

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUBCONTRATAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR PARTICULARES SEM PRÉVIA LICITAÇÃO, APÓS LEI DE TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PRIVADO

Ariely Valério Rigueira, Douglas Luís de Oliveira. A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. Revista Ciência Dinâmica, vol. 12, núm.2, 2021. Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga.

**CIÊNCIA DINÂMICA – Revista Científica Eletrônica
FACULDADE DINÂMICA DO VALE DO PIRANGA**

20ª Edição 2021 | Ano XII – nº 2 | ISSN – 2176-6509

DOI: 10.4322/2176-6509.2022.020

2º semestre de 2021

A inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado

The unconstitutionality of subcontracting in the provision of public services by private individuals without prior bidding, after the law on outsourcing in the private sector

Ariely Valério Rigueira¹, Douglas Luís de Oliveira²

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga,

² Docente no Curso de Direito, Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga,

*Autor correspondente: arielyrigueira10@hotmail.com

Resumo

O propósito deste trabalho é analisar os motivos que embasam a inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado. Para isso, a metodologia utilizada neste artigo foi o método dedutivo, analítico, dogmático, utilizando dados secundários. Analisando, artigos e aparatos legislativo referentes ao tema abordado, também foi utilizado como material de pesquisa, doutrinas e artigos acadêmicos. Cabe ao Estado assegurar suas obrigações tomando como base os direitos da população, bem como, atuar em prol da ascensão dos direitos e garantias sociais e fundamentais. Tendo em conta, que deve acontecer a licitação antes da concessão, para que a Administração Pública possa averiguar a melhor proposta, diante dos resultados que foram obtidos com o processo licitatório, resguardando o princípio da legalidade. A possibilidade de subcontratação dos serviços prestados por particulares quando não previstos nos contratos, e sem prévia licitação poderá lesar o processo licitatório, gerando fraudes e obstaculizando a concretização das obrigações pactuadas através do contrato com a Administração Pública.

Palavras-chave: *subcontratação, licitação, concessão, terceirização.*

Abstract

The purpose of this work is to analyze the reasons that support the unconstitutionality of subcontracting in the provision of public services by individuals without prior bidding, after law on outsourcing in the private sector. For this, the methodology used in this article it was the deductive, analytical, dogmatic method, using secondary data. Analyzing, legislative articles and apparatus related to the topic addressed, it was also used as research material, academic doctrine and articles. It is up to the State to ensure their obligations based on the rights of the population, as well as, acting in favor of the rise of social and fundamental rights and guarantees. Taking into account, that should happen the bidding before the concession, so that the Public Administration can, find out the best proposal, in view of the results that were obtained with the bidding process, safeguarding the principle of legality. The possibility of subcontracting the services provided by individuals when not provided for in contracts, and without prior bidding you may damage the bidding process, generating fraud and hindering the fulfillment of the agreed obligations through the contract with the Public Administration.

Keywords: *subcontracting, bidding, concessio, outsourcing.*

INTRODUÇÃO

O tema exposto neste artigo é de suma importância para todo corpo acadêmico e profissionais jurídicos, pois busca demonstrar um posicionamento acerca do tema apresentado. O problema do apresentado tema está na subcontratação de serviços por particulares sem antes ocorrer a licitação, pois além de depreciar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, põe em risco a execução do objeto e efetivação dos princípios constitucionais administrativos.

A Lei Federal nº 8.987/95 estabelece a obrigação de licitação para os atos de concessão e permissão, para que assim o serviço seja prestado conforme as normas e perante o controle estatal.

Entretanto, essa norma vem autorizando o trespasse da realização desses serviços a terceiros, que não participaram das licitações, pois se omite em relação a necessidade da licitação para alguns cenários. Desse modo, com essa transferência por parte do vencedor da licitação a um terceiro, há riscos de a atividade prestada não estar de acordo os requisitos e exigências da Administração Pública.

Sendo assim, há, por conseguinte, uma controvérsia: se a lei autoriza a subcontratação sem prévia licitação após à chancela de um contrato administrativo, seria tal ordenamento antagônico ao texto constitucional.

