



**UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO  
FEDERAL:  
OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL DAS TERCEIRIZADAS  
TREINAREM SEUS FUNCIONÁRIOS**

MARGARETE GOMES DE OLIVEIRA SILVA

2005



UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

MARGARETE GOMES DE OLIVEIRA SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO  
FEDERAL:  
OBRIGATORIEDADE CONTRATUAL DAS TERCEIRIZADAS  
TREINAREM SEUS FUNCIONÁRIOS**

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

**Orientadora: Professora Ilana Trombka**

**Brasília - 2005**

A Deus, por me dar forças em conciliar  
minha vida particular e a busca de  
conhecimentos, pois “Quem provará o  
mistério que vem da Fé”.

Ao meu marido e filhos, por entenderem a  
minha ausência, sacrificando algumas horas  
do nosso convívio que dediquei à pós-  
graduação, pois “Quem tem amor na vida tem  
sorte”.

## AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos a todos aqueles que contribuíram indiretamente e diretamente para mais esta vitória, em especial, aos meus pais;

À minha querida irmã, por quem tenho uma grande admiração por sua luta e sua tolerância, admirando o quando é gentil e carinhosa, surpreendendo-me com seus bilhetes e mensagens amorosas ao celular;

Ao meu irmão que sempre demonstra orgulho quando sabe das minhas conquistas;

Às pessoas que não se deixam abater e que, diante das dificuldades, ressurgem bem mais fortes, como a minha anjinha Vander, Patrícia Gatti, Cláudia Bicalho, Joaquina (Vigo), Josias Wanzeller, Valdir, Elineide, Florzinha, Maurício, Vera Pinheiro, Selma, Mara (manicure), Odália, Zilmar (pelo seu grandioso coração), à Tonita, por sua força;

À Tia Zita, que é um grande exemplo de guerreira: aos 60 anos fez vestibular e está cursando o 6º semestre em medicina, mora em Ipatinga. Quando nos falamos ela me enche de alegria, pela sua garra e incentivo;

À Vó Maria que se foi há quase 2 anos. Quanta falta me faz, nunca conheci alguém igual: vaidosa, amava viver e não achava ninguém feio, todos eram lindos; quanto carinho demonstrava a mim, com certeza estaria orgulhosa a me prestigiar neste momento;

À Katherine, por sua fé e palavras de otimismo;

Aos meus colegas do curso, João Rios pela confiança em creditar seus textos a minha opinião, Socorro Chaar e Carlinha, pelo companheirismo e persistência;

Ao Paulo das Edições Técnicas: foi um companheiro nos trabalhos, seus conhecimentos engrandeceram os debates, lamentamos sua desistência;

À minha empregada Rita, sempre atenciosa vendo-me horas em frente aos livros, buscava saber se eu queria um chá, suco, sempre procurando nos agradar e nos receber com um largo sorriso;

Ao meu sobrinho-filho, Matheus, que também ao me ver preocupada com um trabalho ou prova, vem me acompanhar e pergunta: “como foi tia, você está bem?”

Aos meus colegas de trabalho que foram prestativos no momento que necessitei deles na busca de dados para o meu trabalho acadêmico: Dorita, Reynaldo e Wilson Carvalho por sua força;

Ao querido mestre Dr. Regis Fichtner, por todas as vezes que recorri por sua opinião, tendo me disponibilizado seus conhecimentos e seu tempo;

À Daiana por suas lembranças - as recebo com alegria;

À minha orientadora Ilana Trombka, por estar sempre disponível e prestativa;

À Reitora Vânia da Unilegis, por sua simplicidade e gentileza;

Ao professor Gazineo, que demonstrou domínio na síntese de seus conhecimentos que mereciam mais tempo diante da importância da matéria, ao Professor Paulo Henrique e ao Professor História do Parlamento;

À ex-funcionária da Unilegis, Luciana;

Às simpáticas e eficientes secretárias da Unilegis, Rosa e Fernanda;

Ao jornalista Washington Araújo pelo tempo e atenção a mim dispendidos;

À Glorita. Todos fazem parte deste brilho, e merecendo destaque, por ser a Glória em tê-los comigo.

## **RESUMO**

Este artigo aborda o advento da terceirização no âmbito da Administração Pública, que utiliza a contratação de terceiros para suprir as suas necessidades de pessoal, atendendo às áreas-meio das instituições. Tal advento serve para disponibilizar uma burocracia profissionalizada, provida de suporte na área-meio, agilizando os trabalhos com maquinário, tecnologia e pessoal treinado e reciclado para bem executar suas funções no que se refere às atividades-meio dos três poderes da União. Trata, ainda, a obrigatoriedade do cumprimento da cláusula contratual do treinamento dos recursos humanos terceirizados, de forma que esses atendam às demandas das atividades-meio nas instituições federais brasileiras, respaldando-se nas leis brasileiras que regem tal instituto. Visa, ainda, analisar a legislação que ordena a fiscalização dos contratos, no caso o papel do gestor de contratos. Dessa forma, este trabalho cuida da terceirização de serviços, e, especificamente, da gestão de contratos e suas atribuições.

## 1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem buscado suprir suas necessidades de mão-de-obra para a realização de atividades internas acessórias às atividades-fim, evitando inchar sua estrutura, procurando formas de atingir seus objetivos no sentido de não prejudicar o desempenho da área na qual atua, pois o poder público não pode terceirizar além da atividade de apoio, concentrando-se na atividade-fim.

No setor público, para identificar se a atividade terceirizada é fim ou meio, há necessidade de perquirir qual é a missão do Estado. Por que e para que existe e é mantido. A partir das missões do governo é possível caracterizar as atividades que são essenciais ou estratégicas, para o seu cumprimento e que, portanto, não devem ser terceirizadas.

Na administração pública opta-se por adotar a terceirização dos serviços em função da inexistência de concursos públicos, que ocorre devido a uma série de fatores, tais como: proibição pelo Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, ônus demasiado em executar concurso público para suprir poucas vagas, enfoque da atividade-fim a que se destina o órgão em detrimento da área-meio, que consiste em atividades em que não são essenciais à administração pública, porém básicas, entre outros.

Dessa forma, suprem-se as atividades básicas administrativas dos órgãos públicos com a adoção da terceirização, onde contratam-se empresas privadas que selecionam, treinam e arregimentam recursos humanos, cabendo à instituição supervisionar por meio de um servidor com a atribuição de gerir o contrato – o gestor do contrato.

