindle (2008), também fora do Brasil a terceirização, que já não é um instituto novo,¹ demonstrou rápido crescimento, visto que, enquanto em 1946 somente 20% do valor agregado de uma empresa de fabricação típica vinha de fontes externas, em 1996, ou seja, apenas 50 anos depois, a proporção triplicou para 60%.

Tanto as empresas privadas quanto estatais se valem largamente do instituto da terceirização para se tornar mais ágeis, eficientes e eficazes, bem como para obter aumento de qualidade e especialização, podendo culminar em incremento na competitividade dos seus produtos no mercado (QUEIROZ, 1992).

Segundo estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI), caso não houvesse terceirização, mais da metade das empresas seria afetada de forma negativa e 21 dos 27 setores da indústria de transformação sofreriam com perda de competitividade (CNI, 2014) de forma que “poucas empresas são competitivas hoje sem a realização de parcerias produtivas conhecidas no Brasil como terceirização, e no exterior, geralmente como *outsourcing*” (CNI, 2016, p. 6). Em pesquisa realizada com 2.330 empresas industriais brasileiras (transformação, extrativa e construção), identificou-se que 69,7% contratam serviços terceirizados atualmente ou os contrataram nos últimos três anos (CNI, 2014).

¹ Hindle exemplifica sua posição, de que a terceirização não é um fenômeno novo, da seguinte forma: “As empresas terceirizaram sua publicidade, por exemplo, por quase tanto tempo quanto a publicidade existente (e a J. Walter Thompson está em atividade desde a década de 1880). Os serviços financeiros, como o factoring e o leasing, a terceirização, respectivamente, da função de contas a receber e do financiamento de capital, também estão disponíveis por fornecedores externos há muitos anos” (HINDLE, 2008, p. 143).

Ressalta, ainda, a CNI (2016) que em função da ausência de regulamentação brasileira, o instituto da terceirização teve seus direcionamentos fornecidos pela Súmula nº 331 do TST, que:

somente permite, na esfera privada, a terceirização de atividades-meio (proibindo, a contrário sensu, a terceirização de atividades-fim), e determina que a empresa contratante (ou terceirizante) de serviços tem responsabilidade subsidiária por eventuais verbas devidas pelo empregador (empresa contratada) a seu trabalhador (CNI, 2016, p.7).

Em meio a um debate jurídico pautado na diferenciação de atividades-meio e atividades-fim, proveniente de um ativismo por parte do Poder Judiciário, já que tal distinção não era verificada em legislação *strictu sensu*, surgiram duas novas legislações, a Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que regulamentaram o instituto.

Ao disciplinar o instituto no País, esse novo marco legal deve, em tese, contribuir para a redução dos custos e a insegurança jurídica relacionados à terceirização. Isso tende a ocorrer porque, com as novas legislações, os contornos do instituto estão de fato delineados, o que possivelmente irá contribuir para a diminuição do passivo trabalhista decorrente carência de uma regulamentação sobre o tema. Contudo, embora essas consequências sejam esperadas, não há, ainda, uma avaliação do impacto efetivo da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 sobre essas variáveis.

Neste cenário, faz-se necessário estudar se a nova legislação trouxe benefícios sob a ótica do custo e da insegurança jurídica envolvidos na prestação de serviços terceirizados.

Desta forma, o problema de pesquisa pode ser explicitado por meio da seguinte pergunta: as inovações legislativas associadas à Lei nº 13.429/2017 e à Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) contribuíram para a redução da insegurança jurídica e para a redução de custo na prestação de serviços terceirizados?

Para tanto, realizou-se a revisão bibliográfica do instituto da terceirização, atinente às cadeiras de Administração de Empresas, do Direito do Trabalho e da Análise Econômica do Direito, bem como a análise dos contratos de serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico da Caixa Econômica Federal (CEF).

Por se trata de Empresa Pública, foi preciso também analisar questões intrínsecas ao Direito Administrativo, já que, que envolve a aplicação dos princípios da licitação e do concurso público.

Assim, os objetivos específicos do trabalho foram:

- i) Definir o instituto da terceirização, identificar por que as empresas terceirizam e analisar o conjunto de normas e princípios jurídicos que regulamentam a terceirização no Brasil;
- ii) Contextualizar a aplicação desse arcabouço para as Empresas Públicas;
- iii) Analisar as inovações legislativas trazidas pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), bem como o impacto dessas alterações na jurisprudência existente sob a tutela da Súmula nº 331 do TST;
- iv) Analisar o custo da prestação de serviços, nas diversas regiões do Brasil, com base nas planilhas de composição de custo dos contratos mantidos pela CEF;
- v) Analisar a segurança jurídica nos cenários anterior e posterior às referidas inovações, bem como as principais fragilidades do instituto da terceirização;
- vi) A partir da Análise Econômica do Direito, aprofundar a análise das mencionadas inovações legislativas;
- vii) Concluir se as inovações legislativas contribuíram para reduzir a insegurança jurídica ou os custos existentes.

Para que fosse possível responder ao problema de pesquisa, foram analisados 121 contratos de prestação de serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico mantidos pela CEF com empresas terceirizadas, bem como suas planilhas de composição de custos, sendo que 9 deles foram assinados após as mencionadas inovações legislativas e serviram de referência para comparação com os custos verificados anteriormente. A partir desses contratos foi elaborada

planilha consolidada, com a composição dos custos envolvidos na prestação dos serviços – que serviu de base de dados para análise estatística (pesquisa quantitativa). Além disso, foram realizadas entrevistas semiestruturadas com dez gestores das empresas contratadas da CEF (pesquisa qualitativa). Embora as entrevistas tenham se limitado a gestores de empresas contratadas pela CEF, os resultados obtidos neste trabalho podem ser facilmente extrapolados, uma vez que os prestadores de serviços atuam também em diversos outros órgãos das esferas Federal, Estadual e Municipal.

O trabalho encontra-se segmentado em mais quatro seções além desta introdução. Na seção 2, encontra-se a revisão da literatura sobre o tema. Em seguida, na terceira seção, estão descritos os procedimentos metodológicos adotados. Os resultados estão registrados na quarta seção e, na seção 5, encontram-se apresentadas as conclusões.

2 TERCEIRIZAÇÃO, REFORMA TRABALHISTA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Este capítulo objetiva realizar a revisão bibliográfica acerca da Análise Econômica do Direito (AED), da terceirização e da reforma trabalhista e está segmentado em nove seções. Na seção 2.1 encontra-se a Análise Econômica do Direito. Na seção 2.2, apresenta-se a definição do instituto da terceirização, para que se possa delinear suas diversas facetas. Na seção 2.3 discutem-se os aspectos da dualidade envolvendo atividade-meio e atividade-fim evidenciados no Brasil. Na seção 2.4 são relacionadas as experiências de reformas trabalhistas em outros países. Na seção 2.5 encontram-se elencados os principais aspectos positivos e negativos da terceirização. Nas seções 2.6 e 2.7 são analisados, respectivamente, os cenários anterior e posterior às inovações trazidas pela Reforma Trabalhista. Na seção 2.8 verificam-se as peculiaridades relacionadas à terceirização no âmbito da Administração Pública, adentrando nos princípios constitucionais do concurso público e da licitação, bem como traçando um paralelo com a CEF. Finalmente, na seção 2.9, busca-se realizar uma análise desses pontos à luz do custo da insegurança jurídica.

2.1 Análise Econômica do Direito

Atualmente, nem a Economia, nem o Direito, isoladamente, são suficientes para analisar todo o contexto das relações do trabalho. Enquanto a Economia do Trabalho analisa o nível do emprego, rendimentos e benefícios dos trabalhadores (de curto e de longo prazo) e pensões, num modelo de mercado no qual a demanda (empregadores) e a oferta (trabalhadores) interagem, o Direito do Trabalho busca formas de equilibrar as forças decorrentes do antagonismo entre capital e mão de obra. Nesse contexto, surge a Análise Econômica do Direito (AED), considerando ambos os pontos de vista e ainda os complementando com institutos próprios. Para a AED, “as relações de trabalho baseiam-se em relações contratuais, (geralmente) de longo prazo, caracterizadas por altos níveis de incertezas e informações assimétricas” (YEUNG, 2017, p. 905).

Para analisar os efeitos das inovações legislativas carreadas para o instituto da terceirização, que serão objeto de análise das seções seguintes, pode-se recorrer à AED, que, partindo da premissa de que os agentes são racionais e olham para o futuro, preocupa-se em responder perguntas antes negligenciadas por outras áreas:

Primeiramente, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Segundo, esses efeitos são socialmente desejáveis? Ainda, uma das questões centrais é como desenhar políticas, leis, instituições que gerem os incentivos “corretos” aos agentes econômicos? (TABAK, 2014, p. 5)

Para a AED, como os recursos são escassos, ao se realizar determinada escolha (ex. fazer “A”), automaticamente se estaria abrindo mão da alternativa (ex. não fazer “B”), o que é chamado de *tradeoff*. Essa escolha preterida (no exemplo, “B”), pode ser convertida em uma medida de valor, para se verificar a diferença entre ela e a escolha feita, o que é chamado de custo de oportunidade. Ademais, indivíduos racionais reagem a incentivos para que tomem a decisão por “A” e não por “B”. Segundo Tabak (2014), nem sempre o maior incentivo é o monetário:

A lei pode ser vista como uma ferramenta para facilitar a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade. As sanções legais alteram a estrutura de incentivos de modo a que os agentes entrem em arranjos que sejam ótimos no sentido de Pareto.² (TABAK, 2014, p. 12)

Leciona Yeung (2017) que ao menos em tese, as transações de mercado levam ao equilíbrio e maximizam o bem-estar social.³ Entretanto, é possível que ocorram falhas no mercado (situações excepcionais que geram ineficiência), sendo papel do Estado corrigi-las por meio de regras normativas. Assim, “para a Economia, o Direito, as normas e as regras existem para corrigir as falhas de mercado” (YEUNG, 2017, p. 899).

² “O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação onde não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes onde alguns estão em situação melhor e não houve piora na situação dos outros agentes temos uma melhoria de Pareto. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão melhores, ou pelo menos iguais, então temos que esta foi eficiente no sentido de Pareto” (TABAK, 2014, p. 8).

³ Mencionando o Teorema de Coase, leciona Yeung (2017) que, quando os custos de transação são baixos, os agentes conseguem negociar de maneira relativamente cooperativa e os resultados derivados dessas negociações serão os melhores, ou seja, maximizam os benefícios das partes envolvidas (ou seja, são eficientes); do contrário, caso os custos de transação sejam altos, haverá grandes chances de a negociação privada não acontecer. O custo de transação é gerado, não somente, mas em especial, pelas falhas de mercado. Assim, o Teorema de Coase fornece norte quanto à atuação estatal, para que se pautem pelo aumento do bem-estar social (que para a economia é medido por produtividade, leia-se, Produto Interno Bruto – PIB).

Dentre as falhas de mercado mais relevantes, pode-se citar (YEUNG, 2017):

- i. Externalidades, que podem ser positivas ou negativas, geradas por agentes independentes, tomando decisões racionais, que acarretam circunstâncias inesperadas e não intencionais a outros. Por exemplo, racionalmente uma empresa decide diminuir a limpeza para economizar custos; no entanto, eventualmente pode gerar algum problema de saúde no seu trabalhador.
- ii. Assimetrias de informação, que podem ser derivadas tanto de uma imperfeição da informação recebida quanto de acesso diferenciado a uma informação relevante (o que é mais grave, pois gera maior privilégio e injustiça). Ocorre, por exemplo, quando duas partes estão prestes a assinar um contrato, mas uma delas possui uma informação privilegiada que desequilibra a relação.
- iii. Monopólios, que ocorrem quando uma empresa é o único ofertante de um bem ou serviço, podendo exercer grande poder no mercado consumidor. Monopsônio, o oposto de monopólio, ocorre quando existe um único demandante, que também possui grande poder de mercado.

Relata Yeung (2017) que, em todos os exemplos dados, é papel do Estado intervir e normatizar para corrigir as falhas de mercado apontadas, pois este, por si só, não vai alcançar a eficiência desejada. Ocorre que, quando o assunto é a relação de trabalho, essas falhas de mercado deixam de ser exceção para aparecer em grande parte dos casos:

- i. Poder de barganha inerentemente desigual entre ofertantes (trabalhadores) e demandantes (empregadores).
- ii. Sindicatos são monopolistas na oferta de mão de obra, enquanto os grandes empregadores são monopsonistas.

Assim, a intervenção estatal no caso da relação de trabalho é peremptória, para evitar tais falhas de mercado. “O problema é que uma má intervenção pode ser pior do que a ausência total de intervenção” (YEUNG, 2017, p. 905). Isso se deve ao fato de normalmente se olhar o instituto de maneira míope, sob um viés liberal

(desregulado) ou regulador, quando na verdade o que se deveria buscar é o equilíbrio:

No entanto, parece que muitos países falharam nesta tarefa, quer pendendo demais para um lado – ou seja, intervenção excessiva ou ruim do mercado de trabalho, dificultando o potencial crescimento econômico (por exemplo, países da América Latina, Espanha, Itália, etc.) – quer pendendo demais para o outro lado: com ausência ou falta de regulação do trabalho, levando ao baixo nível de bem-estar, condições precárias de trabalho ou desigualdade (por exemplo, países em desenvolvimento da Ásia e, em até certo ponto, EUA, em comparação com outros países industrializados) (YEUNG, 2017, p. 906).

Atualmente, a CLT, principal base regulatória do Direito Trabalhista no Brasil, vigente há mais de setenta anos, é tida como uma legislação ultrapassada e inadequada. Seus dispositivos podem ser considerados anacrônicos e inadequados por imporem uma regulação excessiva em casos que talvez já não demandem esse tipo de tutela. Mais de meio século após sua publicação, o pressuposto básico ainda é o mesmo, de que os trabalhadores são incapazes de negociarem por si sós e de que o ambiente de trabalho é marcado pela barbárie do opressor (patrão) contra o oprimido (trabalhador). Se o objetivo da CLT sempre foi o de equilibrar a relação, dando proteção à parte mais forte, as perguntas que a AED precisa responder são: Esses objetivos foram alcançados? Os incentivos para os capitalistas cessassem a exploração da mão de obra foram eliminados? (YEUNG, 2017).

Como se verifica da Tabela 1, a resposta para as duas perguntas é negativa. Ou seja, num período de dez anos, 600 empresas tiveram mais de 134.000 processos (entre concluídos e em andamento), sendo 80% de natureza trabalhistas.

Tabela 1 - Número de ações em que 600 empresas foram parte (10 anos)

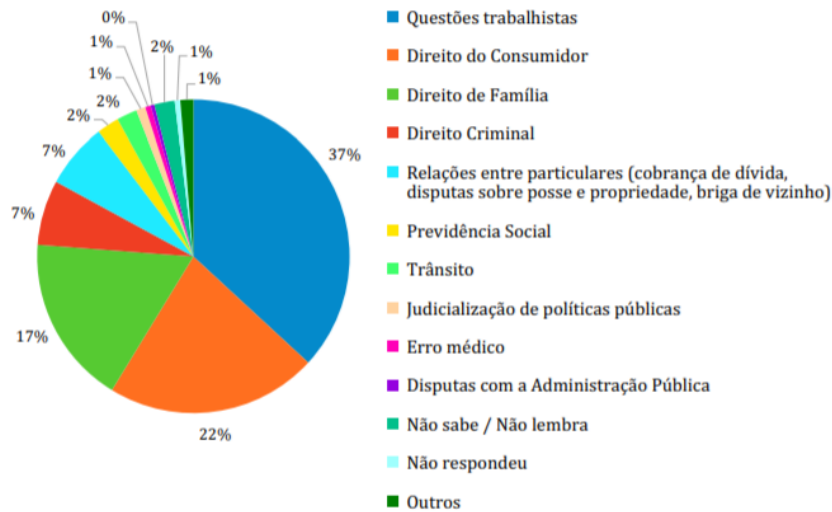
Áreas	Como autora		Como ré		Total	
	Concluídas	Em andamento	Concluídas	Em andamento	Concluídas	Em andamento
Trabalhista	957	947	66865	38888	67822	39835
Tributária Esfera Federal	2354	4071	532	853	2886	4924
Tributária Esfera Estadual	553	1138	360	683	913	1821
Tributária Esfera Municipal	85	193	100	499	185	692
Comercial Econômica em Geral	6383	4688	1040	2056	7423	6744
Propriedade Industrial Marcas e Patentes	87	112	11	12	98	124
Direitos do Consumidor	26	11	441	479	467	490
Meio Ambiente	7	5	31	37	38	42

Fonte: Pinheiro (2009, p. 46).

A situação não melhorou de 2009 para cá. No relatório ICJ Brasil, publicado no 1º semestre de 2017 pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), elaborado a partir de entrevistas realizadas com 1.650 pessoas entre maio e junho de 2017, distribuídas pelo Distrito Federal e por sete Estados da Federação: Amazonas (150), Bahia (200), Minas Gerais (300), Pernambuco (150), Rio de Janeiro (200), Rio Grande do Sul (150), São Paulo (350) e Distrito Federal (150), verificou-se:

- i. O ICJBrasil de 2017 apresentou uma piora na avaliação do Poder Judiciário por parte da população brasileira, passando de 4,9 pontos em 2016 para 4,5 pontos.
- ii. Em primeiro lugar disparado, 37% dos entrevistados que responderam em 2017 foram ao Judiciário para solucionar conflitos de natureza trabalhista, tais como: pagamento de horas extras, direitos decorrentes da rescisão do contrato e pagamento de indenização trabalhista inferior ao convencionado (Gráfico 1).

Gráfico 1 - Motivos que levaram ao acionamento do Judiciário (2017)



Fonte: ICJBrasil/FGV, 2017, p. 12.

De acordo com Yeung (2017), a CLT e a Justiça do Trabalho até hoje têm demonstrado pouca eficiência na redução de conflitos decorrentes da relação de trabalho:

A CLT e todo o conjunto de legislação trabalhista em vigor no Brasil mantêm um ambiente propício e incentivador ao litígio judicial entre as partes. Juízes, procuradores, advogados, e juristas trabalhistas argumentam de que é ainda comum o desrespeito e o abuso por parte dos empregadores. Isso certamente é verdade em muitos casos (mas não todos), mas seria mais uma evidência de que, na verdade, nem a CLT e nem a Justiça do Trabalho, da maneira como foram estruturadas há 7 décadas, têm alcançado seus objetivos. Algo está muito errado, e os números dos conflitos trabalhistas, ano após ano, só confirmam isso (YEUNG, 2017, p. 908).

Assim, verifica-se que, ante aos números apresentados, um dos objetivos deixados a cargo do Estado, o de reduzir litígios, não demonstrou a evolução desejada diante do regramento até então existente.

Como se verá adiante, os ajustes trazidos pela Reforma, em especial o de atribuir custas sucumbenciais também ao trabalhador que teve seu pleito denegado, almeja a redução do número de litígios, sem impedir, no entanto, que reclamações de fato calcadas em direitos devidos sejam apreciadas pelo Judiciário. O mesmo pode-se afirmar das novas regras acerca da terceirização, visto que, no cenário anterior à regulação do instituto, não havia previsão legal, e as decisões eram deixadas ao alvitre do Judiciário, importando em uma visão nebulosa para o empresariado que buscava o melhor modelo de negócio.

2.2 Definição de Terceirização

De acordo com o dicionário Michaelis, terceirização é o “ato ou efeito de terceirizar”, ou ainda, a “estratégia de reorganização em que uma empresa adquire bens e serviços de fornecedores externos com o objetivo de diminuir custos, economizar recursos e desburocratizar sua administração” (MICHAELIS, 2018, n.p).

Não obstante, verifica-se que o instituto da terceirização tem contornos distintos, a depender do ramo doutrinário em que o consultante o está analisando. Para efeito deste trabalho, importam-nos os vieses fornecidos pelas cadeiras da Administração e do Direito.

Para a Teoria da Administração, a terceirização é observada sob o aspecto da transferência de serviços da empresa contratante para outra, que irá executar a atividade com maior especialização, menores custos, culminando em uma estrutura mais leve e garantindo eficiência.

Segundo Chiavenato, terceirização é uma forma de gestão do processo produtivo por meio da qual é atribuída uma operação interna da organização a outra, que o fará melhor e mais barato, de modo a reduzir a estrutura organizacional, trazer mais flexibilidade e agilidade à empresa e transformando custos fixos e variáveis (CHIAVENATO, 2014, p. 590).

Não obstante, é possível conceituar terceirização (*outsourcing*), de forma bastante simples, pela “transferência para terceiros de recursos técnicos e humanos” (TORRES; TORRES, 2016, p. 122).

