

CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JOSÉ

CURSO DE DIREITO

ULISSES NUNES VASCONCELOS

**SERVIÇOS PÚBLICOS E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Rio de Janeiro

2021

ULISSES NUNES VASCONCELOS

**SERVIÇOS PÚBLICOS E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Projeto de pesquisa apresentado para a
Disciplina de TCC II, sob a orientação do prof.
Walker Figueiredo da S. Filho.

Rio de Janeiro

2021

SUMÁRIO

	Página
1. INTRODUÇÃO	6
5. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	8
6. DESENVOLVIMENTO	12
7. RESUMO.....	37
8. REFERÊNCIAS	39

RESUMO

O presente trabalho relata os serviços de terceirização no setor público. O intuito é estudar a terceirização, buscando seus fundamentos e teorias, a validade e a legitimidade do serviço, como também, seus limites jurídicos e sua atuação na sociedade. Primeiramente, após a introdução do trabalho, traz-se a conceituação dos serviços públicos e sua execução, abrangendo a concessão, permissão e autorização destes. O terceiro capítulo trata dos princípios aplicáveis à terceirização, já que a Administração Pública não pode renunciar a aplicação dos princípios constitucionais que regularizam seus atos. O quarto ponto abrange a terceirização como conceito jurídico, mostrando a história deste instituto no direito brasileiro e seu conceito mais atual. No quinto capítulo, adentra-se na terceirização na Administração Pública, abrangendo a distinção primordial entre atividade-meio e atividade-fim e as formas como se apresenta a terceirização ilícita em nosso Serviço Público. Partindo de uma revisão bibliográfica em livros doutrinadores, a finalidade será a de analisar e conceituar os temas aqui apresentados.

TERCEIRIZAÇÃO – SERVIÇO PÚBLICO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ABSTRACT

This paper reports on outsourcing services in the public sector. The aim is to study outsourcing, looking for its fundamentals and theories, the validity and legitimacy of the service, as well as its legal limits and its performance in society. Firstly, after the introduction of the work, the concept of public services and their execution is brought up, covering their concession, permission and authorization. The third chapter deals with the principles applicable to outsourcing, since the Public Administration cannot renounce the application of the constitutional principles that regulate its acts. The fourth point covers outsourcing as a legal concept, showing the history of this institute in Brazilian law and its most current concept. Soon after, in the fifth chapter, it goes into outsourcing in Public Administration, covering the primary distinction between activity-environment and activity-end and going through the ways in which illicit outsourcing is presented in our Public Service. Starting from a bibliographic review in indoctrinating books, the purpose will be to analyze and conceptualize the themes presented here.

OUTSOURCING - PUBLIC SERVICE - PUBLIC ADMINISTRATION

1. INTRODUÇÃO

O referido trabalho é sobre a terceirização, técnica surgida durante a Segunda Guerra Mundial, quando as fábricas viram-se obrigadas a transferir parte do serviço que realizavam para terceiros, já que a produção bélica estava insuficiente e não atendia à crescente demanda dos países envolvidos no referido conflito.

Também, o modelo “Fordismo”, usado na Europa como estratégia na Administração e caracterizado pela centralização dos serviços, entrou em crise, sendo substituído pelo “Toyotismo” que, em sentido contrário, pugna pela descentralização do serviço. Com a globalização, todas as mudanças nas áreas tecnológicas, científicas, econômicas e políticas expandiram-se pelo mundo inteiro.

O Brasil, para não ficar atrás, passou a implementar a terceirização seguindo os modelos da Europa.

Este trabalho tem por objetivo esclarecer a estratégia adotada pela Administração Pública para contratação de terceiros, pois apesar de bastante difundida, a temática da Terceirização no Serviço Público é, ainda, objeto de muita polêmica, haja vista sua abrangência.

Diante dos fatos acima, analisaremos a forma correta de terceirização deixada pelos nossos legisladores e, ainda, trazer o foco para a realidade, suscitando como é ilegal e abusiva a forma de terceirizar no serviço público.

Logo, para uma melhor organização e, conseqüentemente, maior entendimento das idéias expostas no presente trabalho, analisar-se-á todo o Serviço Público, sua execução e os princípios que o rege

Em regra, o Estado é o titular dos serviços públicos, pois deve executar os serviços públicos em prol da coletividade. Entretanto, por razões de conveniência, é comum que o Estado transfira para terceiros o encargo de prestação desses serviços. É o que ocorre com a concessão, permissão e autorização, principais formas de delegação do serviço público para outras pessoas.

É fundamental expor detalhadamente esses institutos, explicitando princípios regentes e proposições fundamentais a serem seguidas pelo legislador na elaboração das normas.

Logo em seguida, detalharemos o conceito da Terceirização, tanto no setor privado quanto na Administração Pública, percorrendo a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Para tanto, utilizar-se-á o ordenamento jurídico brasileiro em busca de legislação que trate sobre o tema.

Consequentemente, descrever-se-á a forma de aplicação da terceirização na prática pelos administradores, abrangendo o posicionamento referente tanto à terceirização ilegal quanto à legal.

O texto a ser apresentado são formuladas no sentido de expressar o posicionamento no que concerne à Terceirização nos servidores públicos e a possibilidade deste instituto perante os dogmas da Constituição e de toda legislação brasileira, buscando nunca esgotar a apreciação da matéria.

Assim, tentar-se-á dar a melhor construção possível do tema, de certo que não se chegará a uma solução acabada para os problemas que estão inseridos no título apresentado, mas especialmente fazer uma interpretação minimamente razoável em face das normas hoje vigentes e da ordem constitucional.

2.FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Primeiramente, será realizado um estudo referente ao serviço público, visto que a explicitação de seu conceito, de suas classificações, bem como de sua evolução são essenciais para entender a sua execução, bem como as possibilidades de sua delegação e das peculiaridades da sua terceirização.

O Estado, como ente político, possui como finalidade precípua proporcionar o bem-estar comum de sua população, ou seja, assegurar condições para o desenvolvimento pleno do homem. Dessa maneira, desenvolveu uma vasta rede de serviços públicos capazes de auxiliá-lo nesse fim.