Isto porque terceirizar é uma das criações da administração moderna que demandam maior vigilância e atenção. É necessário que ela fique a cargo de especialistas e que seja exercida por mão-de-obra treinada especificamente para cada tarefa. A terceirização, no atual cenário administrativo e econômico, deve provocar transformações que terão reflexos na política, pois gerará mudanças de postura, revisão da missão dos órgãos públicos, modernização da máquina administrativa.

Essa técnica tem sido utilizada com bastante frequência pela própria Administração Pública, apresentando grandes vantagens ao Estado, pois os subcontratados não irão gozar das prerrogativas do servidor público. Há casos em que os empregados terceirizados, exercem as mesmas tarefas do servidor público, porém, não terá o vínculo empregatício reconhecido com a administração, por afrontar a própria Constituição Federal, não podendo ser admitido, senão por concurso público.

A terceirização não deve ser vista como um meio de contratação de pessoal que funciona inconstantemente nas organizações, pois o Tribunal Superior do Trabalho delimita como lícita tão-somente àquela que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, livre de subordinação direta e de pessoalidade entre esta e o trabalhador.

O Governo Federal, ciente da necessidade de se buscar de recursos humanos para suprir as áreas que necessitam de pessoal para realizar as atividades-meio, normatizou tais contratações por meio do extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado, atualmente com atribuições incorporadas pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão.

Destaca-se que o processo de transformação do Estado tem sido um movimento constante na evolução da civilização e encontra-se em uma fase na qual as mudanças estão ocorrendo muito rapidamente, o que está levando ao surgimento de um novo conceito de Estado.

Esse novo Estado precisa dispor de uma burocracia profissionalizada e corrigir todas as distorções observadas para se tornar ágil e cumprir a sua função de contribuir para o bem-estar da população. A agilidade pressupõe de maquinário, tecnologia e pessoal treinado e reciclado, para bem executar as suas funções no que se refere às atividades-meio e às atividades-fim, dos três poderes da União.

Face ao exposto cabe esclarecer que este artigo aborda a obrigatoriedade do cumprimento da cláusula contratual do treinamento dos recursos humanos terceirizados, de forma que estes atendam às demandas das atividades-meio nas instituições federais brasileiras.

Destaca-se que a terceirização na economia brasileira é uma realidade na qual há necessidade de criar-se mecanismos que ajudem na sua exteriorização de forma a conciliar o desenvolvimento econômico e a preservação da ocupação do trabalhador.

Em última instância, este estudo visa identificar meios de cobrança da boa qualidade nos serviços prestados à Administração Pública, à semelhança do que ocorre com o Código de Defesa do Cidadão, na esfera civil, pois o Estado não pode se mostrar ausente ou irresponsável diante da má prestação de serviços por funcionários contratados, ainda que terceirizados. Caso ausente seja o Estado na sua função de servir, o cidadão deve cobrar do Ministério Público posicionamento voltado para efetivar o direito na Constituição consagrado, se não optar por ação judicial individual para obter tutela a seu favor.

Essa função de servir está diretamente ligada ao princípio da eficiência, que diz respeito à corrente verificação de as empresas de prestação de serviços não treinarem ou mesmo reciclarem os recursos humanos que destinam a servir a uma instituição governamental.

É nesse ponto que se insere o gestor de contratos, que é representado por um servidor efetivo da organização contratante, e que supervisionará a empresa contratada. Cabe ao gestor verificar se a empresa presta serviços a contento, se substitui funcionários nas férias e/ou licenças médicas e, principalmente, se esse pessoal é treinado e reciclado, após determinado tempo.

## 2 EMBASAMENTO TEÓRICO

### 2.1 Terceirização: conceitos e evolução

Denomina-se terceirização - ou *outsourcing*<sup>1</sup>, conforme ensina Giosa (1993, p. 30), “o vínculo que liga uma empresa a um terceiro, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo, com a finalidade de realizar tarefas coadjuvantes da atividade-fim da tomadora”. Esta é a técnica pela qual determinada organização desconcentra suas atividades, atribuindo a execução de funções secundárias a terceiras empresas, promovendo um enxugamento de sua estrutura operacional. Por vezes, a terceirização abrange vários setores da empresa, podendo consistir no fornecimento de matérias-primas, a prestação de serviços, a realização de obra ou fornecimento de produtos finais.

Conforme Cavalcante Junior (1996, p. 72) a terceirização é “também identificada como subcontratação (derivada do contrato de *sous-traitance* utilizado na França) e contrato de fornecimento”. O termo subcontratação é defendido por Robortella (1987, p. 240) sob o argumento de que se trata de uma “parceria entre empresas, onde cada uma se concentra na sua especialização, sem qualquer relação de subordinação entre elas.

A terceirização, como tendência econômica de reorganização da produção capitalista implica em alteração do modelo vigente de relação de emprego, quebrando a bipolarização de há muito conhecida.

Para Magano (1992, p. 2) o verbo terceirizar é utilizado para significar a entrega a terceiros de atividades não-essenciais da empresa. No mesmo sentido, posiciona-se Leiria (1991, p. 79), para o qual a terceirização é "...a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiro para suas atividades-meio", ou, ainda, como Costa (1994, p. 109), que a define como sendo o processo "...pelo qual a empresa tomadora contrata a empresa prestadora de serviço para executar uma tarefa que não esteja relacionada a seu objetivo principal."

Segundo Nóbrega (2001, internet), o terceiro é sempre uma pessoa jurídica, uma empresa de trabalho temporário, prestadora de serviços, comumente chamada de locatária ou contratada, denominação em função da empresa por à disposição do cliente a mão-de-obra que dispõe.



<sup>1</sup> Nota da autora: é o correspondente a terceirização na língua inglesa.

Os outros dois sujeitos desta relação triangular são a empresa tomadora e o empregado. A empresa tomadora é também chamada de locadora ou contratante, porque ela se socorre da força de trabalho (empregado) oferecida pela locatária ou contratada, sempre de maneira temporária. Ressalta-se que o tomador de serviços pode ser uma pessoa física ou jurídica, ao contrário do que acontece com a prestadora dos serviços que é sempre uma pessoa jurídica.

A prestadora de serviços poderá proporcionar algumas vantagens claras e objetivas determinadas pelas premissas de: serviço e pessoal de qualidade. Mudar o perfil organizacional, entregando para especialistas parte da atividade secundária.