Apesar de suprimida a essencialidade da licitação, a lei prevê a subcontratação, tendo em consideração um rol de princípios. Dentre eles, o princípio da finalidade, e por esse motivo a laboração do terceiro subcontratado é tida como lícita em virtude da sua finalidade, ou seja, cumprimento da primazia do interesse público, por meio da execução rápida de uma obra ou serviço com valor inferior ao pactuado com a administração.

Todavia, refuta-se com os outros princípios constitucionais fundamentais da atividade administrativa, podendo prejudicar a qualidade do serviço público ou da obra destinada à população.

Acrescido a isso, após Lei de Terceirização no setor privado nº 13.429/2017 a terceirização chega as atividades fins dos serviços da administração pública federal direta com o novo Decreto nº 9.507/18. Dessa forma, estende para o serviço público a possibilidade de contratação de empregados terceirizados em todas as etapas de produção.

Abrindo assim, lacuna para a propagação da subcontratação, visto que a execução da tarefa é capaz de ocorrer por meio de pessoas da própria empresa contratada ou de subcontratação, de acordo com o da lei 13.429/2017, parágrafo 1º, artigo 4º- A, evitando, assim, a fiscalização da efetivação da legislação trabalhista.

Desse modo, com o acréscimo da flexibilidade para a realização de subcontratações, juntamente com a previsão de que a contratante possa ser pessoa física (artigo 5º), pode-se aumentar ainda mais o risco de fragmentação excessiva dos processos de trabalho, a ocorrência de fraudes e de sonegação, além de outros prejuízos ao processo produtivo de trabalho.

O objetivo deste trabalho é analisar os fundamentos e justificar a inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, e analisar os limites subcontratação após Lei de Terceirização. Possui como objetivo específico, analisar a prestação dos serviços públicos por particulares, a licitação em aspectos gerais e tópicos sobre concessão e permissão, problematizar a subcontratação do serviço público e sua inconstitucionalidade, além de analisar como pode ser realizada a subcontratação após Lei de Terceirização.

A metodologia utilizada nesse artigo é o método dedutivo, analítico, dogmático, utilizando dados secundários. Analisando, artigos e aparatos legislativo referentes ao tema abordado. Além disso, também será utilizado como material de pesquisa doutrinas e artigos acadêmicos.

Assim, será explorado em busca de demonstrar os fundamentos que evidenciem a inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação, após lei de terceirização no setor privado.

DESENVOLVIMENTO

A prestação de serviços públicos por particulares

O Estado com o dever de assegurar a demanda de determinadas materialidades em favor da coletividade, concede através do serviço público a prestação de serviços. Entretanto, a especificidade das atividades leva a descentralização no fornecimento de serviços públicos. Assim, pode ocorrer a delegação da atividade a ser realizada para a um terceiro fora da administração pública, o instrumento para que isso ocorra são a concessão e a permissão por

meio de licitação.

Portanto, o titular principal do serviço público é o Estado, entretanto, a atividades poderão ser executadas por indivíduos de direito privado. Em conformidade com o artigo 175 da Constituição Federal Brasileira de 1988, a lei determina que a gerência e a execução dos serviços acontecerão de maneira direta através dos órgãos estatais ou forma indireta, por meio de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou através das concessões e permissões.

Desse modo, quando o serviço público for executado pelo ente privado, deverá ser realizado conjuntamente com a fiscalização do Estado, com o intuito de certificar que o serviço está sendo efetuado de forma satisfatória, atendendo dessa forma, às necessidades da população, devendo os prestadores se atentarem aos critérios jurídicos, técnicos e econômicos da administração pública.

O conceito de serviço público de acordo com Hely Lopes Meirelles, (2016, p.420) “os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado”.

