

CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCERIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATUAÇÃO DE *STAKEHOLDERS*¹ PARA A MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E ECONOMICIDADE SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA TERCERIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATUAÇÃO DE *STAKEHOLDERS* PARA A MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E ECONOMICIDADE SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tânia Ferreira Prestes

Especialista em Análise Econômica do Direito (Law and Economics) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Fabiano Koff Coulon

Professor da UNISINOS.

Resumo: Este trabalho em por objetivo discutir os custos de transação envolvidos num processo licitatório

para a futura contratação de fornecimento de mão de obra terceirizada pela Administração Pública. Assim,

Resumo: Este trabalho em por objetivo discutir os custos de transação envolvidos num processo licitatório para a futura contratação de fornecimento de mão de obra terceirizada pela Administração Pública. Assim, com base nos estudos em AED, serão abordados elementos tais como os *stakeholders* Estado e fornecedor, as incertezas numa transação e a assimetria de informações num contrato para serviços de mão de obra terceirizada em órgãos públicos, oriundo de pregão eletrônico. Tais discussões devem-se ao fato recorrente de as empresas sumirem e deixaram os encargos trabalhistas por conta do órgão público que a contratou, para evitar inchaço de sua própria folha de pagamento, mas que, ao final, acaba sendo responsabilizado pelos direitos trabalhistas daquelas pessoas estranhas, tratadas como pessoal terceirizado, sendo questionado se os princípios da eficiência e da economicidade se sustentam no quadro a-

presentado.

Palavras-chaves: mão de obra terceirizada, *stakeholders*, assimetria de informações, eficiência, economicidade.

Abstract: *This work aims to discuss the transaction costs involved in a bidding process for the future contracting of labor supply outsourced by the Public Administration. Thus, based on studies in Economics of Law will be addressed elements such as the State and stakeholders Supplier, uncertainties in transaction and information asymmetry in a contract for services outsourced labor in public, originating from electronic trading. Such discussions are due to the fact that the applicant companies are gone and have left the labor charges on behalf of the public agency that hired her, to prevent swelling of your own payroll, but in the end, ends up being blamed for the labor rights of those people strange, treated as contract personnel, and questioned whether the principles*

1. Introdução - 1.1 Justificativa - 2. Stakeholder - 2.1 Governo - 1.º Stakeholder - 2.2 Fornecedor - 2.º Stakeholder - 2.3 As incertezas numa transação - 3. A barganha - 3.1 Barganha nas licitações - 4. Eficiência, assimetria de informações e economicidade - 4.1 Contratações públicas são eficientes? - 4.2 Assimetria de informações - 4.3 O princípio da economicidade - 5. Conclusão - 6. Notas - 7. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se reconhecer a importância da atuação do Estado e seus agentes públicos, e empresas fornecedoras de produtos/serviços, tidos como partes interessadas ou *stakeholders* - entendido assim a partir da leitura de SOUSA & ALMEIDA (2006) -, e sua influência em todo o processo licitatório para a futura contratação de mão de obra terceirizada, para a realização de serviços imprescindíveis para a Administração continuar realizando sua atividade fim, com seu pessoal concursado ou em cargo de comissão e respectiva folha de pagamento.

Apesar de todo o aparato disposto pela Lei Geral das Licitações (LGL) ou Lei n.º 8.666/93 e alterações posteriores, lei esta que foi criada para coibir fraudes, pode-se tratar de racionalidade limitada nos julgamentos das comissões de licitação, dos custos de transação decorrentes de todo o processo licitatório e das incertezas nas transações.

Nesse reconhecimento, o objetivo é, sob a orientação da Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics*, diante dos fatores mencionados no parágrafo anterior, comprovar se prevalecem os princípios da Eficiência e da Economicidade, tão aclamados pelos agentes envolvidos em compras públicas, a partir da leitura e reflexão acerca dos postuladas da AED, oriunda da leitura de Cooter e Ulen (2010), além de outras obras lidas e relidas ao longo do curso de especialização em AED, iniciado em agosto de 2011.

Assim, em tal abordagem, será discutida, não exaustivamente, tampouco atender-se-á à doutrina ou teorias econômicas, a aplicação da AED nos atos pertinentes às licitações.

Primeiramente, a abordagem recairá sobre quem são os *stakeholders* atuantes em procedimentos licitatórios e como se dá a atuação desses entes em cada fase, até o término de um contrato, seja por interrupção ou por cumprimento do prazo previsto na LGL.

Nesse sentido, será importante, do ponto de vista de quem não tem formação nas áreas das ciências que originaram a AED, mas que atua como agente público na área de compras, pontuar aspectos negativos da tão cri-

ticada lei, quando esta norma que, inicialmente, foi criada para prevenir fraudes nas compras públicas, acaba restringindo a atuação dos agentes públicos ou tomadores de decisão, que baseiam seu julgamento pela proposta mais vantajosa como simples registros de negatividade de débitos e algum atestado de capacidade técnica apresentado pelas proponentes, emitidos por pessoa jurídica, que, pode ser, nem exista, mas que possua algum *stakeholder* de ligação² com a empresa licitante e lhe endosse as informações do tal documento, caso seja feita alguma diligência.

A regra é o “dever de licitar”, promovendo-se, assim, um confronto de intenções de contratar com a Administração Pública. Mas não basta a vontade de contratar, há que ser observadas algumas exigências, enumeradas no edital convocatório, em razão da complexidade, ou não, do objeto – aquilo que se quer contratar.

Porém, as exigências mais importantes, que dizem respeito ao cumprimento das obrigações contratuais, são objeto de simples declarações, no momento da apresentação da proposta financeira de que, sendo contratado, providenciará determinadas condições³, tendo em vista o objeto contratado.

1.1 JUSTIFICATIVA

Com o advento da Lei Complementar n.º 101/2000⁴, a Administração Pública viu-se diante da necessidade de reduzir seus quadros de pessoal. Em função disso, a terceirização de mão de obra em atividades não coincidentes com as finalidades do órgão público tornaram viável o funcionamento dos serviços aos cidadãos.

Em resumo, a terceirização promovida pelos órgãos públicos visa reduzir custos com pessoal, que é uma conta pesada para a sociedade.

A redução de custos tornou-se o objetivo dos administradores públicos. Cortar gastos é promessa de campanha, e, obviamente, gasto, para a opinião pública, sempre diz respeito a pessoal ou pessoas. Mas ainda não foi criado nenhum dispositivo que trate diretamente com pessoas do que outras pessoas. Mesmo o computador mais moderno e potente precisa de pessoas para funcionar.