Hindle nos fornece uma definição bastante abrangente, segundo a qual:

Terceirização é um termo usado para descrever praticamente qualquer atividade corporativa gerenciada por um fornecedor externo, desde a administração da lanchonete da empresa até a prestação de serviços de correio. É mais comumente usado, no entanto, para se referir à transferência do gerenciamento de instalações de computadores de uma organização para um agente externo. Esta transferência de responsabilidade de gestão é frequentemente acompanhada por uma transferência (do comprador do serviço de outsourcing para o vendedor) do pessoal interno especializado que já está a realizar a atividade (HINDLE, 2008, p. 143).

Não obstante, é necessário ressaltar que a decisão por terceirizar pode sim gerar aumento no custo de coordenação, na medida em que ocasiona desconfiança e insegurança entre as empresas relacionadas:

Quando o objetivo é principalmente a redução de custos, a empresa que se decide pela externalização tende a impor pressões sobre a rentabilidade da empresa escolhida para o desempenho das atividades objeto da externalização, gerando situações de potenciais conflitos, o que restringe relações de efetiva cooperação e compartilhamento de conhecimentos entre as partes, limitando, a médio e longo prazo, o alcance dos objetivos, mesmo no que se refere à esperada redução de custos. Por outro lado, a empresa que terceiriza pode estar correndo o risco de transferir um conhecimento importante a um potencial concorrente (a empresa terceirizada). (BACIC; SOUZA, 2002, p. 9)

Já a Teoria do Direito brasileira, ao definir terceirização, via de regra o faz ressaltando que é a atribuição das atividades-meio de uma empresa à outra, para que a primeira possa se centrar em suas atividades-fim (MARTINEZ, 2012).

Terceirizar significa preferir a utilização de fontes externas às fontes internas, geralmente com propósitos econômicos, com vistas a conferir enfoque ao processo principal da organização, o que pode ser chamado de “focalização” (SANTOS, 2010, l. 10%).

Importante ressaltar que a terceirização pode ser observada como uma técnica de organização do processo produtivo:

Terceirização é uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação (MARTINEZ, 2012, l. 27%).

Também é possível definir o instituto sob uma ótica subjetivista, a partir dos atores que compõem essa relação tripartite:

Terceirização é a relação jurídica que envolve o interesse de três partes. Daquela que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, a fim de poder concentrar seus recursos materiais e humanos em sua atividade principal, chamada de tomadora. Por sua vez, a empresa especializada nos serviços contratados é chamada de prestadora. E, finalmente, do empregado contratado pela prestadora, que desempenha suas funções beneficiando secundariamente a tomadora (CASTRO, 2000, p. 82).

Por sua vez, a Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), utilizada como parâmetro normativo ante à ausência de regulamentação legal, sem definir o instituto, apenas asseverava que a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador não geraria vínculo empregatício, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

No ano de 2017 surgiram duas novas legislações, a Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que regulamentaram o instituto.

Com o advento da Lei nº 13.429/2017, o Brasil passou a contar com uma definição legal sobre terceirização. Isto porque o art. 2º dessa lei acrescentou o art. 4º-A na Lei de Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974) que, a partir de então, também passou a definir a terceirização sob ótica subjetivista, segundo a qual: “empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos” (LIMA; LIMA, 2017, p. 167).

Não obstante, o art. 2º da Lei nº 13.467/2017 já alterou o art. 4º-A acrescido à Lei nº 6.019/1974 pela Lei nº 13.429/2017, e trouxe uma definição objetivista, ou seja, baseada na atividade:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (LIMA; LIMA, 2017, p. 168).

Tal distinção entre os aspectos definidores da terceirização para a Administração e para o Direito pode ser explicada quando se analisam os objetos sobre os quais se debruçam seus estudiosos. Enquanto os doutrinadores da Administração preocupam-se em estudar como a terceirização pode gerar eficiência e otimização de recursos para a empresa tomadora, os juristas se empenham, via de regra, em limitar a aplicação do instituto a fim de evitar a precarização do direito dos empregados.

2.3 Atividade-meio X Atividade-fim

O instituto da terceirização sempre foi associado à dualidade de atividade-meio e atividade-fim, sendo aquela considerada lícita e esta não (CASTRO, 2000), como se verifica da leitura da Súmula nº 331,⁴ editada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 1993:

⁴ Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994, alterada posteriormente por meio da 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 (BRASIL, 2011b).

É o que ratificam Lima e Lima, segundo os quais a Súmula nº 331 do TST, “à falta de lei disciplinando a matéria, regulamentava a terceirização, admitindo-a somente na atividade-meio da tomadora de serviços” (LIMA; LIMA, 2017, p. 171).

Sem embargo, a doutrina estrangeira não faz tal distinção, trazendo inclusive críticas à separação: “classificar uma atividade como não-central pode levar a uma excessiva simplificação da complexidade da situação empresarial real” (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 184).

Heikkilä e Cordon buscam demonstrar que não é a atribuição de competência como central ou não que tornam a atividade mais ou menos importante e possível ou não de ser terceirizada. Ademais, esclarecem, “muitas atividades que as empresas executam caem na categoria cinza de competências, ou seja, elas são claramente distintas, nem claramente não estão relacionadas ao negócio principal” (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 186). Para tanto, analisam as terceirizações realizadas pela Honda, DuPont e Nokia:

Exemplo Honda – motores à combustão interna:

Apesar dos motores de combustão interna serem enquadrados como sendo de competência central da Honda, porque “são o ingrediente principal comum da diversidade de produtos da Honda, que inclui carros, motos, cortadores de grama, geradores de energia, motos de neve e cultivadores de jardim” (PRAHALAD; DOZ, 1987 apud HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 184). As máquinas de cortar relva da Honda eram fabricadas no Japão e importada para os Estados Unidos até 1984 e a empresa apenas internalizou sua produção de motores e cortadores de grama quando as vendas nos Estados Unidos atingiram um nível em que fazia sentido economicamente estabelecer lá uma base de produção.

Exemplo DuPont – produção de polímero:

A DuPont, maior produtora de polímero do mundo, possui seu processo de fabricação consistente de duas etapas principais:

- i. criação de resina, processo químico para a criação do polímero a partir de componentes de petróleo, e
- ii. composição do processo de extrusão física através do qual o polímero é convertido em pequenos grânulos vendidos diretamente aos clientes.

Não obstante, uma parte relevante do *core business* da DuPont, em 1996, encontrava-se terceirizado, representando parcela significativa nas suas vendas. A esse respeito, Vivanco (1997) relata que “as atividades consideradas essenciais em uma parte do negócio poderiam ter sido terceirizadas em outra” (VIVANCO, 1997 apud HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 186).

Até 1996 a produção era terceirizada pela DuPont Europe e, a partir de então, a empresa passou a investir na infraestrutura necessária, considerando razões competitivas e econômicas, até, enfim internalizá-la, entendendo que poderia produzir polímeros a um custo menor do que outras empresas. Já nos Estados Unidos, a DuPont analisou o sentido econômico e prosseguiu com a terceirização de polímero, visto que lá os acordos sindicais determinam que todos os funcionários da empresa química sejam pagos de acordo com as mesmas diretrizes, o que leva aos

salários da indústria química a serem substancialmente superiores aos pagos a quem apenas executa parte do processo (HEIKKILÄ; CORDON, 2002).

No negócio de criação de resina a DuPont elaborou uma estratégia mista e, ao mesmo tempo em que direcionava seus clientes de menor volume diretamente para um fornecedor externo, não se responsabilizando pela qualidade do produto, produzia internamente para os clientes mais importantes (HEIKKILÄ; CORDON, 2002).

Exemplo Nokia – fabricação de celulares:

“A Nokia definiu sua competência central como o desenvolvimento e fabricação de celulares” (HEIKKILÄ, 1998 apud HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 187). Decidiram projetar e fabricar telefones celulares, bem como cogerenciar os melhores fornecedores para cada geração de produtos. Sua estratégia de cogerenciamento significava “dirigir de forma agressiva as características de preço e desempenho de tecnologias selecionadas, juntamente com seus fornecedores” (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 187).

Essa estratégia foi definida com vistas a evitar vulnerabilidades decorrentes de dependência de um único fornecedor e obter as vantagens advindas de parcerias de longo prazo, que deveriam durar a vida de um produto. Para tanto, passou de um fornecedor global, para internalização e, posteriormente, para contratação de fornecedores regionais trabalhando em papéis flexíveis.

Um bom exemplo da interface do usuário é o telefone celular Nokia 2110. Introduzido em 1995, o novo telefone precisava de uma montagem de placa de circuito flexível, uma tecnologia que a empresa não possuía no momento. Em resposta, a Nokia terceirizou inicialmente todo o modelo para um fornecedor global localizado no Japão. Depois de algum tempo, no entanto, a Nokia decidiu que não queria depender de um único fornecedor e decidiu desenvolver a competência necessária internamente. Ao mesmo tempo, a Nokia queria aumentar ainda mais a flexibilidade e melhorar a capacidade de resposta local, tendo um fornecedor regional europeu. Por isso, a empresa decidiu subcontratar alguma produção à Elcoteq Network, um fabricante finlandês de contratos (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 188).

Exemplo Nike – fabricação de calçados:

A Nike deixou de fabricar calçados, terceirizou sua confecção e passou a se dedicar ao marketing e pesquisa de desenvolvimento (SANTOS, 2010, I. 15%).

Com os exemplos acima, pretende-se demonstrar que a situação fática empresarial, quanto à organização do sistema produtivo de determinada atividade, é muito complexa e requer uma análise aprofundada de aspectos como estratégia, mercado, regulação e vantagens competitivas. Assim, reduzir a discussão quanto a estar determinado objeto ligado à atividade-meio ou à atividade-fim da empresa não se mostra um meio adequado e útil para tomada de decisão. Nos casos trazidos, verifica-se que o ente empresarial deve decidir pela terceirização ou não após avaliar aspectos como dependência, eficiência e clientela, independentemente de seu eventual enquadramento em atividades-fim ou atividades-meio.

Não é possível, genericamente, estabelecer quais as atividades que devem ou não ser terceirizadas, pois que esta surge da necessidade de “adaptabilidade das organizações, em meio a competitividade crescente” (SANTOS, 2010, I. 15%). Assim, não há sentido em se trabalhar com conceitos de atividade-meio e atividade-fim, mas apenas com atividades, de modo que qualquer uma poderia ser terceirizada.

Não obstante, como já destacado, com o advento da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017, foi inaugurado novo marco legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de a primeira norma ter sido nomeada nos meios de comunicação por Lei da Terceirização, ela pouco inovou sobre o tema, limitando-se a tratar, em suma, aspectos ligados ao trabalho temporário, diferentemente do segundo diploma, que tratou mais detidamente da terceirização:

O primeiro diploma legal (Lei n. 13.429/17), basicamente, alinhavou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei n. 6.019/1974. No tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa, o quadro jurídico até então imperante no ordenamento jurídico do País. O segundo diploma legal (Lei n. 13.467/17 — a Lei da Reforma Trabalhista) foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 198).

Na recentemente decisão do STF, publicada em 12/9/2017, a dualidade de tratamento dado às atividade-meio e atividade-fim voltou à discussão, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 760.931:

Recurso Extraordinário n. 760.931: Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO

CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor” [...] (BRASIL, 2017c).

Como se percebe, de fato, a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, de modo que nesse ponto a decisão do STF foi irretocavelmente moderna e está de acordo com os pontos expostos neste trabalho.

2.4 Reformas trabalhistas: experiências internacionais

No direito comparado, há os recentes casos das reformas trabalhistas implementadas por diversos países da União Europeia. Para Machado (2017), as reformas trabalhistas estão na ordem do dia desde 1980 e as recentes movimentações reformistas buscaram enfrentar o desemprego, modernizar as leis

do trabalho ou, ainda, enfrentar a crise de 2008, primando pela forte flexibilidade e desregulação de direitos.

De fato, há atualmente um excesso de regulamentação, que reduz e muitas vezes inviabiliza novas contratações.⁵ Segundo dados da OCDE (Gráfico 2) a Reforma Trabalhista espanhola teve como reflexo a geração de empregos. De outro lado, como será tratado na seção 4.3, a carência de regulamentação gera insegurança jurídica, na medida em que o ativismo judicial produz regras não positivadas. Assim, há um meio-termo que deve ser perseguido.

Segundo Machado (2017), as reformas europeias podem ser agrupadas em quatro grandes temáticas: a) tempo de trabalho; b) modalidades de despedida; c) contratos de trabalhos atípicos (prazo determinado, tempo parcial e trabalho intermitente); e d) negociação coletiva e representação coletiva. Há uma forte tendência de “desjuridicização da regulação da organização do trabalho em prol da negociação coletiva”, como ocorrido na França:

É o exemplo do caso francês, que foi um dos temas centrais da reforma de outubro de 2016. A duração do trabalho na França continua com as 35 horas semanais, com um máximo de 48 horas, ou seja, 10 horas diárias, e o acordo coletivo por empresa pode permitir 12 horas diárias e 60 semanais. Além disso, a lei permite que nas empresas com menos de 50 empregados, o acordo coletivo derroque o limite de 35 horas semanais e pode reduzir o valor da remuneração das horas extras de 25% a 10% (MACHADO, 2017, p. 245).

Outra forte tendência relacionada por Machado (2017) é a de mudança nas regras dos contratos atípicos:

Em Portugal, a duração máxima do contrato de prazo determinado era de seis meses e passou a ser de três anos com a reforma. Na Romênia, o contrato de prazo determinado pode ser renovado por outras duas vezes de 12 meses cada, totalizando 36 meses. O programa de contrato de tempo parcial também sofreu renovação. Na Espanha, por exemplo, a reforma de 2012, por meio da reforma do artigo 12.4 do Estatuto dos Trabalhadores, aboliu a regra que proibia horas extras em trabalho de tempo parcial. O trabalho intermitente foi objeto de regulação nova na Bélgica, na Estônia, na República Tcheca, na República de Malta, na Noruega, na Grécia, na Romênia e no Reino Unido. O contrato intermitente é um contrato de “zero hora” e “zero salário”. É uma modalidade de flexibilidade absoluta, que faz o empregado trabalhar sob demanda, em função da necessidade da empresa (MACHADO, 2017, p. 245).

⁵ Dados da OCDE (2013) indicam que a reforma espanhola se empenhou e reduzir a rigidez da legislação trabalhista, conferindo maior flexibilidade e dando maior relevância para as negociações coletivas, com vistas à geração de emprego.

De acordo com relatório da OCDE (2013), a Reforma Espanhola deu maior relevância aos Acordos Coletivos de Trabalho, possibilitando acordos setoriais ou regionais, e possibilitou as empresas a saírem desses acordos e adotarem medidas internas para limitar a destruição do emprego. O valor da indenização por demissão sem justa causa também foi reduzido, foi eliminada a necessidade de autorização administrativa para demissões coletivas e possibilitada a contratação em período de teste por um ano. Os indicadores de rigidez dos regulamentos trabalhistas da OCDE indicam que a Reforma reduziu significativamente a rigidez da legislação espanhola. Verifique-se alguns pontos considerados como havendo evoluído após a Reforma:

As mudanças nos regulamentos flexibilidade interna e a negociação coletiva contribuíram para a moderação salarial significativa em Espanha durante o último ano, embora parte dessa moderação é o resultado de condições cíclicas adversas prolongadas e reduções salários aplicados no setor público. Embora esta moderação salarial esteja a afetar o nível de vida dos trabalhadores, os seus resultados começam a ser vistos em termos da evolução do emprego e dos empregos não destruídos. Além disso, uma vez que o crescimento econômico é resolvido novamente, a maior proporção de acordos coletivos em nível de empresa dará mais espaço para que os aumentos de produtividade sejam transferidos para os salários. Em geral, a economia espanhola parece ter alcançado um progresso significativo na moderação salarial, embora seja aconselhável para monitorar continuamente os efeitos da reforma nesta área, e que o governo deve estar disposto a adoptar medidas adicionais se o Evolução do emprego piora.

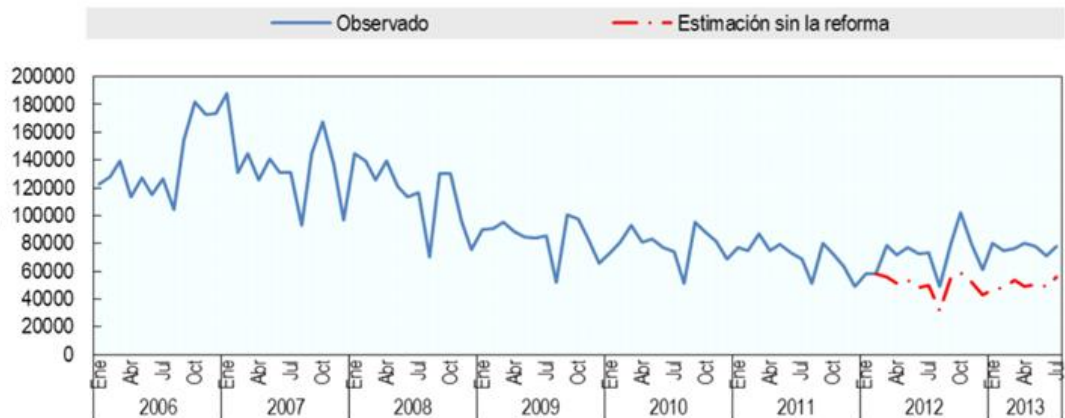
A reforma ajudou a promover a contratação, particularmente a contratação por tempo indeterminado. A análise empírica do relatório sugere que a reforma poderia ter criado cerca de 25.000 novos contratos permanentes por mês, com foco em pequenas e médias empresas (com menos de 100 funcionários). Da mesma forma, a reforma contribuiu para conter a duração dos períodos de desemprego, em particular devido a transições mais rápidas para emprego permanente para os trabalhadores que ficaram desempregados após um emprego temporário. A análise também mostra alguns sinais de que as perdas de mão-de-obra caíram após a reforma, especialmente no caso de contratos temporários, possivelmente devido ao maior uso de medidas internas de flexibilidade como alternativa ao término do contrato. Todos estes resultados apontam para um efeito positivo da reforma quando se trata de mitigar a segmentação generalizada do mercado de trabalho na Espanha, embora seu impacto no momento seja limitado e levará tempo para que a dualidade do mercado de trabalho reduzir significativamente.

As reformas dos regulamentos de demissão, graças ao aumento da realocação de trabalho, têm o potencial de impulsionar o crescimento da produtividade a longo prazo. Com base num exercício de simulação baseado na experiência dos países da OCDE durante um longo período de tempo, o relatório sugere que a reforma poderia impulsionar o crescimento da produtividade do trabalho a longo prazo em cerca de um quarto de ponto percentual por ano no setor empresarial (excluindo agricultura, mineração, combustíveis e serviços profissionais).

Em termos gerais, a reforma trabalhista de 2012 parece ter trazido maior dinamismo ao mercado de trabalho espanhol e é um avanço em termos de redução da segmentação e aumento de sua competitividade no médio prazo (OCDE, 2013, p. 2-3).

No Gráfico 2, extraído do trabalho realizado pela OCDE (2013), é possível verificar a estimativa da redução dos contratos de trabalho que iria ocorrer caso não tivesse ocorrido a Reforma Espanhola frente àquela que se verificou:

Gráfico 2 - Estimativa de altas para contratos permanentes (2006 - 2013) e estimativa para a ausência de Reforma Trabalhista



Fonte: OCDE (2013)

Não obstante, Machado (2017) ressalta que o “balanço das reformas do Direito do Trabalho em tempos de crise na Europa revela um impacto enorme nos patamares mínimos dos Direitos Fundamentais”.

Para Machado (2017) a Reforma brasileira não está dissociada desse movimento mais amplo de tendência reformista no Direito do Trabalho, podendo ser compreendida também pelas experiências de reformas institucionais comparadas mais recentes desses países da Europa central:

A reforma do governo Michel Temer (Lei nº 13.476) promove uma estratégia de desjuridicização do Direito do Trabalho com a ampliação e a extensão do espaço da negociação coletiva e da contratualização individual. A retórica do enfrentamento ao desemprego serve para fazer avançar a reforma do direito do trabalho de modo semelhante ao que se dá no contexto das reformas da Europa. Quanto ao núcleo ideológico também é semelhante, pois há a inclinação por um Direito do Trabalho não produzido pelo legislador, mas pelos atores sociais, preferencialmente no espaço da empresa. De resto é uma reforma anacrônica e contraditória, que visa a uma profunda desregulação do Direito do Trabalho.

A Lei nº 13.476 representa a ruptura com o pacto constituinte de 1988 em termos de democratização das relações de trabalho. O acordo coletivo de trabalho, por exemplo, pode tornar-se a nova lei do trabalho no Brasil e permitir a pretensão de refundar o Direito do Trabalho, na medida em que podemos ter “uma CLT para cada empresa”. Aos poucos, a empresa vai se tornando o espaço de definição do salário, jornada e representação coletiva (MACHADO, 2017, p. 248-249).