A aceitação da efetuação de um serviço público por um particular, ocorre por meio de certa finalidade lucrativa. Assim diz Egon Bockmann Moreira:

Nas concessões e permissões, ao mesmo tempo que a gestão do serviço público se torna privada, nela se insere o objetivo do lucro. (...). As concessões e permissões versam sobre serviços públicos que possam efetivamente gerar vantagens econômicas ao prestador. A atividade empresarial concessionária é empresa produtiva, com estilo autônomo de gestão referente ao serviço ou obra concedida. (MOREIRA, 2010, p.26)

A Lei n.º 8.987/1995, editada pela União, é a que dispõe sobre o regimento de concessão e permissão de serviços públicos. Dessa forma, sendo uma lei de cunho nacional, é aplicável à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Conceitua concessão no artigo 2º inciso IV: “é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

O artigo 2º em seu inciso II, também conceitua permissão: é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao transferir o exercício das suas atividades administrativas a particulares, o Estado cria uma atividade descentralizada, através da celebração dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos e, concomitantemente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim, com vistas a execução sob regime jurídico predominantemente privado. Essa possibilidade afeta, portanto, o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas aptas a prestarem serviços públicos, podendo os particulares fazê-lo por delegação do Poder Público. (MELLO, 2011, p. 139).

As concessões e as permissões são instrumentos bem semelhantes, podendo ser observado no artigo 40 em seu parágrafo único: “aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”. Desse modo, concluímos que o que couber a concessão, caberá também a permissão. Em certo período o STF chegou a considerar tais instrumentos como sinônimos (ADIMC 1.491/DF – Informativo n.º 117 do STF). Contudo, esta ideia não deve ser considerada, visto que foi manifestada, apenas, em sede liminar.

Conforme Edvaldo Brito:

A participação do Estado em atividades executadas exclusivamente pelos particulares desfaz a tradicional descrição das funções do Estado como sujeito abstrato da ciência financeira. Esta o define como sujeito da economia política, ao passo que a participação do particular na prestação dos serviços públicos modifica a atuação exclusiva do Estado na ótica da noção tradicional de tais serviços. Ou seja, quebra-se a clássica concepção de serviço público entendido como simples atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob regime de Direito Público.” (BRITO, 2016, p. 18).

Desse modo, percebe-se que os particulares podem prestar serviços públicos, contando que preencham as condições legais e atuem no processo licitatório, pois neste procedimento constata-se a eficácia dos princípios Administração Pública, presentes no artigo 37, caput da Constituição Federal. Entretanto, compete ao Estado o poder de interferir nas atividades da prestação de serviços por terceiros, com intuito de assegurar a ordem econômica e a qualidade do serviço, seguindo os requisitos da livre iniciativa.

Licitação: aspectos gerais

Ao oposto dos particulares que possuem ampla liberdade para contratar a execução de obras ou serviços, para o poder público é necessário seguir um rigoroso procedimento preestabelecido na Lei Federal nº 14.133/2021.

Com o intuito de alcançar eficiência e uma maior economia na prestação de serviços públicos, especialmente as de natureza social, o Estado tem o autoridade para transferir as suas

atribuições.

Agindo assim, executa suas atividades por meio das pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, desenvolvendo de forma direta ou indireta suas funções (MELO, 2011, p.137).

Entretendo, a delegação dessas atribuições deve estar de acordo com o caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de separar e fundamentar o exercício das atividades administrativas em todas as esferas de governo. São os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A licitação é uma forma de garantir a segurança jurídica, isonomia e lisura no processo administrativo, ocorrendo antes da admissão pela administração pública. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua-se licitação:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.” (MELLO, 2011, p.608).

Os objetivos que fundamentam a licitação são a isonomia, proposta mais vantajosa e desenvolvimento sustentável. Assim, o procedimento licitatório deve obedecer aos princípios implícitos e explícitos na lei de licitações 14.133/2021.

Conforme com Celso Antônio Bandeira de Melo, a necessidade da licitação encontrasse na Constituição Federal de 1988:

A própria Constituição Federal de 1988 impõe, no artigo 37, XXI, a necessidade da licitação nos casos de obras, serviços, compras e alienações para os entes públicos. Essas atividades serão contratadas mediante prévio procedimento de licitação pública, assegurando assim igualdade de condições a todos os concorrentes, estabelecendo obrigações, mantidas na proposta dos licitantes, nos termos da lei. Esta mesma exigência é reiterada especificamente para as concessões e permissões de serviço público, nos termos do Artigo 175 do mesmo dispositivo, o qual estabelece que serão sempre precedidas de licitação (MELO, 2011, p. 529).