Quando se trabalha com licitações, o princípio mais aclamado é o da “economicidade”. Agentes públicos ficam satisfeitos quando, num pregão, adjudicam o objeto licitado a uma empresa que ofertou o melhor preço, isto é, baixou seu preço em lances sucessivos.

Acima do pregão, instituído pela Lei n.º 10.520/02, está a Lei n.º 8.666/93 e suas alterações posteriores ou Lei Geral das Licitações (LGL), a qual tem dois protagonistas, *stakeholders*, o Estado ou Administração Pública e os Fornecedores, dependendo da instância do processo licitatório, este último é empresa licitante e, vencendo a disputa, adjudicatária, após, sendo celebrado o contrato, é contratada.

Pois bem, está-se tratando aqui de leis que visam à redução de gastos públicos, sob pena de responsabilização, não só de agentes públicos, mas da sociedade em geral, que vê suas expectativas de melhoria na saúde, educação e segurança frustradas, pois são estes três fatores que os cidadãos maximizam, para tocarem suas vidas com alguma tranquilidade.

“Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços.” (COOTER & ULEN, 2010:25), sendo assim, como é de conhecimento corrente, quem não paga a conta em dia arcará com as consequências. É para isso que servem as leis, para que os prejuízos não fiquem no esquecimento ou que outrem, inocentemente, arque com eles.

Assim, o Estado, ainda que lentamente, vai se adaptando aos anseios da sociedade, criando suas regras, seus controles. Porém, não bastam regras, é necessário moralizar também. É nesse ponto que entram em ação a Economia e o Direito - a primeira racionalizando; o segundo, moralizando. É simples, fazendo-se analogia com o tráfego de veículos dos grande centros: se todos obedecessem ao sinal amarelo, provavelmente, não haveria tantos engarrafamentos, ainda que o trânsito ficasse lento em horários de pique. Mas o que acontece é o inverso, todos querem aproveitar o sinal amarelo e tirar sua vantagem.

É senso comum que as maiores fraudes em licitações se devem a invenções, geralmente não constantes dos editais, que visam direcionar o resultado. Basta procurar na mídia, sem demora a encontrar, casos de contrata-

ções públicas viciadas, criminosas, deixando a entender que o “dinheiro público não tem dono”, podendo, por esse pensamento, ser disponibilizado pelos agentes públicos e privados que detêm informações privilegiadas, pois, conforme Ivo T. Gico Jr., em seu artigo “Introdução à Análise Econômica do Direito” (RIBEIRO & KLEIN, 2011: 23): “Agentes públicos trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos”.

Visto que licitação, ao contrário do que significa a palavra, no Brasil, está associada a negócios escusos, famoso “toma lá da cá”, passaremos, a seguir, a tratar da atuação do Estado, como parte defensora do interesse público, como deve ser.

2. STAKEHOLDER

O mais lembrado e criticado *stakeholder* é o Governo, no sentido próprio de Estado. “Este *stakeholder* atua como criador e como árbitro, interpretando e reforçando as regras nas relações de cooperação e de competição dos negócios notadamente entre clientes, fornecedores e concorrentes, e nas relações entre as empresas e as organizações que defendem o interesse público.” (SOUSA & ALMEIDA, 2006: 22)

A LGL foi criada depois dos escândalos do governo Fernando Collor (1990-1992), exatamente para coibir a corrupção, como é de conhecimento comum (quem não se lembra dos “caras-pintadas”?) e não se atualiza no quesito preço desde 1993, exigindo que, para compras acima de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), seja realizado o devido processo licitatório, o qual, a despeito valor mencionado, mobiliza uma grande estrutura, funcionários, equipamentos, local, recursos de informática, agendamentos e muito papel impresso, ainda.

Certamente, R\$ 8.000,00, em 2012, não compram as mesmas coisas que compravam há dezenove anos. A LGL não se atualiza, como se não houvesse inflação no Brasil, assumindo seu aspecto anacrônico⁵, portanto.

É esse anacronismo, lentidão e, pode-se dizer, indiferença ao calendário dos negócios públicos, que faz do *stakeholder* estatal o mais criticado e, quem sabe, culpado pelas noticiadas fraudes, envolvendo milhões de reais do Erário.

O poder de compra governamental é vultoso e, se organizado e bem gerido, é capaz de melhorar a distribuição de renda, educar, provocar a produção de produtos cada vez mais sustentáveis, desenvolver o país⁶. Disso, decorre a corrida dos *stakeholders* fornecedores para contratar com a Administração.

2.1 GOVERNO - 1.º STAKEHOLDER

Até que o Estado mobilize toda a estrutura física, tecnológica e humana na busca de ajustes na legislação, sem contar a boa vontade dos legisladores, que têm seus interesses, muito dinheiro já foi guardado nos bolsos ou em outra peça de roupa de algum político ou empresário oportunista.

Para compras ou contratações de valores relativamente baixos, bastaria uma dispensa de licitação, disciplinada pela própria LGL, pois é comum terem-se várias interessadas em contratar via dispensa, para o que o órgão contratante deverá realizar cotação eletrônica e exigir a documentação de regularidade fiscal e alguma documentação de registro de entidade de classe, no caso de empreiteira, para fins de pagamento dos materiais ou serviços fornecidos. Enfim, menos burocracia, menores custos de transação e maior eficiência.

Não há falar que cotação eletrônica restringe a participação de possíveis interessadas (falaremos desse terceiro a seguir), por ser procedimento virtual, que exige computador com internet rápida, de preferência, haja vista que quem quer vender seus produtos, tem que estruturar-se para tanto, além de que computador há muito tempo deixou de ser item de luxo.

Nesse ponto, qualquer *stakeholder*, isto é, agentes públicos, cidadãos em geral, concorrentes, poderão comprovar a veracidade de informações via internet. É para isso, também, que a Administração Pública está investindo em tecnologia da informação. Afinal, estamos em plena era de processo eletrônico, e, na ceara das licitações, conta-se com o pregão eletrônico desde 2005.

A licitação é, a princípio, um procedimento administrativo, que busca a melhor solução que, ao final, é financeira, visto que não se pode iniciar qualquer processo licitatório legítimo sem a devida pesquisa de preços no mer-

cado e indicação orçamentária, seja qual for o objeto: obras, serviços, pequenas e grandes aquisições. A partir daí, já se observa o 1.º equívoco, isto é, como um procedimento administrativo pode trazer algum benefício financeiro, em face da burocracia que a Lei impõe?

Conforme Mukai (2006):

“Não podemos, portanto, deixar de concordar que nas licitações e contratos administrativos há, sem dúvida, sob o aspecto material, assuntos relativos à gestão patrimonial da coisa pública, de ordem geral e específica, além daqueles de ordem procedimental (estes, puramente administrativos)”.