Consoante a célebre frase do escritor português José Saramago, “para conhecer as coisas há que dar-lhes a volta, dar-lhes a volta toda”. Nesse sentido, expõe Machado (2017), que a onda reformista tem dois lados:

Do ponto de vista realista do Direito do Trabalho, observamos que é a prática das empresas que se instituem, se instalam e pouco a pouco se institucionalizam, de sorte que vão encorajando os Estados a promoverem o trabalho precário, os contratos atípicos em forma de prazo determinado, parcial, independentes ou mais ou menos independentes, a terceirização, o trabalho intermitente, dentre múltiplas formas que se criam fora do contrato padrão. Por outro lado, as dificuldades das empresas em criar empregos são tributadas a um direito do trabalho complexo, excessivamente protetor. Assim, os defensores das reformas elegem como inimigo comum a lei trabalhista como primeiro responsável pelo desemprego, ou seja, o Estado e seu intervencionismo nas relações de trabalho (MACHADO, 2017, p. 240).

O problema, como já visto, reside no fato de as reformas instituírem-se, segundo Machado (2017, p. 242) “num contexto de alarmante déficit democrático na União Europeia, fato que contribuiu para a multiplicidade de recursos jurisdicionais contra as reformas e medidas anticrise, sobretudo [...] os limites constitucionais”.

É importante notar que as reformas levaram várias Cortes Constitucionais europeias se manifestarem quanto à constitucionalidade das alterações legislativas verificadas, visto serem consideradas estas como violadoras de direitos fundamentais:

As medidas anticrise provocaram a judicialização das políticas em diversos países, que colocaram em questão a validade das medidas de exceção diante dos sistemas constitucionais que albergam modelos e princípios do Estado Social. Na Grécia, na Romênia, na Letônia, na Lituânia, na Espanha e na Eslovênia, os Tribunais Constitucionais foram acionados para pronunciar-se sobre a constitucionalidade de cortes anunciados nas pensões ou nos salários de servidores públicos. Na Espanha e na Eslovênia, os Tribunais Constitucionais referendaram as medidas de austeridade tomadas pelos respectivos governos. Em Portugal, a Corte Constitucional considerou inconstitucional uma das medidas do protocolo que determinava a redução salarial do setor público e de aposentadorias, sob o fundamento de violação do princípio da igualdade e da não discriminação. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT examinou na 316ª sessão, em 2012, uma reclamação sindical da Grécia que denunciava uma das medidas da troika. Considerou o comitê que a derrogação in pejus da convenção coletiva constituiu violação das Convenções ns. 87 e 98 da OIT. O Comitê Europeu de Direitos Sociais também reconheceu que o protocolo da Grécia violou diversos direitos fundamentais da carta social europeia: direito a remuneração equitativa, direito à proteção da criança e do adolescente, direito à formação profissional, direito à segurança social (MACHADO, 2017, p. 247).

No caso brasileiro, pende decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, que está desde 7 de junho de 2018 conclusa ao Relator, segundo consulta feita ao site do STF em 27 de setembro de 2018. Não obstante, é possível extrair do voto do Relator, Luiz Roberto Barroso, que para o

Ministro não houve desproporcionalidade por parte da Reforma Trabalhista, que apenas está perseguindo o já citado e desejado equilíbrio:

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso entendeu que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho. Essa sobreutilização do Judiciário leva, por sua vez, à piora dos serviços prestados pela Justiça e prejudica os próprios empregados, dado que a morosidade incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro. “O Estado tem o poder e dever de administrar o nível de litigância para que permaneça em níveis razoáveis”, afirmou.

O ministro citou vários dados sobre o volume de processos e gastos judiciais no Brasil em comparação com outros países, comprovando a excessividade da carga suportada, e analisou o possível óbice a direitos constitucionais. Segundo seu voto, não há excessos nas normas questionadas. O eventual pagamento de honorários pela parte sucumbente não envolverá desembolso por parte do trabalhador, atingindo apenas os valores a serem pagos em juízo. Segundo ele, isso desincentiva demandas irresponsáveis, muitas vezes incentivadas pelos próprios advogados. No caso do pagamento de custas em caso de ausência, se a causa tiver real chance de sucesso, as despesas podem ser facilmente cobertas pelo advogado.

“Mais de uma em cada 3 pessoas no Brasil está litigando. Não é só legítima como necessária em um país como o Brasil, em favor dos trabalhadores e da economia em geral, a adoção de políticas públicas que, sem comprometer o acesso à Justiça, procure conter o excesso de litigiosidade”, afirmou. “O custo individual do litígio não pode ser menor do que o custo social; vale para o reclamante, vale para o reclamando”, assinalou.

Seu voto propôs a procedência parcial da ação para restringir o dispositivo que estipula que, no caso de honorários periciais, haverá compensação com créditos obtidos em juízo mesmo que em outro processo. O ministro estabeleceu limites para o alcance da obrigação a outros processos. O limite fixado foi de 30% do crédito, e um piso estabelecido no mesmo valor do teto do benefício do Regime Geral da Previdência Social, hoje em pouco mais de R\$ 5 mil. Seu voto considera válida a regra sobre cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem razão ao arquivamento do processo, diante do não comparecimento injustificado à audiência e, nesse caso, o trabalhador que queira intentar nova ação deverá pagar as custas judiciais decorrentes do arquivamento (BRASIL, 2018a).

2.5 Vantagens e Desvantagens na Terceirização

Heikkilä e Cordon (2002) apontam que a decisão pela terceirização permite que o ente empresarial foque seus esforços em outras atividades e confere flexibilidade a sua estrutura. No entanto, deve-se considerar fatores como os “custos de recursos, bem como melhor gerenciar os riscos potenciais na qualidade de seu produto e em questões ambientais” (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 187). Os autores apontam como uma das ferramentas para decidir sobre terceirização a análise da

cadeia de valor da empresa – que irá revelar o quanto uma atividade está ligada com outra e com todo o sistema.

Desta forma, a decisão quanto à terceirização ou não dependerá da análise concreta do caso, sendo que os drivers mais comuns são:

Escassez de capital. As empresas em rápido crescimento geralmente têm capital insuficiente para financiar todas as atividades que poderiam desenvolver de forma lucrativa. Terceirizar algumas atividades reduz o capital necessário.

Falta de know-how. Em muitos casos, outras empresas sabem como realizar certas atividades melhor. A falta de conhecimento muitas vezes está relacionada com a dificuldade de desenvolver competências internamente rápido o suficiente.

Flexibilidade e necessidade de resposta rápida ou pequena produção. Algumas empresas se especializam em poder aumentar rapidamente a produção para apoiar o mercado.

Velocidade ou tempo para o mercado. Em muitos casos, as atividades de desenvolvimento de terceirização para fornecedores-chave permitem que uma empresa traga produtos para o mercado ou entre em uma nova área geográfica muito mais rápido do que poderia fazer tudo internamente.

Utilização de ativos ou capacidade disponível. Muitas empresas químicas exigem um nível mínimo de utilização de ativos para justificar um investimento. Se este mínimo não for alcançado, a produção é muitas vezes terceirizada, em alguns casos, mesmo para concorrentes que possuem capacidade livre.

Economias de escala. Os fabricantes de computadores pessoais costumavam realizar muitas outras atividades de montagem internamente. Agora, os fabricantes de contratos especializados realizam montagem para várias empresas, obtendo economias de escala que uma única empresa não conseguiu obter por conta própria. Como consequência, o custo da montagem foi reduzido significativamente (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 185-186).

Outrossim, além de analisar as possibilidades de ganho com a terceirização, mister se faz também se atentar para as possíveis desvantagens, que poderão afetar a sustentabilidade do ente empresarial:

Transferência de know-how que incentiva novos concorrentes. Na década de 1980, para reduzir os custos de fabricação, muitas empresas americanas terceirizaram atividades para fabricantes asiáticos, apenas para ver esses fabricantes surgirem anos mais tarde como seus concorrentes mais difíceis.

Mudanças no equilíbrio de poder na indústria. A decisão da IBM na década de 1980 de terceirizar seu microprocessador para a Intel e seu sistema operacional para a Microsoft definiu o destino de toda a indústria nos próximos anos.

Problemas de dependência, confidencialidade e segurança. Durante muitos anos, muitas companhias de petróleo terceirizaram a tripulação para seus petroleiros. No

entanto, após um ou dois acidentes graves, muitas dessas empresas decidiram usar suas próprias equipes, certificando-se de que estão devidamente treinadas e compreendem completamente suas responsabilidades.

Medo do oportunismo. À medida que as empresas se tornam cada vez mais interdependentes, os custos de transação tendem a aumentar. Frequentemente, o tempo e os recursos necessários para gerenciar o relacionamento de terceirização e esclarecer contratos e expectativas são muito exorbitantes ou muito assustadores. Tal foi o caso de muitos arranjos de terceirização de TI, onde o alinhamento dos objetivos com o fornecedor foi extremamente difícil (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 186).

Para facilitar a análise quanto à terceirização ou não, apreciando questões de estratégia comercial, como eficiência e riscos, os autores propõem verificar como a atividade contribui para o sucesso geral de seus negócios. Para tanto, sugerem categorizar as atividades que uma empresa quer manter em casa como pertencente a um dos seguintes três tipos:

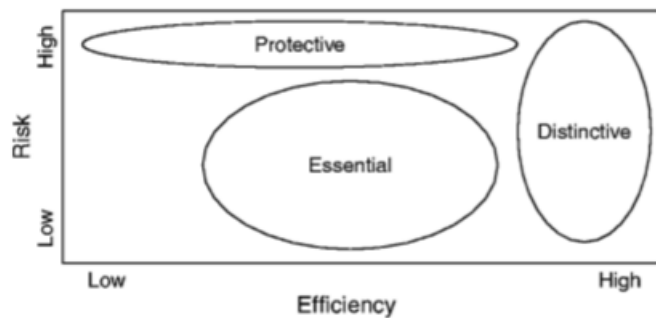
Competências distintivas. As competências distintivas são as principais capacidades de uma organização e, invariavelmente, as que lhe permitem se destacar. Os exemplos citados aqui incluem os motores de combustão interna da Honda, o design de produtos e a inovação da DuPont e os processos de fabricação proprietários e o design e fabricação de celulares da Nokia, combinados com a seleção das tecnologias certas para futuras gerações de produtos.

Competências essenciais. As competências essenciais são as atividades que a organização precisa para sustentar suas operações lucrativas. Para a DuPont, as competências essenciais são a composição, a criação de resina e a reciclagem e, dependendo das condições particulares, a empresa os executa internamente ou externaliza. Para a Nokia, tornar as tecnologias disponíveis globalmente para toda a operação é essencial para o seu sucesso no crescimento, mas isso não distingue Nokia da concorrência.

Competências de proteção. As competências de proteção relacionam-se a atividades que representam um risco considerável para o sucesso de toda a organização, se não forem devidamente gerenciadas. Por exemplo, a DuPont precisa garantir a qualidade do produto para seus clientes, mantendo parte da fabricação e os telefones celulares Nokia precisam dominar a montagem flexível da placa de circuito antes de terceirizá-la regionalmente (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 188).

Sob esse prisma, tem-se que competências distintivas podem gerar altos índices de eficiência, mas também de risco, enquanto que competências essenciais possuem menores taxas em ambas as métricas. A distribuição dos três tipos de competências pode ser verificada por meio da seguinte matriz (Figura 1):

Figura 1 - Competências: Eficiência x Risco



Fonte: Heikkilä e Cordon (2002).

A definição quanto ao tipo de competência não é simples, já que se trata de um modelo dinâmico, onde as atividades podem passar de uma categoria para outra. Para a tomada de decisão, os autores orientam:

- (1) Uma atividade essencial pode se tornar um alvo para terceirização se um mercado de oferta competitivo se desenvolver.
- (2) As competências essenciais e as competências de proteção podem ser terceirizadas se for possível criar uma relação adequada para garantir que o serviço esteja disponível continuamente e os riscos sejam minimizados.
- (3) Se a eficiência da operação em particular for alta, é lógico manter a atividade interna, assumindo que a empresa pode manter essa eficiência no futuro.
- (4) O risco pode ser gerenciado por competência distinta. Exemplos incluem empresas que possuem sistemas especiais para o manuseio de materiais voláteis e perigosos, com a alta rentabilidade resultante. A competência tende a ser necessária na área de alto risco, embora possa ser menos desejável do ponto de vista da eficiência. Manter uma atividade de alto risco significa proteger a empresa controlando melhor a atividade.
- (5) Se a eficiência operacional for baixa e os riscos associados também forem baixos, a ação lógica é terceirizar a atividade. Isso pode se aplicar para algumas competências essenciais.
- (6) O principal desafio vem quando a eficiência da atividade é baixa e o risco é alto. Nessa situação, a administração deve também redesenhar a atividade para que o desempenho da empresa se torne mais eficiente ou os riscos sejam reduzidos. Ou seja, para qualquer atividade no quadrante superior esquerdo da Figura 1, seja protetora ou essencial, a empresa precisa redefinir a atividade para se encaixar em um quadrante diferente. Posteriormente, a administração pode considerar outras alternativas de terceirização.

- (7) Seguir as seguintes diretrizes:

i. A administração deve adotar uma abordagem criativa para avaliar as competências da empresa. Os três tipos de competências aqui apresentadas, distintos e essenciais de proteção final, servem de ponto de partida útil para a avaliação.

ii. Os gerentes devem então se envolver em uma ampla discussão de onde uma atividade pertence ao quadro representado na Figura 1. Analisando a atividade segmentada em termos de sua eficiência em comparação com outras atividades e o risco afila a compreensão da gestão da atividade e sua parente importância organizacional.

iii. Determinar quais as ações que a empresa pode levar para reposicionar a atividade direcionada na estrutura de eficiência e risco traz dinamismo ao processo de planejamento. Como as competências esperam envolver? Como aumentamos o valor que produzimos para nossos clientes? Como desenvolvemos nosso conjunto de competências para frustrar a concorrência futura?

iv. Posteriormente, o próximo passo é avaliar as possíveis alternativas de suprimento. Existe uma boa opção de terceirização? Uma outra organização pode realizar a atividade tão eficientemente quanto possível? Temos confiança de que o fornecedor pode fornecer a atividade e continuamente melhorá-la? Quais são os riscos e quais são as implicações desses riscos?

v. Finalmente, cada empresa precisa avaliar continuamente sua capacidade de operar em uma "organização virtual". O objetivo das parcerias reais de terceirização estratégica é criar competências distintas conjuntas para mudar as regras da indústria e orquestrar toda a cadeia de suprimentos (HEIKKILÄ; CORDON, 2002, p. 191-192).

Enfim, a decisão por terceirizar ou não, longe de ser simples, envolve diversos aspectos estratégicos de curto, médio e longo prazo. Tomar a decisão sem ponderar esses aspectos com cautela pode gerar um relacionamento dificultoso com fornecedores que não atendam às expectativas da empresa. (SANTOS, 2010, I. 12%).

Na já mencionada decisão do STF acerca do julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931, também foram expostos os diversos benefícios trazidos pela terceirização:

[...] 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) (sic) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv)

diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas (BRASIL, 2017c).

2.6 Cenário anterior à Reforma

Conforme já se ressaltou, antes das inovações legislativas trazidas no ano de 2017, não havia no Brasil lei específica regulando a terceirização.

De acordo com Delgado (2009, p. 408), tendo em vista que a terceirização apenas ganhou amplitude na década de 1970, não merecia qualquer menção especial quando da elaboração da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que remonta à década de 1940.

As primeiras referências normativas terceirização surgiram no Brasil com o Decreto-Lei nº 200/1967 e com a Lei nº 5.645/1970, mas em ambos os casos, voltados apenas para a Administração Pública.

O Decreto-Lei nº 200/1967 estatui que “a execução das atividades da Administração federal deverá ser amplamente descentralizada” (art. 10, *caput*) e “induz a administração estatal a desobrigar-se da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta” (DELGADO, 2009, p. 411):

§ 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 (BRASIL, 1967).

Já a Lei nº 5.645/1970 apenas exemplificou as atividades que deveriam ser, preferencialmente, objeto de execução mediante a norma mencionada anteriormente, relacionando: “atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” (art. 3º, parágrafo único).

Foi por meio da Lei nº 6.019/1974 que o Brasil passou a contar com alguma menção à terceirização no campo privado (DELGADO, 2009, p. 412). A referida

norma veio tratar especificamente do trabalho temporário e mereceu críticas de juristas, por prever regras menos favoráveis daquelas previstas aos empregados:

A Lei n. 6.019, de 1974, ao gerar a figura do trabalho temporário, pareceu querer firmar tipicidade específica, inteiramente afastada da clássica relação de emprego. Não apenas sufragava a terceirização (o que já inseria um contraponto à CLT), mas também fixava rol modesto de direitos para a respectiva categoria, além de regras menos favoráveis do que aquelas aplicáveis a empregados clássicos também submetidos a contratos a termo (art. 443 e seguintes da CLT).

A jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura jurídica excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas. Nesse quadro evolutivo, hoje prepondera o entendimento de que o contrato temporário, embora regulado por lei especial, é um contrato de emprego, do tipo pacto a termo, apenas submetido às regras especiais da Lei n. 6.019/74. Eclipsou-se, desse modo, a intenção original da Lei n. 6.019/74 de formar tipo legal inconfundível com o regido pelos art. 2º e 3º, *caput*, da CLT (DELGADO, 2009, p. 425).

Ressalte-se que dentro da previsão trazida pelo novo diploma, com redação anterior à Reforma Trabalhista, apenas era possível a contratação “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (art. 2º, *caput*), bem como pelo prazo máximo de três meses (art. 10, *caput*).

Posteriormente surgiu a Lei nº 7.102/1983 que, apesar de instituir sistemática de terceirização permanente, estipulando que a vigilância ostensiva e o transporte de valores poderiam ser executados tanto por empresa especializada contratada como pelo próprio estabelecimento financeiro (art. 3º), o fez com abrangência reduzida, para abarcar apenas a categoria dos vigilantes e o transporte de valores.

Finalmente, surgiu a Lei nº 8.949/1994, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT que aparentemente introduziu uma nova hipótese de terceirização ou ao menos fez surgir uma maciça onda de terceirizações (DELGADO, 2009, p. 412). Estipulava a então inovação legislativa que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (art. 442, parágrafo único), que foi, novamente, rebatido pela justiça trabalhista:

Conforme já examinado [...] não se fixa na CLT, entretanto, presunção legal de caráter absoluto, mas simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego. [...] Em decorrência, comprovado que o envoltório cooperativista não lida com profissionais efetivamente autônomos e desatende, ainda, às finalidades e princípios imanentes ao cooperativismo (princípio da dupla qualidade e princípio da retribuição

pessoal diferenciada, por exemplo), fixando, por fim, vínculo caracterizado por todos os elementos fáticos-jurídicos da relação empregatícia, afastando-se a simulação perpetrada. (DELGADO, 2009, p. 413)

Assim, tendo em vista a existência de tamanha lacuna normativa relacionada a um tema tão relevante, viu-se uma intensa atividade interpretativa por parte da jurisprudência trabalhista.

Foi nesse vácuo legislativo que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu os rumos da terceirização no Brasil, primeiramente coibindo-a, por meio do Enunciado 256, e posteriormente legitimando-a para atividades não essenciais, por meio da Súmula 331 (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 3).

O Enunciado nº 256 foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio em 22 de setembro de 1986 e assim dispôs:

Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (BRASIL, 1986).

Impulsionado por um acirramento da pressão pela flexibilização do mercado de trabalho, que deu força à terceirização, e em meio a uma atribulada disputa entre Ministério Público do Trabalho (MPT) e Banco do Brasil (BB), quanto à necessidade ou não de realização de concurso público para atividades de limpeza e conservação, que serão tratados mais à frente, o TST foi levando a uma revisão do Enunciado em 256 em 1993 e, posteriormente, em 2000, à edição da Súmula nº 331 (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 8):

331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO N.256.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93) (BRASIL, 2011b).

O inciso IV da Súmula 331 surgiu apenas em 2000, considerando que havia uma crescente terceirização por parte das entidades públicas, onde havia maior número de inadimplência das prestadoras de serviço, e foi comemorado por setores sociais, por imputar responsabilidade subsidiária ao tomador (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 15).

Em 24 de novembro de 2010 foi proposta Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal, ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) julgada procedente pelo STF.

O dispositivo prevê que a responsabilidade trabalhista das terceiras não se transfere à Administração Pública. Na Ação, um dos argumentos é o de que a interpretação do TST transfere ônus para o Estado, como se este fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade, defendendo a terceirização como necessária ao serviço público porquanto: Diminui-se o papel do Estado para que este se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade (BIAVASCHI; DROPPA, 2011, p. 16).