Contratar uma empresa prestadora de serviços especializados de terceirização, capacitada, competente, idônea, com suporte financeiro, econômico e técnico é garantia de bons serviços para a administração pública.

Essa garantia de bons serviços é aliada à figura do empregado, que é a peça complementar desse processo, consistindo em um executor de tarefas, subordinado e submetido a horários e regras disciplinares, incumbindo-lhe os mesmos direitos e obrigações de qualquer contrato de trabalho.

Assim, a terceirização é o caminho da modernização, pois possibilita flexibilidade administrativa, maior eficiência gerencial, melhor relação custo-benefício e concentração nas atividades estratégicas da organização. Permite, ainda, o acompanhamento das mudanças tecnológicas, econômicas, políticas e sociais que orientam para a remuneração vinculada a resultados, a contratação de mão-de-obra qualificada e o cliente como centro das atenções.

O direito tem acompanhado a tendência da terceirização de serviços, contemplando todos os aspectos que dizem respeito tanto à execução das leis pelo Poder Legislativo quanto a sua aplicação pelo Poder Judiciário, sejam elas em qualquer ramificação que se inter-relaciona com a terceirização, regulamentando adequadamente a matéria. Assim, possibilitam as leis uma forma de demonstrar a importância de uma escolha criteriosa da prestadora de serviços, bem como de assegurar que contratos sejam bem redigidos, sob pena da contratante ter de arcar com as consequências decorrentes da falta de idoneidade do contratado, ou vice-versa.

Destaca-se que o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seu artigo 10, § 79, contém comando autorizador da contratação junto a terceiros de atividades acessórias de apoio ao desenvolvimento de atividades próprias da Administração. Trata-se de comando federal, de aplicação restrita à Administração Pública da União. Nessa ordem de idéias, o Decreto Federal nº 2.271, de 7 de julho de 1997, elenca, em seu artigo 19, § 19, de forma meramente exemplificativa, algumas atividades que se caracterizam como perfeitamente

terceirizáveis: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Os critérios para a contratação de serviços encontram-se definidos no Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que estabelece:

1. Não poderão ser objeto de execução indireta 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 (§ 2º, do art. 1º).

2. A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, que conterá, no mínimo:

I. justificativa da necessidade dos serviços;

II. relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III. demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (art. 2º).

3. O objeto da contratação será definido no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços (art. 3º).

Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados (§ 1º; art. 3º).

4. A administração indicará um gestor do contrato, que será responsável pelo acompanhamento e pela fiscalização da sua execução, procedendo ao registro das ocorrências e adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato (art. 6º).

A Lei nº 8.666, de 1993, instituidora de normas gerais em matéria de licitações e contratos administrativos, é também diploma legal autorizador da contratação junto a terceiros de serviços necessários ao desenvolvimento das atividades administrativas.

## **2.2 As experiências de terceirização no setor público**

No setor público, dadas as limitações próprias da forma de escolha do contratado, vinculada a um procedimento licitatório em que o menor preço é a regra, nos termos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a eleição do "parceiro" assume características peculiares.

A escolha pelo Poder Público de um verdadeiro "parceiro", de alguém que conjugando esforços será "sócio" no empreendimento é complicada e difícil. Na verdade, adotando a terceirização por meio de contrato, estará a Administração, como regra, escolhendo

um mero fornecedor de bens ou serviços, que realizará a prestação desejada pelo Poder Público em troca de uma remuneração.

Com exceção das hipóteses em que é possível a contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação, o decantado elemento diferenciador entre a nova terceirização e o velho contrato de fornecimento de bens e serviços, tão próprio do processo terceirizante empreendido pela iniciativa privada, não encontra eco no Poder Público.

Historicamente, ressalta-se que, conforme Salomo (2005, p. 18), “no direito romano existiam duas modalidades de locação de serviços”. A primeira denominada *locatio conductio operarum* referente à locação de serviços em geral, onde alguém prestava seus serviços, durante certo tempo, em troca de uma remuneração. Como esta forma foi, originariamente, ligada ao serviço escravo, o seu desenvolvimento foi pequeno no direito romano.

No Brasil, antes do advento da República, a "locação de serviços" era regulamentada por um emaranhado de leis, dependendo de situações específicas (se o locador era estrangeiro ou nacional havia leis esparsas; se a locação era comercial era regida pelo Código Comercial). Posteriormente, coube ao Código Civil de 1916 regulamentar a matéria nos arts. 1.216 a 1.236. O vigente Código trata da matéria nos arts. 593 a 609, sob o título "da prestação de serviço".

No entanto, várias das disposições sobre "locação de serviços" contidas no Código Civil Brasileiro de 1916 foram adaptadas do antigo Código Civil Português, que tratava sobre o serviço doméstico na seção I do capítulo denominado "do contrato de prestação de serviços". Aquele Código português apenas continha um artigo referente aos serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais (na seção IV, art. 1.409), cujo dispositivo apenas mencionava que os vencimentos destes profissionais seriam ajustados pelas partes, sendo que, na falta deste ajuste, deveriam ser arbitrados judicialmente de acordo com o costume da terra, com a reputação de quem prestou o serviço e às posses de quem o recebeu.

Atualmente, com pequenas adaptações, os arts. 1.224, 1.225 e 1.228 do CCB/1916 correspondem aos arts. 601, 602 e 603 do vigente Código Civil (Já o art. 1.233 do CCB/1916 sofreu alteração pelo art. 607 do vigente Código e o art. 1.226 do CCB/1916 foi excluído da vigente codificação).

Conforme Cavalcante Júnior (1996, p. 125), com relação às experiências de terceirização no setor público brasileiro, afirma que “a prática tem demonstrado que a execução direta de determinadas tarefas pelo

Poder Público é ineficaz, sendo oportuna a delegação ao particular que, com gastos menores, realizará um serviço de melhor qualidade e por um preço acessível para os usuários”.

Tais atividades são as consideradas atividades-meio, as quais, tanto no âmbito privado quanto no governo, podem ser alvo de contratações de terceiros para executá-las.

Para melhor entendimento deste artigo, faz-se necessária a distinção entre as atividades-fim e meio, a qual apóia-se na teoria esposada por Ramos (2001, p. 124) que afirma que se pode identificar “a existência de um núcleo composto por atividades essenciais a serem geridas pelo Poder Público: justiça, segurança interna (policciamento) e externa (Forças Armadas), atividades que implicam restrição a direitos (Poder de Polícia)”.