Em razão da indisponibilidade do interesse público, o Estado deve assegurar, pelos seus processos licitatórios, que obras, serviços e compras com o setor privado, originem-se da maior vantagem possível, de forma parcimoniosa, a um custo de negociação de preços que, não raro, no caso do pregão, atinja um valor inexequível, redundando em compra de “gato por lebre”, isso, quando a contratação se efetiva.

Tudo o que o Estado consome está no mercado, e custa caro, mesmo que comprado por preço negociado, pois este preço não é o final. Muitos dos custos de transação das licitações não entram no balanço final, a começar pelo papel e tóner gastos nas peças do processo de compras e as horas de discussões entre os agentes públicos, a fim de viabilizar a futura compra.

Não se pode comparar o Estado com a(o) dona(o) de casa que vai ao supermercado, por sua conta e risco, comprar a cesta necessária.

Este *stakeholder* tem o dever constitucional de administrar suas compras e fiscalizar a efetivação das obrigações contratuais, sob pena de, sim, disponibilizar o interesse público, como será visto mais adiante, acerca da contratação de pessoal terceirizado.

Ora, se a LGL dita que se deve exigir, tão somente, comprovação de saúde financeira, atestado de capacidade técnica de que já realizou contratação similar ao objeto e que esteja com suas obrigações fiscais e trabalhistas em dia, por ocasião da abertura da “sessão inaugural”, é provável que empresas aventureiras participem e vençam o certame, visando ao primeiro paga-

mento, no caso de contratação de serviços de mão de obra terceirizada, que é o foco da presente explanação.

Daí o 2.º equívoco: se as proponentes participaram da pesquisa de preços, por cotação eletrônica, ou não, certamente informaram um valor mais alto, para fins de negociação futura, durante a licitação. O agente público estará, portanto, a mercê de assimetria de informações, que será tratada no item 4 deste trabalho.

“... produção integrada economiza custos de transação” (RIBEIRO & KLEIN, 2011: 86-7), assim, havendo, primeiramente, pesquisa de preços no mercado, avaliação orçamentária e, após, a abertura da “competente licitação”, muitos dos custos de transação já andaram corroendo a verba pública, visto que:

“Ao contabilizar tudo o que está envolvido em ambas as opções, desconte os custos de produção em si do produto ou serviço envolvido. Você - assim como Aristóteles, Smith, Coase e Williamson - terá uma bela dimensão da importância dos custos de transação na organização da atividade econômica.”
(*idem*, p. 87)

O primeiro custo de transação é a manutenção da máquina estatal; o segundo, as compras públicas.

Com isso, desfecha-se o presente item deste trabalho de conclusão.

2.2 FORNECEDOR - 2.º STAKEHOLDER

“As organizações que proveem as empresas com produtos ou serviços de que elas necessitam para desenvolver, fazer, vender, entregar ou manter os seus produtos, desde que não sejam proprietários ou empregados, são definidos como fornecedores⁷...” (SOUSA & ALMEIDA, 2006: 25).

São fornecedores as pessoas jurídicas que contratam com a Administração Pública. Daí, a criação do SICAF - Sistema Integrado de Cadastro de Fornecedores, imprescindível para participar de licitações de órgãos da esfera federal, cadastro este igualmente utilizado pelos órgãos das esferas estadual

e municipal, devido à sua abrangência. Porém, não estando cadastrada no SICAF, a empreendedora terá seu CNPJ pesquisado por outros meios virtuais. O SICAF apenas simplifica as operações de pesquisa da situação fiscal das empresas, bem como dá outras informações sobre os sócios, ocorrências, estas, se não forem causa de impedimentos de licitar, não serão conhecidas pelos agentes públicos no momento de aceitação de sua proposta financeira, desde que a proponente preencha os requisitos editalícios.

As ocorrências apontadas pelo órgão público x certamente serão experimentadas pelo órgão público y, até que a situação se torne insustentável, ocasionando o impedimento de o CNPJ licitar.

À medida que os órgãos públicos precisam focar-se mais em suas atividades fim, mais dependentes serão do fornecedor de mão de obra.

Ao fim de tudo, o que importa mesmo para o Estado é o preço do fornecedor, visto que, em relação à concorrência que fornece mão de obra, que têm produtos substitutos em características de desempenho iguais ou similares, podem ser usados nas mesmas ou em similares ocasiões e ser vendidos no mesmo mercado geográfico, o fornecedor terá de estar sempre muito bem informado seja em licitação de envelope fechado ou por pregão.

Se for pregão eletrônico, a agilidade em dar lances é que vai promover sua introdução no mundo dos negócios públicos.

Parece simples, mas ao fornecedor, que quer manter-se como tal, há dois fatores a serem observados: maximização e eficiência, "... são fundamentais para explicar o comportamento econômico, especialmente e instituições descentralizadas, como os mercados, que implicam a interação coordenada de muitas pessoas diferentes." (COOTER & ULEN, 2010: 38)

Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo, assim, enquanto o Estado, como qualquer outro consumidor, atua sob restrições de tempo, energia, conhecimento, comportamento de seus agentes e, principalmente, renda limitada, o fornecedor, por sua vez, atua sob as forças da concorrência.

O Estado maximiza a prestação de serviços à sociedade, buscando austeridade e eficiência. O fornecedor maximiza os lucros em função das restrições a si impostas pela demanda do Estado e por sua tecnologia de produção.

O Estado aloca orçamento público, o fornecedor busca diferença positiva entre sua receita e seus custos.

Os economistas dizem que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais. Entende-se, partindo desse princípio econômico, que tanto Estado quanto Fornecedor sejam racionais, e que podem classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado.

A satisfação de que se fala, para o Estado, é a prestação de serviços ao cidadão, mesmo que indiretamente, como estar previsto na vida das pessoas, quando houver necessidade, como nos casos de calamidades, problemas econômicos internacionais, crises sociais etc. Quando este *stakeholder* não se preocupa nem com a arrecadação de receitas, pode-se dizer que a racionalidade, em termos econômicos, não existe. Ou melhor, não há presença da economia, mas o caos. Não haverá a produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Também não há Estado, pois não há interesse nos destinos do País.

Não haverá, igualmente, o Fornecedor, pois este saberá que a melhor alternativa é não negociar com o Estado, com o qual não há como maximizar lucros. “Ninguém, racionalmente, estará disposto a planejar a produção de qualquer bem ou serviço se não estiver seguro de que haverá interessados em obtê-los.” (SOUSA & ALMEIDA, 2006: 26)

Havendo o Estado engajado no desenvolvimento econômico, social, político, teremos fornecedor preparado para as alternativas que as restrições permitem.