A licitação é uma competição entre interessados que deverão preencher requisitos necessários para o desempenho da atividade que se propôs a cumprir, e preenchido esses requisitos será escolhido a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Desse modo, podemos observar a presença do princípio da livre concorrência, que está ligado com o princípio da livre iniciativa, que consiste na utilização de todos os recursos lícitos, para que executem da melhor forma sua atividade econômica perante o mercado

competitivo.

Assim, a concorrência possibilita que esteja presente no mercado apenas os mais capacitados para prestarem um serviço de qualidade.

Concessão e permissão

As modalidades de concessão e permissão são os mais importantes meios de prestação de serviço público. A concessão é um contrato no qual a Administração Pública transfere a uma pessoa jurídica a competência para realizar o serviço público admitindo todos os riscos gerados pela atividade. Esse ato de concessão é feito através de licitação pública na modalidade concorrente, de forma bilateral, com prazo estabelecido, orientado por lei própria, assim favorecendo apenas a pessoa jurídica.

Ademais, o ato de permissão é um contrato unilateral, podendo ser por prazo indeterminado se autorizado por lei específica. É uma delegação por licitação em qualquer modalidade, favorecendo pessoa jurídica ou física com aptidão para desenvolver a atividade e assumir os riscos que podem ser gerados.

Ao delegar a execução das suas atividades administrativas a particulares, o Estado cria uma atividade descentralizada, por meio da celebração dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Portanto, não se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas propícias a realizarem o serviço público, podendo os particulares executar a atividade através da autorização do Poder Público (MELO, 2011, p. 139).

Conforme o artigo 175 da Constituição Federal, “incube ao Poder Público, na forma da lei diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”. As concessões deverão ser precedidas de licitações. A Lei nº 8.987 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, determina as regras específicas a tais licitações aplicando-se, de forma complementar, todas as regras da Lei nº 14.133/2021. Assim, não existindo regra específica, aplicam-se as disposições relativas às licitações e contratos em geral (Lei 14.133/2021).

No art. 3º da Lei nº 8.987-1995, determina que “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”. O art. 30 compõe esse dispositivo ao elencar que “no exercício da fiscalização, o

poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”.

Assim, o ato de fiscalização deve acontecer com a cooperação dos usuários. Visto que, a Lei 9.074/1995 estabelece que o poder concedente determine “forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados”.

O art. 37, parágrafo 3º, inciso I, da Constituição Federal, evidencia em relação ao controle popular que a “lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indiretamente, regulando especialmente as reclamações relativas à prestações dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”.

Além disso, qualquer ato da Administração Pública deve verificar não só o interesse público como também o princípio da legalidade, moralidade, igualdade, publicidade e impessoalidade. Desse modo, será conferido o serviço público ao particular apenas se houver lei que conceda, ainda que a Lei 8.987/95 não especifique a necessidade de uma lei que autorize a subcontratação para execução de serviços pelos concessionários. Descontentando os princípios da Administração Pública.

Subcontratação do serviço público e sua inconstitucionalidade

Conforme já mencionado, a concessão e a permissão possuem como objetivo atender as necessidades da população por meio de serviços públicos, de forma direta ou indireta, observando condições previstas em lei para assegurar a qualidade do serviço fornecido. A atuação de um particular se dá pelo processo licitatório, considerando o princípio da livre concorrência, conforme o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, e artigo 5º que determina a indispensabilidade de licitação nos serviços públicos.

Desse modo, de acordo com Diógenes Gasparini:

A demanda cada vez maior de comodidades e utilidades públicas por parte dos administrados e a constante assunção do Estado em relação às atividades anteriormente cabíveis aos particulares, aliada à falta de recursos públicos para atender a todos, tem tornado menos operantes os esforços diretos da Administração Pública para propiciar à coletividade bons serviços ou serviços adequados. (GASPARINI, 2007, p.307)

A Lei Federal nº8.987/95 estabelece a obrigação de licitação para os atos de concessão e permissão, para que assim o serviço seja prestado conforme as normas e perante o controle estatal. Entretanto, essa norma vem autorizando o trespasse da realização desses serviços a terceiros, que não participaram das licitações. Desse modo, com essa transferência por parte do vencedor da licitação a um terceiro, há riscos de a atividade prestada não estar de acordo os requisitos e exigências da Administração Pública.

No artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95, consta a autorização de transferência da concessão, essa possibilidade ocorrerá apenas se o poder concedente aceitar. Além disso, no artigo 27 da mesma lei, reforça a indispensabilidade de anuência pelo poder público, não impondo nenhum processo licitatório.

Contudo, devido as normas constitucionais e interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, para que ocorra a subcontratação dos mesmos serviços licitados previamente, deveria ser essencial a realização de concorrência, que seria um novo processo de licitação, assim seria possível um maior monitoramento do serviço prestado pelo terceiro.

Assim, de acordo com Larissa Peixoto Valente e Clara Santos Souza:

A lei é expressa ao determinar a necessidade de concorrência em caso de subcontratação, mas admite a permissão da transferência da concessão mediante simples anuência do poder concedente. No entanto, prevê a exigência de um procedimento licitatório para contratação mediante a modalidade de concorrência está prevista no art. 26, parágrafo 1º da referida lei federal. Desde já se observa uma contradição entre o caput e um de seus parágrafos, ou quiçá uma infelicidade do legislador quanto a escrita do verbete normativo. (VALENTE e SOUZA, 2019, p.18)

Em análise ao parágrafo 2º no artigo 26 da CF/88, pode-se concluir que o fato de transferir os direitos e encargos do contratado da administração pública para o subconcessionário, esse terceiro teria direitos e encargos de uma vínculo de que não participou na criação, sendo capaz de desprezar os direitos e garantias da população ao executar a prestação do serviço público. Desse modo, pode não ocorrer uma laboração responsável pelo terceiro estranho, levando em conta que este não aceitou arcar com o contrato primário do concessionário.

Além disso, o próprio fato da realização do trespasse realizado pelo concessionário para um terceiro estranho, evidência que o concessionário somente participou do processo licitatório com a finalidade de usufruir dos valores monetários, não se levando em conta a execução com qualidade e eficiência exigida pela administração pública.

Por esse motivo, nota-se que a lei citada se apresenta omissa sobre o instituto da subcontratação, demonstrando a inobservância dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Além disso, a lei indica negligência em relação a qualidade do objeto licitatório e na proteção jurídica que o terceiro subcontratado demonstrara na execução das atividades para oferecer um serviço público de qualidade a população.

Quando tratamos da inconstitucionalidade da subcontratação, é imprescindível analisar os artigos 26 e 27 da Lei Federal nº 8.987/95, visto que elenca a imposição de prévia licitação para a utilização de serviços mediante a concessão e permissão.

Sendo assim, o concessionário após ser eleito por um processo licitatório, e realizar o trespasse da concessão através da outorga do poder concedente, configura como uma autorização de delegação da prestação de serviço público, indo ao sentido oposto ao aparato constitucional e a aos princípios da licitação.

Por conseguinte, esse conflito abre margem para um terceiro que não obteve a vitória no processo licitatório, assumir o contrato do vencedor do disputa, infringindo assim o princípio da isonomia.

Ademais, a indispensabilidade de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, é fundamentada na escolha da oferta mais vantajosa e menos onerosa, resguardando a verba pública e garantindo a melhor execução do serviço. Por esse motivo, o serviço público se baseará em diversos princípios, dentre eles, o princípio da finalidade, de maneira que sua realização deve ser sempre destinada ao seu propósito, evidenciado o interesse público.

No que tange ao princípio da legalidade, a lei 8.987/95 é oposta aos preceitos da lei que elenca as regras gerais da licitação (lei 14.133/21), a qual traz normas que auxiliam na proteção do interesse público. Dessa maneira, está maculada a subcontratação, quando a imposição de licitação para contratação de particular não é realizada.

Desse modo, a análise concreta da referida lei induz a percepção de uma provável subcontratação com o simples consentimento do poder concedente, deturbando o processo licitatório, deixando assim, propício a fraudes e golpes.

