



RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS DECORRENTES DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

LABOR LIABILITY RESULTING FROM OUTSOURCING OF PUBLIC SERVICES

Andressa Cattafesta de Oliveira¹
Aurea Kenia Barros de Moraes²
Jair Cortez Montovani Filho³
Kayque Pereira de Paula⁴
Roquemar de Lima Baldam⁵

RESUMO

A terceirização de serviços públicos é muito comum, mas pode representar um problema para o gestor e para a Administração Pública como um todo em razão da possibilidade de responsabilização do Estado na esfera trabalhista. A análise estatística de ações trabalhistas demonstra que, apesar do cuidado na elaboração do edital e o acompanhamento do cumprimento do contrato, a condenação judicial é possível e muitas vezes certa na Justiça do Trabalho.

Palavras-Chave: Terceirização; Serviços Públicos; Administração Pública; Responsabilidade Subsidiária; Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

The outsourcing of public services is very common nowadays, but it may be very dangerous for the person in charge and the whole public administration because of the labor liability. The analysis of the labor process of law shows that, despite of the writing of the contract and its close supervision, sometimes a conviction is possible and often right in the Labor Court.

Keywords: Outsourcing; Public Services; Public Administration; Secondary Liability; Labor Court.

¹ Mestranda em Gestão Pública, Universidade Federal do Espírito Santo, andressa.vix@hotmail.com

² Mestranda em Gestão Pública, Universidade Federal do Espírito Santo, keniabamoraes@gmail.com

³ Mestrando em Gestão Pública, Universidade Federal do Espírito Santo, jairmontovani@hotmail.com

⁴ Graduando em Engenharia de Produção, Universidade Federal do Espírito Santo, kayque.depaula3@gmail.com

⁵ Doutor em Engenharia de Produção, Instituto Federal do Espírito Santo, roquemar.baldam@ifes.edu.br

INTRODUÇÃO

A utilização da terceirização é recorrentemente apontada na literatura como uma forma de otimizar os custos e a burocratização. Dada a sua relevância nos processos de administração pública e a inexistência, até março/2017, de uma legislação especializada no Brasil, buscava-se, através do viés jurídico que permite aos tribunais a edição de súmulas, o estabelecimento de diretrizes normativas uniformes sobre o assunto. Com esta finalidade, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula 331, abordando alguns aspectos balizadores.

Esta Súmula também estipula em quais situações a Administração Pública poderá responder pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada e, apesar de não ser de observância obrigatória pelos juízes de primeiro grau, visto que somente a súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) detém tal característica, a súmula não vinculante exerce um papel fundamental nas decisões a serem tomadas, uma vez que é uma indicação clara do modo como o Tribunal pensa e os magistrados não veem com bons olhos as revisões de suas decisões por instâncias superiores, visto que, em geral, os tribunais consideram o índice de sentenças revistas como um dos critérios de promoção de juízes.

Em março/2017 foi promulgada a Lei nº 13.429, a chamada Lei da Terceirização. Porém, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por unanimidade, que a lei de terceirização só vale em contratos celebrados e encerrados depois que a norma entrou em vigor, para respeitar o direito adquirido do empregado. Quando a dispensa ocorreu antes, portanto, continua a valer tese da corte que proibia a prática nas atividades-fim (Súmula 331).

O Direito do Trabalho no ordenamento brasileiro diferencia a relação de trabalho, entretanto, a terceirização apresenta natureza jurídica administrativa e pelo viés da conveniência e oportunidade, gerencialmente é geralmente abordada ressaltando-se as suas vantagens e ressaltando-se suas desvantagens.

A adoção da prática da terceirização pela Administração Pública deve respeitar a forma específica de contratação, que, no Brasil, se dá obedecendo-se ao previsto na Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei das Licitações, que precede à assinatura do contrato administrativo, também por essa Lei normatizado, e que não exime a Administração Pública da responsabilidade civil e subsidiária frente aos contratos trabalhistas firmados entre os empregados e as empresas contratadas (neste último caso, só podem ser responsabilizados se forem comprovadas falhas na fiscalização).

Neste artigo, utilizamos da verificação dos aspectos referentes aos deveres de fiscalização dos agentes públicos, das evidências de responsabilidade da Administração Pública ao não fiscalizar a execução dos contratos e suscitamos a problemática que envolve as reclamações trabalhistas mais rotineiras em terceirização de serviços públicos continuados propondo soluções aos conflitos identificados, sob a ótica de melhores práticas apontadas com base nos trabalhos da Advocacia Pública.

A partir da análise das reclamações trabalhistas ajuizadas no ano de 2014 em face do Estado do Espírito Santo em razão da terceirização de serviços públicos continuados, o presente trabalho procurará identificar a razão de tais demandas e propor soluções, com a finalidade de melhorar a gestão de tais processos de forma a atingir seu fim primordial, que é o interesse público.

I REFERENCIAL TEÓRICO

A terceirização de atividades é um fenômeno comum na gestão de empresas privadas e que tem se tornado presente também no âmbito da Administração Pública.

Segundo Belcourt (2006), é uma das ferramentas mais poderosas à disposição do gestor e a grande maioria deles esteve envolvida em algum processo de terceirização recentemente (MOL; KOTABE, 2011).

Ao contrário do setor privado, que detém grande autonomia gerencial e que está submetido a um regime constitucional de livre iniciativa, o setor público encontra óbices em uma realidade distinta de obediência a princípios e regras próprias, como a necessidade de licitar e a obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de seu pessoal.

A problemática da terceirização no setor público é atual e relevante, de forma a levar o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Supremo Tribunal Federal (STF) a se manifestarem sobre o tema, por intermédio da elaboração de súmula e do julgamento de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), respectivamente, sem, contudo, dar uma solução satisfatória para a questão. Espera-se que, com a nova Lei de Terceirização esse cenário de incertezas possa ser resolvido.

O presente artigo tem o escopo de fazer uma análise interdisciplinar, entre o Direito e a Administração, sobre o tema da terceirização no setor público e apresentar o papel da Advocacia Pública na condução desse processo, identificando que tipos de reclamações trabalhistas têm sido mais frequentes em terceirização de serviços públicos continuados.