Assim, surge a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que apresenta o Estado como responsável pelas atividades de auxílio social ao cidadão, prestando-lhe utilidades de forma a tornar sua vida mais digna.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 98) explica que é extremamente difícil definir o que venha a ser “serviço público”, até mesmo em razão da constante alteração do que venham a ser “funções do Estado”. Os serviços públicos constituiriam a própria essência do Estado e, exatamente por isso, o conceito mudou tanto quanto a própria noção de Estado.

Várias alterações foram sendo feitas na noção de serviço público com o passar do tempo, mas é possível identificar dois grandes grupos de conceitos. O primeiro, tende a considerar todas as atividades do Estado em conceitos, e por isso, adotam um conceito amplo. Já o segundo grupo, seleciona apenas algumas atividades do Estado para conceituar como serviço público, e por isso, adotam um conceito restrito.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 245), já simplificou a sua explanação sobre a expressão serviço público, a divide em dois sentidos fundamentais: objetivo e subjetivo.

Em subjetivo considera-se que é serviço público tudo aquilo prestado por agentes estatais. Essa é a noção que o senso comum utiliza com frequência. De fato, leigamente, as pessoas chamam de serviço público tudo que o Estado faz, sejam obras, limitação a liberdade e propriedade.

Mas, atualmente, o conceito de serviço público não é definido apenas por quem presta. Está ligado mais ao conceito objetivo, ou seja, a atividade em si. No entanto,

como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 638-639), serviço público não se confunde com obra pública (produto estático) ou com o poder de polícia (licenças, permissões, autorizações ou multas, embargos e interdições se atividades não estão conformes.), nem com exploração da atividade econômica (art. 173, imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

Logo, conclui-se que o simples fato de ser prestado pelo Estado não define serviço público, razão pela qual, na busca de uma definição objetiva, José dos Santos Carvalho Filho (2005, 245-246) aponta 3 (três) critérios:

- a) Critério orgânico: aquele prestado por órgão público;
- b) Critério formal: seria serviço público o que é regulado por regime de direito público;
- c) Critério material: considera a natureza da atividade – a “que atendessem direta e essencialmente a comunidade”.

Porém, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, 92-93) diz que a junção desses três elementos era válida para o Estado Liberal, visto que o serviço público incluía atividades de interesse geral, prestadas sob regime público pelo Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, 93), diz ocorrer dois fenômenos cruciais. Primeiro, o Estado iniciou um processo de expansão do rol de atividades vistas como serviço público, incluindo atividades comerciais e industriais, antes desenvolvidas pelos particulares. Segundo e, concomitantemente, o Estado percebeu que não dispunha de estrutura e organização suficientes para realização satisfatória dessas atividades, culminando na transferência da execução para particulares, “por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista)”.

Consequentemente, essas delegações para particulares ainda não foram suficientes para desafogar o Estado. Para tanto, a Administração adotou uma técnica utilizada, principalmente, pelo Direito do Trabalho, qual seja, a terceirização. Ou seja, esse mecanismo também serve para que o Estado repasse para terceiros a execução

dos serviços, mas não se confunde com a concessão, permissão e autorização, conforme se verá adiante.

É de destaque que, sendo um dever do Estado, cabe aos cidadãos o direito de controle e avaliação destes serviços. Tal controle pode se dar pela participação na própria Administração como em entidades de controle. Além disso, ao cidadão é dado o direito de acesso aos registros e informações em Poder da Administração Pública, a representação contra exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função e a ineficiência e inadequação do serviço, nos termos do artigo 37, §3o, da (CRFB).

Já os cidadãos também possuem alguns deveres, tal qual, o dever de remunerarem a prestação dos serviços públicos, de atualizarem seus dados cadastrais perante a Administração e de fornecerem condições técnicas para que a Administração possa cumprir seu papel de prestar os serviços (ex: instalação do hidrômetro, disponibilização de caixa de gordura, etc), como explicita José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 259)

A execução dos serviços públicos são variadas e as atividades para atender às necessidades da comunidade. Por esta razão, a Constituição Federal assegurou que estes podem ser prestados pelo Estado diretamente ou através de concessão, permissão ou autorização do mesmo, na medida em que os serviços públicos forem considerados próprios ou impróprios (art. 175, CRFB).

Logo em seguida, far-se-á um breve estudo das formas mais comuns de delegação do serviço público, concessão, permissão e autorização. Apesar desse não ser o tema principal do presente trabalho, é necessária essa explicação, para que, ao adentrar na explanação da terceirização, os institutos sejam diferenciados.

Ainda que, concessão, permissão, autorização e terceirização, serem instrumentos governamentais para atenuar o tamanho do aparelhamento estatal.

2 – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O contrato administrativo de concessão é realizado através de processo licitatório pertinente, em que a Administração Pública transfere ao particular a execução do serviço público.

Esta licitação de concessão, de acordo com o artigo 14, da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, realizar-se-á em conformidade com o regime próprio previsto na Lei de Licitações e Contratos, com algumas adaptações e certas peculiaridades. Veja-se:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

A lei acima veio regulamentar o disposto na (CRFB, art. 175), sobre o regime geral das concessões e permissões. Desse modo, traz o conceito de concessão:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: 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;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Logo, a concessionária executa o serviço em seu próprio nome e assume os riscos do empreendimento, podendo cobrar tarifas – com natureza de preço público – assegurada pelo art. 9º e 23, inciso IV, da Lei n.º 8.987/95 c/c art. 175 da (CRFB).

Assim, a preocupação legal em determinar o conceito do instituto, a doutrina não apresenta maiores dificuldades para conceituá-lo, como se depreende definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p.291), segundo a qual é

contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Tanto no caso da concessão, quanto da permissão e autorização, é que o Poder Público tem a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, fazendo-o para garantir o direito dos cidadãos, conforme estabelecido no inciso II, do parágrafo único do art. 175 da (CRFB).

Por conseguinte, a Administração tem o direito de rescindir o contrato de concessão unilateralmente antes do prazo estabelecido, através do instituto da encampação ou resgate (art. 37 da Lei n.º 8.987/95). Neste caso, o Poder Público retoma o serviço para ser prestado de forma direta por motivos de interesse público.