Subcontratação após lei de terceirização

O trabalho terceirizado teve origem nos Estados Unidos, na Segunda Guerra Mundial,

quando as indústrias de armamentos deram enfoque a potência de trabalho na sua atividade-fim e empregaram empresas, que disponibilizavam seus próprios funcionários, para a execução de certas atividades.

A terceirização é forma de contratação através do intermédio de uma empresa especializada em venda de mão de obra. Sendo assim, o empregador não tem relação jurídica direta com o trabalhador, e sim com a outra empresa contratada.

Em relação ao tema, Druck (1999, p. 49) afirma que esse padrão de gestão da sociedade resumiria “as novas condições históricas, constituídas pelas mudanças tecnológicas, pelo novo modelo de industrialização caracterizado pela produção em massa, pelo consumo de massa”, o que acarretou à necessidade de um novo padrão de renda que assegurasse a expansão desse mercado consumidor, para incorporar a classe trabalhadora. (DRUCK, 1999, p. 49).

No que se refere ao tema abordado, insta salientar o comentário de Harvey (2008, p. 143):

O mercado de trabalho, por exemplo, passou por uma radical reestruturação. Diante da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição e do estreitamento das margens de lucro, os patrões tiraram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão-de-obra excedente (desempregados ou subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis. [...] [Houve uma] aparente redução do emprego regular em favor do crescente uso do trabalho em tempo parcial, temporário ou subcontratado.

A industrialização nacional teve início com o fato da substituição de importações, ocorrendo o impulso inicial, conforme a autora Lessa, a falta de produtos industrializados em decorrência da I Guerra Mundial, levando em consideração que “nossas indústrias surgiram para atender ao consumo, em pequena escala, difuso pelo enorme território, de uma classe dominante muito pequena” (LESSA, 2014, p. 28-29).

Com o termino da guerra, a terceirização manteve-se e disseminou-se pelo mundo, em virtude da necessidade de mão de obra por parte das empresas, que se internacionalizavam e se desempenhavam em aumentar seu rendimento, se dedicando à sua atividade-fim.

Atualmente, a terceirização é um fenômeno mundial que ocorre nas áreas urbanas e rurais em variados tipos de trabalho e setores em indústrias, no comércio, nos serviços e nos ramos público e privado.

De acordo com Alcídio Soares Júnior:

A terceirização é a transferência de algumas atividades (atividades-meio) para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos para atividade-fim, possibilitando entre outras vantagens, a redução da estrutura operacional, a diminuição de custos, a economia de recursos e desburocratização da administração. Terceirização significa a contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para realização de atividades gerais, não essenciais, visando à racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização administrativa. A terceirização constitui um importante elemento que pode indicar a forma pela qual a empresa se estrutura e se organiza. (JÚNIOR, 2013)

No Brasil, a incorporação da terceirização foi de forma gradual e lenta. Sua origem veio através do trabalho rural, por meio do mecanismo de “gato”, que se escora na atividade tradicionalmente sazonal (intermitente), ainda presente na agricultura atual. Além disso, foi uma maneira de admissão empregada desde os primórdios da industrialização nas áreas urbanas, embora de forma secundária.

Desse modo, de acordo com João Grandino Rodas:

Indiretamente a terceirização foi tratada: (i) pelo artigo 455 da CLT, que permitia a subcontratação de operários pelo empregador principal; e (ii) pelo artigo 10, do Decreto-lei 200/1967, que regulava a terceirização no setor público. A terceirização passou a ser tratada diretamente pela: (i) Lei 6.019/1974, que permitiu a terceirização de serviços, por meio de empresa interposta; (ii) Lei 7.102/1983, sobre trabalho terceirizado no âmbito da segurança e vigilância bancária, em caráter permanente. (RODAS, 2018)

Ademais, para inserção da terceirização no país foi fundamental a promulgação da lei nº 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário. A lei autorizava as empresas que comercializavam o tempo dos trabalhadores para outros empreendimentos sem que houvesse relação direta entre eles, contudo, era necessário haver uma necessidade provisória de substituição dos trabalhadores, como a gravidez de uma funcionária ou um acidente de trabalho.

Posteriormente, foi promulgado o Enunciado nº 256/1986 e a Súmula nº 331/19939, ambos do Tribunal Superior do Trabalho (TST), sendo os primeiros regulamentos nos quais dispunham de forma exclusiva o uso da terceirização no Brasil.