Com tal julgamento pela Suprema Corte, o TST se viu obrigado a revisar o inciso IV da Súmula 331, que ganhou duas outras regras e ficou com a seguinte redação:

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 (BRASIL, 2011b).

Perceba-se que, pautado por uma necessidade fática e ante a um vácuo legislativo, durante todo o relato, no que se refere à terceirização, o TST atuou na qualidade de legislador desde 1986.

A Teoria do Preenchimento do Vácuo, que visa justificar o ativismo judicial defende que, frente a inatividade de um poder, fica conferida legitimidade à atuação do Poder Judiciário:

Teoria do Preenchimento do Vácuo afirma que um vácuo de energia é criado no sistema de governança à inação e preguiça de qualquer órgão. Quando tal vácuo é formado, é contra o bom ser da nação e pode causar um desastre para a configuração democrática do país. Daí a natureza não permite que esse vácuo continue e outros órgãos de governança ampliem seus horizontes e pegue nesse vácuo. Neste caso, o vácuo é criado pela inatividade, incompetência, desconsideração de lei, negligência, corrupção, total indisciplina e falta de caráter entre os dois órgãos de governança: legislativo e executivo (Subhash C. Kashyap, 1997). Daí o restante órgão do sistema de governança, ou seja, o Judiciário não tem outra alternativa a não ser expandir seus horizontes e preencher os vazios criados pelo executivo e pelo legislativo. Assim, de acordo com esta teoria, o chamado hiperativíssimo do judiciário é um resultado do preenchimento do vácuo ou o vazio criado pelo não-ativismo da legislatura e do executivo (SAHA, 2010, p. 2).

Não obstante, o ativismo judicial vem sofrendo críticas por parte da doutrina, tanto por não se coadunar com o princípio da separação de poderes quanto por evitar mudanças:

O magistrado ativista, nesta concepção, poderia ignorar a lei, a jurisprudência e, até mesmo, a Constituição para impor aos outros poderes a sua própria convicção de justiça, jogando por terra o princípio da separação dos poderes. [...] Essa correlação entre ativismo judicial e a democracia faz com que o fenômeno seja percebido positivamente pela sociedade, que passa a supor que tem alguém a quem recorrer contra a omissão estatal, principalmente no tocante às diversas decisões judiciais que garantem a pessoa desprivilegiadas o acesso a direitos como a saúde. [...] A concretização dos direitos e das garantias individuais, contudo, não pode ser deixada a cargo somente dos magistrados. A judicialização das relações sociais, tal como tem ocorrido no Brasil, pouco tem contribuído para a solução das graves questões nacionais. No mínimo, a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial oferecem uma forma de escape contra decisões morais e políticas que não beneficiam a classe política dominante. Se, de um lado, a classe política deixa de receber as pressões pela mudança social, deixadas a cargo de um corpo técnico, de outro, continua garantindo seu acesso privilegiado aos tribunais, por meio de mecanismos como a nomeação de ministros aos tribunais superiores. Logo, o ativismo judicial pode ser uma forma de evitar mudanças na sociedade. Tal fato também demonstra a insensatez de apoiar incondicionalmente o ativismo judicial, bem como a incapacidade das Cortes de, atuando isoladamente, concretizarem os direitos e as garantias fundamentais previstos em uma extensa Constituição como a de 1988 (BECATTINI, 2015, p. 2254).

Ressalta Becattini que carece legitimidade aos magistrados que desejam atuar de maneira ativa, visto que enquanto os legisladores são eleitos para representação popular indireta, aqueles não. Assim, “a adoção de uma atitude

ativista por parte dos magistrados configuraria um grave erro, capaz de abalar a segurança institucional, criando conflitos entre os poderes do Estado” (BECATTINI, 2015, pos. 2379). Embasando tal linha de argumentação, de que o Poder Judiciário não tem legitimidade para legislar, tem-se o argumento de Dworkin:

As decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia funcione com indiferença neste aspecto, mas funciona melhor do que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em salas de audiências (DWORKIN, 2010, p. 133 apud BECATTINI, 2015, pos. 2291).

Perceba-se, ainda que da evolução histórica na Suprema Corte dos EUA, órgão judicial de alta relevância e consolidado através de mais de duzentos anos de existência, é possível se verificar a superação de um período de intenso ativismo judicial (durante a presidência de Earl Warren, em 1953), para, aos poucos caminhar para autocontenção (principalmente sob a presidência de William H. Rehnquit, em 1986, e John G. Roberts Jr., a partir de 2005) (BECATTINI, 2015, pos. 1402-1477).

Ademais, Yeung (2010) aponta que o ativismo judicial possibilita o risco de enviesamento de magistrados, como no caso em que juízes favorecem devedores contra credores, mesmo sendo a dívida certa. Tal enviesamento poderia gerar muitos efeitos negativos: ambiente de negócios de alto risco, desincentivos para poupança, investimentos e concessão de crédito, baixas taxas de crescimento econômico e, eventualmente, subdesenvolvimento da economia nacional. Esse viés judicial em favor de devedores e da parte mais fraca (hipossuficientes) traz repercussões na segurança jurídica:

Estes autores apontam para esta insegurança como sendo o motivo principal da inexistência de um mercado de crédito de longo prazo e também dos altos níveis das taxas de juros no Brasil. A explicação é simples: como os juízes tomariam decisões baseados em seus vieses políticos e não no que dita a lei, os direitos de propriedade privada, principalmente de empresas e bancos, não encontrariam respaldo nas decisões judiciais. Segundo os autores, os juízes brasileiros, ao tomarem decisões politizadas, tendem a favorecer as partes devedoras dos contratos. Se isso ocorre com frequência, o negócio dos bancos e das empresas credoras torna-se altamente arriscado, obrigando-os a cobrarem juros muito mais altos do que a taxa oficial. Assim, este suposto viés pró-devedor seria a principal causa dos altos spreads no Brasil e também da falta de garantias reais numa relação contratual envolvendo dívidas (YEUNG, 2010, p. 6).

Ponto relevante é que algumas o próprio Judiciário em dado momento busca meios de rever esse possível enviesamento e reduzir os efeitos do ativismo. Em sua

pesquisa, Yeung identificou pesquisa mediu a qualidade das decisões judiciais no Brasil, baseado na taxa de reforma pelos tribunais superiores, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tende a desfavorecer o devedor em processos provenientes do Rio Grande do Sul, que possui um suposto ativismo judicial mais forte, dando indícios de que os Ministros daquela Corte “têm consciência do viés e do ativismo político dos magistrados gaúchos e tentam, de alguma forma, mitigar o erro no STJ” (YEUNG, 2010, p. 18).

2.7 Principais inovações trazidas pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

A Lei nº 13.429/2017 entrou em vigor em 31 de março de 2017 e alterou dispositivos da Lei nº 6.019/1974 (Lei de Trabalho Temporário) e introduziu o marco legal sobre a terceirização no ordenamento jurídico pátrio, que até então era regido pela Súmula 331 do TST.

As regras trazidas pela nova legislação culminaram ao menos quatro alterações relevantes e que merecem destaque:

- Permissão expressa para a terceirização de serviços, visto que o art. 4-A, §1º dispõe que “a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para a realização desses serviços”.
- Foram criadas algumas regras mínimas para que as empresas possam prestar serviços terceirizados, entre elas a necessidade de ter capital social compatível com o número de empregados, bem como foi instituída a obrigação de a empresa tomadora dos serviços garantir aos trabalhadores das empresas prestadoras de serviços condições de segurança, higiene e salubridade.
- O prazo máximo para o contrato de trabalho temporário foi majorado para cento e oitenta dias, consecutivos ou não, podendo ser prorrogado por noventa dias, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

- Previsão expressa para contratação de trabalho temporário para o desenvolvimento tanto de atividade-meio como de atividade-fim.

Após referida inovação, a Lei nº 6.019/1974 passou a diferenciar a empresa de trabalho temporário da empresa prestadora de serviços a terceiros:

Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos (BRASIL, 1974).

O segundo diploma legal, Lei nº 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista) foi além, alterando a CLT em diversos pontos e introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo.

Lima e Lima (2017) relaciona que foram realizadas 44 alterações em dispositivos referentes ao Direito Material do Trabalho e 22 alusivas ao Processo do Trabalho, bem como ajustes específicos sobre terceirização e FGTS.

Dentre as principais alterações trazidas pela Reforma, no que se refere ao tema terceirização, pode-se citar:

Quadro 1 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Definição

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Fonte: Lei nº 13.467/2017.

Como já mencionado, o art. 4º-A (Quadro 1) veio substituir definição anterior trazida pela Lei nº 13.429/2017, que adotava teoria objetivista para, então inaugurar preceito subjetivista, com enfoque dado à pessoa jurídica prestadora de serviços (LIMA; LIMA, 2017, p. 167).

Ademais, o referido artigo trouxe expressamente a possibilidade, até então rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista, de terceirizar a atividade principal da empresa tomadora. Tal possibilidade consta também do art. 5º-A (Quadro 1), que nos fornece a definição de Contratante. Com isso, de acordo com Lima e Lima (2017, p. 171), fica revogada a Súmula nº 331, que admitia apenas a terceirização de atividade-meio da tomadora.

Quadro 2 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Direitos do Trabalhadores

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Fonte: Lei nº 13.467/2017.

O art. 4º-C (Quadro 2) nos fornece o rol dos direitos que estão assegurados aos empregados da empresa prestadora de serviços, enquanto laborarem nas dependências da tomadora.

Lima e Lima (2017, p. 170) esclarece que restou garantida certa igualdade de direitos entre terceirizados e os empregados da tomadora, no tocante a: a) alimentação no refeitório; b) utilização dos serviços de transporte; c) atendimento

médico ou ambulatorial; d) treinamento; e) medidas de proteção à saúde e de segurança.

A Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 383 do TST já ressaltava a aplicação de direitos de forma isonômica aos trabalhadores terceirizados:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3.1.1974. (mantida) — Res. n. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011 A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 3.1.1974 (BRASIL, 2011a).

Situação peculiar é trazida pelo §1º, que permite, nas palavras de Delgado e Delgado (2017, p. 209), a consagração da “discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa contratante”, na medida em que permite que contratada e contratante estabeleçam, se assim entenderem, salários equivalentes entre esses trabalhadores.

Delgado e Delgado (2017, p. 209) tece pesadas críticas as alterações que, na visão dele, remontam às antigas ideias de discriminação e de sujeição dos trabalhadores a “patamares jurídicos de estratificação sócio-trabalhista”. Assim, referidos preceitos careceriam de serem interpretados por meio dos métodos apresentados pela Hermenêutica Jurídica, de modo a adequá-los “ao conjunto da ordem jurídica a que estão submetidos”.

Quadro 3 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Quarentena

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.

Fonte: Lei nº 13.467/2017.

Verifica-se que foi criado pelo dispositivo (Quadro 3) um período de desincompatibilização de 18 meses, entre a saída de sócios ou empregados e o início de novo trabalho na qualidade de prestador de serviço terceirizado.

Ressaltam Lima e Lima (2017, p. 172) que os dois artigos vieram no sentido de criar “uma quarentena para o ex-empregado da contratante, para evitar a substituição de empregados por terceirizados”.

Quadro 4 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Requisitos de Funcionamento

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

Fonte: Lei nº 13.467/2017.

A nova lei preocupou-se também em relacionar os requisitos de funcionamento da empresa prestadora de serviços a terceiros que, além de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e de registro na Junta Comercial, deverá também apresentar Capital Social mínimo, que evolui de R\$10 mil a R\$250 mil de acordo com o número de empregados (Quadro 4).

Quadro 5 - Regra da Lei nº 6.019/1974 após a Reforma – Requisitos do Contrato

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

- I - qualificação das partes;
- II - especificação do serviço a ser prestado;
- III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- IV - valor.

Fonte: Lei nº 13.467/2017.

Elencou também os requisitos mínimos que o contrato de prestação de serviço deve conter, sendo eles: qualificação das partes, a especificação do objeto, o prazo de prestação dos serviços e o valor envolvido (Quadro 5).

Necessário ressaltar que, no caso de contratação pela Administração Pública, tal dispositivo deve ser complementado para se ajustar aos ditames da Lei nº 8.666/1993 ou da Lei nº 13.303/2016, sendo esta exclusiva para as Estatais, devendo observar, entre outros, os seguintes requisitos:

Quadro 6 - Comparativo Lei de Licitações e Lei das Estatais (requisitos contratuais)

Lei nº 8.666/1993 (art. 55)	Lei nº 13.303/2016 (art. 69)
i. Objeto;	i. Objeto;
ii. Regime de execução ou forma de fornecimento;	ii. Regime de execução ou forma de fornecimento;
iii. Preço e condições de pagamento;	iii. Preço e condições de pagamento;
iv. Prazo e etapas de execução, conclusão ou entrega;	iv. Prazo e etapas de execução, conclusão ou entrega;
v. Crédito pelo qual correrá a despesa;	v. Garantias;
vi. Garantias;	vi. Direitos e responsabilidades das partes;
vii. Direitos e responsabilidades das partes;	vii. Penalidades e casos de rescisão;
viii. Penalidades e casos de rescisão;	viii. Legislação aplicável;

<p>ix. Legislação aplicável;</p> <p>x. Vinculação ao instrumento convocatório ou termo que dispensou ou inexigiu o certame;</p> <p>xi. Obrigação de o contratado manter durante toda a execução contratual as condições de habilitação.</p>	<p>ix. Vinculação ao instrumento convocatório ou termo que dispensou ou inexigiu o certame;</p> <p>x. Obrigação de o contratado manter durante toda a execução contratual as condições de habilitação;</p> <p>xi. Matriz de risco.</p>
---	--

Fonte: Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 13.467/2017.

Ainda sobre a compatibilização da minuta contratual, no caso de contratação pela Administração Pública, vale lembrar que na ordem jurídica instituída pela Lei nº 8.666/1993 são aplicados aos contratos os preceitos de direito público (art. 58) e naquela da Lei nº 13.303/2016 os de direito privado (art. 68).

No que se refere ao prazo contratual máximo também há variação, já que:

- i. Nos termos da Lei nº 8.666/1993, art. 57, II, 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. É admitida prorrogação excepcional, por até doze meses, além do prazo máximo estabelecido (art. 57, §4º).
- ii. Nos termos da Lei nº 13.303/2016, art. 71, a duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto: projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa ou nos casos em que a pactuação por prazo superior a este seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Em ambos os casos é vedado contrato por prazo indeterminado.

2.8 A terceirização nas Estatais

Estipula a Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 37, *caput*, os princípios que deverão ser observados por todas as esferas da Administração Pública, seja ela direta ou indireta: legalidade, impessoalidade moralidade, publicidade e eficiência.

Apesar de o princípio da eficiência ter sido inserido expressamente no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, a doutrina entende que não houve inovação no ordenamento jurídico, já que esse já era o mandamento obtido por meio de interpretação sistemática:

A inclusão do princípio da eficiência no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 04-06-1998, não inovou o ordenamento jurídico pátrio. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, essa nova figura principiológica veio somente explicitar e concentrar de forma sistemática, sob a forma de princípio, uma diretriz que já se achava tácita não só no texto constitucional como também na legislação infraconstitucional.

Antes mesmo da Constituição de 1988 a noção de eficiência já era preconizada como diretriz da atuação da Administração Pública. A Constituição de 1946, no capítulo dos direitos fundamentais, referia que a lei asseguraria o “rápido andamento dos processos nas repartições públicas” (art. 141, § 36, I) 1. Em 1954, o Supremo Tribunal Federal — STF decidiu que o “controle administrativo do ensino público permite a interferência oficial na direção dos educandários particulares, para afastar os diretores sem eficiência. Não constitui diminuição moral esse afastamento, pois nem todo cidadão ilibado tem competência para dirigir e administrar (REZENDE, 2005, p. 2).

Via de regra, quando se necessita de algum tipo de serviço que não demande grande treinamento ou nível de instrução, trata-se de um serviço que pode ser terceirizado com baixo custo de transação. Neste cenário, considerando que os recursos públicos são limitados, quando a Administração decide terceirizar, o faz na tentativa de atender ao comando da eficiência de gasto públicos (SANTOS, 2010, I, 27%).

Não obstante, no caso da Administração Pública, alguns outros princípios constitucionais buscam limitar a atuação por meio da terceirização de serviços: concurso público e licitação.

2.8.1 Concurso Público

A Instrução Normativa nº 05/2017, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento - MPOG (IN/SLTI nº 05/2017), aplicável

aos órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estipula que não podem ser terceirizadas as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, exceto expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto:

Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

Em seu art. 8º, a referida Instrução Normativa permite a terceirização de atividades de apoio:

Art. 8º Poderá ser admitida a contratação de serviço de apoio administrativo, considerando o disposto no inciso IV do art. 9º desta Instrução Normativa, com a descrição no contrato de prestação de serviços para cada função específica das tarefas principais e essenciais a serem executadas, admitindo-se pela Administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas. (BRASIL, 2008)

A abordagem acerca do concurso público visa atender ao comando constitucional de impessoalidade, de modo que não é possível terceirizar na Administração Pública a prestação de serviços relacionados à atividade-fim do órgão, conforme doutrina e jurisprudência sobre o tema:

Execução indireta não tem por objeto atividades inerentes às categorias funcionais que integrem plano de cargos do órgão ou entidade contratante. São exceções os casos de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal ou quando a lei determinar o contrário. [...]

A contratação de trabalhador pela Administração Pública com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros para atuação na área-fim representa burla a exigência constitucional do concurso público. Acórdão 391/2009 Plenário (Sumário) (TCU, 2010, p. 199).

Com efeito, entende-se inclusive que caso um trabalhador preste serviço terceirizado à Administração Pública, não será reconhecido o vínculo de emprego, ainda que presentes todos os requisitos, ante à ausência do concurso público (Súmula 363 TST):

CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS (BRASIL, 2003).

Tal fato ficou evidenciado no Termo de Ajuste de Conduta (TAC) nº 62/2004, assinado entre a CEF e o Ministério Público do Trabalho em 30 de junho de 2004, em face da Ação Civil Pública ajuizada perante a 8ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, tombada sob o nº 00472-2001-008-10-00-8, julgada procedente em parte para o fim de:

Declarar a ilicitude da terceirização entabulada pela Ré em seus setores de retaguarda (referente a todas as agências do país, onde o back office ou caixa rápido são oferecidos como serviços à clientela) e no de arrecadação de créditos localizados em Brasília – DF (limitado o reconhecimento da ilicitude apenas ao setor específico da filial da Capital da República), condenando-se a demandada às obrigações de fazer consistentes em rescindir todos os contratos irregularmente celebrados com as empresas prestadoras de serviços, no prazo de 90 (noventa) dias após o trânsito em julgado da presente decisão, além de somente utilizar como mão-de-obra em suas atividades finalísticas empregados de seu quadro próprio de pessoal, devidamente contratados em conformidade com os ditames constitucionais do art. 37, II, da Carta Suprema, sob pena de pagamento de multa a título de astreintes, no valor de R\$ 10.000,00 por cada dia de descumprimento (CAIXA, 2015, p. 10).⁶

Tal decisão foi confirmada pela Primeira Turma do TRT da 10ª Região e pelo Tribunal Superior do Trabalho, de modo que o TAC foi celebrado nos seguintes termos:

Cláusula Primeira – A contratação de empregados para o exercício de atividades-fim da CAIXA e mesmo para as atividades-meio que exijam personalidade e subordinação jurídica somente será efetuada mediante prévia aprovação do candidato

⁶ Documento disponível no Portal do TCU

<<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=9039246&codPapelTramitavel=53069300>>. Acesso em 16. Jun. 2018.

em concurso público, nos termos do art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal (CAIXA, 2015, p. 11).

Do TAC, considerados todos os termos aditivos, depreende-se também os postos de trabalho considerados como de terceirização lícita:

- Vigilância,
- Brigada contra incêndio,
- Manutenção,
- Limpeza,
- Copeiragem,
- Ascensoristas,
- Carregador,
- Garagista,
- Garçom,
- Operador de máquina copiadora,
- Porteiro,
- Telefonista,
- Vigia,
- Zelador,
- Recepcionista.

2.8.2 Licitação Pública

Ressalta Santos (2010, I. 27%) que a escolha de verdadeiros parceiros, com boa reputação, diminui o custo de transação esperado na terceirização. Ocorre, outrossim, que no caso da Administração Pública, esse elemento encontra impedimento em face da necessidade de interposição prévia de licitação, sem a qual se poderia questionar a obediência ao princípio da impessoalidade.