Este contrato possui a característica da mutabilidade que consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas de serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas. Isso porque em contratos de média e longa duração, como são as concessões, é possível a alteração das situações fáticas e jurídicas em seu decorrer, necessitando de adaptações no curso de sua execução, como bem explicita José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 292-293).

2. 2 - Permissão de Serviços Públicos

A permissão de serviços públicos, assim como a concessão, é um contrato administrativo que depende sempre de licitação prévia para a transferência da execução do serviço ao permissionário, que irá executá-lo em nome do próprio assumindo os riscos, sempre sujeito às condições e fiscalização feitas pela Administração, conforme se depreende das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 285-286).

Reporta-se novamente à Lei n.º 8.987/95 para conceituar a permissão de serviços públicos:

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

...

III - permissão de serviço público: 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.

...

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. (grifos nossos)

Assim, temos que permissão é um contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (art. 175, parágrafo único, inc. I, da CRFB c/c art. 40 da Lei 8.987/95).

Pelo serviço prestado, assim como na concessão, poderá haver cobrança de tarifas dos usuários em valor razoável e compatível com o benefício obtido. Ademais, do mesmo modo que a concessão, o contrato de permissão pode ser alterado ou mesmo revogado pelo Poder Concedente, a qualquer momento por motivo de interesse público.

A definição legal espanca quaisquer dúvidas para a conceituação da permissão. Assim, veja-se o conceito trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 707):

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido pela doutrina, é ato unilateral e precário, *institui personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.

O mesmo autor (2005, p. 708), considerando a precariedade do instituto, indica algumas possibilidades de utilização da permissão, quais sejam, quando pudesse mobilizar, sem dificuldades e diversa distinção, o equipamento usado; o permissionário não precisasse destinar vultosos capitais para o desempenho do serviço; os riscos da precariedade a serem assumidos fossem passíveis de compensação ou pela rentabilidade do serviço ou pelo curto prazo em que se efetivaria a satisfação econômica desejada ou o serviço não envolvesse implantação física de aparelho que adere ao solo.

Para arrematar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 708) explica que:

Em suma, e para melhor caracterizar os casos de seu cabimento, poder-se-ia dizer que seu préstimo ajustar-se-ia às hipóteses em que a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização – traço que lhe dava como característico – não acarretasse conseqüências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.

Frise-se, contudo, que como bem explana Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 709-710), a possibilidade de não indenização em caso de alteração ou encerramento da permissão, aplica-se, somente, nos casos em que não houver a

fixação de prazo contratual, característica da permissão que a distingue da concessão. Nesse esteio, continua Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 712-713), com subsídios de Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, asseverando que o instituto da permissão vem sendo burlado com a sua aplicação a serviços de natureza continuada, situação em que se assemelha à concessão.

Observa-se que, apesar de similares, uma vez que são formas de transferência ao setor privado de um serviço público, a concessão e a permissão não se confundem. Do mesmo modo, como se demonstrará, não se confundem com a terceirização.

2.3 Autorização de Serviços Públicos

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.338) sustenta que “a autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público”, neste trabalho adota-se a posição de que a autorização é também forma de delegação do serviço público.

A autorização é ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega a exploração de um serviço público, a título precário, ao particular. O particular, por sua vez, executa o serviço para seu próprio benefício. Sendo ato discricionário do poder público e, ainda, prestado com interesse exclusivo do particular, não depende de licitação prévia, haja vista que é inviável a competição. Entretanto, apesar destas vantagens, também se sujeita à fiscalização do Poder Público, que pode revogá-la, por interesse público, a qualquer tempo e sem indenização, em virtude de sua precariedade, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 152).

3 – TERCEIRIZAÇÃO

As Terceirização foi bem mais profundas na história. Os Estados Unidos da América durante a Segunda Guerra Mundial, como forma encontrada pela indústria para atender à grande demanda de material bélico. Nesse sentido, Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 75), aponta que

antes da II Guerra Mundial existiam atividades prestadas por terceiros, porém não poderíamos conceituá-las como terceirização, pois somente a partir deste marco histórico é que temos a terceirização interferindo na sociedade e na economia, autorizando seu estudo pelo Direito Social, valendo lembrar que mesmo este também sofre grande aprimoramento a partir de então.

Em seguida, Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 75) explica que o advento da Revolução Industrial também impulsionou este fenômeno, uma vez que nesta época eclodiram as normas trabalhistas e o movimento sindical como resposta à exploração desmesurada do ser humano. A mão-de-obra passou a ser tratada cientificamente e as relações mantidas pelo capital e pelo trabalho eram caracterizadas por um mercantilismo predatório do trabalhador.

O objetivo passou a ser, portanto, conseguir mão-de-obra mais barata, sem se furta às disposições da legislação trabalhista.

Rubens Ferreira de Castro (2000, p. 75) destaca que a terceirização assumiu formas diferenciadas ao longo de sua história. Uma das mais antigas é o trabalho doméstico ou domiciliar, isto é, as tarefas são realizadas nas casas dos trabalhadores, com ferramentas e máquinas próprias ou alugadas, onde, de maneira geral, os trabalhadores são pagos por peças ou por encomenda realizada.

Ademais, outra forma bastante difundida de terceirização é a rede de fábricas fornecedoras, principalmente na indústria automobilística. E foi através desta que a terceirização teria sido introduzida no Brasil, nas décadas de 50 e 60.

Mas, foi apenas nos anos 70 e 80, com a edição de normas autorizativas de contratações de mão-de-obra por intermédio de terceiros no setor privado que

o processo “terceirizante” ganhou expressão, como ensina Sérgio Pinto Martins (2005, p. 16)

Com o instituto da terceirização, alguns problemas surgiram, principalmente, nos países periféricos. Nessa direção, bem destaca Ilse Marcelina Bernadi Lora (2008, p. 1133) que

não obstante seus resultados economicamente vantajosos, o processo trouxe também conseqüências socialmente nefastas, com destaque para a precarização das relações de trabalho, redução salarial, fragmentação das relações trabalhistas e utilização abusiva pelas empresas, que passaram, não raro, a utilizar o expediente como único propósito de reduzir o custo de mão-de-obra.