Tendo que, racionalmente, ninguém maximiza o caos, tratemos agora de eficiência e se os negócios públicos podem ser eficientes sem fiscalização, sem crença na honestidade de agentes públicos e empresários.

Eficiência⁸ é “fazer certo”, isto é, de parte a parte: o Estado licita, buscando sua satisfação no mercado, onde está o fornecedor, interessado que é, apto a vender seu produto e ser reconhecido por ateste dos gestores públicos diante de outros órgãos públicos e concorrentes.

Quando um fornecedor participa de uma licitação milionária, em que a concorrência move os negócios, sabe, *a priori*, que o seu produto será avali-

ado não só pelo órgão público que quer comprá-lo, mas pelos demais fornecedores que também têm um bom produto.

Quando o que se compra são coisas, estas podem ser objeto de amostragem e, havendo qualquer prejuízo eminente à futura aquisição, recusa-se tal oferta. Mas quando se trata de contratar serviços terceirizados, não se pode proceder da mesma forma.

Daí a importância do fornecedor de mão de obra, cuja eficiência será medida pela boa gestão de seu pessoal e das obrigações na prestação dos serviços contratados, de preferência, sem qualquer advertência, e nem se cogite de outras penalizações⁹.

2.3 AS INCERTEZAS NUMA TRANSAÇÃO

As incertezas numa contratação pública de mão de obra terceirizada iniciam-se já na pesquisa de preços no mercado.

Só para exemplificar, empresas de renome na prestação de serviços de vigilância armada pouco se interessam por contratar com a Administração Pública, pois seu produto é tão demandado, que a iniciativa privada é negócio mais atraente, devido à ausência da burocracia estatal e maiores facilidades na negociação de preços. Não que inexistam obrigações entre estes contratantes, para isso existe o Direito Civil.

Entretanto, aquelas empresas que se dispõem a contratar com o Estado estão sempre bem informadas e têm suas preferências por determinadas praças ou órgãos: ou porque não fiscalizam, ou porque pagam em dia.

E por que isso acontece? Porque uma empresa que celebra contratos para serviços de mão de obra terceirizada não precisa de grandes investimentos, como sede - esta só pode ser exigida por ocasião da contratação -, equipamentos de logística, ou de pessoal qualificado, como profissionais com larga experiência, basta apenas que providencie a contratação da mão de obra e a apresente ao órgão contratante, na maioria das vezes, nem precisa procurar; contrata o pessoal da ex-contratada, se não for ela mesma.

É mão de obra que representa aquela parcela da população que estudou pouco, tem pequenas exigências financeiras e terá alguma prazer (ou uti-



lidade) em trabalhar na sede de um órgão público.

A mão de obra terceirizada não toma conhecimento dos planos do Estado ou contratante, tampouco do fornecedor ou contratado, seu verdadeiro empregador.

O tratamento dado a essa mão de obra deve ser impessoal, além de não poder haver a subordinação direta ao contratante.

Os trabalhadores terceirizados não são *stakeholders* mão de obra, pelos seguintes motivos:

- 1) não executam decisões para atingirem os objetivos do contratante ou da contratada, por não executarem tarefas da atividade principal do órgão público contratante;
- 2) os terceirizados não proveem o órgão público com conhecimentos. Pelo contrário, mesmo seu serviço primário é deficitário, por falta de fiscalização do contratante e desídia da contratada;
- 3) não possuem habilidades, porque suas tarefas não exigem;
- 4) seus salários não são nada competitivos. Percebem o salário mínimo da categoria, às vezes menos;
- 5) trabalhar com vigilância, limpeza e higiene, condução de elevadores, telefonia etc. não oportuniza aprendizado e crescimento;
- 6) não são responsáveis pelo relacionamento com os *stakeholders* externos, tanto do contratante como da contratada. Muitas vezes, os próprios funcionários do órgão público nem cumprimentam o pessoal terceirizado, como se este fosse invisível;
- 7) é mão de obra facilmente recomposta se demitida, por não ser qualificada;
- 8) não representam conhecimento capturado que pode ser detido pelo contratante ou contratada. Não são contratados técnicos em vigilância, em limpeza e higiene, em copeiragem etc.;
- 9) não formam capital estrutural nem humano, por todas as razões mencionadas antes; e

10) seu trabalho não agrega valor aos serviços prestados pelo Estado ou pelo fornecedor, por não se tratar da atividade fim do órgão público contratante.

Se ocorresse o contrário do que foi enumerado acima, haveria redução de custos de transação pela economia dos custos de informação e de coordenação, levando contratante e contratada a melhorarem seu crescimento e eficiência.

A utilidade esperada pelo Estado é a realização do serviço em suas sedes, para que sua atividade fim não seja prejudicada; para o fornecedor, é a contraprestação pelos serviços prestados, sem ter que desembolsar grandes somas em pessoal, pois vai pagar o piso da categoria, e, por fim, para o funcionário terceirizado, é ter um emprego e laborar dentro de um órgão público, conhecer autoridades, sabendo que o dono do prédio é solidário¹⁰ e arcará com os seus salários, caso a sua real empregadora não o faça.

A possibilidade de transferir atividades secundárias a outras pessoas sem vínculo empregatício pareceu bem mais lucrativa para o Estado, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. O Estado não contrata pessoas, pois não se trata de concurso público, mas, sim, contrata prestação de serviços. Celebra contratos com um Código Nacional de Pessoa Jurídica.

A Administração Pública desincumbe-se de contratar diretamente, para não onerar os cofres públicos com folha de pessoal, mas assume, subsidiariamente, a responsabilidade de repor a folha dos terceirizados, diante da omissão das parceiras contratadas via processo licitatório, as quais, na disputa por pregão, baixam seu preço antes de calculá-lo em planilha.

Conforme o art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, “A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento...”; no entanto, o ônus à Administração encontra-se na fiscalização dos contratos de prestação de serviços, conforme a Súmula 331 do TST. Questiona-se, diante desse fato, a eficiência econômica da licitação, nos moldes impostos pela LGL.

A mesma lei que obriga a licitação é a mesma que restringe o agente público de obter mais informações das proponentes. Estas, na condição de ad-



judicatárias, não podem, em tese, renegociar e modificar a proposta de preços, que originará o valor a ser contratado por, pelo menos, 1 (um) ano. Há que lembrar um outro princípio: o da razoabilidade.

Contratação de mão de obra terceirizada é um negócio cheio de incertezas, quando não é de espertezas.

Como saber se a contratada comprou uniformes novos para seus funcionários, se está fornecendo material de boa qualidade para a execução de serviços de limpeza e higiene, por exemplo, ou se tem o cuidado de selecionar pessoal confiável? O Estado teria condições de minimizar essas assimetrias de informação? E tudo consta na planilha de custos e formação de preços, Anexo III da Instrução Normativa n.º 2/2008¹¹.