No que se refere às licitações públicas, cumpre ressaltar que a Administração possui, em regra, o dever de licitar e, na maioria dos casos, o certame ocorrerá na modalidade de pregão eletrônico do tipo menor preço, visto sua aplicabilidade cogente no que se refere à serviços comuns. Neste caso, será declarado vencedor

aquele detentor do menor lance global, que tiver condições de habilitação (CARVALHO FILHO, 2011, p. 304-309).⁷

Com efeito, é também nesse sentido que aponta a doutrina do Tribunal de Contas da União, de modo que sempre que a Administração deseje adquirir produto ou serviço entendido como comuns, deverá utilizar a modalidade denominada pregão eletrônico:

O pregão eletrônico é obrigatório para licitações que visam à aquisição de bens e serviços comuns, só não sendo utilizado se, comprovada e justificadamente, nos termos do Decreto nº 5.450/2005, houver inviabilidade, que não se confunde com a opção discricionária. Acórdão 1700/2007 Plenário (Sumário) (TCU, 2010, P. 49).

Assim, outras modalidades de licitação ficam relegadas a obras de engenharia, locações imobiliárias, alienações ou a casos específicos que a legislação expressamente preveja, a exemplo da Lei nº 12.232/2010, que assim estatui:

Art. 5º As licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” (BRASIL, 2010).

Perceba-se que os mandamentos para que a licitação seja processada nos termos da Lei nº 8.666/1993 e pelo tipo melhor técnica ou técnica e preço, excluem a incidência do pregão eletrônico (Lei nº 10.520/2002), que prevê em seu art. 4º, inc. X, que o julgamento e a classificação das propostas observarão o critério do menor preço.

No caso da contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações a própria doutrina da Corte de Contas esclarece que não devem ser

⁷ “O único critério seletivo é o de *menor preço* (art. 4º, X), mas devem ser examinados outros aspectos contemplados no edital, como o prazo de fornecimento, especificações técnicas e padrões mínimos de desempenho e qualidade. Julgadas e classificadas as propostas, sendo vencedora a de menor preço, o pregoeiro a examinará e, segundo a lei, decidirá motivadamente sobre sua *aceitabilidade*. Não há, entretanto, indicação do que seja *aceitabilidade*, mas, considerando-se o sistema licitatório de forma global, parece que a ideia da lei é a de permitir a desclassificação quando o preço ofertado for inexecutável, ou seja, quando não comportar a presunção de que o contrato será efetivamente executado. Pode também entender-se que é inaceitável a proposta quando, por exemplo, o produto objeto da futura contratação não atender às especificações técnicas ou ao padrão mínimo de qualidade. Se tal ocorrer, o pregoeiro declarará inaceitável a proposta e desclassificará o licitante” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 309).

licitadas por pregão. Ressalvando, no entanto que serviços comuns de engenharia, devem ser contratados por meio do pregão eletrônico (TCU, 2010, p. 69).

Da Doutrina do TCU depreende-se ainda que fica autorizada a transferência para a iniciativa privada apenas a realização de serviços acessórios não ligados diretamente à atividade-fim:

Com efeito, art. 1º, § 2, desta norma veda expressamente a execução direta de atividades inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou Entidade, salvo no caso de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. A jurisprudência do TCU condena a transferência à particular de atividades inerentes ao plexo de atribuições de órgãos e Entidades da Administração Pública, a exemplo da Decisão Plenária nº 25/2000, in verbis: “O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: (...) 8.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição e no art. 45, caput, da Lei nº 8.443/92, determinar (...) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, excluindo do contrato decorrente da Concorrência (...) os serviços auxiliares, correspondentes às atividades de Secretaria - Níveis I e II, Assistência Administrativa e Auxílio Administrativo, contrariando o que dispõe os §§ 1º e 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/97, que elenca as hipóteses em que é admitida a execução indireta de serviços; 8.3 determinar, ainda, ao Órgão que: a) nas futuras contratações de firma especializada para prestar serviços que estejam sendo terceirizados, observe as disposições do Decreto nº 2.271/97, de forma a não incluir atividades inerentes a categorias pertencentes a seu plano de cargos;” No mesmo sentido de vedar a terceirização irregular de atividades fins, os Acórdãos do Plenário nº 71/2003, 1.688/2003, 17/2004, 26/2005 e 253/2005, dentre outros. Uma decisão que assinala a firme resolução deste Tribunal em colocar termo final à terceirização irregular de mão-de-obra na Administração Pública Federal foi o Acórdão nº 1.520/2006-Plenário, em que o Tribunal fixou prazo para que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão promova a substituição gradual de trabalhadores terceirizados, em situação irregular, no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, mediante a troca dos terceirizados por servidores concursados. Acórdão 341/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator) (TCU, 2010, p. 205).

Excepcionam-se ao princípio da licitação os casos de dispensa e de inexigibilidade, dispostos nos art. 24 e 25 da Lei Geral de Licitações, respectivamente. Ressalte-se que, enquanto as hipóteses de dispensa de licitação (art. 24) são consideradas *numerus clausus*, dispondo exaustivamente de todos os casos em que é cabível, a inexigibilidade (art. 25) é *numerus apertus*, sendo possível conferir tal enquadramento sempre que a competição for inviável (JUSTEN FILHO, 2005, p. 233).⁸

⁸ Sob o ponto de vista lógico, a Lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa de licitação. É que a inexigibilidade é conceito que, sob ângulo teórico, antecede ao de dispensa. [...] Porém, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação “exigível”. É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de “dispensa” imposta por lei. Em termos práticos, isso significa que a Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa da licitação. Sob esse ângulo, a

A esse respeito, há o rol taxativo do art. 24, apontando que é dispensável a licitação que for enquadrada em um dos seus incisos, cujos principais dispositivos encontram-se relacionados abaixo (dispensa por valor – I e II; contratação emergencial – IV; certame anterior deserto – V; locação – X; e remanescente – XI):

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; [...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; [...]

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido [...] (BRASIL, 1993).

O art. 25 indica que é inexigível a licitação quando a competição for inviável e, para tanto, relaciona três hipóteses exemplificativas nos seus incisos:

inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei – logo, a ausência de previsão legislativa impede reconhecimento de dispensa de licitação (JUSTEN FILHO, 2005, p. 233).

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (BRASIL, 1993).

No ano de 2016 foi introduzido no ordenamento pátrio o Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, por meio da Lei nº 13.303/2016. Tal diploma veio atender ao mandamento do art. 173 da Constituição Federal, que assim estipula:

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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

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

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL, 2016).

Perceba-se que desde 1998, conforme a redação introduzida no §3º por meio da EC. nº 19/1998, a Carta Constitucional determinava a elaboração de lei específica a tratar de licitação no âmbito das Estatais.

A Lei nº 13.303/2016 manteve os principais dispositivos de dispensa e inexigibilidade de licitação, mencionados acima, e trouxe inúmeras inovações, dentre as quais se destacam:

- Majoração do limite máximo da dispensa por valor, sendo R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e compras, bem como para alienações (art. 29, I e II);
- Possibilidade de contratação simultânea (art. 46) e remuneração variável (art. 45);
- Inclusão de hipótese de inaplicabilidade de licitação, denominada de Oportunidade de Negócio (art. 28, §3º, III e §4º);
- Inclusão de uma nova forma de patrocínio, de inovação tecnológica (art. 27, §3º).

Certamente esses importantes instrumentos irão impactar no modelo de contratação das Estatais. Contudo, o pregão (art. 32, IV), continua sendo a modalidade licitatória preferencial para a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles produtos ou serviços “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (BRASIL, 2016).

2.8.3 Terceirização na Caixa Econômica Federal

Uma das vantagens trazidas pela terceirização, relacionada de forma unânime pela doutrina, é que ela permite à empresa focalizar seus esforços na sua atividade central (*core business*). Contudo, como já afirmado, definir o que é ou não uma competência central de determinada instituição é algo bastante difícil, senão inócuo.

Santos (2010, l. 14%) esclarece que recentemente tem-se visto a terceirização pelos bancos de atividades que até pouco tempo eram consideradas essencialmente bancárias, entre elas: processamento de dados, microfilmagem, atendimento, cobrança, compensação de cheque e transporte de valores. Verificou-se o surgimento de diversas parcerias estratégicas de instituições financeiras com correspondentes bancários. O Banco Postal, criado pelo Bradesco e pelos Correios, abre contas e concede crédito. Empresas varejistas também se enveredaram nesta parceria, a exemplo de Magazine Luíza com o Unibanco e Lojas Americanas com o Itaú.

Em que se pese tal observação, foi relacionado no TAC firmado entre a CEF e o MPT que:

Parágrafo Primeiro - São consideradas atividades-fim todas aquelas decorrentes dos objetivos sociais da CAIXA, previstas no artigo 5º do Decreto nº 5.056, de 29 de abril de 2004, publicado no Diário Oficial da União em 30 de abril de 2004, Estatuto da CAIXA (CAIXA, 2015, p. 12).

Seguindo tal exaçaõ, tem-se que, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 7.973, de 28 de março de 2013, que atualmente aprovou o Estatuto do Banco Público, para a CEF, são consideradas atividades-fim, entre outras:

- i. Receber depósitos;
- ii. Prestar serviços bancários, inclusive emitir e administrar cartões;
- iii. Administrar loterias federais e exercer o penhor com exclusividade;
- iv. Prestar serviços delegados pelo Governo Federal;
- v. Realizar operações nos mercados financeiro e de capitais;

- vi. Realizar operações de câmbio;
- vii. Fomentar a cultura e o turismo, inclusive mediante intermediação e apoio financeiro;
- viii. Atuar como agente financeiro dos programas de habitação e saneamento e principal órgão de execução da política habitacional e de saneamento do Governo Federal.
- ix. Administrar fundos e programa do Governo Federal, inclusive como agente operador e financeiro do FGTS
- x. Prestar serviços de assessoria, consultoria e gerenciamento de atividades econômicas, de políticas públicas, de previdência e de outras matérias relacionadas a sua área de atuação, diretamente ou mediante convênio ou consórcio com órgãos, entidades ou empresas;
- xi. Atuar em projetos e programas de cooperação técnica internacional para auxiliar na solução de problemas sociais e econômicos.

Ademais, nos termos do Decreto nº 2.271/1997, é permitido às Empresas Públicas, a exemplo da CEF, terceirizarem serviços considerados acessórios:

[...] serão terceirizadas pela Administração Pública, mediante execução indireta, atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações (BRASIL, 1997).

Necessário ressaltar que, durante a elaboração do presente trabalho, o Decreto nº 2.271/1997, que dispunha sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, Autárquica e Fundacional, foi revogado pelo Decreto nº 9.507/2018. Na redação do novo Decreto há uma diferenciação entre Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional e Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista controladas pela União, conforme se verifica:

Quadro 7 - Distinção de tratamento dado pelo Decreto nº 9.507/2018

Administração Direta, Autárquica e	Empresas Públicas e Sociedades de
------------------------------------	-----------------------------------

Fundacional	Economia Mista
<p>Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:</p> <p>I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;</p> <p>II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;</p> <p>III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e</p> <p>IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.</p> <p>§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.</p> <p>§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.</p>	<p>Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:</p> <p>I - caráter temporário do serviço;</p> <p>II - incremento temporário do volume de serviços;</p> <p>III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou</p> <p>IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.</p> <p>§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.</p> <p>§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.</p> <p>§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.</p> <p>§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.</p>

Percebe-se, então que, segundo o art. 3º, IV, para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional, continua sendo aplicada a regra anteriormente válida, qual seja, que é vedada a terceirização de atividades que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade.

Não obstante, para as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista controladas pela União, tal vedação pode não ser observada, excepcionalmente, quando contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, bem como quando ocorra uma das situações mencionadas nos incisos de I a IV. No inciso IV, sem dúvida o de conteúdo mais amplo e inovador, registra-se a possibilidade da terceirização de serviços, mesmo os atinentes às categorias constantes do plano de cargos e salários, quando houver impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se inserem.

Desta forma, até o momento e seguindo os padrões de mercado e a intenção de colocar foco em seu *core business*, a CEF hoje apenas delega a terceiros os serviços considerados complementares, mediante licitação, executando seu *mister* principal por meio de seus empregados concursados.

No presente estudo, os contratos de prestação de serviços terceirizados analisados se referem aos serviços assessórios de copeira, recepcionista e telefonista que, sob a ótica das novas legislações continuarão a ser licitados mediante pregão eletrônico por serem considerados serviços comuns.

No que se refere à atividade principal, *a priori*, ainda que superada a vedação de terceirização de atividade-fim pela Reforma Trabalhista, havendo carreira própria, o concurso público mostrava-se como obrigatório e impedia a terceirização. Entretanto, considerando o novo regramento dado pelo Decreto nº 9.507/2018 a situação tende a ser alterada. Certamente o debate ainda está longe de terminar porque, na análise de uma regra, sempre deve ser considerado todo o sistema jurídico pátrio, como se verifica da lição de Delgado e Delgado (2017):

A análise jurídica de qualquer diploma normativo e de qualquer norma jurídica no contexto de um sistema constitucional supõe e passa, evidentemente, pelo exame e compreensão da lógica desse sistema constitucional e de seus pilares fundamentais (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 21).

Assim, tem-se que não há dúvidas que nosso sistema jurídico atual permite a terceirização de atividades em geral na esfera privada, fato esse que não se pode afirmar na esfera pública, inclusive nas Estatais, considerando o princípio constitucional do concurso público.

2.9 Custo da Insegurança Jurídica

A ausência de regulamentação específica sobre terceirização, havida até 2017, fez com que o Poder Judiciário adotasse papel ativo na aplicação do instituto, o que culminou com o regramento encontrado na Súmula nº 331. O Ministério Público do Trabalho também adotou postura intervencionista, por meio dos TAC, como já vimos.

Certamente, a falta de um diploma legal indicando com clareza a aplicação e os limites do instituto implicou em aumento da insegurança jurídica e, conseqüentemente, um aumento do risco de passivos trabalhistas. Isso ocorreu porque a segurança jurídica, um direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pressupõe clareza e estabilidade do ordenamento jurídico. É o que se depreende da lição de Tavares (2012):

Como primeira “densificação” do princípio da segurança jurídica, tem-se: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as conseqüências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica.

Considero como central no âmbito da segurança jurídica o direito à estabilidade mínima da ordem jurídica, que é realizado em especial pela existência de cláusulas de eternidade na Constituição dotada de supremacia. A eternização dos direitos fundamentais positivados atende, em parte, àquele mínimo de continuidade (e identidade) da ordem jurídica vigente, apesar das constantes edições e revogações de atos normativos que se verificam em todos ordenamentos jurídicos em vigor. Pode-se afirmar que, assim como a segurança jurídica se projeta para o passado (irretroatividade das leis e das emendas à Constituição), ela também se lança para o futuro (com a pretensão de estabilidade mínima do Direito e com seus institutos destinados a alcançar esta finalidade, como cláusulas pétreas, usucapião etc.). Estabilidade não deve ser confundida, aqui, com estancamento do Direito. Não há e nunca houve um direito à petrificação da ordem jurídica vigente (TAVARES, 2012, I. 23%).

Assim, tem-se então que segurança jurídica se traduz “por uma norma jurídica estável, certa, previsível e calculável, não apenas no que tange às relações jurídicas

entre particulares, mas principalmente naquelas de que participa o Estado” (PINHEIRO, 2014, p. 152).

A esse respeito, e demonstrando a relevância do tema para o empresariado em geral, mostra-se relevante a análise dos fatores de riscos empresariais, divulgada em 2017 pela consultoria KPMG. Nessa pesquisa, realizada a partir dos dados divulgados por 236 empresas de capital aberto de diversos seguimentos, a KPMG identificou a presença do risco jurídico em 179 delas (76%), em 5º lugar entre os 25 tipos reportados (KPMG, 2017, p. 3). No mesmo sentido, Pinheiro (2014) retrata que, enfim, o empresariado voltou sua atenção para o quanto as questões judiciais impactam no custo das empresas:

Não faz muito tempo, o funcionamento da justiça era um tema de interesse restrito aos operadores do direito. Os empresários, em especial, focavam sua atenção na questão do câmbio, dos juros, do mercado e da produtividade. Quando muito, ouviam-se reclamações sobre a justiça do trabalho e a morosidade do Judiciário em geral (Pinheiro, 2000). Isso mudou dramaticamente nos últimos anos, com a justiça sendo percebida atualmente como um dos itens importantes que se somam para compor o chamado Custo Brasil. É sintomático, nesse sentido, que a Confederação Nacional da Indústria tenha incluído, entre os dez principais fatores-chave para a competitividade da indústria, a segurança jurídica (CNI, 2013) (PINHEIRO, 2014, p. 143).

Ademais, consoante lição de Pinheiro (2014), para que haja segurança jurídica, além das características já mencionadas (estabilidade, certeza e previsibilidade do ordenamento jurídico positivo), faz-se necessário ainda o “respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação, em especial pelo Judiciário” (PINHEIRO, 2014, p. 152). Para tanto, propõe que sejam respeitadas quatro dimensões da atuação da justiça:

- Informada, fiel e imparcial aplicação da lei pelos magistrados;
- A própria construção da norma, que ocorre quando o Judiciário interpreta as regras gerais e abstratas criadas pelo legislador, estabelecendo a jurisprudência por meio de um conjunto consistente de sentenças, acórdãos e outras decisões uniformes, ocorridas independentemente ao longo do tempo;
- Uniformidade da interpretação e aplicação da norma pelos diferentes tribunais; e
- Controle do arbítrio estatal, freando as ações da administração pública que vão contra a norma ou que sejam voltadas para rever, modificar ou invalidar seus atos pretéritos, enfatizando, nesses casos, o seu papel de protetora da previsibilidade e da não surpresa nas relações jurídicas. Atua o Judiciário, nesse caso, como guardião maior do princípio da segurança jurídica (PINHEIRO, 2014, p. 152).

Tendo em vista que o cenário de instabilidade (ausência de leis) gerou insegurança jurídica e que todo risco deve ser precificado, tem-se que a insegurança trouxe reflexo sobre os custos do trabalho. Esses custos podem ser segmentados da seguinte forma (CAVALCANTE, 2015):

- i. Pagamento pelo tempo trabalhado – salário, horas extras e adicionais diversos;
- ii. Benefícios pagos diretamente – férias, 13o salário, adicional de férias, participação nos lucros e resultados, auxílio alimentação e auxílio transporte;
- iii. Gastos previdenciários dos empregadores e outros tributos relacionados ao trabalho – contribuições patronais ao INSS e à previdência privada, contribuições ao FGTS, Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), indenizações rescisórias e passivos trabalhistas e tributos incidentes sobre a folha de pagamentos; e;
- iv. Custos de formação profissional e de serviços de bem-estar e custos do trabalho não classificados em outras rubricas – custos de treinamento e de gestão de recursos humanos. [...]

Conforme se pode observar, o terceiro bloco inclui os passivos trabalhistas e absorve – ao menos em tese – os custos associados à insegurança jurídica usualmente mencionados ao se analisar a legislação trabalhista do país (CAVALCANTE, 2015, 14).

Pinheiro (2014, p. 152-153) também relata que a insegurança jurídica aumenta o risco e os custos das transações econômicas, distorcendo em especial o sistema de preços e o custo dos negócios, além de desestimular investimentos. Ao passo que ao revés, em um ordenamento onde haja segurança jurídica, há um constante estímulo ao crescimento, por meio da redução dos custos de transação, do menor risco do investimento, da estabilidade das regras do jogo e, da maior competitividade das exportações.

Ações judiciais são caras, importam em custos com advogados e com o Judiciário, além de requererem o tempo e a atenção das partes (PINHEIRO, 2014, p. 153). Ainda assim, os resultados de litigar na justiça brasileira são quase sempre desastrosos:

Dessa forma, as pesquisas mostram que os empresários brasileiros avaliam o Judiciário como moroso (91% de avaliações como ruim), relativamente imparcial (25,6% de ruim e péssimo, contra 26,1% de bom e ótimo) e algo imprevisível nas suas decisões (41,5% de ruim e péssimo, contra 15% de bom e ótimo) (PINHEIRO, 2000 apud PINHEIRO, 2014, p. 154).

Não obstante, na prática, os serviços licitados possuem uma matriz regulamentada, para qual os empresários devem se atentar. Assim, o documento que norteia a repartição dos insumos contratados em decorrência de uma licitação pública, para composição da Planilha de Composição de Custos, encontra-se regulamentado no anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG.

Assim, o custo de um posto de trabalho decorrente de um certame licitatório, pode ser decomposto em cinco módulos (Quadro 8):

Quadro 8 - Quadro-Resumo do custo por empregado

Mão-de-obra vinculada à execução contratual (valor por empregado)	
A	Módulo 1 – Composição da remuneração
B	Módulo 2 – Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários
C	Módulo 3 – Provisão para Rescisão
D	Módulo 4 – Custo de Reposição do Profissional Ausente
E	Módulo 5 – Insumos Diversos
Subtotal (A + B + C + D + E)	
F	Módulo 5 – Custos indiretos, tributos e lucro
Valor total por empregado	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG.