Tais atividades são denominadas como atividades-fim, que devem ser prioritariamente desempenhadas por servidores da união, dada a sua essencialidade, sendo que além de não admitir a delegação da gestão, não admite também a sua execução, enquanto todo harmônico, por particular para esse fim contratado.

Essas atividades, identificadas como o núcleo central do Estado, constituiriam, em um paralelo com o setor privado, a sua atividade-fim, não sendo passível de terceirização. Dessa forma, o administrador público tem em suas mãos uma gama enorme de tarefas ou missões de governo que pode repassar ao particular de modo a buscar um serviço menos oneroso e mais ágil para o usuário.

Conforme Ramos (2001, p. 124), “admissível é apenas e tão-somente o repasse de tarefas acessórias dessas atividades (como a limpeza de uma repartição policial, por exemplo) as atividades-meio, de caráter acessório, materialmente necessárias para que a Administração funcione”. São as atividades burocráticas de apoio, realizadas no âmbito interno das repartições públicas.

Ramos (2001, p. 126) também afirma que “é pertinente a discussão relativa à atividade-meio ou atividade-fim a partir de uma visão ampla do problema, tomando-se como parâmetro a totalidade das funções do Estado”. Assim, a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim mostra-se pertinente no direito administrativo, na medida em que é imprescindível discutir se a terceirização poderá atingir, no âmbito do Estado, as atividades que constituem o cerne de sua existência.

Quanto às atividades tidas como “terceirizáveis”, a execução material de atividades acessórias no setor público é, desde a edição do Decreto-lei nº 200/67, preferencialmente realizada mediante a contratação de terceiros. Nessa linha, a Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970, em seu artigo 3º, parágrafo único, já dispunha que “as atividades relacionadas com

transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, serão de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato".

Ramos (2001, 39) desenvolveu, em conseqüência, a idéia de que existiria um "conceito restrito" de atividade-fim, ligado àquilo que constitui o "cerne do negócio", que diferencia efetivamente dado bem ou serviço dos demais existentes no mercado.

Esse dado é decorrente da observação da realidade, em que se constata o processo terceirizante perfeitamente integrado e presente inclusive nas atividades-fim das empresas privadas ou das entidades públicas que adotam o modelo de terceirização.

No âmbito do serviço público, a Lei nº 8.666/93 que regulamenta as licitações e contratos, refere-se à contratação de serviços pela Administração Pública, definindo-os como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais (artigo 6º, II)".

Esse elenco é de caráter meramente exemplificativo, adotando a Administração os contratos terceirizados para executar uma série de atividades. A Lei n. 8.666/93, por exemplo, prevê no artigo 67, *caput*, a contratação de terceiros para assistir e subsidiar o Poder Público nos trabalhos de acompanhamento e fiscalização de obras.

Observa-se que os exemplos mais corriqueiros do dia-a-dia das repartições públicas são os contratos de limpeza e vigilância, fornecimento de refeições, impressão gráfica, transporte e manutenção de equipamentos, firmados com empresas centradas na execução dessas atividades.

### **2.3 O Contrato no contexto da terceirização**

A prestação de serviço, conforme Polônio (2000, p. 41) , "tem a natureza de um contrato bilateral, pelo qual uma parte se obriga para com a outra a prestar-lhe uma atividade lícita, material ou imaterial, mediante remuneração". Seu objeto é uma obrigação de fazer, ou

seja, a prestação de uma atividade lícita, não vedada pela lei e pelos seus costumes, oriunda da energia humana aproveitada por outrem.

Como leciona Orlando Gomes (*apud* Polonio, 2000, p. 41), como prestação de serviços *stricto sensu*, designa-se “o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração executando-o com independência técnica e sem subordinação hierárquica”.

Dessa forma, é um contrato consensual, que se aperfeiçoa com o simples acordo de vontade das partes, podendo ser provado por duas testemunhas, seja qual for seu valor.

Observa-se que se o prestador de serviço for contratado por tempo determinado, não poderá ausentar-se de seu serviço, nem pedir dispensa, sem justa causa, antes do vencimento do prazo contratual, sob pena de responder por perdas e danos, apesar de ter direito à remuneração vencida.

Polonio (2000, p. 41) ensina que o contrato de prestação de serviços extinguir-se-á “por justa causa, sem culpa de qualquer das partes, quando o prestador de serviço que tiver de exercer funções públicas, ou desempenhar obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço, achar-se inabilitado, por força maior, para cumprir o contrato, ou em caso de morte do contratante do serviço”. Nesse caso, o prestador de serviço terá direito de receber a remuneração vencida sem qualquer responsabilidade perante o contratante.

É por causar tantos problemas jurídicos que o contrato de terceirização encontra-se tão bem amparado no âmbito da justiça. Efig (2005, p. 59) afirma que “importante elemento na tutela contratual do Código de Defesa do Consumidor – CDC - é a relativa às garantias legais e contratuais”, sendo a primeira em relação: “decorrente do art. 50 e a segunda advinda do acordo entre as partes”.

Garante, assim, o diploma legal uma limitação à autonomia contratual de fornecedores e consumidores, tendo em vista ser este último a parte mais fraca da relação de consumo, podendo ser lesado, caso não se dê limites.

Ressalta-se que, com a vigência do CDC, o prestador de serviços no mercado de consumo caracterizado pela habitualidade e remuneração, assumiu a responsabilidade legal de prestar serviços de qualidade e adequação, revestidos todos seus atos de boa-fé, sob pena de responder objetivamente (com exceção dos profissionais liberais, cuja responsabilidade pessoal é subjetiva) por vício e fato do serviço, indenizando integralmente (patrimonial e

extrapatrimonialmente) o consumidor, de forma individual e coletiva e solidariamente com os demais integrantes da cadeia econômica.

De grande importância é a tutela do CDC em relação aos serviços. Contemplou, o diploma, elementos importantes como conceituação e responsabilização na ocorrência de danos, pressupondo com isso a qualidade de tais serviços, a necessidade de remuneração e a caracterização fundamental: objeto da relação de consumo.

Ainda que a tendência atual seja de maior demanda de serviços, inclusive no que se refere ao desfazimento de vínculo empregatício para tão somente prestação de serviços, questão pertinente será em relação à classificação dos serviços, no caso de serem estes disponíveis no mercado de consumo. E, ainda atendendo às disposições do CDC, incumbir-se-á o fornecedor de garantir os requisitos quanto à qualidade principalmente e os demais elementos advindos da prestação de serviço no âmbito do direito do consumidor.