Sim, controlando efetivamente o que acontece nos corredores, salas, copas e demais dependências dos prédios dos órgãos públicos, designando pessoas capacitadas não só para fiscalizar, mas para apontarem soluções de contenção de gastos e cumprimento de cláusulas contratuais, de acordo com o que está escrito, e não de acordo com conveniências.

Para isso, é necessário designar grupos de trabalho, formados por funcionários capacitados e engajados, *stakeholders* decisivos no processo de qualificação dos serviços públicos e prestação de serviços ao cidadão, este tido como a razão da existência da Administração Pública.

Com isso, encerra-se este capítulo, que aborda a atuação dos *stakeholder* Estado e Fornecedor diante das incertezas numa transação.

3. BARGANHA

Cortar gastos é promessa de campanha, e, obviamente, gasto sempre diz respeito a pessoal ou pessoas. Mas ainda não foi criado nenhum dispositivo que trate diretamente com pessoas do que outras pessoas. Mesmo o computador mais moderno e potente precisa de pessoas para funcionar.

Em se tratando de contratação de atividades não essenciais, a Administração pública busca contratação de empresa para fornecer mão de obra, e não a própria mão de obra, pela impossibilidade da contratação direta que não seja por concurso.

O preço estimado, que é resultante de pesquisa prévia, não revela a realidade de mercado, pois as empresas consultadas sabem que se trata de futura licitação, na qual terão que enfrentar a concorrência.

Empresas que participam regularmente de licitações já conhecem até os termos do edital, e não terão dificuldade em jogar valores em planilha de custos.

O preço da mão de obra é o que menos preocupa contratante e contratada, pois é definido em convenção coletiva da categoria profissional contratada.

Mas, retornando ao preço da contratação, que se originou de um pregão, será que se poderia falar em barganha? Vejamos (COOTER & ULEN, 2010: 202):

“A barganha é um diálogo sobre valor para chegar a um acordo quanto ao preço. Os teóricos da barganha distinguiram três elementos do diálogo: oferta ou proposta, aceitação e contraprestação contratual. 'Oferta' e 'aceitação' têm, nessa teoria, o mesmo sentido que têm na linguagem comum: uma parte precisa fazer uma oferta (...), e a outra parte tem de aceitá-la (...). Às vezes, as práticas comerciais e convenções sociais prescrevem os sinais para fazer e aceitar ofertas”.

Para o setor público, não é diferente a sistemática: tem-se uma proposta que é aceita pelo agente público e que resulta em contratação. Diz-se contratação, e não contrato, por fazer parte de todo o procedimento licitatório, o qual não se encerra na homologação do resultado, quando a autoridade adjudica o objeto licitado à proponente que cumpriu as exigências do edital convocatório, sendo contrato a parte material, escrita, no qual existe a promessa de pagamento futuro.

Até aí, tudo conforme a lei. Mas a barganha é produtiva em processos licitatórios, quando a promessa de pagamento futuro está guardada no orçamento público? Passemos, então, a discorrer sobre barganha nas licitações.

3.1 BARGANHA NAS LICITAÇÕES

Nenhum órgão público licita serviços de mão de obra terceirizada apenas para gerar empregos. Trata-se de uma necessidade, para que a sua atividade fim não seja prejudicada. Uma contratação ideal pode vigor por até 5 (cinco) anos. Nesses casos, a barganha foi produtiva. Terminado esse prazo, outra contratação terá início, mesmo que seja uma emergencial, prevista na LGL, art. 24, IV. Entretanto, são inúmeros os casos de rescisão contratual, porque a contratada não executa os serviços a contento, ou simplesmente não os executa, isto é, não repõe funcionário faltante, não disponibiliza material, ou usa material de baixa qualidade, apresenta equipamentos velhos como se fossem novos, não mantém as condições de habilitação etc. Trata-se de assimetrias de informação.

É fato recorrente o de a contratada sumir com o dinheiro que lhe foi pago em contraprestação de seus serviços, deixando os já tão pobres funcionários terceirizados sem o seu minguado salário.

Sendo o Estado o “promissário” e a empresa contratada a “promitente”, numa barganha, o primeiro induz o segundo a fazer a promessa. A promessa é a proposta mais vantajosa para o Estado. O induzimento é por dinheiro, no âmbito da contratada. No âmbito do contratante, dinheiro é verba pública.

Mas não basta barganhar em negócios públicos, é dever do Estado fiscalizar se a “promitente” está executando a sua promessa. Às vezes, um serviço mal executado é melhor do que nenhum serviço. Os funcionários do “promissário” já estão bastante ocupados com suas próprias atividades e é comum nem saberem a quem devem reclamar se está faltando papel higiênico nos banheiros.

Num belo dia, a “promitente” sumiu e levou consigo todo o dinheiro oriundo da verba pública. No entanto, ela não será tratada como criminosa, mas como “inadimplente”, porque a diacrônica LGL, em sua onipotência, estabelece, em seu Art. 71, § 2.º, que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, e, por este caminho, o Tribunal Superior do Traba-

lho, pelo novo Enunciado da Súmula 331, inc. IV¹², estabeleceu que a Administração Pública é solidária, na condição de tomadora dos serviços.

O órgão cumpriu seu dever de licitar, contratou, não prejudicou, portanto, a sua atividade fim. E aquelas pessoas, com uniformes, que limpam, vigiam, atendem telefone, fazem café, estão à disposição, trabalhando para um órgão público, recebem ordens de um preposto (Art. 68 da LGL), para não caracterizar subordinação direta dos profissionais da contratada à Administração Pública. Preposto este que, ao fim, é, também um terceirizado.

Isso ocorre porque a Administração Pública não contrata pessoas, mas serviços. Se contratasse pessoas, deveria ser por concurso, e um concurso para serviços seria problemático, devido à escolaridades dos candidatos (certamente apareceriam pessoas com diploma de curso superior), às aposentadorias e aos desvios de função.

E todo esse entrave resultou de uma barganha, que, a princípio, parecia ideal, produtiva, sob a máscara da proposta mais vantajosa. Caindo a máscara, desvela-se o real cenário: a contratação foi um desastre, e o “promissário” tem agora a folha de pessoal terceirizado para quitar perante a justiça do trabalho. Pagou duas vezes por um único serviço.

A “promitente” maximizou seu lucro, deixando de cumprir as obrigações contratuais, e a Administração Pública com seus terceirizados assumiu uma externalidade negativa: a de que os órgãos públicos não sabem gerenciar o dinheiro público.