A prática da terceirização também chegou ao Brasil. Isso deu-se “na década de 50, trazida por multinacionais, preocupadas em centrar seus interesses na sua atividade principal”, explica Ilse Marcelina Bernadi Lora (2008, p.1133).

A Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943, apenas fez menção à empreitada e à subempreitada no seu artigo 455 como figuras de subcontratação de mão-de-obra.

Logo, de forma gradual, o tema terceirização foi tratado por diferentes legislações no ordenamento jurídico brasileiro, ora voltada para setor privado, ora para o público.

Já na década de 60, com o advento do Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967 deu-se um tratamento mais robusto da terceirização, ainda que assim não fosse denominada. Em seu artigo 10, §7.º, assim prescreve

Art. 10 - A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento

desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Em 1970, a Lei 5.645 de 10 de dezembro, exemplificou, no artigo 3.º, que atividades relacionadas com “com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” deveriam ser objeto de execução indireta de acordo com o Decreto-Lei 200/67.

Já em 1974, com o advento da Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974 editou-se norma direcionada para terceirização no setor privado, referente à contratação de trabalhadores, mediante empresa interposta, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da tomadora ou acréscimo extraordinário de serviços, como explica Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 1134).

Já o entendimento apresentado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 234), consoante o qual no

âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra, [...] não tem guarida, nem mesmo com base na Lei n.º 6.019, que disciplina o trabalho temporário, porque a Constituição, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público. A única hipótese em que poderia se enquadrar a contratação temporária, sem concurso seria aquela prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição, que prevê a ‘contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público’. Mas esse dispositivo não é auto-aplicável. Ele só pode ser aplicado quando disciplinado em lei de cada ente governamental.

Logo em seguida, depois a Lei 7.102 de 20 de junho de 1983 autorizou a terceirização contínua das atividades de vigilância no setor bancário. Posteriormente, com a Lei 8.863 de 28 de março de 1994 essa terceirização foi expressamente prevista para o setor público.

A legislação restrita referente à terceirização combinada com a expansão dessa prática culminou no entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho sobre a terceirização com a súmula 331, editada em 1993 e revisada em 2000, quando houve o acréscimo, no item IV, da responsabilidade do tomador quando se tratar de ente público.

Nestes termos, *in verbis*:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)
- III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
- IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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 nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)(TST – Súmula 331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Nessa direção, elucidativa a observação trazida por Tarso Cabral Violin (2007, p.12), segunda a qual a

terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode ser dar, como regra por concurso público (art.37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc.

A contratação de agente público sem investidura regular e normal caracteriza a figura do funcionário de fato. Nesse caso, os atos que prejudicarem terceiros de boa-fé devem ser convalidados e permanecem as obrigações trabalhistas da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p.235) expõe que

não estando investidas legalmente em cargos, empregos ou funções, essas pessoas não têm condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique decisão, manifestação de vontade, com produção de efeitos jurídicos; só podem executar atividades estritamente materiais; são simples funcionários de fato.

3.1 – Terceirização na Origem

Considerando, em relação à terceirização, a origem, necessidade de delegação de serviços pelas empresas bélicas durante a Segunda Guerra, e fundamento, transferência de algumas atividades empresariais em prol da eficiência da empresa, andou bem o estudo realizado por Paulo Douglas Almeida de Moraes (2003, p.59) ao concluir que a palavra “terceirização” surgiu, na verdade, no ramo da Ciência da Administração e fora adotada sem ajuste científico pelo Direito. Nesse esteio, ele continua explicitando:

A expressão deriva da palavra “terceiro”, que para o interesse da Administração se aplica na medida que corresponde à delegação de execução de atividades acessórias a terceiros. Entretanto, sob o prisma jurídico a expressão não é adequada, pois por terceiro dever-se-ia entender

alguém estranho à relação jurídica, o que não se verifica, pois o “terceiro” que executa as atividades acessórias não é alienígena da relação jurídica.

Na verdade, a terceirização é uma técnica que visa à eficácia empresarial. Empresas secundárias, realizando atividades-meio cooperaram com empresas de primeiro escalão, que podem dedicar-se à realização de suas atividades-fim, otimizando a produção de bens e a prestação de serviços.

Neste compasso, Lívio Antônio Giosa (1997, p. 122), representante da Ciência da Administração, define terceirização como

um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades para terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua.

Depende-se que a terceirização pressupõe uma mudança na gestão da organização. Como toda mudança, implica riscos, oferece vantagens e desvantagens.

Dentre as vantagens, inúmeras podem ser elencadas, por exemplo, a simplificação da estrutura empresarial, melhoria na administração do tempo, redução dos custos, maior dinamismo na organização, agilidade de decisões, maior flexibilização empresarial, aumento da especialização dos serviços, aumento da capacidade de produção, maior eficácia na prestação dos serviços, possibilidade de aplicação dos recursos em novas tecnologias, diminuição da burocracia, como se depreende do texto monográfico de Marco Antônio Martins da Silveira (1996, p. 61-63).

Todavia, paralelamente, alguns riscos e desvantagens devem ser suportados, dentre eles, a possibilidade de descumprimento das cláusulas contratuais acordadas, de resistência dos funcionários e clientes, de demissões, risco na escolha de parceiros, de contradição entre as políticas do contratante e contratado, risco na coordenação dos contratos, a dificuldade para encontrar a parceria ideal, para integração entre contratante e fornecedor contratado, aumento da quantidade de fornecedores a serem controlados, precarização das relações de trabalho, redução

salarial, fragmentação das relações trabalhistas, como explana Marco Antônio Martins da Silveira (1996, p. 63-64).

Apesar dos riscos e desvantagens, a terceirização, ensina Isis Chamma Doetzer (2007, p. 165), propicia “à organização que terceirizou o serviço uma maior concentração em sua atividade final e se harmoniza com a tendência de especialização conferida às atividades mais variadas e com a idéia de eficiência.”

A terceirização advém de um reclamo do mercado empresarial. As transformações das organizações, tanto nos meios de produção, quanto nas relações de trabalho, como destaca Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 1133) exigiam uma descentralização das atividades empresariais. Assim, surge a relação trilateral: um trabalhador, que tem vínculo jurídico com a empresa terceirizante, mas que, na prática, trabalha no âmbito e em proveito da empresa tomadora.