I.a) Conceitos de terceirização

Terceirização também é chamada de desverticalização, exteriorização, subcontratação, filialização, recontração, focalização, parceria, parcerização, colocação de mão de obra, contratação de serviço, contratação de trabalhador por interposta pessoa, marchandage e horizontalização (SÜSSEKIND *et al.*, 2005). Diante de tantas denominações, deve-se, em primeiro lugar, conceituar o termo terceirização para que se possa compreender o fenômeno a ser retratado. Desta forma, pode-se entender a terceirização do ponto de vista econômico ou jurídico. Sob a perspectiva econômica, é o meio pelo qual o gestor transfere uma porção de sua atividade para outra pessoa, seja ela natural ou jurídica, por qualquer razão que seja. São exemplos desta perspectiva: focar em sua atividade principal e diminuir os custos.

Varadarajan (2009) afirma que a redução de custos é o principal motivo que leva à terceirização, entretanto, afirma ainda que, outros fatores além de custos devem ser considerados, sob pena de tomada de uma decisão ruim. Enquanto Troacã e Bodislav (2012) apresentam o entendimento de que a terceirização tem como definição a transferência da atividade industrial na qualidade de resposta encontrada pelas grandes empresas para o problema dos custos de produção, que estavam numa crescente constante, concomitantemente com o aumento dos padrões de vida e de remuneração.

Segundo Simões (2009), a adoção das práticas geradas pela terceirização proporciona maior satisfação para todos os envolvidos no processo. Amato (1995) descreveu que a empresa, sendo ela pública ou privada, deveria dedicar-se às atividades e às operações que realmente geram vantagens competitivas para a organização, concentrando-se em unidades de negócios que apresentam um número cada vez mais restrito de atividades. Deste modo, há diminuição do número de processos de produção, redução das estruturas administrativas e repasse de atribuições a uma rede de outras organizações, que se tornam fornecedores contratados para desempenhar as atividades não essenciais (SIMÕES, 2009).

Pela ótica jurídica, terceirização pode ser entendida como a relação trilateral formada entre trabalhador, intermediador de mão de obra e o tomador de serviços. O eminente jurista Maurício Godinho Delgado (2014), em sua obra Curso do Direito do Trabalho, ao perceber esta dicotomia entre a Economia e o Direito, analisa a questão dizendo que terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente, de forma a ser o mecanismo jurídico que permite a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder, diretamente, pela relação empregatícia estabelecida com o respectivo trabalhador.

A classificação da terceirização pode ser realizada de acordo com sua função em terceirização de processos de negócio (*Business Process Outsourcing* – BPO) e terceirização de tecnologia de informação (*Information Technology Outsourcing* – ITO). O BPO típico inclui administração de RH, *call center*, funções de contabilidade e finanças; já as funções comuns de ITO incluem a conversão de dados, administração de banco de dados; *help desk*; conteúdo, aplicação e desenvolvimento de *sites web*; administração de sistemas e de *mainframe* e gerenciamento de rede (SILVA; LIMA; MOLINARO, 2013).

I.b) Legalidade da terceirização

O Decreto-lei nº 200/67 retrata a estruturação e o funcionamento dos órgãos da Administração Pública e, dentre os princípios que elenca está o da descentralização, dispondo, em seu art. 10, §7º, que “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, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (BRASIL, 1967).

A Constituição da República (BRASIL, 1988), por sua vez, estabelece, em seu art. 61, que todos os cargos e empregos públicos sejam criados por lei e, em seu art. 37, §2º, que todos os empregados sejam admitidos por concurso público.

Ao pretender a terceirização de qualquer atividade, o gestor público depara-se com as seguintes questões: é possível terceirizar essa atividade e, sendo possível como deve ser realizada? O esclarecimento a esses questionamentos compete, exclusivamente, à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, nos âmbitos federal e estadual/distrital, respectivamente, conforme previsto na Constituição da República (BRASIL, 1988).

Contrapondo-se à prática dominante, identificamos entendimentos, como o defendido pelo jurista e livre docente Jorge Luiz Souto Maior (2005), de que “não há em nosso ordenamento constitucional a remota possibilidade de que as tarefas que fazem parte da dinâmica administrativa do ente público serem executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta. A chamada terceirização, que nada mais é que uma colocação da força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra, na esfera da Administração Pública, trata-se, portanto, de uma prática inconstitucional” (*sic*). Outros, como Denning (2011), são radicais ao afirmar que a terceirização destrói o conhecimento e a capacidade de inovação (DENNING, 2011). a terceirização brasileira é usada, quase exclusivamente, para taxar os trabalhadores, porque é marcada pelos baixos salários, elevado nível de doenças no/do trabalho, elevação de horas trabalhadas e da rotatividade em relação aos não terceirizados (POCHMANN, 2008; ALVES, 2015).

Entretanto, a perspectiva social da decisão de terceirizar deve ser levada em consideração no processo de tomada de decisão (TJADER; SHANG; VARGAS, 2010). Sabe-se que as transformações na sociedade estão em constante movimento, novos conceitos e formas de

análise surgem sobre as relações sociais (Sena, 2018). Mas será essa posição a melhor para a Administração Pública? Acolhemos como resposta o defendido por McIvor, McCracken e McHugh (2011) que expõem que a terceirização pode ser essencialmente necessária caso haja falta na organização de habilidades e expertise internas, o que fatalmente pode ocorrer no serviço público quando a demanda por mão de obra aparece e o concurso público pode não supri-la (ao menos não no tempo necessário, visto que “n” fatores podem influenciar no cronograma das seleções, prejudicando de forma contumaz o andamento do certamente e a efetiva contratação de servidores ou empregados públicos).

I.c) Custo de oportunidade da terceirização

Reconhecendo, portanto, que a terceirização é uma ferramenta importante para a gestão empresarial e amplamente utilizada (SOLUTIONS *et al.*, 2012), salienta-se, entretanto que, apesar de características benéficas, ela não deve ser generalizada, pois a decisão de terceirizar pode ser prejudicial dependendo das circunstâncias (GANTMAN, 2011).