E por que houve a barganha? Porque a LGL determina que seja assim desde o início, visto que o edital convocatório obedeceu todo o regramento, não exigindo que as proponentes comprovassem por meios mais eficientes que teria condições de manter a promessa.

4. EFICIÊNCIA, ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E ECONOMICIDADE

“A primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas

cooperem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas”. (COOTER & ULEN, 2010: 210)

Partindo do enunciado acima, passaremos a discorrer sobre uma contratação pública que não seja rescindida antes do prazo previsto no edital e, por conseguinte, no contrato.

Neste jogo, o principal seria o Estado, o agente, a empresa privada que venceu a licitação. O principal investe, isto é, empenha a despesa decorrente da celebração do contrato e aguarda o cumprimento das obrigações contratuais. O retorno para o principal é a realização dos serviços, em conformidade com as cláusulas contratuais, e para o agente é o pagamento do preço contratado, além da emissão de um atestado de capacidade técnica que lhe permitirá comprovar que tem experiência para contratar com outros órgãos públicos.

Assim, os *stakeholders* Estado e Fornecedor objetivam o bem, isto é, cooperam para realização dos serviços contratados, tal qual previsto nas cláusulas contratuais. A solução cooperativa em uma contratação pública é a efetivação dos serviços, objeto do contrato administrativo, tal qual descrito em todas as cláusulas.

Isso não exclui a responsabilidade do principal, não só como pagador, mas como fiscalizador das atividades realizadas em suas sedes, por empregados estranhos ao seu quadro de pessoal. Esse fato requer conhecimento das necessidades da produtividade que será mensurada para o momento do pagamento devido ao agente.

4.1 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SÃO EFICIENTES?

A mensuração da produtividade requer conhecimento do principal, por intermédio de servidores designados para a atividade de gestor do contrato. Este, geralmente, tem que se dividir entre as atividades fim do agente e atender às reclamações dos demais colegas e superiores quanto à efetiva realização dos serviços. O que costuma acontecer, como em qualquer processo de divisão de responsabilidade, é que uns reclamam para outros e, ao final, ninguém sabe nem viu nada.

Nos casos de contratação de mão de obra terceirizada por órgãos públicos, as empresas que melhor oferecem serviços são as grandes empresas, de renome no mercado e com maior possibilidade de estabelecer-se em diversos locais pelo país afora.

Mas há a preferência pela contratação das microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs), pela Lei Complementar n.º 123/2006¹³:

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

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

Dependendo do tipo de serviço contratado, ascensorista, telefonista co-
peiragem etc., se a vencedora for optante do Sistema Simples Nacional, terá de abrir mão desta prerrogativa¹⁴.

Se o fornecedor optar pelo mal, isto é, não cooperar e manter-se optante do simples, incorrerá em ilegalidade, sendo este o princípio maior a ser observado nas contratações públicas, por abarcar todos os demais, previstos no Art. 37 da Constituição Federal.

Há que se levar em conta que muitos problemas de contratos públicos ilícitos não se devem à má-fé do Governo, mas à incompetência de seus agentes, os quais, muitas vezes, não estão em função de gestor por ter aptidão, mas por falta de opção mesmo, pois não se pode esquecer que a mão de obra terceirizada não aparece nos relatórios de desempenho do órgão público, apenas o gasto com os contratos para tal fim.

Assim, questiona-se o tão aclamado princípio da eficiência nas contratações públicas, visto que a eficiência, em sentido econômico, e não jurídico, é um estado de minimização de custos, do mesmo modo que não é possível existir um resultado de eficiência absoluta, e sim soluções mais ou menos

eficientes umas em relação às outras, como nos casos de contratos mal elaborados, pelos quais não se pode mensurar a efetividade, mas cujas soluções imediatas mascaram a realidade.

A eficiência constitucional nada mais é do que uma fria e simples letra, pois enquanto o Estado não reconhecer a importância de seus funcionários, na condição de *stakeholders* de ligação e responsáveis pelo fluxo de informações e recursos do meio ambiente para dentro da Administração Pública, a mão de obra terceirizada será eternamente fonte de altos custos de transação e injustiça social, o que é pior.

4.2 ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES¹⁵

Retomando a Lei n.º 8.666/93, Capítulo III, Dos Contratos, Seção I, Disposições Preliminares, Art. 54, § 1.º - “Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam”.

Existem os contratos completos e os incompletos:

– completos são aqueles que preveem solução para todas as contingências das relações entre as partes. Trata-se de contratos ideais, portanto, impossíveis. O custo de contratar é alto, envolve muitos procedimentos, desde o surgimento de sua necessidade até sua celebração, assim como consome horas de trabalho, de parte a parte, visando aos planos de ação dos *stakeholders*;

– incompletos - é racional haver contratos que não prevejam todas as contingências entre as partes e, apenas no decorrer do tempo, é que são flagradas situações de impasse, por não observação de normas ou por fatos paralelos ao objeto do contrato, mas que não estão descritos, como, por exemplo, a não

previsão de quem deverá fornecer munição e armas dos vigilantes terceirizados, ou em caso de haver sessão extraordinária em determinada sede do órgão contratante, sem que haja previsão de colocação de vigilância ou serviço de copeiragem em horário extraexpediente.

Contratos totalmente completos ou incompletos não ocorrem, porque, no primeiro caso, não se pode prever todas as contingências da execução do objeto contratado; no segundo caso, no mínimo, haverá a definição do objeto, como um contrato para serviços gerais de limpeza de janelas de determinada sede do órgão contratante, não constando, porém, que existem diversos tipos de portas que contêm janelas, ou janelas em andares altos, que requeiram equipamentos de proteção individual.

A assimetria informativa decorre não só do despreparo dos agentes públicos, mas, também, da velha cultura de que no âmbito da Administração Pública tudo está definido desde sempre.

Assim, é comum pensar-se que tudo está pré-estabelecido, e isso inclui a execução dos contratos administrativos. A necessidade de alteração de *layout* e da aquisição de equipamentos de informática, sem a devida revisão de contratos de limpeza e higiene, faz com que a execução destes ocorra como se houvesse apenas mesas e cadeiras no local. Ocorrendo um acidente por imperícia do terceirizado, causando dano a um computador, o órgão contratante não poderá responsabilizar a contratada, pois o contrato não previa a existência de computadores no local dos serviços:

“Uma parte importante do fomento de compromisso e cooperação entre as partes contratuais é a troca de informações entre elas. Antes de firmarem o contrato, as partes têm conhecimento privado sobre o que esperam conseguir com o relacionamento, os preços e outras condições com as quais estariam dispostas a se comprometer, a duração que preveem para o relacionamento, os aspectos da pro-



messa que são realmente significativos para elas e os aspectos que não são tão importantes”. (COOTER & ULEN, 20120: 213)

De forma amadora, pode-se dizer, o Estado trata de suas contratações de mão de obra terceirizada sem avaliar os seguintes elementos: as incertezas, pois a LGL é truculenta; os riscos, pois é um arrecadador; assimetrias de informação, por ser grande demais, com muitos corretores; pelo comportamento dos agentes, internos e externos, os quais maximizam seu bem-estar sem se importar com a repercussão financeira. Enfim, por todos estes apontamentos, o direito de propriedade da coisa pública é completamente negligenciado.