Nesse sentido, de acordo com o autor Biondi:

Nessa construção jurisprudencial, a atividade-fim seria a atuação específica no ramo da empresa. Assim, ilustrativamente, a atividade-fim das empresas do ramo automobilístico seria definida como a montagem de automóveis. No entanto, é cediço que o trabalho de pintura dos automóveis, não raro, é atribuído a obreiros subcontratados, como se isso não correspondesse à finalidade última da atuação da empresa, ou seja, como se esse tipo de trabalho fosse apenas um acessório que segue

o elemento principal (BIONDI, 2020, p. 303).

Em março de 2017, o ex-presidente Michel Temer sancionou e promulgou com três vetos a Lei nº 13.429, que libera a terceirização para todas as atividades da empresa. Assim, teve como fundamento no Projeto de Lei nº 4.302/1998, de relatoria do Deputado Laércio Oliveira, derivado da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre as atividades terceirizadas no Brasil e estende a duração da admissão de trabalhadores temporários.

Com a nova lei a definição de trabalho temporário foi alterado, estendendo a execução dessa categoria de contratação, e excluindo a peculiaridade de admissão apenas para circunstâncias extraordinárias. Visto que, essa modalidade de trabalho era voltada para o auxílio de atividades com diligências referentes a fatores imprevisíveis, e quando resultante de causas previsíveis, possui caráter intermitente, sazonal. Agora com a nova redação, o trabalho temporário pode ser empregado para atividades-fim e também para atividades-meio da empresa.

Além disso, a nova lei dilata a prazo de validade dos contratos temporários de 90 para 180 dias consecutivos, com viabilidade de prorrogação por mais 90 dias. Assim, com a regras atuais, admitira um mesmo trabalhador ser empregado repetidamente à disposição da mesma empresa após 90 dias de pausa entre o fim do contrato anterior e o novo contrato, autorizando a realização dos rodízios de contratos.

O novo dispositivo jurídico possibilita a quarteirização e a subcontratação, já que a execução do serviço poderá ser realizada por funcionário próprio da empresa ou de subcontratação, de acordo com o artigo 4º- A, parágrafo 1º da referida lei. Dessa forma, obstaculiza a fiscalização e a efetivação da legislação trabalhista.

“Apesar de ser uma tendência do mercado de trabalho mundial, a terceirização aos moldes apresentados pela nova Lei de Terceirização, apresenta riscos potenciais que já tem sido identificado”. (MELO, 2017).

Por conseguinte, com o acréscimo da flexibilidade para a realização de subcontratações, ligada com a hipótese de que o contratante possa ser pessoas física (artigo 5º, Lei nº 13.429/2017), aumenta-se o risco de ampla fragmentação dos procedimentos de trabalho, e também de incidentes de fraudes e de sonegação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos fatos, nota-se que a prestação de serviço público por particulares deve obedecer a titularidade do Estado, considerando que o concessionário deve se comprometer, assumindo a realização da atividade, sendo responsabilizado por danos e prejuízos gerados a terceiros e desfrutadores do serviço.

Deste modo, incube ao Estado viabilizar suas obrigações materializada aos direitos da população, além de operar em prol da ascensão dos direitos e garantias sociais e fundamentais. Considerando que deve ocorrer a licitação antes da concessão, para que a Administração Pública apure a melhor proposta, perante os resultados que foram obtidos com o processo licitatório, resguardando o princípio da legalidade.

Isto posto, deve ser respeitado o princípio da igualdade na licitação para concessão do serviço público com intuito de resguardar a participação de todos os interessados. Ademais, deve-se a obediência à moralidade, à impessoalidade e à publicidade diante da realização do procedimento licitatório.

A subcontratação sem prévia licitação pode gerar contratos com uma extensa duração, e a realização da atividade pode não transpor a segurança jurídica, que apresentaria se houvesse realizado com contrato por meio do procedimento licitatório.

Por conseguinte, a possibilidade de subcontratação dos serviços prestados por particulares quando não previstos nos contratos, e sem prévia licitação poderá lesar o processo licitatório, gerando fraudes e prejudicando a concretização das obrigações firmadas através do contrato com a Administração Pública.