Já na década passada, percebeu-se a necessidade de se realizar um estudo sobre a real necessidade de terceirização e quais seus pressupostos, afirmando que muitas empresas tomavam a decisão de terceirizar sem o devido processo de maturação e o faziam de maneira informal (MCIVOR, 2000). Tal informalidade não é possível na Administração Pública, mas muitos gestores cometem o mesmo erro de não analisar a real necessidade de terceirização.

Destaca-se, portanto, que a terceirização, em razão da possibilidade de competição, alcançada pelo processo licitatório, traz um benefício do setor privado ao setor público (GIRTH *et al.*, 2012), possibilitando preliminarmente concluir-se que a terceirização deve ser feita quando qualidade e expertise são necessárias. Tais características podem não ser encontradas facilmente pela Administração Pública por intermédio de um concurso público, o que conduziria à necessidade de terceirização ou de uma contratação direta (KINANGE; V, 2011), por inexigibilidade de licitação.

Percebe-se, também, que a própria constitucionalidade de qualquer tipo de terceirização já é uma questão prévia e algo a ser levado em consideração para a decisão estratégica de terceirizar, uma vez que a declaração posterior de sua ilegalidade (ou inconstitucionalidade) poderá acarretar consequências tão indesejáveis como uma ação de improbidade contra o gestor público, e que a mera previsão dessa consequência, a ser informada pela consultoria jurídica parecentista, pode ser suficiente para conduzir a uma decisão diversa daquela que seria tomada antes do parecer da Advocacia Pública.

As especificidades do setor público fazem com que a terceirização seja um processo bem menos flexível, sendo a flexibilidade uma característica fundamental para o sucesso (SUSARLA, 2012; MORETTO; ROSSINI, 2012). Portanto, se a decisão estratégica de terceirizar, no setor privado, necessita de uma análise complexa, multifacetária, imaginemos no setor público, em que há toda a problemática privada acrescida de um regime jurídico próprio, muitas vezes complicador (TJADER; SHANG; VARGAS, 2010).

Considerando que a necessidade de licitar leva à especial necessidade de um contrato administrativo e que o cuidado na elaboração desse contrato é indispensável para se evitar prejuízos no futuro, o contrato passa a ser a ferramenta fundamental para proteger o contratante da prestação de um serviço ruim ou da entrega de um produto de baixa qualidade (LU; NG; TAO, 2012).

Evidencia-se, portanto, que o controle do processo de terceirização de maneira a garantir a difusão do conhecimento e a qualidade do produto (MALIK; SINHA; BLUMENFELD, 2012) é imprescindível a uma boa gestão e difusão do conhecimento ao longo do processo de terceirização – desde a fase pré-contratual até a fiscalização do cumprimento das condicionantes

do contrato – sendo fundamental para a tomada da decisão estratégica de terceirizar, pois possibilita ao gestor público ter uma perspectiva do cenário possível caso a terceirização venha a ser questionada administrativa ou judicialmente. O aperfeiçoamento da gestão pública proporcionou melhorias no que tange ao acesso a informações que só se tornou possível graças à inovação e aprimoramento dos recursos de tecnologia da informação do serviço público federal (Costa, 2017). Salienta-se ainda que as regras governamentais e a limitação de especialistas são, respectivamente, a principal limitação e a principal imprescindibilidade da terceirização, e que há a necessidade de se tentar modelar o processo de terceirização no setor para que ele seja efetivo (RAJABZADEH *et al.*, 2008).

A questão da responsabilidade e de sua alocação contratual também merece especial atenção. Verifica-se que tanto o contratante quanto o contratado têm responsabilidade individual e coletiva sobre seus atos (ADOBOR, 2012). Reforça-se aqui o alerta para os riscos da terceirização e para a necessidade de se estabelecer critérios para a responsabilização dos órgãos governamentais por atos de seus contratados (LAIR, 2012).

O estudo do custo da terceirização apresenta como conclusão o fato de que a contratação da terceirização pode ser muito prejudicial para a empresa interposta. (TARAKCI; TANG; TEYARACHAKUL, 2013). Tal fato pode ser confirmado ao identificarmos nos contratos com a Administração Pública a existência de um custo que ela carrega embutido, visto que o processo licitatório impõe condições legais indispensáveis e que incrementam os custos do processo devendo ser observadas pelos interessados, bem como cláusulas contratuais mais rigorosas comparando-se às existentes em contratos privados, em geral.

Vale ressaltar, como exemplo a ser seguido, que nas parcerias público-privadas existentes no Reino Unido, chama atenção o fato de que há uma necessidade de que o contratado faça uma correta análise dos riscos e, mais importante, de sua alocação e transferência, justamente pelas peculiaridades de se contratar com o Estado (BING *et al.*, 2005).

Destaque também deve ser dado ao chamado “efeito da distância cultural” (KEDIA; LAHIRI, 2007), que pode afetar a boa execução do contrato. Tal efeito pode ser extremamente relevante para a gestão do contrato de terceirização e tem que ser considerado pelo gestor, pois este deve estar atento para as diferenças culturais entre o Estado, a empresa e os trabalhadores.

II METODOLOGIA

A partir de uma pesquisa quantitativa das reclamações trabalhistas ajuizadas contra o Estado do Espírito Santo, no período de 1º de janeiro a 5 de dezembro de 2014, e de uma pesquisa bibliográfica sobre o tema da terceirização no serviço público, buscar-se-á explicar e relacionar o motivo do ajuizamento de tais ações judiciais por parte da mão de obra terceirizada ou por seu substituto processual (sindicato).

A pesquisa foi feita a partir do Sistema PJE, implantado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, que corresponde ao Estado do Espírito Santo.

No sistema foi possível identificar todas as demandas ajuizadas eletronicamente contra o Estado do Espírito Santo no ano de 2014.

O período de pesquisa escolhido foi o ano de 2014 porque somente em janeiro deste ano o sistema foi implantado em todo o Estado, de forma que períodos anteriores necessitariam de consulta a um banco de dados diverso, o que poderia alterar os resultados encontrados no que tange às possíveis correlações entre os dados. Todas as varas do Espírito Santo possuem implantado o processo eletrônico, o que permitiu a formação de uma base de dados virtual e acessível ao público, sem a necessidade de se ter que confiar em dados fornecidos exclusivamente pelos Tribunais ou pelas partes envolvidas nos processos.