Cada um desses módulos possui também sua subdivisão.

A remuneração é composta por: salário base, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, adicional noturno, hora noturna adicional, adicional de hora extra e outros da mesma natureza (Quadro 9). Os insumos que compõem a remuneração são fixados na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT):

Para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os que tiverem por base a alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida encontra-se amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, haja vista que esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes (TCU, 2010, p. 161).

Quadro 9 - Composição da remuneração

1	Composição da remuneração
A	Salário base

B	Adicional de periculosidade
C	Adicional de insalubridade
D	Adicional noturno
E	Adicional de hora noturna reduzida
F	Outros (especificar)
Valor total por empregado	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 1).

Os benefícios e encargos encontram-se subdivididos em: décimo terceiro, férias e adicional de férias; contribuições; e benefícios mensais e diários (Quadro 10).

Quadro 10 - Encargos e Benefícios Anuais, Mensais e Diários

2.1	13º (décimo terceiro) Salário, Férias e Adicional de Férias
A	13º (décimo terceiro) Salário
B	Férias e Adicional de Férias
2.2	GPS, FGTS e outras contribuições
A	INSS
B	Salário Educação
C	SAT
D	SESC ou SESI
E	SENAI – SENAC
F	SEBRAE
G	INCRA
H	FGTS
2.3	Benefícios Mensais e Diários
A	Transporte
B	Auxílio-Refeição/Alimentação
C	Assistência Médica e Familiar
D	Outros (especificar)
Total	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 2).

A provisão para rescisão envolve aviso prévio indenizado ou trabalhado, além das incidências sobre aqueles (Quadro 11).

Quadro 11 – Provisão para Rescisão

3	Provisão para Rescisão
A	Aviso Prévio Indenizado
B	Incidência do FGTS sobre o Aviso Prévio Indenizado
C	Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Indenizado
D	Aviso Prévio Trabalhado
E	Incidência de GPS, FGTS e outras contribuições sobre o Aviso Prévio Trabalhado
F	Multa do FGTS e contribuição social sobre o Aviso Prévio Trabalhado
Total	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 3).

O Custo de Reposição do Profissional Ausente encontra-se subdividido em dois submódulos, um para a substituição nas ausências legais e outro para a substituição na intrajornada, conforme registrado no Quadro 12.

Quadro 12 - Encargos sociais e trabalhistas

4.1	Substituto nas Ausências Legais
A	Substituto na cobertura de Férias
B	Substituto na cobertura de Ausências Legais
C	Substituto na cobertura de Licença-Paternidade
D	Substituto na cobertura de Ausência por acidente de trabalho
E	Substituto na cobertura de Afastamento Maternidade
F	Substituto na cobertura de Outras ausências (especificar)
4.2	Substituto na Intrajornada
A	Substituto na cobertura de intervalo para repouso ou alimentação
Total	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 4)

Os insumos diversos envolvem uniformes, materiais, equipamentos ou outros da mesma natureza (Quadro 13).

Quadro 13 – Insumos Diversos

5	Custos indiretos, tributos e lucro
A	Uniformes

B	Materiais
C	Equipamentos
D	Outros (especificar)
Total	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 5)

A planilha de Custos Indiretos, Tributo e Lucro é composta por esses três itens, ressaltando que se refere às três esferas de tributos (federal, estadual e municipal) e que dizem respeito aos valores por empregado (Quadro 14). De acordo com a Corte de Contas da União (TCU, 2010, p. 186), os custos indiretos são a “soma dos custos não relacionados diretamente com o empreendimento”, que nem sempre podem ser medidos com objetividade.

Quadro 14 - Custos indiretos, tributos e lucro

5	Custos indiretos, tributos e lucro
A	Custos indiretos
B	Lucro
C	Tributos:
C.1	Tributos federais
C.2	Tributos estaduais
C.3	Tributos municipais
Total	

Fonte: Anexo VII-D da IN/SLTI nº 05/2017 - MPOG (módulo 6)

Como visto, na medida em que nenhuma das planilhas apresentadas há item específico para o provisionamento do risco jurídico e, partindo do pressuposto de que este é existente e é precificado, faz-se necessário provisioná-lo em algum dos módulos suso mencionados.

Considerando que a maior parte dos insumos componentes do Quadro-Resumo do custo por empregado encontra-se disposta em lei por exemplo, encargos trabalhistas e tributos), ou em Convenção Coletiva de Trabalho (por exemplo, remuneração e benefícios pagos ao trabalhador), resta por evidente que tais despesas têm sido alocadas no módulo 6, em custos indiretos ou lucro, fato que se pretende abordar no capítulo 4 ao se analisar o resultado das entrevistas.

3 METODOLOGIA DE PESQUISA

A presente dissertação envolveu a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas com vistas ao alcance dos objetivos propostos. A pesquisa qualitativa foi realizada por meio de revisão bibliográfica e entrevistas, enquanto a pesquisa quantitativa se deu através da análise dos custos dos contratos da CEF. Assim, foram utilizados, no presente trabalho, tanto dados primários como secundários.

Na Revisão Bibliográfica foram analisadas doutrinas relacionadas às cadeiras de Direito, Administração de Empresas e Análise Econômica do Direito, nacional e estrangeira, bem como legislação aplicável ao tema.

Analisaram-se cento e vinte e uma Planilhas de Composição de Custo dos serviços terceirizados mantidos pela CEF de recepção, copeiragem e atendimento telefônico, já com os valores repactuados no ano de 2017. O universo amostral se deu em função dos contratos ativos existentes na data de fevereiro de 2018. O acesso aos processos administrativos onde se encontram as planilhas analisadas foi formalmente solicitado e autorizado pela CEF.

Nove desses contratos foram assinados com data posterior ao da vigência das novas normas, servindo de comparação com os custos verificados anteriormente.

Foram também entrevistados os gestores de dez empresas possuidoras de contratos ativos para prestação dos serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico, com o objetivo de recolher elementos sobre sua percepção a respeito da Reforma Trabalhista e das questões relacionadas ao instituto da terceirização. Embora as entrevistas tenham se limitado a gestores de empresas contratadas pela CEF, os resultados obtidos neste trabalho podem ser facilmente extrapolados, uma vez que esses prestadores de serviços atuam também em diversos outros órgãos das esferas Federal, Estadual e Municipal.

O roteiro que norteou as entrevistas está indicado no Quadro 15.

Quadro 15 - Roteiro de entrevista semiestruturada**Quesitos**

- Em quais estados o senhor(a) possui contratos em vigor?
- O(a) senhor(a) trabalha com terceirização de serviços há quanto tempo?
- Na sua opinião, quais são os principais problemas acerca da terceirização no Brasil?
- Existem muitos questionamentos judiciais por parte dos empregados da sua empresa? Quais são os principais?
- O(a) senhor(a) ouviu tomou ciência da publicação das novas legislações que surgiram no ano de 2017 com relação à terceirização: Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)?
- O(a) senhor(a) saberia dizer algo que tenha piorado e algo que tenha melhorado com a vigência das novas leis?
- O(a) senhor(a) entende que um maior ou menor risco judicial importa para a elaboração do preço do serviço (mais caro ou mais barato)?
- Alguma mudança trará impacto financeiro para sua empresa ou para o custo do seu serviço?
- O(a) senhor(a) crê que com as novas leis o risco jurídico vai aumentar ou diminuir?
- Com base em tudo que foi dito, o(a) senhor(a) poderia afirmar que o custo da prestação de serviços no seu ramo tende a aumentar ou diminuir?

Fonte: elaboração do autor

A escolha dos entrevistados se deu de modo a propiciar representatividade de todas as regiões do Brasil. O contato se deu via telefone, no mês de agosto de 2018, com o compromisso de anonimato do entrevistado.

4 RESULTADOS

Este capítulo encontra-se dividido em três seções e reúne os resultados obtidos a partir da análise das Planilhas de Composição de Custos dos contratos de recepção, copeiragem e telefonistas da CEF (seção 4.1), das entrevistas com gestores de empresas que atuam no ramo (seção 4.2) e da leitura do cenário prospectivo, pós-reforma, realizada por meio da doutrina e a partir do posicionamento de órgãos que atuam com Direito Trabalhista (seção 4.3).

4.1 Análise dos insumos que compõem o custo da prestação de serviços

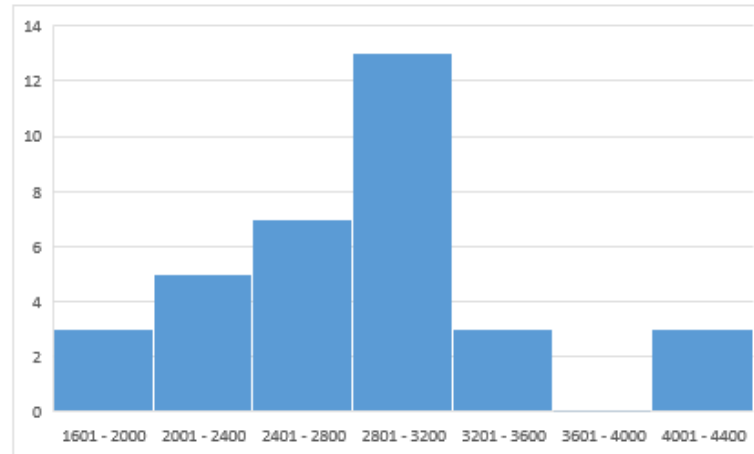
Para analisar os insumos que compõem o custo da prestação de serviços, foram analisadas 121 planilhas de composição de custos decorrentes de contratos mantidos pela CEF para contratação dos postos de recepcionistas, copeiras e telefonistas. Dessas planilhas analisadas, nove foram entregues em certames posteriores ao advento da Reforma Trabalhista. Todos os contratos analisados foram repactuados até 2017, de modo que estão atualizados na mesma base monetária, não sendo necessária a aplicação de índice de deflação.

As constatações observadas encontram-se nas subseções a seguir separadas por tipos de posto.

4.1.1 *Recepcionistas*

Foram analisadas as planilhas de composição de custo de 33 contratos da CEF de recepção (posto de 8 horas) assinados entre 2012 e 2017.

O custo médio do posto é de R\$ 2.815,92, com desvio padrão de R\$ 560,94, apresentando valor máximo de R\$ 4.193,07, no Distrito Federal, e mínimo de R\$ 1.696,93, no Espírito Santo. A distribuição por faixa de valores pode ser verificada no Gráfico 3:

Gráfico 3 - Histograma por faixa de valores (posto recepcionistas)

Fonte: elaboração do autor.

Os insumos médios verificados para a terceirização do serviço de recepcionista encontram-se dispostos na Tabela 2:

Tabela 2 - Custo Recepcionistas: insumos

Insumos	Valor (R\$)
Salário	1.108,24
Adicionais	99,30
Encargos Sociais e Trabalhistas	954,67
Benefícios mensais	369,82
Insumos diversos	25,00
Lucro do empresário	16,05
Despesas	29,31
Tributos	243,00
Total	2.815,92

Fonte: elaboração do autor.

Distribuídos por região do Brasil, tem-se os seguintes custos (Tabela 3):

Tabela 3 - Custo Recepcionistas: Regiões do Brasil

Região	Custo Total (R\$)
Norte	2.609,55
Nordeste	2.458,12
Centro Oeste	2.485,47

Sudeste	2.986,59
Sul	2.913,37

Fonte: elaboração do autor.

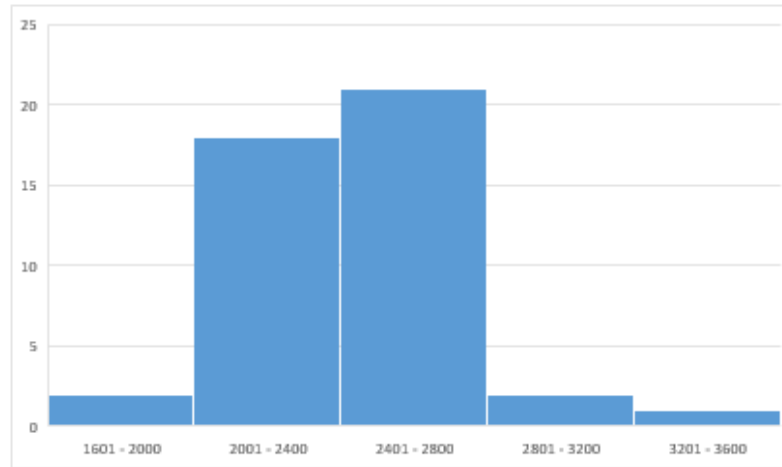
Não foi evidenciada significância estatística que demonstrasse redução de preços nos certames realizados após a Reforma Trabalhista. Foram três contratos assinados após o advento da Reforma Trabalhista (em 13/07/2017), com média de R\$ 2.817,21.

Da análise dos contratos de recepção da CEF evidencia-se que:

- i. mais de 67% dos contratos analisados distam até 20% do valor médio obtido;
- ii. a região do Brasil onde o valor do posto de trabalho é mais elevado é a Sudeste (aproximadamente 17,69% acima do valor pago no Nordeste);
- iii. os encargos sociais e trabalhistas equivalem a 33,9% do custo médio do posto de trabalho, enquanto os tributos correspondem a 8,63%;
- iv. o lucro médio do empresariado é de apenas 0,57% do valor médio do posto de trabalho, enquanto suas despesas correspondem a 1,04%.

4.1.2 Copeiras

Foram analisadas as planilhas de composição de custo de 45 contratos da CEF de copeiragem (posto de 8 horas), assinados entre 2013 e 2017. O custo médio do posto é de R\$ 2.434,78, com desvio padrão de R\$ 333,58, apresentando valor máximo de R\$ 3.506,42, no Distrito Federal, e mínimo de R\$1.644,78, no Mato Grosso. A distribuição por faixa de valores pode ser verificada no Gráfico 4:

Gráfico 4 - Histograma por faixa de valores (posto copeiras)

Fonte: elaboração do autor.

Os insumos médios verificados para a terceirização do serviço de copeiragem encontram-se dispostos na Tabela 4:

Tabela 4 - Custo Copeiras: Insumos

Insumos	Valor (R\$)
Salário	970,60
Adicionais	198,94
Encargos Sociais e Trabalhistas	946,17
Benefícios mensais	407,68
Insumos diversos	15,33
Lucro do empresário	23,17
Despesas	22,70
Tributos	206,89
Total	2.434,78

Fonte: elaboração do autor.

Distribuídos por região do Brasil, tem-se os seguintes custos (Tabela 5):

Tabela 5 - Custo Copeiras: Regiões do Brasil

Região	Custo Total (R\$)
Norte	2.391,74
Nordeste	2.162,18

Centro Oeste	2.477,07
Sudeste	2.463,21
Sul	2.714,69

Fonte: elaboração do autor.

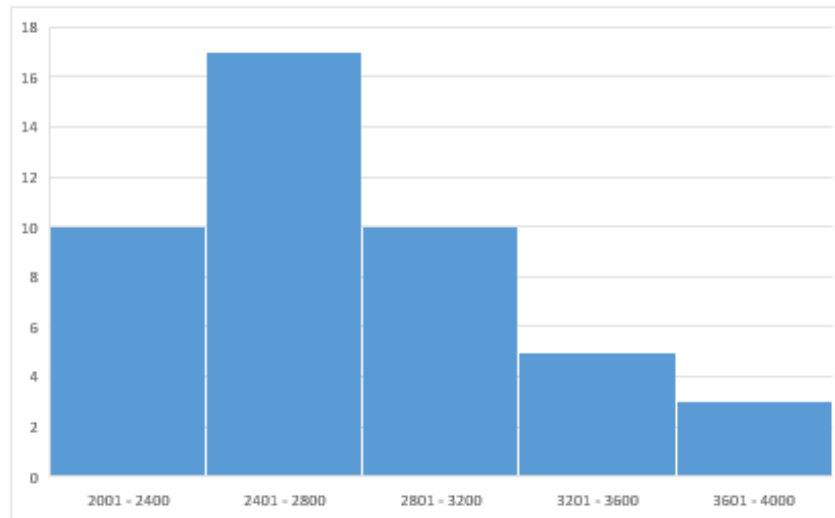
Não foi evidenciada significância estatística que demonstrasse redução de preços nos certames realizados após a Reforma Trabalhista. Foram três contratos assinados após o advento da Reforma Trabalhista (em 13/07/2017), com média de R\$2.617,71.

Da análise dos contratos de copeira da CEF evidencia-se que:

- i. mais de 93% dos contratos analisados distam até 20% do valor médio obtido;
- ii. a região do Brasil onde o valor do posto de trabalho é mais elevado é a Sul (aproximadamente 20,35% acima do valor pago no Nordeste);
- iii. os encargos sociais e trabalhistas equivalem a 38,86% do custo médio do posto de trabalho, enquanto tributos correspondem a 8,50%;
- iv. o lucro médio do empresariado é de apenas 0,95% do valor médio do posto de trabalho, enquanto suas despesas correspondem a 0,93%.

4.1.3 Telefonistas

Foram analisadas as planilhas de composição de custo de 43 contratos da CEF de Telefonista (posto de 6 horas), assinados entre 2012 e 2017. O custo médio do posto é de R\$ 2.748,76, com desvio padrão de R\$ 411,60, apresentando valor máximo de R\$ 3.841,85, em Minas Gerais, e mínimo de R\$ 2.095,47, na Paraíba. A distribuição por faixa de valores pode ser verificada no Gráfico 5:

Gráfico 5 - Histograma por faixa de valores (posto telefonistas)

Fonte: elaboração do autor.

Os insumos médios verificados para a terceirização do serviço de telefonista encontram-se dispostos na Tabela 6:

Tabela 6 - Custo Telefonistas: Insumos

Insumos	Valor (R\$)
Salário	1.185,16
Adicionais	347,74
Encargos Sociais e Trabalhistas	887,89
Benefícios mensais	262,26
Insumos diversos	18,32
Lucro do empresário	31,16
Despesas	51,42
Tributos	243,29
Total	2.748,76

Fonte: elaboração do autor

Distribuídos por região do Brasil, tem-se os seguintes custos (Tabela 7):

Tabela 7 - Custo Telefonistas: Regiões do Brasil

Região	Custo Total (R\$)
Norte	2.812,63

Nordeste	2.325,65
Centro Oeste	3.161,27
Sudeste	2.842,65
Sul	2.671,64

Fonte: elaboração do autor.

Não foi evidenciada significância estatística que demonstrasse redução de preços nos certames realizados após a Reforma Trabalhista. Foram três contratos assinados após o advento da Reforma Trabalhista (em 13/07/2017), com média de R\$2.658,13.

Da análise dos contratos de telefonista da CEF evidencia-se que:

- i. mais de 75,55% dos contratos analisados distam até 20% do valor médio obtido;
- ii. a região do Brasil onde o valor do posto de trabalho é mais elevado é a Centro Oeste, aproximadamente 26,43% acima do valor pago no Nordeste;
- iii. os encargos sociais e trabalhistas equivalem a 32,30% do custo médio do posto de trabalho, enquanto tributos correspondem a 8,85%;
- iv. o lucro médio do empresariado é de apenas 1,13% do valor médio do posto de trabalho, enquanto suas despesas correspondem a 1,87%.

Da análise das planilhas e números apresentados, verifica-se, portanto, que a região Nordeste invariavelmente possui o menor custo de mão-de-obra terceirizada, enquanto nas regiões Sudeste, Sul e Centro Oeste encontram-se os valores mais elevados, a depender do tipo de posto. Os encargos trabalhistas oneram o contrato em torno de 35%, enquanto os tributos correspondem a aproximadamente 8,6% do valor do posto. De maneira geral, o lucro do empresariado é bastante modesto: 0,57% por posto de recepcionista, 0,95% por posto de copeiras e 1,13% por posto de telefonista. De forma semelhante os valores alocados a título de despesas correspondem a um percentual baixo do custo do posto: 1,04%, 0,93% e 1,87%, respectivamente. Não se encontrou razão aparente para a oscilação constatada no lucro e nas despesas das empresas contratadas.

Ante ao exposto, constata-se que, da análise das planilhas de composição de custos, não é possível verificar, neste momento, qualquer redução no valor de remuneração dos postos de trabalhos terceirizados. Assim, foram realizadas entrevistas com gestores de empresas que prestam serviço nesse ramo de atuação para verificar se, na percepção de quem vivencia essa relação contratual, há uma expectativa em relação à Reforma Trabalhista.