Sendo assim, se o concessionário não está conseguindo executar o serviço de forma devida, não seria sua competência contratar um subconcessionário, mas sim revogar o contrato, evitando perdas financeiras para a Administração Pública.

Nesse sentido, uma alternativa para eventuais contratemplos, que poderão surgir no período de tempo em que ocorrerá a prestação dos serviços, será um novo procedimento licitatório, com o intuito de que as partes concorram propondo melhor proposta técnica e operacional ou a realização de um contrato administrativo nos moldes exigido pela administração pública, que foi uma solução apresentada pela nova lei de licitações em seu artigo nos casos do artigo 74 §4º e artigo 122 §§ 2º e 3º da Lei nº 14.133/2021.

Conclui-se, que o ideal seria a revogação do contrato e realização de uma nova licitação para contratação de novo concessionário ou a laboração de uma licitação para contratação de um subconcessionário.

Em relação as modificações na lei de terceirização, as mudanças normativas realizadas estendem o uso dessa modalidade de contratação temporária, podendo ser empregado para atividades-fim e também para atividades-meio da empresa, não mais apenas para situações extraordinárias. Dessa maneira, pode resultar em abuso na aplicação dessa categoria pelas empresas, gerando a precarização das condições de trabalho.

Assim, a aprovação da Lei 13.429/2017, junto com as propostas exibidas pelo Projeto de Lei 6.787/2016, de alteração da CLT, podem gerar prejuízo as condições de vida dos trabalhadores brasileiros, com ascensão de modificações na estrutura do mercado de trabalho, além de gerar desigualdades de direitos entre os trabalhadores e com facilitação da subcontratação proporcionar a precarização das condições trabalhistas já existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIONDI, Pablo. A terceirização e a lógica do capital. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 300-318, 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 08 de maio de 2021 às 10:50.

BRASIL. Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em 06 de jul. 2021 às 12:55.

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

pela União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm. Acesso em 28 de fevereiro de 2021 às 9:15.

BRASIL. Lei nº. 13.429, de 31 de março de 2017. **Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em 03 de abril de 2021 às 15:20.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de licitações e contratos administrativos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 17 de novembro de 2021 às 22:18.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de novembro de 2020 às 14:00.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.18.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 11ª ed. São Paulo: Forence, 2017.

DRUCK, Maria da Graça. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico.** São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p.49.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 17º. ed. atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.** 17. ed. São Paulo: Loyola, 2008, p.143.

JÚNIOR, Alcídio Soares. A terceirização e o enfoque de seus conceitos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25901>. Acesso em: 28 set. 2020.

LESSA, Sérgio. **Cadê os operários?** São Paulo: Instituto Lukács, 2014, p. 28 e 29.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 8. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 300.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42ª. São Paulo: Malheiros, 2016, p.420.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOLITOR, T. E. Terceirização: O fenômeno da subcontratação através da crítica marxista da forma jurídica. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 3, p. p. 283-304, 11 ago. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**, 2010, p. 26.
OLIVEIRA, Fernanda Carolina Silva. **O que se entende por concessão e permissão no Direito Administrativo**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2087351/o-que-se-entende-por-concessao-e-permissao-no-direito-administrativo-fernanda-carolina-silva-deoliveira>. Acesso em: 03 de nov. 2019 as 11:40.

RODAS, João Grandino. **Nos moldes da nova legislação, terceirização pode ser benéfica**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-15/olhareconomico-moldes-legislacao-terceirizacao-benefica>. Acesso: em 10 de nov. 2019 as 10:20.

VALENTE, L.; SOUZA, C. Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v.6, n. 1, p. 179-201, 1 fev. 2019. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/148990/150463>. Acesso em: 02 de nov. 2019 as 17:55.

Declaração de Interesse

Os autores declaram não haver nenhum conflito de interesse

Financiamento

Financiamento próprio

Colaboração entre autores

O presente artigo foi escrito pela A. V. R. sob orientação do professor D. L. O., projetado e concluído durante a graduação do curso de direito da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga (FADIP).