As demandas trabalhistas ajuizadas diretamente contra o Estado por funcionários públicos celetistas foram desconsideradas, pois o foco do trabalho é a terceirização, restando 339 processos para análise.

Em relação aos propósitos, esta pesquisa assume o caráter exploratório a partir da análise estatística e considera a identificação das disfunções e de causas-raiz existentes no processo de terceirização, por meio da construção de uma Árvore da Realidade Atual (ARA) e da análise de Pareto (Princípio 80/20).

Como ferramenta para a consecução do objetivo específico de se identificar os problemas mais comuns, a elaboração da Árvore da Realidade Atual (ARA) permite que sejam relacionados os efeitos indesejáveis, partindo-se dos principais sintomas percebidos de uma situação identificada como problema e as suas causas aparentes. Desta forma, a situação atual é analisada através da identificação de suas disfunções e da inter-relação da causa e efeito entre eles. A construção da ARA objetiva identificar os problemas raiz que causa efeitos indesejáveis ao sistema, detectando o que precisa ser mudado. Corroborando tal análise, o gráfico de Pareto também foi utilizado para complementar tais percepções.

Frisa-se, no entanto, que nem todas as disfunções identificadas nas demandas judiciais de terceirização são problemas de processo, embora exista uma repercussão destes no desempenho daqueles. A análise a ser apresentada, portanto, não trata somente da otimização possível aos modelos de gerenciamento de processos de negócios difundidos na literatura, visto que considera essencial a correlação entre o que disciplina o Direito e as boas práticas de gestão pública.

A elaboração inadequada do termo de referência (TR) é um exemplo de disfunção que pode afetar o resultado das licitações e, ato contínuo, os processos de terceirização. Esse documento deve contemplar todas as especificações do que será adquirido, assim como os critérios de seleção e exigências a serem atendidas pelos fornecedores. Destaca-se ainda que os critérios de seleção adotados no TR devem resguardar a administração de forma que a seleção do fornecedor (empresa contratada) se apóie não somente na relevância do quesito menor preço, mas considere a importância de outras categorias como a qualificação, experiência e desempenho anteriores (XIA *et al.*, 2013). Diante dessa constatação, podemos perceber a necessidade da elaboração atenciosa de um termo de referência para a realização de uma terceirização, que contemple simultaneamente o menor preço e a adequada qualidade exigida pelo serviço público.

O nível de padronização dos processos de terceirização também pode se constituir em uma disfunção no ambiente da gestão pública e, conseqüentemente, impactar no desenvolvimento dos processos, visto que o procedimento de padronização é dificultado quando os diferentes processos de negócio constituintes do processo de negócio principal possuem agentes responsáveis diversos (VAN NUFFEL; BACKER, 2012).

Desta forma, optamos por identificar focos de otimização dos processos de terceirização, submetendo-os à análise através da realidade atual, identificando, de maneira direta e pontual, fatores que possam ser considerados como causas raiz e que provoquem efeitos indesejados ou problemas para os processos de terceirização.

A utilização do conceito do Princípio de Pareto (Princípio 80/20) foi aplicada com a finalidade de auxiliar a identificação das causas mais representativas partindo-se do aspecto quantitativo em relação ao número de reclamações trabalhistas ajuizadas, de forma a proporcionar aos contratantes a concentração de esforços de forma a obter melhores resultados na redução do número reclamações estratificadas.

III RESULTADO DA PESQUISA

De 1º de janeiro até 5 de dezembro de 2014, foram ajuizadas 469 ações em face do Estado do Espírito Santo, sendo 364 em Vitória, 46 em Guarapari, vinte em Venda Nova do Imigrante, doze em Colatina, dez em Afonso Cláudio, sete em Cachoeiro do Itapemirim, cinco em Linhares, três em Mimoso do Sul, uma em Aracruz e uma em São Mateus. Dessas 469 ações judiciais, 130 foram propostas exclusivamente contra o Estado, 126 por funcionários públicos celetistas e quatro por sindicatos, sem que houvesse uma empresa interposta, de modo que tais ações foram desconsideradas para a análise, por não haver terceirização. Dos 339 processos judiciais restantes, 313 foram ajuizados por pessoas físicas e 26 por sindicatos atuando em substituição processual, apresentando o Estado no polo passivo juntamente com alguma empresa por este contratada. É bem comum a cumulação de ações num mesmo processo, de modo que existem 1163 ações ajuizadas em 339 processos judiciais, conforme a distribuição apresentada na Tabela 1 (Tabelas e figuras).

O que caracteriza uma ação é: partes, pedido e causa de pedir, configurada pela existência de fundamentos fáticos e jurídicos utilizados para dar respaldo ao que se postula em juízo. É possível, portanto, a postulação de mais de um pedido dentro de um mesmo processo, o que resulta em mais de uma ação por processo, resultando, por isso, em um número muito maior de ações do que processos judiciais.

Considerando a análise do contexto das reclamações, pudemos identificar as principais disfunções presentes no ambiente de estudo, a saber: inadequação do termo de referência ou outro problema relacionado ao contrato que permitiu que uma empresa que não fosse capaz de atender às necessidades da Administração Pública fosse a vencedora da licitação; falha na fiscalização ou na gestão do contrato; por parte da contratante; não cumprimento da legislação por parte da contratada; descumprimento das cláusulas contratuais por parte da contratada; má gestão da contratada; falha na execução por parte da contratada; falha na supervisão da mão de obra por parte da contratada e fácil acesso ao Judiciário, aliado a uma Justiça Trabalhista pró-operário.

A Árvore da Realidade Atual (ARA), apresentada na Figura 1 (Tabelas e figuras), correlaciona as causas e os efeitos identificados quando da análise dos dados pesquisados.

Uma constatação inicial foi a de que houve uma preferência pelo ajuizamento de ações individuais em detrimento das coletivas. Tal fato pode ser explicado pela prática forense: uma ação coletiva é mais complicada do ponto de vista probatório e de individualização dos valores a serem percebidos, o que acarreta um tempo de tramitação maior.