4.2 Entrevistas

Conforme indicado no capítulo 3, foram realizadas entrevistas semiestruturadas com dez gestores de empresas que prestam serviços à CEF, conforme Tabela 8:

Tabela 8 - Relação de abrangência de atuação e experiência dos entrevistados

Empresa*	Estados onde possuem atualmente contratos ativos	Tempo de experiência do gestor entrevistado
A	TO, MA, PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA, DF, GO e MG (12 estados + DF)	8 anos
B	PE, AL, SE, BA, DF, GO, MG e SP (7 estados + DF)	21 anos
C	BA, DF, MG, SP, ES e RJ (5 estados + DF)	30 anos
D	AC, AM, RR, RO, AP, PA, TO, MA, RN, PB, PE, AL, SE, BA, MT, MS, DF, GO, MG, SP, ES, RJ, PR, SC e RS (24 estados + DF)	20 anos
E	MT, DF, GO, MG, SP e ES (5 estados + DF)	13 anos
F	PA, PI, RN, PE, AL, SE e BA (7 estados)	12 anos
G	DF	13 anos
H	AC, AM, RR, RO, AP e PA (6 estados)	4 anos
I	AC, AM, PA, TO, MA, PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA, MT, MS, DF, GO, MG, SP, ES, RJ, PR, SC e RS (23 estados + DF)	20 anos

Empresa*	Estados onde possuem atualmente contratos ativos	Tempo de experiência do gestor entrevistado
J	AP, PA, MA, BA, MG, SP, ES e PR (8 estados)	20 anos

* A identificação das empresas entrevistadas foi mantida em sigilo, mas todas prestam ou prestaram serviços terceirizados, de natureza continuada, à CEF e a outros órgãos do governo.

Fonte: elaboração do autor.

Conforme se verifica, foram abrangidas todas as regiões do Brasil e ouvidos gestores experientes, com média superior a 16 anos de trabalho nas áreas de atuação.

Todos os gestores consultados afirmaram ter tomado ciência das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista.

Os principais problemas apontados pelos entrevistados acerca do tema terceirização foram:

Excesso de proteção conferida às micro e pequenas empresas (MPE)

A Lei Complementar nº 123/2006, no que se refere ao empate ficto, estabelece que:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1 deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço (BRASIL, 2006).

Segundo quatro entrevistados, essas empresas, valendo-se da prerrogativa legal, ganham contratos que antes eram prestados por uma média ou grande empresa (MGE) com descontos que são por vezes de R\$ 0,01. Na grande maioria dos casos, elas quebram e a antiga prestadora é contratada de forma direta

(contratação remanescente).⁹ Quando isso ocorre, todos incorreram em custos desnecessários de rescisão e recontração dos trabalhadores.

Preços inexequíveis.

No meio dos profissionais que lidam com terceirização, diz-se que a empresa mergulhou no preço. Foi este problema também bastante relatado. A crítica foi dirigida tanto à empresa que, sem analisar a viabilidade do preço ajustado na Planilha de Composição de Custos, oferta valores desarrazoados e quebra durante a prestação dos serviços, como ao agente público que não declara o preço inexequível.

Sobre o tema, o TCU já se manifestou várias vezes, consolidando doutrina no seguinte sentido:

Para o segundo ponto, atinente ao entendimento de que a empresa vencedora da licitação deveria ser desclassificada por inexequibilidade de sua proposta, a questão merece melhor análise. Tenho para mim que o § 1º do artigo 48 do Estatuto das Licitações e Contratos, introduzido pela Lei nº 9.648/1998, estabelece somente um meio alternativo de o administrador público, na falta de condições de avaliar a viabilidade de uma proposta de preços, balizar matematicamente algo que possa ser tido como inexequível. Como ficção matemática, o recurso não tem o condão de depor a realidade, desde que esta esteja demonstrada tecnicamente. Basta, nesse sentido, notar que prevalece o comando geral do artigo 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, conforme se observa: “Art. 48. Serão desclassificadas: (...) II - propostas (...) com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo, consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% do menor dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, ou b) valor orçado pela Administração”. Assim, a presunção aritmética, ainda que própria de obras e serviços de engenharia, admite prova em contrário, quando, em razão do que dispõe o caput do dispositivo (em seu inciso II), a proposta mostrar-se exequível. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho defende opinião similar à exposta (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998. p.439): “A disciplina do § 1º torna a questão da exequibilidade sujeita a variáveis totalmente incontrolláveis, aleatórias e circunstanciais. Nem poderia ser de modo diferente, eis que o conceito de inexequibilidade deixa de referir-se a uma realidade econômica para transformar-se numa presunção. Não interessa determinar se uma proposta é ou não exequível, mas estabelecer padrões aritméticos para sua determinação. (...) Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do § 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de

⁹ Contratação Remanescente (Inc. XI): Essa hipótese pressupõe a realização de licitação anterior, de que resultou contratação que veio a ser rescindida pela Administração. Em vez de promover nova licitação a Administração poderá convocar os demais licitantes, na ordem de classificação, convidando-os a executar o remanescente (JUSTEN FILHO, 2005, p. 250).

apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto. Subordinar o direito do licitante à prévia impugnação ao orçamento apresentado é violar o princípio da isonomia. Todos os demais licitantes estariam advertidos de que um outro concorrente irá formular proposta de valor mais reduzido. Estaria comprometida a igualdade dos participantes. Por outro lado, seria um despropósito imaginar que a omissão ou silêncio dos licitantes tornaria válido orçamento excessivo ou desvinculado da realidade econômica. Por tais motivos, reputa-se cabível que o particular, ainda que não impugne o valor orçado, defenda a validade de proposta de valor reduzido, mas exequível.” Parece-me que a doutrina reproduzida amolda-se perfeitamente à situação ora em exame. Sob um primeiro aspecto porque o órgão promotor da licitação reconheceu a superestimação do valor orçado, que, em consonância com contratações anteriores, deveria estar próximo ao preço apresentado pela vencedora da licitação. Ao lado disso, porque, de acordo com a documentação fornecida pela empresa, onde ela indicou todos os custos inerentes ao encargo assumido, a viabilidade da proposta foi demonstrada perante o órgão contratante (fls. 77/80). Além de tudo, fica aparente a dificuldade de se calcular com acurácia o orçamento para serviços de manutenção, ainda mais no caso em tela, em que as licitantes poderiam definir suas equipes de trabalho e estimar o tempo efetivamente necessário para o desempenho do serviço. Nem por isso, todavia, deverá a Administração Pública prejudicar-se, atendendo a uma contratação desvantajosa. Ao invés, a flexibilidade do edital foi bem aproveitada, dado que a licitante vencedora comprometeu-se a prestar o serviço, por sua conta e risco, se a necessidade exigir tempo de trabalho maior que o estimado. Acórdão 85/2001 Plenário (Voto do Ministro Relator) (TCU, 2010, p. 519-520).

Tal problema foi também atribuído à falta de treinamento dos pregoeiros, que muitas vezes carecem de conhecimento técnico para analisar corretamente um balanço ou um parecer técnico, favorecendo empresas aventureiras no mercado.

Tributação de empresas enquadradas no regime de lucro presumido

A proibição de se incluir Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) na Planilha de Composição de Custos, para empresas que atuam sob regime tributário de lucro presumido, foi outro problema também muito citado.

De fato, a Corte de Contas da União tem entendimento consolidado quanto à proibição de que se faça constar CSLL e IRPJ nas planilhas de composição de custo das empresas tributadas sob lucro presumido, conforme se verifica:

Elabore e faça constar, como anexo do edital, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto a ser contratado, em atendimento aos art. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Deixe de consignar nos orçamentos básicos, nos formulários para proposta de preços e nas justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, parcelas relativas a gastos com reserva técnica e com os tributos IRPJ e CSLL, não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI ou em item específico da planilha. Deixe de incluir nos

demonstrativos de formação de preço parcelas relativas à CPMF, enquanto esse tributo não estiver em vigor, e efetue o cálculo dos valores pagos indevidamente no presente contrato, promovendo o devido ressarcimento ao erário. Acórdão 1453/2009 Plenário (TCU, 2010, p. 90).

Cumpra os incisos I e II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, fazendo constar no edital planilha com todos os preços unitários, todos os projetos e demais informações que assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes. Observe as orientações previstas no Acórdão 325/2007 Plenário, quanto aos componentes de Lucros e Despesas Indiretas - LDI, em especial, quanto aos seguintes aspectos: • tributos IRPJ e CSLL não devem integrar o cálculo do LDI, nem tampouco a planilha de custo direto, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassado à contratante; • itens Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização, visando a maior transparência, devem constar na planilha orçamentária e não no LDI; • exigência do detalhamento da composição do LDI e dos respectivos percentuais praticados, junto aos licitantes. Acórdão 1286/2007 Plenário (TCU, 2010, p. 94).

Favorecimento dos empregados

A parcialidade dos agentes do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e do Judiciário Trabalhista surgiu em 100% dos diálogos. Os entrevistados consideram que, no Brasil, há um total favorecimento dos empregados em detrimento dos empresários. Trata-se de afirmação sensível, retratando a percepção de apenas um dos lados da relação de trabalho, mas que foi uníssona nas entrevistas realizadas.

Pagamento e Repactuação de contratos

O atraso no pagamento pelos serviços prestados e a dificuldade para repactuar contratos foram apontados por 80% dos entrevistados, que alegam que o problema é maior nas esferas municipal e estadual, mas que também ocorre na esfera federal.

Segundo alguns entrevistados, muitos órgãos se valem da previsão do inciso XV, do art. 78 da Lei nº 8.666/1993, que trata de motivos para a rescisão contratual, para reter o valor do pagamento pelos serviços prestados por até 90 dias:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...]

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação (BRASIL, 1993).

Considerando que nos contratos de mão de obra dedicada há uma vinculação ao acordo ou convenção coletiva de trabalho, todos os anos deveria haver ao menos a reposição dos aumentos conferidos aos trabalhadores por meio de dissídio coletivo. Ocorre que, muitas das vezes, segundo alegam, a Administração demora ou nega os pedidos, trazendo desequilíbrio econômico-financeiro ao contrato.

Os entrevistados alegam que tais fatos fazem com que haja uma redução do fluxo de caixa das empresas, que muitas das vezes precisam recorrer a empréstimos bancários para cobrir tributos e a folha de pagamento.

Questionados quanto aos principais assuntos demandados por seus empregados ao Judiciário Trabalhista, mencionaram:

- i. Equiparação Salarial, motivada por desvios de função praticados pela Contratante ou por auxiliares que buscam igualdade de salário com o do profissional responsável;
- ii. Horas Extras; e
- iii. Adicionais de Periculosidade e Insalubridade.

No que se refere aos impactos advindos da Reforma Trabalhista, os entrevistados responderam que:

- i. A possibilidade de imputar honorários de sucumbência ao empregado foi o benefício mais citado, por mais de 70% dos entrevistados. Segundo os entrevistados já foi possível verificar uma redução entre 50% e 68% no número de novas ações. Um dos entrevistados exemplificou que recebia dez ações por trimestre e que agora tem recebido três. Segundo mencionado, a partir dessa alteração, os advogados dos reclamantes pensam mais profundamente acerca da real existência dos direitos pedidos, visto que seus clientes serão compelidos a pagar pela parcela denegada. Conforme verificado no Quadro 15, trata-se de alteração na regra da gratuidade de justiça, que agora, nos termos trazidos pela Reforma Trabalhista, prescinde de comprovação de salário igual ou inferior a 40% do limite máximo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Quadro 16 - Comparativo Gratuidade de Justiça

Regra anterior	Nova regra
<p>Súmula nº 463 do TST</p> <p>ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017</p> <p>I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);</p> <p>II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.</p>	<p>Art. 790, § 3º da CLT</p> <p>§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.</p>

Fonte: TST e CLT.

- ii. A relação de trabalho era muito engessada, pois muitas vezes o empregado não é necessário por oito horas diárias, mas só existia essa possibilidade de contratação. Agora não mais, pois é possível contratar até por hora trabalhada. Conforme se verifica no Quadro 17, referem-se à possibilidade de jornada intermitente, nova regra trazida pela Reforma Trabalhista.

Quadro 17 - Jornada Intermitente

<p>Nova regra</p>

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. [...]

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Fonte: CLT.

- iii. A permissão de terceirização de atividade-fim trará melhoria para a qualidade do serviço público, pois, de maneira geral, as empresas privadas, com sua visão empreendedora, prestam serviço com mais qualidade do que os agentes públicos. Trata-se de nova regra já abordada no Quadro 1.
- iv. A ausência de necessidade de homologação sindical no caso de rescisão do contrato de trabalho (art. 477 CLT) e o aumento dos requisitos de equiparação salarial também foram citados (art. 461 CLT), mas em menos de 30% das entrevistas.

Quadro 18 - Rescisão do Contrato de Trabalho e Equiparação Salarial

Regra anterior	Nova regra
Art. 477, §1º, da CLT - Rescisão § 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho firmado por empregado com mais de um ano de serviço só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.	Art. 477 da CLT - Rescisão Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.
Art. 461 da CLT - Equiparação	Art. 461 da CLT - Equiparação

<p>Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.</p> <p>§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.</p>	<p>Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.</p> <p>§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.</p>
--	---

Fonte: CLT.

Foi unanimidade, entre os gestores entrevistados, que as inovações legislativas vieram no sentido de reduzir o risco jurídico das relações decorrentes da prestação de serviços terceirizados. Não obstante, é pacífico entre eles também que as mudanças não serão sentidas de maneira imediata. Faz-se necessário um período de estabilização da jurisprudência, visto que todos os gestores mencionaram receio na aplicação dos novos institutos trazidos pela Reforma Trabalhista até que os juízes se posicionem. Isso ocorre porque há um evidente descredito por parte dos gestores na Justiça do Trabalho, acusada de favorecer os empregados. O prazo previsto de estabilização da jurisprudência verificado nas entrevistas variou bastante (entre um e vinte anos).

O reflexo financeiro decorrente da redução do risco jurídico suscitou opiniões divergentes. Todos concordam que, ao minimizar o risco, ao menos em tese, o custo de prestação de serviços deveria diminuir. Contudo o resultado apurado foi no seguinte sentido:

- i. Para 30% dos entrevistados, não há espaço para que a redução de risco seja refletida no custo. Isso se deve ao fato de que a margem de

lucro das empresas prestadoras de serviços terceirizados está reduzida ao máximo, devido à alta concorrência verificada nos certames licitatórios.

- ii. Para a maioria (70%), haverá uma redução nos custos de prestação de serviços. Argumentou-se que de fato há uma alta competitividade dentre as empresas que prestam serviços terceirizados para o governo e que não há campo específico para provisionamento do risco jurídico na Planilha de Composição de Custos. No entanto, foi também colocado que o custo da equipe jurídica (assim como dos processos judiciais) está alocado no item de despesas administrativas, que será reduzido se diminuírem o número de ações. Ademais, foi mencionado ainda que normalmente há contratos bons e contratos ruins (que geram muitos litígios), de modo que um contrato acaba compensando o outro. No que se refere ao custo permanente com despesa administrativa, o entrevistado da empresa I mencionou que há hoje uma equipe de 18 advogados dedicados a tratarem de reclamações trabalhistas.

Não obstante, mesmo tendo havido expressiva maioria no sentido de que haverá redução do custo da prestação de serviços, isto não deve ocorrer rapidamente. O mesmo argumento foi apresentado pelos entrevistados das empresas D e I, que prestam serviços em quase todo o território nacional, e mostrou-se bastante coerente. Segundo estes gestores, os trabalhadores terceirizados raramente acionam judicialmente as empresas enquanto estão com seus contratos de trabalho vigentes – fazendo-o apenas quando têm seus contratos rescindidos. O *turnover*¹⁰ dessas duas empresas são de 36 e 18 meses, respectivamente. Ademais, quando arguidos sobre quando será possível sentir o impacto das mudanças, os dois gestores estimam que em aproximadamente cinco anos, para a empresa D, e dois anos, para empresa I.¹¹

¹⁰ O termo “*turnover*” foi utilizado neste trabalho como o tempo médio de permanência dos empregados na empresa prestadora de serviços terceirizados.

¹¹ Os prazos mencionados refletem uma sensação dos dois gestores entrevistados, com base na experiência que ambos têm de mercado. Em uma das entrevistas foi mencionado que o prazo se deve também à prescrição bienal trabalhista.

Pelo exposto, verifica-se que a Reforma Trabalhista decerto não irá mitigar os problemas trazidos pelos gestores entrevistados. O regime protetivo das MPE encontra-se em legislação que não foi alterada, enquanto que a declaração de inexequibilidade de preços, a elaboração de repactuação e a ingerência dependem de atuação por parte dos agentes públicos, enquanto que a proibição de lançamento do CSLL e IRPJ encontra-se pacificada na doutrina do TCU. Não obstante, a pesquisa foi contundente quanto ao aspecto positivo das inovações trazidas pelo novo diploma legal no que se refere à redução do risco jurídico para as empresas prestadoras de serviço terceirizado.

4.3 Segurança jurídica no cenário pós Reforma

De maneira geral, a Reforma Trabalhista foi e tem sido duramente criticada pela imprensa, por doutrinadores de Direito do Trabalho e associações atuantes na Justiça do Trabalho. Em Nota Técnica apresentada ao Senado, quando a Reforma Trabalhista ainda era conhecida por Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38, de 2017, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em conjunto com outras entidades trabalhistas como a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), expressou seu inconformismo com as alterações:

[...] o texto do PLC 38/2017, em diversos aspectos, fere de morte direitos e garantias dos trabalhadores brasileiros assegurados na Constituição Federal, seja em seu aspecto material, onde teremos direitos trabalhistas constitucionais completamente esvaziados ou descumpridos, seja em seu aspecto processual, onde teremos a criação de inúmeros obstáculos de acesso à justiça pelo trabalhador que tem seus direitos descumpridos e/ou sonogados. [...]

O salário de trabalhadores terceirizados é 24% menor do que o dos empregados formais, segundo o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos). A terceirização também provoca desemprego, sendo seu índice de rotatividade no mercado de trabalho quase o dobro dos empregados diretamente contratados (33% x 64,4%). Terceirizados trabalham 3 horas a mais por semana, em média, do que contratados diretamente. Com mais trabalhadores fazendo jornadas maiores, deve cair o número de vagas em todos os setores. Se o processo fosse inverso e os terceirizados passassem a trabalhar o mesmo número de horas que os contratados, seriam criadas 882.959 novas vagas de emprego, segundo o Dieese. A terceirização também cria uma verdadeira fábrica de acidentados no Brasil. Os trabalhadores terceirizados são prejudicados porque as empresas de menor porte não têm as mesmas condições econômicas das grandes para garantirem segurança na atividade de trabalho. Além disso, elas recebem menos cobrança para manter um padrão de segurança e

saúde, equivalente ao seu porte. Na Petrobras, por exemplo, mais de 80% dos mortos em serviço entre 1995 e 2013 eram subcontratados. Os trabalhadores terceirizados são os que sofrem mais acidentes.

Atualmente, a terceirização é permitida em algumas atividades, especialmente em serviços de vigilância e limpeza e atividades-meio. O que o Projeto de Lei nº 38/2017 prevê é a possibilidade de terceirização ser utilizada largamente em qualquer contrato de trabalho, em qualquer atividade empresarial, e sem quaisquer garantias para os trabalhadores terceirizados, sobretudo de isonomia de direitos com o empregado da empresa tomadora de serviço, oficializando o tratamento discriminatório entre empregados diretos e terceirizados e atentando contra os princípios constitucionais da igualdade/isonomia e da não discriminação (artigos 3º, IV, 5º, caput, XLI, 7º, XXXII). Não se trata de modernização. Trata-se da retirada de direitos e de retrocesso. Nem a responsabilidade solidária é garantida a este trabalhador que, se sofrer calote, o que é muito normal dentre empresas terceirizadas, terá que acionar na Justiça do Trabalho primeiro sua empresa formalmente empregadora para só depois poder atingir o patrimônio da empresa tomadora dos seus serviços, o que, muitas vezes, demora anos.

Desta forma, a terceirização ilimitada afronta regras e princípios constitucionais, sobretudo os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da busca pelo pleno emprego (empregos de qualidade), da função social da propriedade, da igualdade e da isonomia (ao fomentar a discriminação entre trabalhadores diretamente contratados e terceirizados) e da justiça social.

Não obstante a inobservância desses princípios, a terceirização indiscriminada, ao causar alta rotatividade, diminuição de direitos, benefícios e de salários de uma maneira geral, a fragmentação sindical e um alto número de acidentes e mortes no trabalho, viola materialmente e esvazia inúmeros direitos previstos nos artigos 7º, 8º, 9º e 11 da Constituição, notadamente, o cumprimento de direitos básicos como salário mínimo, FGTS, aposentadoria, aviso prévio, 13º salário, que, ou são reduzidos ou são sonegados, pelos altos índices de calotes em trabalhadores, a liberdade sindical e o direito de greve, esvaziados com a fragmentação sindical causada pela terceirização, e a representação dos trabalhadores nas empresas, uma vez que, com a terceirização, serão cada vez menos as empresas com menos de 200 empregados, o que, com a redução da quantidade de empregados por empresa, acabará por impactar negativamente a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, em claro descumprimento também dos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 201, § 1º, 203, IV, e 227 (ANPT; ANAMATRA; ABRAT; SINAIT, 2017, p. 2-4 e 14-16).