As relações de consumo, objeto da tutela do Código de Defesa do Consumidor, compreendem relação jurídica entre consumidor e fornecedor (sujeitos), nos pólos da relação, tendo por objeto produto ou serviço de acordo com os conceitos da Lei 8.078/1990.

Filomeno (2001, p. 96) conceitua:

"relação de consumo configura-se em relação jurídica por excelência, pressupondo sempre três elementos, quais sejam, dois pólos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa-objeto desses interesses - que representa o terceiro elemento, e, consoante ao CDC, abrange produtos e serviços".

No que se refere aos sujeitos ou pólos das relações de consumo, pode-se dizer, acerca do consumidor, que este consiste no foco de proteção do CDC e por este motivo faz-se necessária conceituação acerca de tal elemento.

Na legislação européia, são consumidores as pessoas físicas e jurídicas. Entretanto, a tutela-proteção a este pólo da relação de consumo é reservada a pessoas físicas e morais.

A legislação brasileira especificamente destinada ao direito do consumidor (CDC), traz a seguinte definição: "Art. 2 - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". É importante ressaltar que a definição de consumidor é resultado de complementações a anteriores tentativas legislativas, como o Anteprojeto de Proteção ao Consumidor, elaborado pelo Ministério da Indústria e Comércio da época.

Conforme Efing (2005, p. 52), “a evolução da tutela nas relações de consumo é aparente também na maior abrangência de conceitos”. O conceito de consumidor, por exemplo, é tratado de forma mais abrangente dentro do próprio CDC, que estabeleceu extensões conceituais como nos casos dos arts. 2, parágrafo único, 17 e 29, a seguir, *in verbis*:

[...] Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.  
 Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.  
 [...] Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.  
 [...] Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Ressalta-se que equiparação, nos termos do art. 17 do CDC, é aquela para os fins de acidente de consumo (fato do produto e do serviço), isto é, a classificação como consumidor tem como principal critério a existência de dano sofrido a partir de acidente de consumo e não o fato de ser, o indivíduo, adquirente ou destinatário final.

O art. 29 do CDC refere-se às práticas tanto pré-contratuais como contratuais, destacando-se: oferta, publicidade, práticas comerciais abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados, proteção contratual, contratos de adesão etc. Isto é, todas as práticas contempladas nos arts. 30 a 44 e 46 a 54 do CDC (Capítulos V e VI).

Conforme Efing (2005, p. 60) “a partir do Estado social ocorreu o momento de destaque do serviço público, pois, a partir daí, inicia-se o processo de assistencialismo estatal”, Com a falência do Estado no provimento do suporte aos cidadãos, possibilitou-se o surgimento de uma nova ideologia e conseqüentemente um novo modelo de Estado: o neoliberalismo, ou ideologia neoliberal, tendo como valor principal a liberdade, especialmente a liberdade econômica.

Aborda-se o neoliberalismo neste artigo de modo a mostrar o foco dos trabalhos voltados à terceirização, pois conforme Efing (2005, p. 77): “Enfim, uma nova concepção de Estado passou a se estabelecer na pauta das discussões políticas, econômicas e jurídicas.”

Dessa forma, um Estado que tem seu papel redefinido, com redução da sua atuação direta, tanto na realização dos direitos sociais no plano que caracterizou o Estado de bem-estar, quanto na intervenção econômica. Ressalta-se, também, ser característica do Estado liberal a tendência do crescimento das desigualdades sociais (decorrente também do processo de

globalização), o que contribui para a consolidação de um sistema de administração estatal, a administração pública e, os serviços públicos.

## 2.4 Treinamento do terceirizado

O Estado precisa dispor de uma burocracia profissionalizada e corrigir todas as distorções observadas para se tornar ágil e cumprir a sua função de contribuir para o bem-estar da população. A agilidade pressupõe de maquinário, tecnologia e pessoal treinado e reciclado, para bem executar as suas funções no que se refere às atividades-meio e às atividades-fim, dos três poderes da União.

Destaca-se que todos os profissionais, quer atuem nas atividades-meio ou nas atividades-fim, devem ser treinados. O treinamento se caracteriza por ser um processo educacional que visa gerar mudanças no comportamento profissional, envolvendo a transmissão de informações, desenvolvimento de habilidades, de atitudes e de conceitos.

**Para Braga (1998, p. 44) “a terceirização permite à contratante transferir a questão do treinamento ao terceirizador, que está em uma melhor posição de selecionar, treinar e gerenciar pessoal especializado”; após o ingresso do empregado na empresa, o treinamento poderá ser realizado no local de trabalho ou fora dele, mas o importante é que ele deve guardar estreita relação com as necessidades da empresa e com o processo de mudança natural que surge com o seu crescimento.**

Usualmente, os contratos de terceirização de serviços prevêm a obrigação contratual da concessionária em treinar os funcionários. O descumprimento de tal obrigação gera a Ação Civil Reparatória por inadimplemento da obrigação contratual.

Acaso constando cláusula de treinamento no contrato entre a instituição e a terceirizadora, ocorrerão os vícios, onde Efig (2005, p. 59) afirma que, no que estes ocorrem “quando a atividade desenvolvida pelo fornecedor não está de acordo com o ajuste feito entre o consumidor e ele e, assim sendo, é frustrada a tentativa de suprimento da necessidade do consumidor”. A caracterização de vício do serviço advém de dois possíveis motivos, quais sejam: impossibilidade ou mau cumprimento do serviço.

A responsabilidade do fornecedor quando decorrer vício do serviço é, geralmente, de caráter objetivo. Nesse sentido, apresenta o art. 20 do CDC as situações de ocorrência do vício (impróprios para consumo, díspares em relação às indicações, ou ainda na ocorrência de diminuição do valor) e apresenta também as possibilidades de reparação do dano nos incisos I, II e III sendo de escolha do consumidor a forma pela qual o dano será reparado.

De uma forma geral, a questão da responsabilidade por imperfeições em produtos ou serviços consta a partir do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O CDC adota também o sistema de responsabilidade solidária. Dentro de toda cadeia de fornecimento (no caso de fato ou vício do serviço) e na ocorrência de dano ao consumidor, respondem solidariamente todos os fornecedores de acordo com os seguintes artigos do CDC: art. 7, parágrafo único, ("tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão..."); art. 12 (citando diversos tipos de fornecedores e o tipo de fornecimento - produto e serviço); art. 13 (referindo-se à responsabilidade do comerciante); art. 18 (referindo-se à responsabilidade de fornecedores de produtos duráveis ou não duráveis) e; art. 25, § 1 (referindo-se expressamente à responsabilidade solidária dos fornecedores).