Além disso, o somatório dos valores individuais é usualmente superior ao montante de uma ação coletiva com os mesmos indivíduos, pois há um fator psicológico na decisão do magistrado na estipulação da condenação, especialmente no caso de valoração dos danos morais: condenar o Estado do pagamento de R\$ 10.000,00 por danos morais não parece um absurdo, mas condenar o Estado ao pagamento de R\$ 10.000.000,00 a 1000 pessoas pode parecer.

Algo que não foi analisado neste trabalho, por não ser o objetivo, mas que mereceria uma investigação posterior, é o fato de que a maior parte dos processos foi ajuizada por escritórios de advocacia particulares, em detrimento da assessoria jurídica dos sindicatos.

Os tipos de demandas mais comuns referem-se às verbas rescisórias (271); depósitos de FGTS não efetuados, vales-transportes e auxílio-alimentação (189) e indenização substitutiva do seguro-desemprego (137). Frequentemente, após haver uma demissão ou uma saída espontânea do emprego, dificilmente não há alguma verba a ser percebida pelo trabalhador. O que deveria ser o usual, que é o acerto amigável, tem se demonstrado a exceção e ocorre a busca ao Poder Judiciário para o acerto final de contas.

Há, também, grande demanda em razão de supostas horas-extras não pagas (128), sendo a principal causa o tempo transcorrido entre a chegada ao local de serviço e o bater do ponto, além da alegação de que há ordem dos superiores hierárquicos para anotação diversa da real. Das 73 ações versando sobre a equiparação do terceirizado com um servidor público concursado, 58 delas referem-se a empresas de segurança ligadas à administração de presídios, em que se pede a equiparação aos agentes penitenciários da Secretaria de Justiça (SEJUS) e 12 ações referem-se a atendentes responsáveis pelo serviço de emergência 190, em que se pede a equiparação aos policiais militares.

O acúmulo de funções é o pedido de 68 ações e os adicionais de periculosidade e insalubridade são o objeto de 53.

A estabilidade conferida por lei à gestante, ao membro eleito para a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) e ao representante sindical é responsável por 21 ações ajuizadas no período. Dentre estas, a estabilidade à gestante merece especial atenção porque a Justiça do Trabalho tem firmado o entendimento de que se trata de um critério objetivo, não havendo a necessidade de que a trabalhadora sequer soubesse que estava grávida para que seja aplicada a regra da estabilidade. Isso significa que o empregador não tem como evitar uma eventual indenização em caso de despedida no caso de não ser comunicado do fato ou, até mesmo, no caso de a empregada abandonar ou rescindir o contrato de trabalho por vontade própria. Já a estabilidade de membro da CIPA, de acordo com o disposto nos artigos 164 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e 10, II, "a" do ADCT da Constituição Federal, a estabilidade provisória contempla apenas os membros eleitos representantes dos empregados, não alcançando os representantes dos empregadores, vez que estes são designados pela empresa e não eleitos para o exercício da função (TRT 3ª R. - RO 9.896/97 - 1ª T. - Rel. Juiz Washington Maia Fernandes - DJMG 09.01.1998), estendendo-se, ainda essa mesma garantia de emprego, ao representante do empregador, desde que este tenha sido eleito para o cargo de direção da CIPA (TRT 17ª R. - RO 3.065/81, Rel. Juíza Regina Uchoa da Silva, j. 24-3-92, DJ ES 12-5-92, p.61). Quanto à estabilidade prevista ao líder sindical, essa está prevista desde a candidatura até um ano após o mandato, conforme dispõe o art. 543º o que dispõe o artigo § 3º da CLT (BRASIL, 1986): “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação”.

Finalmente, foram identificadas quatorze ações envolvendo a dispensa de trabalhador nos trinta dias anteriores à data-base da categoria.

A Figura 2 (Tabelas e figuras) apresenta a estratificação dessas ocorrências de forma a possibilitar a análise da questão utilizando o Princípio de Pareto (Princípio 80/20), demonstrado visualmente as informações supracitadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça do Trabalho, em geral, adota uma postura pró-operário, fazendo com que o gestor público leve em consideração os riscos da responsabilização subsidiária do Estado fundada na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Apesar de a escolha da empresa a desempenhar a atividade ser limitada em razão da imposição constitucional da necessidade de licitar, as condenações impostas ao Estado são baseadas na culpa, seja ela *in eligendo* ou *in vigilando*, sendo a culpa *in eligendo* consubstanciada na escolha ruim da empresa terceirizada. Isso leva à conclusão de que a elaboração do edital de licitação, que está na esfera de eficiência do gestor, deve ser feito de modo a garantir que uma empresa

sólida vença o certame, sem, contudo, que haja um direcionamento do resultado da licitação ou a limitação dos participantes com exigências ilegais. Apesar de ser a culpa *in eligendo* erroneamente atribuída ao Estado como fundamento para uma condenação, uma vez que não há liberdade de escolha da empresa terceirizada, essa é a realidade com que convive o gestor, e a elaboração do termo de referência do edital de licitação é o foco de atuação para minimizar o prejuízo baseado na culpa *in eligendo*.

É dever do Estado fiscalizar o fiel cumprimento do contrato de terceirização, atividade decorrente de seu poder de polícia e imperiosa para se evitar a responsabilização por eventual descumprimento de obrigações trabalhistas sob o fundamento da culpa *in vigilando*. O *trade off* da decisão de terceirizar também deve envolver o custo da fiscalização. Caso o Estado consuma mais recursos na atividade de fiscalização do que no desempenho direto da atividade fiscalizada há um forte indício de que a terceirização, neste caso, pode ter sido erroneamente aplicada.

Há casos, contudo, que fogem à esfera de atuação do gestor e uma condenação na Justiça do Trabalho pode não ser evitada. A análise dos processos judiciais mostrou dois casos emblemáticos: o primeiro é a situação da estabilidade da gestante que não comunica seu estado e abandona seu emprego ou voluntariamente rescinde seu contrato de trabalho; o segundo caso, extremamente comum nos casos analisados, é o fato de empresas terceirizadas não adimplirem suas obrigações no final do contrato, não havendo tempo para qualquer medida preventiva ou punitiva, como a aplicação de multa ou bloqueio do valor a ser repassado.