4.3 O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE

Uma tomada de decisão é eficiente quando possibilita o maior retorno possível, levando em conta os custos envolvidos no processo.

O conceito de eficiência pode ser aplicado aos *stakeholders* Estado e fornecedor, diferente da eficiência definida por Pareto, referida na nota de rodapé à página 15 - situação em que os recursos são alocados de modo que ninguém melhore sem que alguém piore - no âmbito da Administração Pública, está vinculada à diminuição das desigualdades, quando se unem eficiência econômica, desenvolvimento de toda a economia e sistema legal.

Atualmente, no Brasil, a preocupação com a eficiência se justifica pela desigualdade socioeconômica de nossa sociedade e a ineficiência do Estado, estando a eficiência muito próxima da economicidade, no intuito de atingir boa prestação de serviços, com economia (“baixo custo”) e celeridade.

Então, não se pode falar em economicidade, enquanto existirem contratações de mão de obra terceirizada pela Administração Pública, sem a devida atualização da LGL e da própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹⁶, sendo que esta última vigora desde uma época em que as relações de trabalho eram, então, reflexo da escravidão.

É de suma importância para o desenvolvimento socioeconômico do país

a revisão da CLT, visando à segurança nas relações entre empregador e empregado, garantindo o estado de direito, evitando-se, assim, altos custos de transação, em prejuízo da competitividade e da tomada de decisões.

Quanto à atualização da LGL, nem se fale disso, que seja revogada, para vigorar uma lei que se preocupe menos com crimes (para isso existe o instrumento próprio) e que invista mais na manutenção da legalidade e da eficiência, impondo condições para que as futuras contratações sejam objeto de sustentabilidade econômica para os *stakeholders* Estado e fornecedor, nos casos de contratação de serviços de mão de obra terceirizada, subsidiando-os nos cuidados com a fiscalização da efetiva realização dos serviços, bem como resultando em preço justo para o pessoal terceirizado, evitando-se a aplicação da Súmula 331 do TST.

Que nessa relação econômica, e não se pode dizer de outra maneira, não haja uma parte com um conhecimento mais acurado sobre o objeto da contratação. Para isso, a nova lei deverá propiciar a que o agente público ou *stakeholder* funcionário tenha condições de decidir pela proposta de fato mais vantajosa, com base em informações precisas sobre a proponente.

Deverá haver, também, uma lei trabalhista, que espelhe a realidade dos mercados, que subsidie as contratações públicas (privadas também), a fim de manter os contratos em plena vigência, sem prejuízos para as partes contratantes e, principalmente, para o pessoal terceirizado, propiciando a possibilidade de se conhecer o real custo de transação envolvido:

“É dever do administrador agir de conformidade com o ordenamento jurídico, com a moral administrativa e com o princípio da boa administração pública. Ou seja, os fins e os fundamentos da atuação administrativa devem ser definidos pelo Direito e Economia, e deve ser um conjunto de alternativas que levem a um menor ou a um melhor gasto de recursos, bem como um maior alcance de fins com ou sem ampliação de recursos.

Em síntese, devido à existência de diversos graus de dificuldades na utilização do princípio da efi-

ciência econômica pelos profissionais do Direito, é de extrema importância levar em consideração tais entraves na formulação, implementação, cumprimento e monitoramento das leis, de modo a se poder avaliá-las periodicamente não só em termos de eficácia e efetividade, mas também em termos de eficiência, pois assim as leis podem ser refinadas e aprimoradas de forma a melhor servir à sociedade? (BITTENCOURT, M. V. L. Capítulo 1 - Princípio da Eficiência: Considerações Finais. O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, Belo Horizonte, 2011, p. 36)

Ninguém nasceu para ser terceirizado, mas que isso seja opção, não uma condição social.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho, pretendeu-se reconhecer a importância do Estado e fornecedor, na condição de *stakeholders* nos procedimentos licitatórios, tal qual previsto pela Lei Geral das Licitações, a qual está desatualizada, indiferente à inflação de preços desde 1993, quando foi criada, além de ser norma eminentemente direcionada à prevenção de crimes praticados contra o Erário, sem a devida eficácia, por não ser esta a finalidade de uma lei que objetiva procedimentos administrativos.

Sob a orientação da Análise Econômica do Direito (AED) (*Law and Economics*) objetivou-se comprovar se, diante das imposições da LGL e da burocracia estatal, além das assimetrias de informação, por incompetência de agentes públicos e pelo fato de as empresas conhecerem melhor o mercado, prevalecem os princípios da Eficiência e da Economicidade.

Assim, foi abordada a atuação do Estado e o dever de licitar para manter sua máquina funcionando, visando não prejudicar suas atividades fim, mas necessitando alocar mão de obra, para realizar outras atividades necessárias, como vigilância, limpeza e higiene, telefonia etc., evitando, dessa forma, o inchaço da folha de pessoal.

Concluiu-se que, no caso do *stakeholder* Estado, o anacronismo da LGL não prevê os custos de transação envolvidos nas contratações públicas, pelo contrário, acentua-os, quando não possibilita um certame mais diligente, para prevenir contratações onerosas.

Quanto à atuação do *stakeholder* fornecedor de mão de obra, em relação ao Estado, trata-se de um Código Nacional de Pessoa Jurídica, que cobra o menor preço para os serviços realizados por mão de obra terceirizada, sendo que esta, afinal, não é *stakeholder* mão de obra, por não ter qualquer influência nas decisões e conhecimento técnico do Estado, também, por não ter salários competitivos e por ser facilmente reposta, além de outros motivos elencados no presente trabalho.

Tratou-se da barganha durante o processo licitatório, na qual o preço da mão de obra é o que menos importa e que redundava numa proposta que resulta em contratação. Além da barganha, discutiu-se o dever de o Estado fiscalizar, ainda que deficitariamente, constatando-se que este só reconhece que contrata pessoas, e não serviços, quando o fornecedor desaparece e lhe deixa a folha de pagamento do pessoal terceirizado por conta dos ditames da Súmula 331 do TST, sob pena de incorrer em injustiça social.