Logo, essa tendência alcança também o setor público, conforme se verá adiante, que busca na terceirização um meio de promover maior concentração na prestação dos serviços e de dinamizar sua estrutura.

No enfoque dos juristas, o conceito de terceirização se desloca de foco: passa do planejamento empresarial para o da atividade desempenhada. Ao invés de uma relação jurídica bilateral, típica da relação de emprego, na terceirização, temos uma relação trilateral, formada pelo obreiro, pela empresa prestadora de serviços e pela empresa chamada de tomadora de serviços.

4 - TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É responsabilidade do Estado, como gestor dos interesses da coletividade, proporcionar aos cidadãos mecanismos para a satisfação de suas necessidades. Para tanto, entre outras facilidades, o Estado fornece a prestação de serviços públicos.

Porém, a escassez de recursos, a exigência de agilidade e qualidade na prestação de serviços, impõe ao administrador público o emprego da técnica da terceirização, observadas as particularidades inerentes ao setor público.

A terceirização oferece inúmeras vantagens, com ênfase para as que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 229) destaca como principais,

especialização da empresa contratada, a possibilidade de a empresa tomadora do serviço concentrar-se na execução de suas atividades- fim, a diminuição do encargos trabalhistas e previdenciários, com a conseqüente redução do preço do produto ou serviço, a simplificação da estrutura empresarial.

Assim, o Estado adota a terceirização como mecanismo de recuperação de sua eficácia organizacional, com intuito de aumentar sua produtividade e garantir maior agilidade e qualidade na prestação dos serviços, tendo em vista o bem-estar de uma coletividade cada dia mais exigente.

Além dessa, outra diferença apontada é que na terceirização a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público em troca do serviço que lhe é prestado pela empresa interposta. Já na concessão e na permissão, a regra é que o pagamento é efetuado pelos próprios usuários, como explicita Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 241). É que na concessão e permissão há transferência de determinadas prerrogativas ao particular, pois ele assume posição de Administração Pública na prestação do serviço público. Já na terceirização, o contratado é simples executor material da atividade, ou seja, perante os usuários, a Administração Pública é a prestadora do serviço público.

O procedimento administrativo adequado para efetivação da terceirização na Administração Pública é a licitação, que intenta escolher a proposta mais vantajosa para atender às necessidades da Administração Pública e assegurar o tratamento isonômico os interessados em participar do certame, salvo exigências específicas relacionadas diretamente com o interesse público, como assevera Denise Hollanda Costa Lima (2007, p. 21- 22).

A contratação do “terceiro” deve ser analisada sob a ótica da (CRFB) e de leis esparsas que cuidam da matéria. Neste ponto,

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 34) bem explica que

o conceito de terceirização aplicado à Administração Pública é o mesmo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho, vez que este celebra, com muita freqüência, contratos de empreitada (de obra e de serviço) e de fornecimento, mas sempre com fundamento no art 37, XXI, da Constituição Federal, observadas as normas da Lei 8.666/93. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, VIII, e 10.

Nessas diferenças, ressalta-se que para a Administração Pública a validade da terceirização também deve observar a inexistência dos requisitos determinantes da relação de emprego entre o funcionário e ela, notadamente, a personalidade e subordinação.

Embora o artigo 71 da Lei 8.666/93 exclua a responsabilidade pública por encargos trabalhistas derivados de seus contratos com as empresas terceirizadas, a jurisprudência trabalhista majoritária defende a aplicabilidade das regras gerais da terceirização lícita ou ilícita quanto aos direitos às verbas trabalhistas pelo terceirizado na Administração Pública, sendo este posicionamento sustentado por Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 1139) sob a justificativa de que o vergastado dispositivo é inconstitucional.

Por fim, como já exposto, há previsão jurisprudencial expressa (Súmula 331, TST) no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa

interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Isto porque conforme artigo 37, II, da (CRFB), a investidura em cargo ou emprego público está condicionada à prévia aprovação em concurso público.

Assim, terceirizar uma atividade nada mais é que repassar a terceiros a sua realização. No entanto, a idéia de repasse de atividades que não correspondem ao objetivo da pessoa jurídica merece cautela.

Só haverá terceirização se a atividade a ser executada por outrem tratar-se de atividade-meio. Em outras palavras, entregar-se-á a terceiros essencialmente aquelas atividades secundárias, isto é, meramente de apoio e sustentação da empresa principal.

Para melhor vislumbrar estas conceituações, pode-se retomar os parâmetros utilizados na iniciativa privada, em que, como explica Sérgio Pinto Martins (2005, p. 20) “atividade-meio da empresa são aquelas atividades que não constituam seu objeto principal, sua atividade essencial.” A contrario senso, seria atividade-fim aquela inerente, intrínseca ao objetivo da empresa.

Como a Administração Pública adotou uma técnica originária do setor privado, são necessárias algumas adequações para melhor aplicabilidade.

4.1 Atividade-meio x Atividade-fim

Nestes conceitos de atividade-meio e fim devem ser adaptados. Para melhor entendimento, interessante conhecer o estabelecido no artigo 1º do Decreto nº 2271, de 7 de julho de 1997 que “Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.” Assim,

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

A disposição legal supra é interpretada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 353). Segundo a autora,

a terceirização de atividades materiais, atividades acessórias, atividades-meio, da Administração Pública é válida e praticada de longa data. A terceirização de serviços públicos, como um todo, não encontra fundamento jurídico no direito positivo brasileiro.

Logo, pode-se concluir que, para Administração Pública, é atividade-fim aquele serviço típico, originário do Estado. Já a atividade-meio aquela de cunho complementar.

Algumas prerrogativas são relevantes: a gestão estratégica é sempre indelegável ao particular; em casos de concessão e permissão, delega-se a gestão operacional e a execução material; e na terceirização, apenas a execução material.

Para melhor entendimento, um exemplo trazido novamente por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 362) é esclarecedor. Desse modo,

partindo-se do pressuposto de que a cobrança da dívida ativa se insere entre os serviços típicos do Estado, por isso mesmo indelegável, o que a Administração Pública pode fazer é terceirizar determinadas atividades puramente materiais, como, por exemplo, a informatização dos serviços jurídicos.