A terceirização é, por si só, extremamente controversa na doutrina e fonte de responsabilização estatal numa justiça especializada geralmente pró-operário. Mesmo que o gestor aja de maneira exemplar, ainda existe a chance de uma condenação trabalhista em caso de inadimplemento de obrigação por parte da empresa contratada. Dessa forma, é imprescindível que a decisão de terceirizar seja extremamente cautelosa e que leve em consideração todos os riscos no processo de tomada de decisão.

Finalmente, uma vez que o gestor opte pela terceirização, deve realizar uma intensa fiscalização do contrato para evitar surpresas, principalmente ao final dele, visto que é neste momento, em que não é mais possível bloquear valores devidos pelo Estado à empresa para o pagamento de eventuais ações trabalhistas, o mais comum para que um trabalhador ajuíze uma ação. Em geral, é justamente após o término de contrato de trabalho do empregado que ele apresenta suas demandas à Justiça, sendo fato notório que o empregador “não vê com bons olhos” aqueles empregados que o processam judicialmente.

REFERÊNCIAS

ADOBOR, H. Ethical Issues in Outsourcing: The Case of Contract Medical Research and the Global Pharmaceutical Industry. **Journal Of Business Ethics**. [s. L.], p. 239-255, 2012. Disponível em: <<http://link-springer-com.ez43.periodicos.capes.gov.br/content/pdf/10.1007/s10551-011-0964-0.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

ALVES, G. **Dimensões da reestruturação produtiva: ensaios de Sociologia do Trabalho**. 2 ed. Londrina: Práxis, 2007.

BELCOURT, M. Outsourcing: The benefits and the risks. **Human Resource Management Review**. York, p. 269-279, 2006. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.hrmr.2006.03.011>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

AMATO NETO, J. Reestruturação Industrial, Terceirização e Redes de Subcontratação. **ERA Revista de Administração de Empresas**, v. 35, n. 2, mar-abr, p.33-42, 1995.

BING, L. *et al.* The Allocation of Risk in PPP/PFI Construction Projects in the UK. **International Journal Of Project Management**. [s.l.], p. 25-35, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.ijproman.2004.04.006>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 27 fev. 1967. (suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. Lei nº 7.543, de 2 de outubro de 1986. Altera a redação do § 3º do artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, estendendo a estabilidade ao empregado associado investido em cargo de direção de associação profissional. **Lei**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7543.htm>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **TST Deve Analisar Caso a Caso Ações Contra União Que Tratem De Responsabilidade Subsidiária, Decide STF**. 2010. NOTÍCIAS STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em: 12 dez. 2014. (clique aqui)

COSTA, L. M. S. A compra direta sob o prisma do Policy Cycle. **Revista Espaço Público**, v. 2, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Ltr, 1536 p. 2014.

DENNING, S. A Tipping Point for Foreign Outsourcing Economics. **Strategy & Leadership**. [s.l.], p. 8-15, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1108/10878571211191648>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

GANTMAN, S. IT Outsourcing in the Public Sector: A Literature Analysis. **Journal Of Global Information Technology Management**. [s. L.], p. 48-76, 2011. (clique aqui)

GIRTH, A. M. *et al.* Outsourcing Public Service Delivery: Management Responses in Noncompetitive Markets. **Public Administration Review**. [s. L.], p. 887-900, 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6210.2012.02596.x/full>>. Acesso em: 15 dez. 2015. (clique aqui)

GOLDRATT, E. M. **Não É Sorte: A Teoria Das Restrições Aplicada A Marketing E Estratégias**. [s.l.]: Nobel. 248 p. 2004.

KEDIA, B. L.; LAHIRI, S. International Outsourcing of Services: A Partnership Model. **Journal Of International Management**. [s.l.]. p. 22-37, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.intman.2006.09.006>>. Acesso em: 15 dez. 2014.(clique aqui)

KINANGE, U. M.; V, M. Human Resource Outsourcing: A New Mantra for Business Sustenance. **Procedia: - Social and Behavioral Sciences**. [s. L.]. p. 227-232, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.sbspro.2011.10.543>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

LAIR, C. D. Outsourcing and the Contracting of Responsibility. **Sociological Inquiry**. Gettysburg. p. 557-577, 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1475-682X.2012.00419.x/full>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

LU, Y.; NG, T.; TAO, Z. Outsourcing, Product Quality, and Contract Enforcement. **Issue Journal Of Economics & Management Strategy Journal Of Economics & Management Strategy**. [s. L.]. p. 1-30, 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1530-9134.2011.00321.x/full>>. Acesso em: 15 dez. 2012. (clique aqui)

MAIOR, J. L. S. Terceirização Na Administração Pública: Uma Prática Inconstitucional. **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília. p. 87-117, 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-17-2013-outubro-dezembro-de-2005/terceirizacao-na-administracao-publica-uma-pratica-inconstitucional/at_download/file>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

MALIK, A.; SINHA, A.; BLUMENFELD, S. Role of Quality Management Capabilities in Developing Market-based Organisational Learning Capabilities: Case Study Evidence from Four Indian Business Process Outsourcing Firms. **Industrial Marketing Management**. [s. L.]. p. 639-648, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.indmarman.2011.06.037>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

MCIVOR, R. A Practical Framework for Understanding the Outsourcing Process. **Supply Chain Management: An International Journal**. [s. L.]. p. 22-36, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1108/13598540010312945>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

MCIVOR, R. A Practical Framework for Understanding the Outsourcing Process. **Supply Chain Management: An International Journal**. [s. L.]. p. 22-36, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1108/13598540010312945>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

MOL, M. J.; KOTABE, M. Overcoming Inertia: Drivers of the Outsourcing Process. **Long Range Planning**. Londres. p. 160-178, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.lrp.2010.12.002>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

MORETTO, M.; ROSSINI, G. Flexible Outsourcing. **Managerial And Decision Economics**. [s. L.]. p. 47-59, 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary-wiley-com.ez43.periodicos.capes.gov.br/doi/10.1002/mde.1560/full>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

POCHMANN, M. **O emprego no desenvolvimento da nação**. São Paulo, Boitempo. 2008.