Conforme Efig (2005, p. 59), "devidamente indenizado o consumidor, por um dos fornecedores, pode o último utilizar-se de ação de regresso contra os demais". A ação de regresso pode ser proposta de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 13 e no art. 88 do CDC, desde que o consumidor já tenha sido indenizado pelos danos do produto ou serviço, aquele fornecedor que respondeu sozinho por tal imperfeição pode propor ação para apurar a parcela de "culpa" de cada fornecedor, para assim ser ressarcido por estes.

O direito de regresso bem como a responsabilidade (de acordo com art. 22 do CDC) ocorre também em relação a empresas (públicas ou privadas) fornecedoras de serviços

essenciais (fornecimento de água, energia elétrica etc.), tendo em vista a ocorrência de danos ou não fornecimento. No que se refere a este tipo de serviço e à cobrança dos débitos do consumidor, dispõe o art. 42 do CDC acerca da impossibilidade de constrangimento do mesmo e da cobrança excessiva (parágrafo único). Há, portanto, de acordo com CDC e CF/1988 na ocorrência de danos, não fornecimento e cobrança de forma inadequada, responsabilização também dos fornecedores de serviços ininterruptos.

## 2.5 Os fundamentos da boa-fé objetiva e da confiança negocial

Cumpra observar que tanto o dano “pré” quanto “pós-contratual”, geralmente, decorrem não de violação de obrigação principal do contrato, mas de um dever de conduta imanente à figura dos sujeitos do contrato, pautado no princípio da boa-fé. Nesse sentido, é a cláusula geral inserta no novo Código Civil:

Art.422: "Os contratantes são obrigados guardar, assim na conclusão do contrato, como em, sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

O princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração com o outro sujeito da relação. Isso pode ocorrer já no momento das tratativas ou mesmo após a rescisão do contrato. A propósito, Noronha (2005, internet) leciona:

A parte que nas negociações preliminares procede deslealmente viola deveres que são impostos pelo princípio da boa-fé objetiva e que impõe a não-interrupção injustificada das tratativas, a informação leal, o sigilo quanto a informações recebidas da contraparte e, em geral, a não indução desta em erro. Essa violação impede algumas vezes a realização do negócio; outras, justificam que este venha a ser invalidado. Tanto num caso como no outro, quando a outra parte, com o propósito de se preparar para cumprir o esperado contrato, tiver sido levada a realizar despesas (seja com estudos, projetos e pesquisas, seja até com a aquisição de máquinas específicas ou de elevada quantidade de matéria-prima), ou a abster-se de contratar com outras pessoas, ou mesmo a deixar de realizar outros negócios, terá de ser indenizada.

A indenização decorrente da quebra das tratativas é integral (*restitutio in integrum* - art. 944 do Código Civil brasileiro - CC), porém não atende ao interesse do suposto contrato positivo e válido, vez que não se trata de indenizar o valor total do prejuízo oriundo das sucessivas prestações havidas caso a execução do contrato fosse ultimada. Ao contrário, a reparação do dano pré-contratual atende aos interesses negativos, o que vale dizer: as despesas e prejuízos relativos à frustração da formação do contrato. Importante trazer a distinção feita por Fischer (2005, p. 45):

Quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico válido, pois reclama, pelo contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou impossível ou perdeu todo o interesse por ele, exija outro objeto, subsidiário da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico válido e perfeito. Por interesse contratual negativo entende-se, ao invés, aquele que se deixa invocar, para efeitos de indenização, a quem confiou na validade dum negócio que no fim de contas vem a ser nulo, quer em consequência de vício original quer por causas posteriores.

Dessa forma, por interesse contratual positivo, compreendem-se todas as conseqüências da ineficácia de um contrato supostamente válido, enquanto que por interesse contratual negativo se entende o prejuízo com as despesas e a oportunidade imediata que deixou de se ultimar (perda de uma chance) em face da frustrada quebra ou vício do contrato por uma das partes.

O fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual é a confiança negocial que tenta harmonizar o comportamento das partes, solucionando eventual conflito entre a vontade e a declaração manifestada.

Conforme Salomo (2005, p. 18), “no campo contratual há um dever determinado e aceito pelas partes e a quebra do contrato implica, por si só, a culpa presumida em virtude do inadimplemento (culpa *in contrahendo*), que ocorre quando uma delas procede de forma a convencer a outra da seriedade das tratativas”.

Nesse caso, complementa Pereira (apud Salomo, 2005, p. 18), a parte que segue o contrário e “adota medidas tendentes à contratação, efetua despesas, assume compromissos com terceiros, age no propósito aparente que vai ser firmado o contrato, e, não obstante tudo isto, retira-se injustificadamente das negociações, causando um dano à outra parte”, devendo então responder por perdas e danos em face de seu proceder culposos.

Conforme Salomo (2005, p. 18), um dos princípios básicos do direito contratual é a autonomia da vontade segundo a qual as convenções têm valor de lei entre as - partes. “Isto significa dizer que as partes contratantes têm liberdade de estabelecer o conteúdo das cláusulas contratuais. Contudo, essa liberdade contratual sofreu várias restrições de ordem pública, principalmente em função do interesse social e do eventual desequilíbrio existente na relação contratual.”

Aliás, seguindo esse pensamento, o inciso III, do art. 4º, do CDC, estabelece como um dos princípios o de “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” .

Desse modo, com a finalidade de restringir a autonomia da vontade, os arts. 46 a 54, do CDC, estabelecem normas gerais de proteção contratual, inclusive no tocante à enumeração exemplificativa das cláusulas consideradas abusivas (art. 51).

Na proteção ao consumidor, o reequilíbrio contratual vem a *posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da vontade, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.

A princípio, deve-se ter em mente que a precípua finalidade do art. 51 do CDC é o de estabelecer uma proteção mínima ao consumidor contra cláusulas abusivas preparadas pelo fornecedor (cuja proteção está inserida, inclusive, nos direitos previstos no inciso IV do art. 6º do CDC).