Não obstante, vale ressaltar que atividade-fim não é sinônimo de essencial. É incorreto afirmar que as atividades essenciais do Estado são indelegáveis, tanto que é possível a terceirização de alguns serviços na área de saúde e educação.

Assim,

a essencialidade resulta do reclamo social para atender atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares.

Com essa observação José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 249) corrobora a afirmativa supra.

5 – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NO SERVIÇO PÚBLICO

No ponto de vista da Administração Pública, a terceirização também apresenta relevância, principalmente em face da redução de encargos com pessoal. Com a terceirização, os serviços estatais deixam de ser prestados por servidores públicos e passam a ser desempenhados por empregados de empresas privadas.

Todavia, alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 234) que muitas vezes a terceirização é utilizada de uma maneira que

burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias.

Assim, a prática revela que, em algumas ocasiões, pode-se vislumbrar algumas ilegalidades, seja na forma de contratação de empresas para prestação de serviços, seja na contratação por excepcional interesse público. Contratações estas que afrontam diretamente previsões constitucionais

6 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS

A Administração Pública tem a premissa de realizar contratos de prestação de serviços, que, como todos os demais contratados com o ente público, dependem da procedência de processo licitatório. A este respeito, a Lei 8.666/93, em seu art.10, permite que as obras e serviços sejam prestados por execução direta ou indireta, esta última sob o regime de empreitada (por preço global, por preço unitário, integral) ou tarefa.

A execução indireta do serviço, segundo o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho (2005, p.124) se assemelha mais ao conceito de “locação de serviço do direito privado”.

Na esfera federal, o Decreto n. 2.271/97, já mencionado, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelece quais as atividades que podem ser executas de maneira indireta e as que não poderão.

É possível a terceirização na Administração Pública de atividades de apoio, ou seja, atividades que são meros instrumentos para o desenvolvimento da atividade principal ou atividade-fim. Isso de acordo com a afirmação de que o Estado, como titular do serviço público, sempre detém gestão estratégica e em caso de atividade-meio transfere-se a execução material.

Não obstante a isso, observa-se que a terceirização vai além dos serviços considerados como atividade-meio, alcança os serviços essenciais que deveriam ser prestados diretamente pelo Estado ou através de delegatários.

E a ilegalidade ainda vai além, muitas empresas são contratadas como prestadoras de serviço e, no entanto, o objetivo se restringe apenas em ceder mão-de-obra para a Administração Pública.

Não se pode confundir. Bem alerta Mariângela Leal Cherchglia (1999, p.369) que é

fundamental distinguir a terceirização de serviços, da de mão de obra. Na primeira, o tomador compra, de fornecedores especializados, volumes de serviços determinados e específicos para atender à complementação das suas atividades. Na segunda, não existe a compra de atividade, mas sim a aquisição ou aluguel de horas de trabalho.

A contratação de serviços vem se transformando em uma contratação de pessoas. Entretanto, como visto anteriormente, a Constituição e legislações infra, como a Lei de Licitações, admitem apenas a terceirização de serviços acessórios na Administração Pública.

A Administração Pública deve se pautar nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, não podendo se enveredar com os atrativos de facilidade, a flexibilidade e liberdade ampla do setor privado. Afinal, a coisa pública não pode ser confundida com interesse particular de quem quer que seja.

A terceirização no âmbito da Administração Pública, é a mais nova forma de terceirização ilícita, e com tais atributos, converte-se em operações ilegais e inconstitucionais.

Dentro desta perspectiva, vale lembrar o item II da Súmula 331 que corretamente excluiu o vínculo de emprego com a Administração Pública, direta e indireta, em caso de contratação irregular, haja visto as peculiaridades que envolvem a relação jurídico/legal que se estabelece entre os servidores públicos e a Administração. E, sobretudo, porque o art. 37, II da (CRFB) estaria sendo violentado na medida em que a exigência do prévio concurso para ingresso no serviço público restaria simplesmente vilipendiada.

No entanto, o que vem acontecendo no setor público é bem distante do que o decreto estabelece e, principalmente, do que a (CRFB) preceitua. Os administradores vêm burlando as prerrogativas próprias do Estado em busca da satisfação pessoal e agilidade vislumbrada.

6.1 - Contratação de Pessoas em Excepcional Interesse Público

Outro absurdo jurídico que com grande freqüência vem acontecendo, é a substituição e confusão entre a “terceirização de mão-de-obra” e a figura de contratação de pessoal para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, prevista no Art. 37, IX, da (CRFB).

Para melhor compreensão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.

263) esclarece que

a razão do dispositivo constitucional em apreço obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça de imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, “necessidade temporária”), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem a acobertar.

Portanto, deveria ser utilizado para atender necessidades temporárias ou excepcionais do Estado, de modo a não prejudicar a situação de emergência em que a Administração se encontrasse.

Assim, os contratados nessa situação deveriam ser transitórios dentro da Administração, nunca permanentes. Contudo, quando admitida essa forma de recrutamento, em que pese a transitoriedade, “eles serão considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos”, como ressalta José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 464).

Nestes termos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. A contratação de servidor temporário só é admissível para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, nas hipóteses em

que a demora do procedimento do concurso público seja incompatível com as exigências imediatas da Administração. (TJMG. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.03.402822- 5/000. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Corte Superior. Data de Julgamento 26/10/2005. Data da Publicação 03/02/2006)

A terceirização, quando tem suas funções preenchidas mediante “contratação”, correspondem a atribuições típicas de cargos permanentes da estrutura administrativa da pessoa jurídica de direito público. Tais cargos são indispensáveis à estrutura organizacional de qualquer Administração.

Neste ponto, a contratação, baseada na aparência de legalidade, transformou-se em terceirização de mão-de-obra, burlando o capítulo constitucional referente à Administração Pública, que exige o concurso público, tendo em vista que “mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública”, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 234).

Conforme entendimento da mesma doutrinadora anteriormente, como investidos ilegalmente caracterizam simples funcionários de fato. Logo, só poderiam executar atividades estritamente materiais, pois, como já dito, somente os agentes investidos legalmente em cargos, empregos ou funções pública têm condições de praticar qualquer tipo de ato administrativo que implique em manifestação de vontade.