RAJABZADEH, A. *et al.* Designing a Generic Model for Outsourcing Process in Public Sector: Evidence of Iran. **Management Decision**. [s. L.]. p. 521-538, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1108/00251740810865030>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

SENA, M. L. O trabalho na sociedade capitalista: inovações e ambiguidades. **Revista Espaço Público**, v.3, 2018.

SILVA, F. K. P.; LIMA, E. A.; MOLINARO, L. F. R. Impact Factors on the IT Outsourcing Decision: A Case Study in the Brazilian Public Sector. **International Journal Of Advances In Engineering Sciences**. Rohtak. p. 142-149, 2013. Disponível em: <<http://rgjournals.com/index.php/ijse/article/view/445/229>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

SIMÕES, C. L. Terceirização no Setor Público Vantagens e Desvantagens. Nova Venécia, 2009. Disponível em: <<http://univen.no-ip.biz/listamono/monografias/Administra%C3%A7%C3%A3o%20e%20An%C3%A1lise%20de%20Sistemas/2009/TERCEIRIZA%C3%87%C3%83O%20NO%20SETOR%20P%C3%9ABLICO-VANTAGENS%20E%20DESVANTAGENS.pdf>>

SOLUTIONS, Reconsidering Outsourcing *et al.* Reconsidering outsourcing solutions. **European Management Journal**. [s. L.], p. 99-110, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.emj.2011.11.002>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

SUSARLA, Anjana. Contractual Flexibility, Rent Seeking, and Renegotiation Design: An Empirical Analysis of Information Technology Outsourcing Contracts. **Management Science**. [s. L.], p. 1388-1407, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1287/mnsc.1110.1493>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

SÜSSEKIND, A. *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

TARAKCI, H.; TANG, K.; TEYARACHAKUL, S. Learning and Forgetting Effects on Maintenance Outsourcing. **Iie Transactions**. Denton, p. 449-463, 2013. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/0740817X.2012.706734#tabModule>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

TJADER, Y. C.; SHANG, J. S.; VARGAS, L. G. Offshore Outsourcing Decision Making: A Policy-maker's Perspective. **European Journal Of Operational Research**. Pittsburgh, p. 434-

444, 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.ejor.2010.03.042>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

TROACĂ, V.; BODISLAV, D. Outsourcing. The Concept. **Theoretical And Applied Economics**. Bucureste, p. 51-58, 2012. Disponível em: <<http://www.ectap.ro/articol.php?id=734&rid=87>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

VAN NUFFEL, D.; BACKER, M. Multi-abstraction layered business process modeling. **Computers In Industry**. [S. l.], p. 131-147, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.compind.2011.12.001>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

VARADARAJAN, R. Outsourcing: Think more expansively. **Journal Of Business Research**. Texas, p. 1165-1172, 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.jbusres.2008.09.006>>. Acesso em: 15 dez. 2014. (clique aqui)

XIA, B. *et al.* Analysis of Selection Criteria for Design-Builders throug the Analysis of Requests for Proposalh. **Journal Of Management In Engineering**. [s.l.], p. 19-24, 2013. Disponível em: <[http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)ME.1943-5479.0000119](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)ME.1943-5479.0000119)>. Acesso em: 15
Não é um mês valido! 2014. (clique aqui)

TABELAS E FIGURAS

Tabela 1: Reclamações Trabalhistas ajuizadas de forma subsidiária contra o Governo do Estado do Espírito Santo no período de 1º/01 a 05/12/2014.

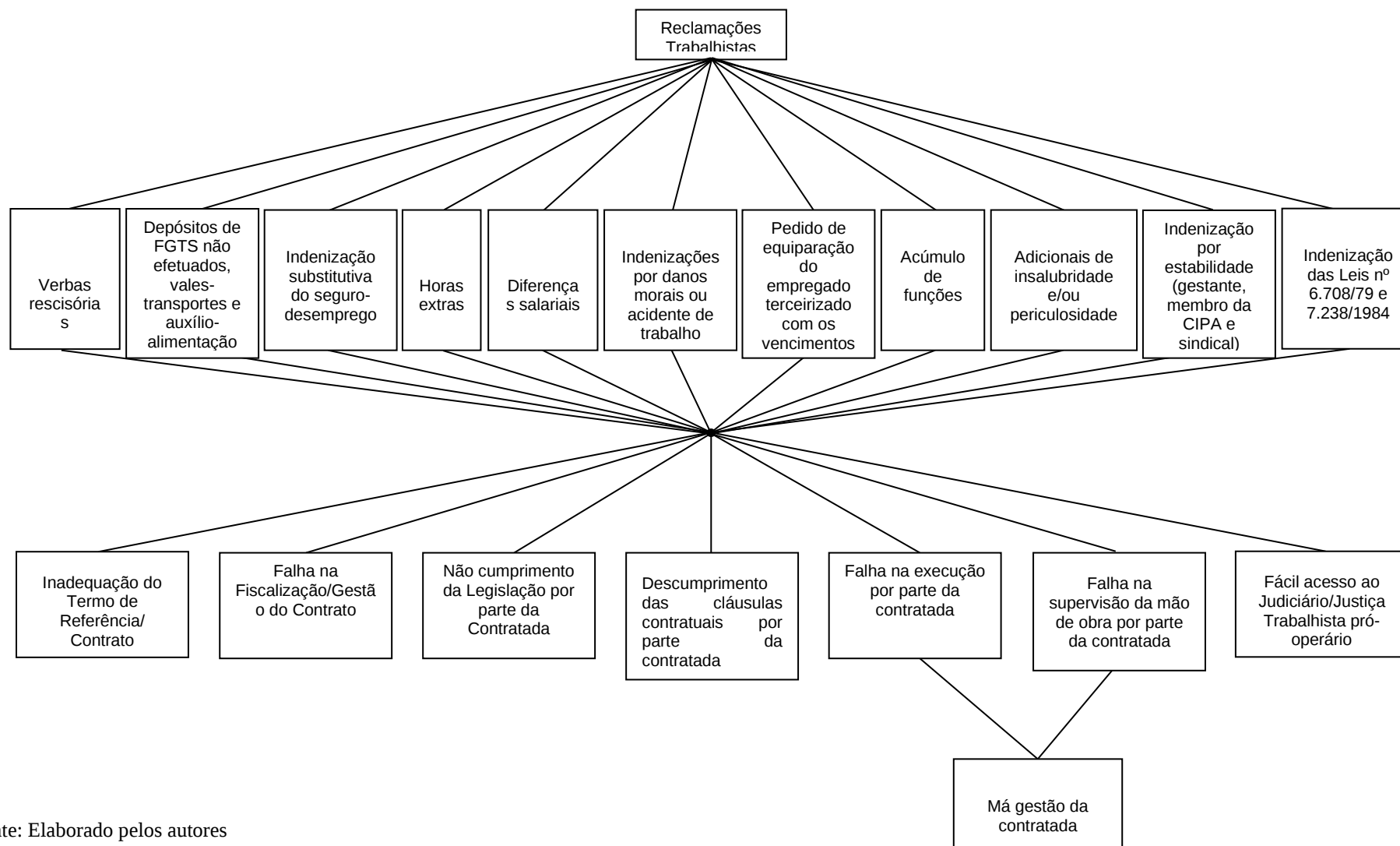
Descrição	Quantidade
Verbas rescisórias ⁶	271
Depósitos de FGTS não efetuados, vales-transportes e auxílio-alimentação	189
Indenização substitutiva do seguro-desemprego	137
Horas extras	128
Diferenças salariais	112
Indenizações por danos morais ou acidente de trabalho	97
Pedido de equiparação do empregado terceirizado com os vencimentos de servidor público ⁷	73
Acúmulo de funções	68
Adicionais de insalubridade e/ou periculosidade	53
Indenização por estabilidade (gestante, membro da CIPA e sindical)	21
Indenização das Leis nº 6.708/79 e 7.238/1984	14