Assim sendo, em síntese, na elaboração de um contrato de prestação de serviço, a preocupação básica do advogado deve ser que as cláusulas tenham uma redação clara, objetiva e com equilíbrio das prestações pactuadas, demonstrando assim, a predisposição da boa-fé das partes envolvidas.

Na cláusula do objeto de um contrato de prestação de serviço, as partes devem evidenciar de modo claro e preciso quais as determinações de seus interesses, ou seja, a finalidade do contrato. Dessa maneira, nesta cláusula deve ficar clara qual a obrigação de fazer do contratado (fornecedor), motivo pelo qual não se deve prever uma: condição puramente potestativa, isto é, aquela que fica a exclusivo arbítrio ou capricho de uma das partes.

## 2.6 A Responsabilidade do Tomador de Serviços

A Lei 8.666/1993, denominada a Lei das Licitações, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, sendo bastante incisiva em seu capítulo II (Dos Contratos), Seção 1, *in verbis*:

### **CAPÍTULO III DOS CONTRATOS**

Art. 54 - Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

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

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

Com relação à execução dos contratos, o art. 66 dessa mesma Lei preconiza que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma delas conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

Dessa forma, o regime do direito administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato, artigo 58, inciso III da Lei 8.666/93, o Artigo 67 da mesma lei estabelece a forma que deverá ocorrer a fiscalização, *in verbis*:

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

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

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes." Os dispositivos devem ser interpretados no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela, trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor consecutar o interesse público.

Incumbe ao agente da Administração acompanhar o desenvolvimento da atividade do particular, anotando as ocorrências relevantes e documentando eventuais equívocos a serem corrigidos. O agente administrativo não disporá de faculdade de intervenção, devendo apenas transmitir suas anotações às autoridades competentes, às quais competirá adotar as providências adequadas.”

Como já referenciado, esta execução deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração – o gestor, A gestão de contratos é função obrigatória, por força de lei, na administração pública, conforme dispõe o artigo 67 da Lei de Licitações, inciso § 1º, deve:

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

Dessa forma, a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

**Enquanto o governo, como detentor de poder de concessão, é responsável pela garantia da prestação de serviço perante os usuários, a delegação desses serviços a um terceiro e a exigência de padrões de qualidade e de alcance de metas configuram-no como cliente, ainda que não exatamente como consumidor.**

**Conforme Leiria (1998, p. 80), “o gestor de contratos assume uma postura empresarial: com a contratação de serviços (terceirização), ele passa a ser peça-chave da organização, cujo perfil é de domínio da organização, conhecimento do mercado, habilidade de negociação, conhecimento de custos e ética”.**

Por definição, o gestor de contratos deve realizar a atividade gerencial voltada para otimizar os contratos sob sua responsabilidade. Considerem-se as atividades ligadas à função gerencial: planejamento, organização, comando, coordenação e controle-fiscalização, bem como o verdadeiro sentido dos contratos-relações obrigacionais vinculantes entre partes – e chega-se à seguinte definição para o trabalho de gestão de contratos: consiste na atividade de planejar, organizar, comandar, coordenar e controlar-fiscalizar as relações obrigacionais vinculantes firmadas com os terceiros, fornecedores de bens ou serviços.

**Infelizmente, algumas organizações integradas à administração pública, no intuito de respeitar as regras legais, após firmarem seus contratos, saem à procura de um responsável interno que será nomeado gestor (fiscal) do instrumento, incumbindo-o de observar se o objeto é bem prestado e de liberar ou não o respectivo pagamento, a contraprestação.**

**O texto legal coloca de forma expressa e diferenciada duas atividades para o gestor: acompanhar e fiscalizar. Ora, o que se vê por toda a parte são gestores fiscais que, a propósito, são chamados de fiscais dos contratos.**

Quanto à execução do contrato, a Lei 8.666, em seu artigo 73 reza que, *in verbis*:

Art. 73 - Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - Em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado.

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Verifica-se, dessa forma, que todos os serviços da terceirizada serão obrigatoriamente supervisionados pela área técnica operacional da prestadora de serviço, em todos os postos de trabalho, visando assim um apoio, a fiscalização e a orientação constante da equipe terceirizada, para que não haja imprevistos, antecipando-se com o propósito de identificar e neutralizar os problemas que poderiam ocorrer. Isto é uma característica marcante da área técnica operacional de uma prestadora de serviço especializada em segurança patrimonial.

Segundo Giosa (1995, p. 58), o dia-a-dia de um gestor envolve atualmente diferentes entradas em uma realidade complexa:

“Interdisciplinaridade - os processos de negócio envolvem equipes de diferentes áreas, perfis profissionais e linguagens ;

Complexidade - as situações carregam cada vez um número maior de variáveis;

Exiguidade - o processo decisório está cada vez mais espremido em janelas curtas de tempo, e os prazos de ação/reação são cada vez mais exíguos;

Multiculturalidade - o gestor está exposto a situações de trabalho com elementos externos ao seu ambiente nativo, e por conseguinte com outras culturas: clientes, fornecedores, parceiros, terceiros, equipes de outras unidades organizacionais, inclusive do estrangeiro;

Inovação - tanto as formas de gestão, quanto a tecnologia da informação e da comunicação, estão a oferecer constantemente novas oportunidades e ameaças;

Competitividade - o ambiente de mercado é cada vez mais competitivo, não só em relação aos competidores tradicionais, mas principalmente pelos novos entrantes e produtos substitutos.”

**Conforme Ramos (2001, p. 76), há quem sustente que a responsabilidade do tomador do serviço só subsistirá em caso de configurar-se a irregular intermediação de mão-de-obra, caracterizando-se a empresa terceirizadora como infratora, possivelmente por fraude. Esse entendimento, a princípio, parece ser o mais correto.**

Nascimento (2002, p. 34) assinala que "a fraude é a causa principal determinante da ilicitude da subcontratação. A responsabilidade subsidiária deve ser reconhecida como técnica adequada nos casos em que a ilicitude da subcontratação for manifesta".

Assim sendo, a responsabilidade civil tem por fundamento a culpa ou o risco de desempenho de determinada atividade. A culpa caracteriza-se pela lesão a um dever jurídico, imputável a alguém, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito, na forma de negligência, imprudência ou imperícia.

Ocorre que as transformações sociais da segunda metade do século XIX introduziram a idéia da existência de uma responsabilidade sem culpa, decorrente do risco de determinada atividade. Cuida-se, então, da caracterização de uma responsabilidade objetiva, a partir da existência de um dano e do nexos de causalidade entre a ação e o prejuízo (prescindindo qualquer avaliação subjetiva).