Em comparação, temos que os servidores públicos estão sujeitos a um regime jurídico funcional diferenciado e somente ingressam na Administração Pública por duas maneiras: através de concurso público – que constituem os cargos efetivos, e através de livre nomeação e exoneração – são os chamados cargos em comissão ou cargos de confiança.

Portanto, o instituto da terceirização, disponibilizado à Administração Pública para integrá-la à dinâmica do mundo privado, se converte em arma para se concretizar interesses particulares.

6.2 - O Licíto e o Ilícito na Terceirização

A terceirização pode ser lícita ou ilícita. A terceirização lícita, tanto no setor público quanto no privado, é aquela que representa a contratação de serviços relacionadas à atividade-meio da empresa principal, tornando-se ilícita a locação de mão-de-obra, quando presentes os elementos da pessoalidade e subordinação, e a contratação de atividades-fim.

Contudo, bem destaca Denise Hollanda Costa Lima (2007, p.21) que a “licitude da terceirização de serviços afetos à atividade-fim das empresas é alvo de discussões doutrinárias”, apesar de o Tribunal Superior do Trabalho firmar entendimento, no âmbito trabalhista, da sua ilicitude.

A terceirização lícita de atividade-fim somente é possível no contrato temporário. No entanto, já se admite, conforme entendimento jurisprudencial recente (mais ainda não sumulado pelo TST), a terceirização de atividades tanto meio quanto fim nos serviços de telecomunicações.

É o que comenta o Ministro João Batista Brito Pereira:

Quis o legislador, no caso específico das telecomunicações, ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípua, que é a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. (...) Não pode o interprete distanciar-se da vontade do legislador, expressa no sentido de permitir as terceirizações de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implantação de projetos associados (art. 94 da Lei 9.472/97). (TST – Recurso de Revista n. 1680/2006-140-03-00.3 Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de julgamento 26/03/2008. Data de Publicação 04/04/2008)

Com base no artigo 71 da Lei de Licitações, até a edição da Resolução 96, de 2000, o entendimento era de que a Administração Pública estaria isenta de qualquer responsabilidade pelos créditos trabalhistas dos empregados pertencentes à empresa prestadora de serviço contratada mediante regular licitação.

Com o advento da Resolução, o TST alterou a redação do inciso IV da Súmula 331, por entender que o art. 71 da Lei 8.666/93 é inconstitucional,

determinando que a Administração Pública deve responder pela solvabilidade dos créditos trabalhistas, desde que figure no pólo passivo da lide e figure no título executivo judicial.

Mediante esta modificação, surgiram duas correntes: de um lado, aqueles que entendem que o TST não poderia ofertar uma interpretação contrária a um dispositivo legal expresso (art.71 da Lei 8.666/93). E, de outro lado, aqueles que entendem pela inexistência de qualquer violação, inclusive do art. 37, II, da CF/88, ao argumento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista - incluindo-se, por extensão, as autarquias e fundações – estão sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas” (art.173, §1º, II, da (CRFB).

O justo é que: se a Administração Pública responde inclusive pelos danos praticados pelos agentes prestadores de um serviço público (art.37, §6º, (CRFB), por muito mais razão deve responder pelos créditos do trabalhador que prestou um serviço para a Administração, mesmo que de forma terceirizada. Ademais, não é admissível que se beneficie da prática de um ato ilícito, favorecendo-se se sua própria torpeza.

Ainda, expõe Sérgio Pinto Martins (2005, p.134), a responsabilidade objetiva da Administração Pública (art.37, §6º, da Constituição) não faz distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista. Diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive a responsabilidade trabalhista.

Por fim, expõe-se trechos de um acórdão do TST, que atribui a responsabilidade subsidiária à Administração Pública, com fundamento no exposto acima.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA Nº 331, IV, TST.

Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (*culpa in vigilando*), a responsabilidade

subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do Inadimplemento do contrato. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

...

- INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº

8.666/93 . Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.

Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica.

... (TST - Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 2732/2003-065-02-40.4. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, Data de Julgamento: 11/06/2008. Data de Publicação 13/06/2008)

Evoca-se entendimento jurisprudencial do TST para afastar, a despeito de opiniões contrárias, a possibilidade de alegar responsabilidade solidária.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A ausência de oposição de embargos de declaração. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, ITENS II E IV, DO TST. 1. A condenação solidária do tomador dos serviços, que no caso é ente da administração pública, equivale quanto aos efeitos ao reconhecimento do vínculo de emprego e, portanto, contraria frontalmente os itens II e IV da Súmula 331 do TST. Com efeito, esta Corte apreciando a questão da terceirização ilícita pacificou o entendimento de que não é possível a formação de vínculo de emprego com os órgãos da administração pública em face do disposto no art. 37, inc. II, da Constituição da República, reconhecendo apenas a responsabilidade subsidiária em relação às obrigações trabalhistas inadimplidas. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento. (TST – Embargos em Recurso de Revista n. 708738/2000.5 Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Julgamento: 19/02/2009, Data de Publicação: DJ 27/02/2009)

Já o vínculo dos trabalhadores contratados por intermediação de empresa de prestação de serviço, o mesmo nunca poderá ser considerado como servidor público, haja vista a necessidade do concurso público, conforme devidamente explanado anteriormente.

6 – CONCLUSÃO

O relatório apresentado pode-se concluir que cabe ao Estado promover a satisfação das necessidades dos administrados, em prol do bem-estar coletivo, através da prestação dos serviços públicos.

Porém, a despeito de ser o Estado o titular do serviço, é possível a cessão da prestação dos serviços para terceiros, haja vista que a titularidade do serviço não pressupõe o dever de executar.

Nesse sentido, o Estado criou formas para promover essa transferência, por exemplo, a concessão, permissão e autorização. Todavia, a insuficiência desses mecanismos diante das exigências cada vez maiores da população obrigou o Estado a adotar outro instrumento de transmissão da prestação para particulares.

Diante dos fatos, o Estado viu-se diante da terceirização, um instrumento advindo do setor privado que pressupõe a utilização de uma empresa intermediária para realizar atividades complementares àquela principal desenvolvida pela empresa tomadora.