Delgado e Delgado (2017), ao examinarem as modificações introduzidas (permissão de terceirização de atividade-fim e possibilidade de tratamento salarial diferenciado entre trabalhadores da prestadora e da tomadora de serviços) asseveram:

Essas duas modificações mais impactantes da Lei da Reforma Trabalhista — bastante afinadas, aliás, ao viés anti-humanístico e antissocial da nova legislação —, contudo, não podem prevalecer no contexto de uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica dos preceitos legais enfocados (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 209).

Aliás, como se percebe, Delgado e Delgado (2017) engrossam o coro daqueles insatisfeitos com a Reforma Trabalhista:

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais. Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo trabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva. Como síntese da marca anticivilizatória do novo diploma jurídico, serão apontados, nos três subitens abaixo, apenas para ilustração, alguns dos mais importantes aspectos brandidos pela Lei da Reforma Trabalhista — todos, lamentavelmente, na direção regressiva, excludente, desigual e segregacionista (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 39-40).

Percebe-se, dos argumentos acima verificados, que volta à tona uma antiga discussão sobre capital e trabalho, bem como sobre a dualidade entre patrão e empregado. Em vários momentos, a doutrina trabalhista tende a enquadrar a Reforma como precarização do trabalho. Trata-se de um novo cenário para uma antiga discussão. Afinal, pela simples aplicação do mecanismo oferta e demanda é possível garantir que o mercado irá se equilibrar de maneira automática e, assim, conservar a igualdade na distribuição de renda? Trata-se de uma discussão que remete ao debate sobre desigualdade registrado por Piketty (2013), para quem esse pretense equilíbrio não passa de uma simplificação que não se coaduna com a realidade fática:

A função de produção Cobb-Douglas tornou-se muito popular nos livros e cursos de economia após a Segunda Guerra Mundial (em especial, no livro de Paul Samuelson), em parte por boas razões, mas em parte também por motivos não tão nobres: sua simplicidade (os economistas apreciam as histórias simples, mesmo quando elas estão longe de ser exatas) e, sobretudo, o fato de a estabilidade da divisão capital-trabalho fornecer uma visão relativamente aprazível e harmoniosa da ordem social. Na verdade, essa estabilidade da participação do capital — supondo que seja válida — não garante a harmonia: ela pode perfeitamente se conjugar com uma desigualdade extrema e insustentável da propriedade do capital e da repartição das rendas. Ao contrário do que se acredita, a estabilidade da participação do capital na renda nacional não implica estabilidade da relação capital / renda, que pode assumir valores muito diferentes com o tempo e entre países, levando a fortes desequilíbrios internacionais na propriedade do capital.

O ponto sobre o qual devemos insistir aqui, porém, é que a realidade histórica é mais complexa do que a ideia de completa estabilidade da divisão capital-trabalho pode sugerir. A hipótese Cobb-Douglas às vezes é uma boa aproximação para certos subperíodos ou para alguns setores e constitui, em todos os casos, um ponto de partida útil para reflexão. Contudo, ela não dá conta de forma satisfatória da diversidade de trajetórias históricas observadas, como mostram os dados que reunimos (PIKETTY, 2013, p. 284).

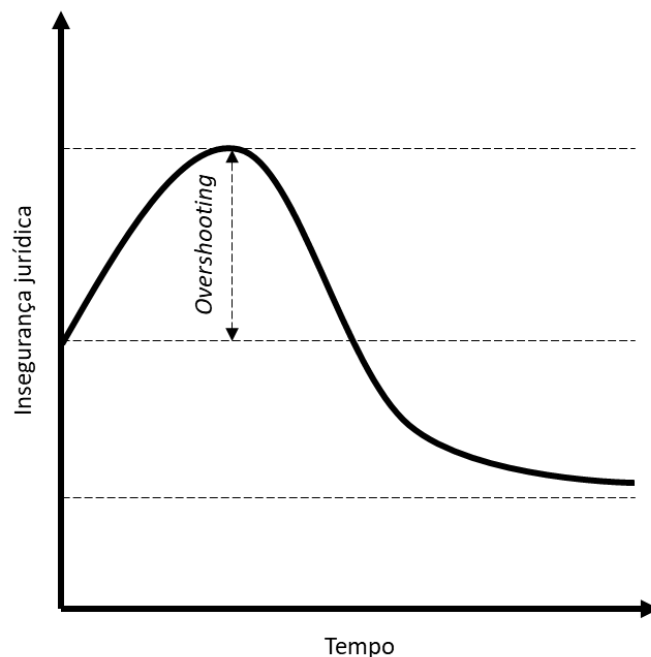
Não obstante, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão

geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou recentemente pela licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim.

A despeito da decisão do STF, que ratificou a validade da terceirização de atividade-fim, ante ao clamor por inconstitucionalidade de diversos trechos da nova legislação, possivelmente haverá no Brasil um alto nível de recursos judiciais contrários à Reforma, assim como ocorreu na Europa (seção 2.4). Ficou evidenciado que organizações que se encontram em posições distintas num processo trabalhista trilateral (advogados, MPT e magistrados) concordam em se posicionar contra as mudanças implementadas.

Conforme ficou explicitado nas entrevistas realizadas (seção 4.2), possivelmente haverá uma fase de aumento do risco jurídico, até que haja a estabilização da jurisprudência sobre o tema e que se possa verificar de fato o impacto definitivo da Reforma Trabalhista. Trata-se de um cenário parecido com a curva verificada no Gráfico 6:

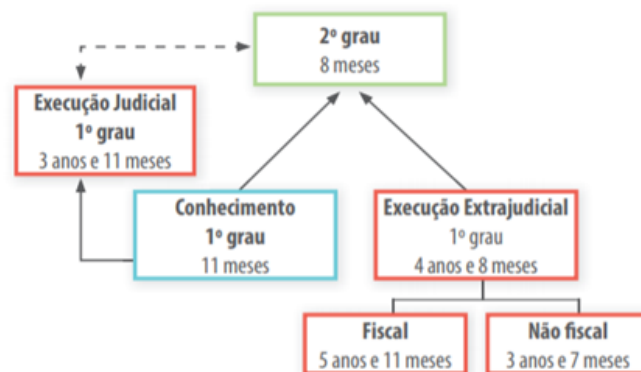
Gráfico 6 - Demonstração gráfica do período de instabilidade anterior à consolidação jurisprudencial



Fonte: elaboração do autor

O período de estabilização tende a demorar, visto que, segundo dados do CNJ, um processo trabalhista leva, em média, 11 meses no primeiro grau e 8 meses no segundo (Figura 2). Ademais, como visto nas entrevistas realizadas, o prazo tende a ser dilatado pelo tempo de *turnover* das empresas (algo entre 18 e 36 meses).

Figura 2 - Tempo médio do processo baixado na Justiça do Trabalho



Fonte: CNJ (2016)

Assim, considerando o início da vigência da Lei da Reforma Trabalhista em julho de 2017, faz-se premente aguardar o surgimento das primeiras controvérsias, que normalmente surgem após o término do contrato laboral (*turnover*), e computar o prazo processual de primeiro e segundo grau. Destarte, tendo em vista o relatado nas entrevistas e o tempo médio estimado pelo CNJ, os impactos são esperados entre 37 e 55 meses, ou seja, entre 2020 e 2022.

Ademais, em um ambiente de incerteza é natural que as partes estabeleçam salvaguardas contratuais objetivando a garantia de cumprimento do que se objetiva e procurando evitar comportamentos oportunistas. Ocorre que essas medidas não podem ser utilizadas em um nível que exceda a possibilidade de contratação via mercado. Caso isso ocorra, a melhor estratégia é contratação via integração vertical.

Considerando um nível de incerteza variável, as partes estabelecem salvaguardas contratuais conforme o caso. Supondo que uma dada transação (T) ocorra em determinado nível de incerteza (n), o custo de transação (CT) corresponde ao maior ou menor nível, considerando as salvaguardas (s) necessárias acrescidas para tanto.

Assim, quanto menor o nível de incerteza menores serão as salvaguardas e menor será o custo de transação. Contudo, importa avaliar se o custo de contratar via integração vertical possui um custo de transação menor, considerando que o nível de incerteza nessa hipótese é naturalmente menor, porquanto o padrão seja hierárquico.

Mantendo-se os parâmetros de deslocamento constantes, na presença de níveis baixos de especificidade de ativos, o mercado é a forma mais eficiente, tendo em vista que minimiza os custos de transação. Em sentido contrário, ou seja, quando os níveis de especificidade de ativos crescem, o mercado passa a não ser a forma mais eficiente, uma vez que os custos de monitoramento e gestão das transações aumentam, abrindo-se espaço para as configurações hierárquicas. (SANTOS, 2010)

Desta forma, considerando que um ambiente de incertezas leva as partes envolvidas a instituírem maior número de salvaguardas que, por sua vez, aumentam o custo de transação, num primeiro momento após a Reforma Trabalhista, é possível supor que não haverá redução dos valores pagos como remuneração à prestação de serviços terceirizados. Tais reflexos financeiros apenas serão efetivamente percebidos quando a incerteza reduzir e o mercado, sentindo essa estabilização e sendo naturalmente mais eficiente, conseguir revisar sua precificação.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho objetivou analisar os aspectos relacionados aos custos e à insegurança jurídica ligados à terceirização no Brasil buscando, em particular, discutir os impactos da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) nessas variáveis. A hipótese que norteou a elaboração do trabalho é que as inovações legislativas produzidas em 2017 podem contribuir para diminuir tanto a insegurança jurídica quanto o custo da prestação de serviços terceirizados no país. Para verificar essa hipótese, foram realizadas, inicialmente, revisões bibliográficas sobre a doutrina e a jurisprudência relativas ao tema. A análise empírica foi realizada com base *i)* nas planilhas de composição de custos de 121 contratos de prestação de serviços de recepção, copeiragem e atendimento telefônico mantidos pela Caixa Econômica Federal (CEF) entre 2013 e 2018 com empresas terceirizadas, dos quais nove foram assinados após as inovações legislativas mencionadas; e *ii)* em entrevistas semiestruturadas com dez gestores das empresas contratadas pela CEF, por meio das quais se buscou capturar sua percepção sobre os impactos do novo marco legal nos custos e na insegurança jurídica relacionados ao instituto da terceirização no Brasil.

Como verificado, o instituto da terceirização apenas veio a ser positivado no Brasil em 2017, o que ocasionou um grande ativismo judicial até então. A Lei nº 13.429/2017 trouxe a definição do instituto ao ordenamento pátrio, mas não avançou na sua regulamentação. Já a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) estipulou diversas regras que dividem opiniões, sendo acusada, de um lado, de promover a precarização do trabalho e, de outro, sendo defendida por aqueles que entendem que trouxe equilíbrio para a relação judicial e auxiliará na abertura de novas vagas de emprego, desonerando um pouco as empresas.

De fato, verificou-se que, com o novo regramento, o Brasil passou a acompanhar o padrão adotado nos demais países no que se refere à possibilidade de terceirização de atividade-fim, encerrando (em tese) essa infrutífera discussão. Não há dúvida que as empresas privadas, a exemplo da Honda e da DuPont podem agora terceirizar suas atividades-fim no país – decisão esta que não é simples e que não deve, no nosso entender, ser tomada pelo judiciário, mas sim por gestores, após

ponderar todos os prós e contras mencionados no capítulo 2 desta dissertação. Contudo, no que se refere à Administração Pública, provavelmente a discussão permanecerá acirrada, visto que, mesmo com a publicação Decreto nº 9.507/2018, haverá forte pressão por atendimento ao dever constitucional de realizar concurso público.

Na Análise Econômica do Direito, viu-se que, nas relações do trabalho, há um cenário de falha de mercado recorrentes, tendo o Estado o dever de normatizar o assunto e buscar, assim, a máxima eficiência e o bem-estar social. Demonstrou-se também que as regras anteriormente estabelecidas na CLT, durante toda sua vigência (74 anos) não lograram reduzir os conflitos entre empregado e empregador. Atrelando a análise realizada dos números do ICJBrasil com o resultado das entrevistas, tem-se a convicção de que, no próximo relatório produzido pela FGV, haverá uma redução no número dos processos trabalhistas, enfatizando maior equilíbrio também nessa esfera. Há quem diga que tal ajuste importa em cerceamento do acesso à justiça, mas como vimos, não se impediu de forma alguma o ingresso, apenas foi ampliado o risco para aqueles que litigavam sem estarem amparados em direitos robustos, de forma a balancear a relação.

Com base nas planilhas de composição de custos constatou-se que ainda não há evidência de que as inovações legislativas tenham impactado no preço da prestação de serviços à CEF. Verificou-se também que há grande variação de preços nas diferentes regiões do Brasil, o que culminou num desvio padrão dilatado. Não obstante, foi possível concluir que tanto o lucro como a margem de despesas do empresariado são bastante modestos, o que os levam a buscar cada vez maiores níveis de eficiência.

Verificou-se os muitos países que realizaram reformas semelhantes à ocorrida no Brasil e o estudo da OCDE citado na seção 2.4 apontou um cenário positivo na geração de empregos. Contudo, evidenciou-se que o risco jurídico existente, que seria combatido com a positivação do instituto, tende a aumentar num primeiro momento. Diversas associações de classes que atuam na Justiça do Trabalho, inclusive a própria Anamatra, expressaram seu descontentamento com as alterações que foram trazidas pela Reforma Trabalhista. Também alguns doutrinadores se insurgiram contra os ajustes, alegando precarização e retrocesso.

Esse embate judicial foi citado nas entrevistas como um dos maiores temores dos empresários ligados ao setor, que devem aguardar um período de estabilização, até que haja a aplicação plena das inovações trazidas ao cenário nacional. Os entrevistados consideram que, após o período de estabilização jurisprudencial, a redução do risco jurídico deverá impactar positivamente na redução do custo do serviço. Contudo, alguns entendem que essa melhora se refletirá na margem dos empresários, que alegam estar demasiadamente reduzida, e não será repassada ao contratante.

Conforme visto, possivelmente os Tribunais começarão a fixar nova jurisprudência num prazo de dois a quatro anos. Transcorrido esse prazo, os empresários terão mais confiança em começar a explorar as alterações atualmente vigentes e já terão realizados os ajustes necessários em seu aparelhamento de resposta às reclamações trabalhistas e provisionamentos de risco jurídico, de modo que as despesas tenderão a se reduzir e, enfim, a economia poderá ser repassada ao usuário final. Assim, concluiu-se que os reflexos das inovações legislativas devem ser verificados de maneira diferida, principalmente em decorrência do período para a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais pelas Cortes Superiores.

REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas – ABRAT; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT. NOTA TÉCNICA PLC 38/2017 – REFORMA TRABALHISTA ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ANTIJURIDICIDADE. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/NT_ANPT_ANAMATRA_ABRAT_SINAIT_Reforma-Trabalhista.pdf>. Acesso em: 01 set. 2018.

BACIC, Miguel Juan; SOUZA, Maria Carolina de Azevedo Ferreira de. Algumas reflexões quanto às decisões de terceirização considerando o custeio variável e o contexto relacional e estratégico. IX Congresso Brasileiro de Custos, 13 de Outubro de 2002. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/download/2763/2763>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BALTAR, Paulo E. de Andrade; BIAVASCHI, Magda Barros. *A TERCEIRIZAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO - Relatório científico final*. Campinas: FAPESP, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/918/669>>. Acesso em 24 jun. 2018.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. *Dilemas da atuação do poder judiciário: Ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. Paginação Irregular (Kindle).

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. *A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização*. Campinas: FAPESP, 2011. Disponível em: <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2018.

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*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. *Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências*. Disponível em: <[planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Enunciado nº 256, de 30 de setembro de 1986. *CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 24 jun. 2018

_____. 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: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. *Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Súmula nº 363, de 21 de novembro de 2003. *CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2018

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso

em: 24 jun. 2018.

_____. Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008. *Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.* Disponível em: <www.comprasgovernamentais.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018

_____. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. *Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Orientação Jurisprudencial – OJ nº 383, de 31 de maio de 2011 (2011a). *TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.* Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2018

_____. Súmula nº 331, de 31 de maio de 2011 (2011b). *CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.* Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2018

_____. Decreto nº 7.973, de 28 de março de 2013. *Aprova o Estatuto da Caixa Econômica Federal - CEF e dá outras providências.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 (2017a). *Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (2017b). *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.* Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 760.931 (2017c). Relator Ministro Luiz Fux. Publicação em 12 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de ação ajuizada pela PGR contra reforma trabalhista é suspenso por pedido de vista. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Publicação em 10 mai. 2018 (2018a). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378076&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018 (2018b). *Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela*

União. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua). Trimestre móvel: jun-jul-ago/2018. Divulgada em 28 set. 2018 (2018c). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 28 set. 2018

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. Ofício nº 003/2015/SUDEC/GEPES, de 03 de junho de 2015. Processo TC 014.748/2014-2 e Acórdão nº 2204/2015 – TCU – 1ª Câmara. Disponível em <www.contas.tcu.gov.br>. Acesso em 16 Jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Rubens Ferreira. *A terceirização no direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. *Custos do Trabalho: Uma Análise da Indústria Brasileira no Período 1996-2012*. Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. Rio de Janeiro: Campus, 2014.

Confederação Nacional da Indústria - CNI. *Terceirização: o imperativo das mudanças*. Brasília: CNI, 2014. Disponível em: <www.portaldaindustria.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Confederação Nacional da Indústria - CNI. *Terceirização: Principais pontos em debate no Brasil comparativamente à realidade de outros países*. Brasília: CNI, 2016. Disponível em: <www.portaldaindustria.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP. Relatório ICJ Brasil. 1º semestre 2017. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 28 set. 2018.

HEIKKILÄ, Jussi; CORDON, Carlos. Outsourcing: a core or non-core strategic management decision? *Wiley InterScience*, p. 183-192, 2002.

HINDLE, Tim. *The Economist Guide to Management Ideas and Gurus*. London: The Economist Newspaper, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005.

KPMG. *Gerenciamento de riscos Os principais fatores de risco apresentados pelas empresas abertas brasileiras*. 2017. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2017/09/br-estudo-gerenciamento-de-riscos-2017.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2017.

MACHADO, Sidnei. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA COMPARADA DAS REFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA. *Revista TST*. São Paulo, vol. 83, no 3, jul/set 2017, p. 239-250.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. Paginação Irregular (e-pub).

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2018. Não paginada. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 14 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. (2013). *Estudio de la OCDE sobre la reforma laboral 2012 en España: una evaluación preliminar*. OCDE, 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/els/emp/OCDE-EstudioSobreLaReformaLaboral-ResumenEjecutivo.pdf>>. Acesso em 01 set. 2018.

PIKETTY, Thomas. *O Capital: no século XXI*. Tradução de BOLLE, Monica Baumgarten de. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em <<books.scielo.org>>. Acesso em 28 set. 2018.

_____. a justiça e o custo brasil. São Paulo: REVISTA USP, nº 101, p. 141-158, março/abril/maio 2014. Disponível em: < www.revistas.usp.br>. Acesso em 26 set. 2018.

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

REZENDE, Karina Munari. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA (ART. 37, CAPUT, CF) E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF, DO STJ E DO TRF DA 4ª REGIÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. *Revista Virtual da AGU*. Brasília, a.V, n. 44, set. 2005. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/85644>. Acesso em 08 jul. 2018.

SAHA, Arpita. *Judicial Activism in India: A Necessary Evil*. Índia: National Law University, Jodhpur, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1156979>>. Acesso em 24 jun. 2018.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2010. Paginação Irregular (e-pub).

SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TABAK, Bejamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2014 (Texto para Discussão nº 157). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 1 set. 2018.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Norberto A.; TORRES, Marcelo G. *Terceirização - Um guia objetivo: A terceirização está se transformando em uma solução estratégica para o sucesso dos negócios!* São Paulo: Unicomm, 2016.

Tribunal de Contas da União - TCU. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. Brasília: TCU, 2010.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Um dossiê sobre Análise Econômica do Direito. *Revista Estudos Institucionais - REI/Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ*, p. 894-919, 2017.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Um dossiê sobre Análise Econômica do Direito. *Revista Estudos Institucionais - REI/Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ*, p. 894-919, 2017. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/227/157>>. Acesso em 7 set. 2018.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. *PRÓ-DEVEDOR OU PRÓ-CREDOR? MEDINDO O VIÉS DOS JUÍZES BRASILEIROS*. São Paulo: FEA-RP/USP, 2010. Disponível em: <https://www.fearp.usp.br/images/pesquisa/Anexos/Publicacoes/Textos_discussao/REC/2010/TD-E13-2010.pdf>. Acesso em 24 jun. 2018.