Conforme Diniz (2001, p. 44), a responsabilidade objetiva, no entanto, existe apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei. Em decorrência, é fácil depreender que no caso em exame não se pode cogitar de aplicação da teoria do risco, uma vez que inexiste norma legal estabelecendo a responsabilidade sem culpa.

Resta pois analisar a responsabilização subjetiva, que torna imprescindível a prova da existência de culpa. Para caracterização da culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando* seria preciso concluir que o tomador do serviço tinha o dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações sociais por parte do prestador.

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

A execução direta pelo Poder Público pode, nessas circunstâncias, trazer ganhos de qualidade a serem considerados. Outros elementos, como o desejável sigilo das informações, presente em algumas espécies de atividades, torna indesejada a rotatividade da mão-de-obra nelas alocada, própria da contratação de serviços terceirizados.

### 3 CONCLUSÃO

Ao se finalizar tal estudo, verifica-se que a prestação de serviços, ao longo do tempo, tem sido objeto de evolução jurídica, onde o Estado vem transferindo, cada vez mais, para a iniciativa privada a prestação de serviços públicos. É fundamental que se dê ao princípio da eficiência a devida valoração, no que tange à tutela dos direitos dos "consumidores" de serviço público – os cidadãos.

Ademais, o atendimento das necessidades públicas de forma eficiente também está atrelado à manutenção de um corpo permanente de servidores, bem treinados e motivados para o exercício de atividades que, ainda que acessórias ao funcionamento do Estado, sejam reputadas relevantes.

Quanto à terceirização dos serviços que necessitam de contato direto com o público, esses mais que qualquer outros necessitam possuir profissionais treinados em seus quadros, tendo em vista que o cidadão conectará o atendimento à instituição. Dessa forma, uma prestação de serviços efetuada por um funcionário não qualificado certamente impactará negativamente na imagem da instituição.

Por isso a necessidade de cláusula contratual que obrigue a empresa terceirizadora a cumprir com o treinamento dos seus funcionários, de modo a atender às demandas da organização contratadora de maneira eficiente, pois, caso contrário, dependendo da fiscalização acurada do gestor do contrato, certamente a instituição poderá rescindir o contrato, conforme os artigos 77 e 78 da Lei 8.666, que fixam que a inexecução total ou parcial do contrato gera a rescisão, acobertada pelo artigo 79 dessa mesma Lei, que reza:

Art. 79 - A rescisão do contrato poderá ser:

- I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
- II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III - judicial, nos termos da legislação;

Um velho adágio é certo em afirmar: “se não conheces os teus contratos, não conheces o teu negócio”, pois os contratos são a base de qualquer negócio e servem como reflexo do que uma organização decidiu negociar, devendo expressar detalhadamente as suas demandas.

No entanto, sendo o contrato a pedra que alicerça a construção das organizações, quantas destas conhecem e acompanham devidamente a sua execução? Por que colocam tanto tempo e esforço na sua negociação e tão pouco na sua gestão?

A forma como se efetua o acompanhamento da sua execução (as partes envolvidas, as suas responsabilidades, as ações que é necessário executar e as renovações e extensões que é necessário negociar e controlar) pode ser mais importante para a sobrevivência da organização.

Outro ponto a se embasar a reclamação dos serviços não prestados a contento pode ser coberto pelo CDC, pois o prestador de serviços no mercado de consumo assumiu responsabilidade legal de prestar serviços de qualidade e adequação, revestidos todos seus atos de boa-fé, sob pena de responder objetivamente (por vício e fato do serviço, indenizando integralmente patrimonial e extrapatrimonialmente o consumidor – no caso o Estado).

Dessa forma, a instituição vê-se completamente protegida pelas leis, devendo arcar com o ônus de manter um bem treinado gestor do contrato, que averiguará e supervisionará constantemente se os serviços têm atendido ao que foi exposto no contrato. Isto porque terceirizante e terceirizado devem atingir tal identidade e a integração que preservem a uniformidade de metas. Diz-se que a relação entre tomador e parceiro deve estabelecer um liame de cumplicidade e reciprocidade focalizado na realização do objetivo do negócio, preservando a relação negocial, pois criar um cargo público é dispendioso para administração pública, sendo a terceirização uma opção mais econômica, desde que bem administrada e acompanhada pelo gestor.

## REFERÊNCIAS

- BRAGA, C. F. **Terceirização em tecnologia da informação: motivadores e conseqüências**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1998. Dissertação de Mestrado.
- BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 8 de julho de 1997.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 200. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 27 de fevereiro de 1967 - retificado em 17 de julho de 1967.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 12 de setembro de 1990.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.666: de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8666.htm>. Acesso em 15 de abr. 2005.
- CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: Ltr, 1996.
- COSTA, Esalmir Oliveira da. Terceirização no direito do trabalho e fraude à lei. **Jornal Trabalhista**, Brasília, v. 10, n. 490, p. 109-110, jan.94.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- EFING, Antônio Carlos. **Prestação de serviços: uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GIOSA, Lívio. **A terceirização: uma abordagem estratégica**. São Paulo: Pioneira, 1995.
- HERMES, Gustavo Cauduro, GOULART, Mariano, LEIRIA, Jerônimo Souto. **Gerenciamento de contratos na administração pública**. São Paulo: Makron Books, 1998.
- LEIRIA, Jerônimo Souto. **Terceirização: uma alternativa de flexibilização empresarial**. Porto Alegre: Ortiz, 1991.
- MAGANO, Octavio Bueno. A terceirização e a lei. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 jun. 1992. Cad. A .
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NÓBREGA, Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde. A terceirização no setor público. Disponível em: <http://www.trt13.gov.br/revista/6nena.htm>. Acesso em 14 de abr. 2005.
- POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.
- SALOMO, Jorge Lages. **Aspectos dos contratos de prestação de serviços**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Contratos de prestação de serviços: manual teórico e prático**. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

Conforme ensina Giosa (1995, p. 45):

a abordagem jurídica consiste na observação do cumprimento da legalidade dos contratos de terceirização em todos os seus âmbitos, sejam eles relativos ao direito trabalhista dos funcionários terceirizados, à legalidade da execução dos serviços ou mesmo à prática lesiva dos itens constantes no contrato estabelecido entre contratante e contratada.