Mesmo que apresente bastantes desvantagens, por exemplo, possibilidade de resistência dos funcionários e clientes, de demissões, risco na coordenação dos contratos, precarização das relações de trabalho, redução salarial, fragmentação das relações trabalhistas, a terceirização é uma alternativa para que o Estado eleve sua produtividade, reduza gastos, melhore sua estrutura organizacional, tornando-se mais eficiente na prestação dos serviços.

Apesar do mesmo objetivo, a terceirização se distingue da concessão, permissão e outros institutos afins. A uma, porque envolve atividade-meio; enquanto os outros institutos, atividade-fim. A duas, pois enquanto na concessão e similares o pagamento é efetuado pelo próprio usuário; na terceirização é o Estado que paga. Por fim, na terceirização há transferência apenas da gestão material; na permissão e demais, transmite-se a gestão material e operacional.

Destaca-se também do presente trabalho, que atividade-fim, aquela inerente ao Estado, não se confunde com atividade essencial, aquela entendida como básica para a coletividade.

Por fim, a terceirização, quando lícita, não gera dificuldades. Contudo, quando ilícita merece atenção. Infelizmente, tenta-se burlar o regramento legal, contratando mão-de-obra para realização de atividade-fim e para estender o período de serviço, quando se trata de contratação temporária.

Como conseqüências da terceirização ilícita estão a não formação de vínculo empregatício com a Administração Pública, tendo em vista a exigência de concurso público para ingresso em cargo, emprego ou função pública. Pode gerar, inclusive, a responsabilidade do agente responsável, pois caracteriza ato de improbidade.

A responsabilização subsidiária da Administração Pública em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas, a despeito da previsão legal na Lei de Licitações.

A questão mostrou-se polêmica, na medida em que há diversas situações que de anômalas passaram a ser consideradas normais, afetando, de forma direta ou indireta a comunidade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol.7. São Paulo: Saraiva, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005,

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHERCHGLIA, Mariângela Leal. **Terceirização do Trabalho nos serviços de saúde: alguns aspectos conceituais, legais e pragmáticos**. 1999. Texto de apoio para o Curso de Especialização em Desenvolvimento de Recursos Humanos de Saúde – CADRHU – Natal. Disponível em: <http://www.opas.org.br/rh/publicacoes/textos_apoio/pub04U3T5.pdf>. Acesso em 18 out. 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DE BARROS, Alice Monteiro. **A Terceirização sob a nova ótica do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: Revista Trabalho & Processo, 1992

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DOETZER, Isis Chamma. Contratos de terceirização de serviços firmados com a Administração: questão da responsabilidade trabalhista. **Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC**. n. 156, p. 165-172, fev.2007.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2. ed. v. II, Paris: Librairie Fontemoing, 1923, *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem Estratégica**. São Paulo: Pioneira, 1997.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>> Acesso em 15 de out. 2008.

LIMA, Denise Hollanda Costa. As cooperativas de trabalho e a terceirização na Administração Pública. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**. n. 62, p.20-26, fev.2007.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e responsabilidade da Administração Pública na terceirização de serviços. **Revista Zênite de Licitações e Contratos ILC**. n. 177, p.1126-1143, nov. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATAYOSHI, Noêmia Naomi. **O instituto da permissão de serviços públicos no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Tribunal de Contas da União – Instituto Serzedello Corrêa, Brasília, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Contratação indireta e terceirização de serviços na atividade-fim das pessoas jurídicas: possibilidade jurídica e conveniência social**. 2003. 138f. Monografia (Direito do Trabalho) – UNAES – Faculdade de Campo Grande, Campo Grande.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2001.

SILVEIRA, Marco Antônio Martins da. **Terceirização na Administração Pública. Estudo comparativo entre a SEF/MG e demais órgãos da Administração Direta do Estado de Minas Gerais**. 1996. 204f. Monografia (Curso de Especialização em Administração para Secretaria de Estado da Fazenda) – Fundação João Pinheiro – Escola de Governo de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VIOLIN, Tarso Cabral. As terceirizações lícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPS e demais entidades do “terceiro setor” – Estado, ordem social e privatização. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 72, p. 7-14, dez. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: Planalto. Legislação. Constituição. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Lei 8987, 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. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1995. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Lei 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. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1993. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 17 out. 2008.

BRASIL. Lei 7.783 de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1989. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 15 nov. 2008.

BRASIL. Lei 5.645 de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1970. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 01 dez. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1967. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei 2.271 de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=146456>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL, Súmula 331. **Contrato de prestação de serviços. Legalidade** (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000). In: Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 1993. Disponível em <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>> Acesso em 13 de Nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta 442370. Autor da Consulta: Prefeitura Municipal de Araporã, Relator: Conselheiro Moura e Castro. Data da Sessão: 22/04/1998, Disponível em <[http:// www.tce.mg.gov.br](http://www.tce.mg.gov.br)> Acesso em 19 dez 2008.

BRASIL. Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0000.00.255608-2/000. Relator: Desembargador Orlando Carvalho. 1 Câmara Cível. Data do Julgamento: 04/02/2003. Data da Publicação 07/02/2003. Disponível em: <[http:// www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)> Acesso em 19 dez 2008.

BRASIL. Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.03.402822-5/000. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Corte Superior. Data de Julgamento 26/10/2005. Data da Publicação 03/02/2006. Disponível em: <[http:// www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)> Acesso em 19 dez 2008.

BRASIL, Súmula 331. **Contrato de prestação de serviços. Legalidade** (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000). In: Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 1993. Disponível em <<http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/tst/Sumulas.htm>> Acesso em 13 de Nov. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 2732/2003-065-02-40.4. Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, Data de Julgamento: 11/06/2008. Data de Publicação 13/06/2008. Disponível em <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada/>>. Acesso em 05 mar 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos no Recurso de Revista n. 708738/2000.5. Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Julgamento: 19/02/2009, Data de Publicação: DJ 27/02/2009. Disponível em < <https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada/>>. Acesso em 05 mar 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho – Recurso de Revista n. 1680/2006-140-03-00.3 Relator: Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de julgamento 26/03/2008. Data de Publicação 04/04/2008. Disponível em: < <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4371117.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 05 de mar. 2009.