Por fim, tentou-se avaliar a possibilidade de as contratações de mão de obra terceirizada assentarem-se sob os princípios da eficiência e da economicidade diante das dificuldades de conhecimento do Estado, como principal numa solução cooperativa, por intermédio de servidores designados para a atividade de gestor do contrato, dividido com as atividades fim estatais, sujeitos a assimetrias de informações dos contratos.

Assimetria de informações esta decorrente do despreparo dos agentes públicos e da velha cultura de que a Administração Pública tem tudo definido desde sempre, sem avaliar as incertezas e os riscos advindos das contratações públicas.

Por fim, concluiu-se que não há economicidade nas contratações de mão de obra terceirizada sem a revogação da LGL, para a criação de uma lei mais cuidadosa com a contratação dessa mão de obra, apoiada por uma lei trabalhista que espelhe a realidade dos mercados, tão necessária para o efetivo funcionamento do Estado, com o reconhecimento de direito de propriedade da coisa pública.

6. NOTAS

- 1.
2. “Eles são responsáveis pelo fluxo de informações na organização, pela imagem da organização que representam, pelo estabelecimento da cultura organizacional e pela ligação com outros *stakeholders*.” (SOUSA & ALMEIDA, 2006: 31)
3. “Exatamente por isso é de rigor a imposição de várias exigências para o fim de habilitação ou qualificação do interessado, as quais constarão obrigatoriamente do edital convocatório e devem guardar consonância absoluta aos regramentos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.” (Juiz Dr. Júlio César Silva de Mendonça Franco no Mandado de Segurança n.º 105/96, Jundiaí/SP – acessível em <http://jus.com.br/revista/texto/430/tcu-unifica-entendimento-do-seu-colegiado>)
4. Art. 1.º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.
§ 1.º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.
5. Brasília - Um dos principais entraves no combate à corrupção no Brasil é o excesso de burocracia na administração pública, disse a ex-corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Eliana Calmon, durante seminário na Câmara dos Deputados. Para ela, o excesso de normas legais, em vez de coibir a corrupção, acaba por facilitá-la e, por isso, ela defendeu a revisão da Lei de Licitações (Lei 8.666). “Uma das boas práticas é avaliar a necessidade de desburocratizarmos a atividade pública”, disse. (Eliana Calmon defende revisão da Lei de Licitações para diminuir fraudes, 20/10/2012 – acessível em agenciabrasil.ebc.com.br)
6. Art. 3.º da Lei n.º 8.666/93 e alterações posteriores.
7. Art. 34 da Lei n.º 8.666/93 e suas alterações posteriores.
8. “Esse princípio convém ressaltar que, apesar de pouco ser estudado pela doutrina brasileira, é um dos princípios que merece bastante cuidado e atenção, por se tratar de um importante instrumento para que se possa exigir a qualidade dos produtos e serviços oriundos do Estado.” (“Atuação do Princípio da Eficiência frente aos Serviços e Agentes Público”, por Fernanda Valois, acessível em www.direitonet.com.br). A outra espécie de

eficiência, chamada eficiência de Pareto (Vilfredo Pareto, economista suíço-italiano), refere-se à satisfação de preferências pessoais. Determinada situação econômica é Pareto eficiente ou alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor mesma, sem deixar outra pessoa em situação pior.

9. Art. 87 da Lei n.º 8.666/93 e suas alterações posteriores.

10. Súmula 331 do TST, V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

11. INSTRUÇÃO NORMATIVA No 02, de 30 de abril de 2008. Ementa: dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. ANEXO I - DEFINIÇÕES DOS TERMOS UTILIZADOS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA I - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente; (...)

12. “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)” - acesso ao site www3.tst.jus.br.

13. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte tem por objetivo principal abrir espaço jurídico para que as micro e pequenas empresas desempenhem negócios jurídicos facilitados pelos ambientes seguintes: acesso aos mercados, simplificação das relações de trabalho, estímulo ao crédito e à capitalização, acesso à justiça, estímulos à inovação tecnológica, tratamento favorecido à relação jurídica tributária, favorecimento de créditos, incentivo à capitalização, estímulo à realização de negócios de compra e venda de bens e serviços, fortalecimento das microfinanças etc. Busca, ainda, incentivar a competitividade, permitindo a redução dos preços ofertados à Administração. As inovações contidas na legislação, com alterações tanto na etapa de lances como na fase de habilitação e contratação implicam em mudanças procedimentais de grande relevância, vindo a alterar o resultado final das licitações. (“Impactos da Lei

Complementar n.º 123/06 nas licitações públicas, por Luciane do Rocio Lecheta, acessível em jusvi.com/artigos/41764)

14. Considerando tratar-se de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra, conforme previsto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24/07/1991 e alterações e nos artigos 112, 115, 117 e 118, da Instrução Normativa – RFB no 971, de 13/11/2009 e alterações, o licitante Microempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP optante pelo Simples Nacional, que, por ventura venha a ser contratado, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeito à retenção na fonte de tributos e contribuições sociais, na forma da legislação em vigor, em decorrência da sua exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, art. 30, inciso II e art. 31, inciso II, da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações. (Edital do Pregão Eletrônico n.º 7/2001, Diretoria de Licitações do Tribunal de Contas da União, acessível em portal2.tcu.gov.br)
15. É o desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas numa troca ou intercâmbio. Muitas vezes, os fornecedores sabem mais sobre a qualidade dos bens ou serviços do que o Estado, na condição de comprador ou tomador.
16. “Destaco ainda a tamanha imperfeição técnica na redação desta Lei, pois parece que virou moda a inclusão de novos dispositivos no corpo de leis já existentes, aproveitando-se um artigo já existente, mas renumerando-o com letras (A, B, C, D etc)” <http://jus.com.br/revista/texto/1226/comentarios-e-criticas-as-novas-leis-trabalhistas>).

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTRAN, Maria Paula. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. O caso da Revisão dos Contratos de *Leasing*. (capítulos). Editora *Quarter Latin*. São Paulo, 2008.

COOTER, Robert & ULEN, Thomas. DIREITO E ECONOMIA. 5.ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FRANÇA, Phillip Gil. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Tutela Jurisdicional, Regulação Econômica e Desenvolvimento. (capítulos) 2.ª ed. Revisada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

MUKAI, Toshio. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS. 7.ª edição revista e atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira & KLEIN, Vinicius. O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. Uma Introdução. (capítulos) Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo *et al.* LEGISLAÇÃO. Licitações e Contratos Administrativos. Pregão Eletrônico e Presencial/Leis Complementares. 22.^a ed. Negócios Públicos Editora. Curitiba, 2011.

SOUSA, Almir Ferreira & ALMEIDA, Ricardo José de. O VALOR DA EMPRESA E A INFLUÊNCIA DOS *STAKEHOLDERS*. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.