Fonte: Elaborado pelos autores, com base nos dados obtidos do sistema PJE da Justiça do Trabalho no estado do Espírito Santo.

⁶ Por verbas rescisórias compreende-se saldo de salários, aviso prévio indenizado, indenização de 40% do FGTS, férias integrais e proporcionais, 13º salário proporcional, multas dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT.

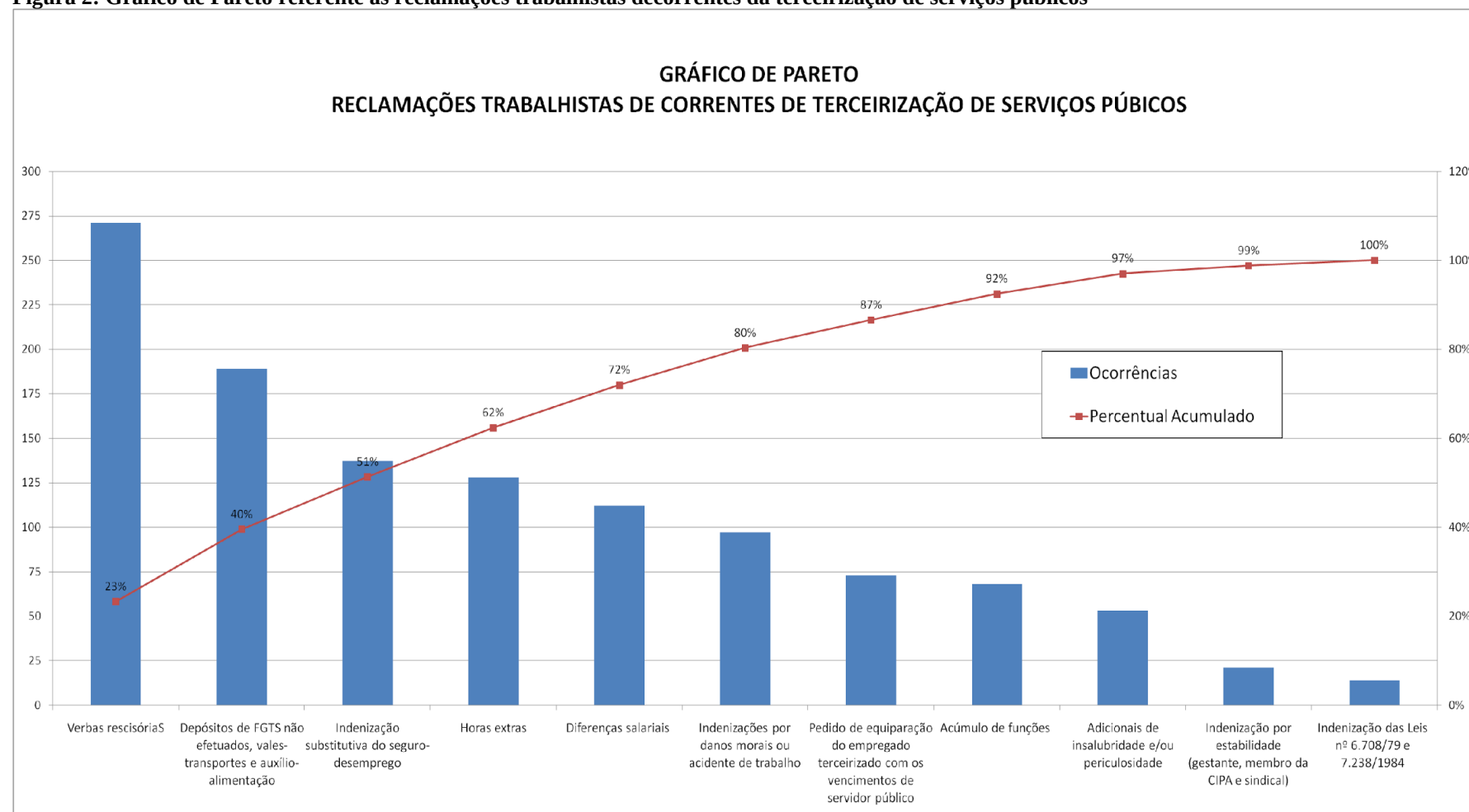
⁷ Considerando-se as orientações da OJ-SDI1-383.

Figura 1: Árvore da Realidade Atual referente às reclamações trabalhistas decorrentes da terceirização de serviços públicos



Fonte: Elaborado pelos autores

Figura 2: Gráfico de Pareto referente às reclamações trabalhistas decorrentes da terceirização de serviços públicos



Fonte: Elaborado pelos autores