

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Edith Maria Barbosa Ramos, Maria Tereza Fonseca Dias, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-294-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 19 (dezenove) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: sistemas de controle da Administração Pública; terceirização na Administração Pública; transparência, parcerias e princípios do Direito Administrativo.

No tocante aos diversos sistemas de controle da administração pública, 9 (nove) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) ao controle administrativo - tais como a invalidação do ato administrativo e sua modulação temporal (de Clarissa Sampaio Silva e Ivson Antônio de Souza Meireles); os recursos administrativos disciplinares militares e a admissibilidade do seu efeito suspensivo (Jordan Espíndola dos Santos); controle interno das prestações de contas das OSCs (Maria Tereza Fonseca Dias e Luísa Pires Monteiro de Castro); controle interno para o enfrentamento do combate a corrupção (Anna Carolina de Oliveira Azevedo e Rômulo Magalhães Fernandes); 2) ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. A atuação do TCU foi apresentada como parâmetro utilizado na fiscalização e controle dos contratos administrativos (William Paiva Marques Júnior). E o

trabalho que trata do anunciado cancelamento da Súmula 347 do TCU tratou dos atuais questionamentos do STF acerca do exercício da competência daquela Corte de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, pois extrapola os parâmetros adotados pela Constituição vigente (Allan Alexandre Mendes Gonçalves, João Rezende Almeida Oliveira); 3) aos controles extraorgânicos – tais como o controle social da atividade regulatória da ANVISA na reforma administrativa gerencial (Marcela Pinto Ribeiro e Paulo Roberto Lassi de Oliveira) e o controle da administração pública por meio da resolução extrajudicial dos conflitos em face da Administração Pública gerencial (Lara Caxico Martins e Marlene Kempfer). 4) a relação entre os instrumentos de controle, como na discussão proposta por Victor Roberto Corrêa de Souza e Taís Loureiro Santos ao tratarem, no trabalho sobre “Autoridades independentes e poder hierárquico”, das dificuldades existentes nas relações entre as autoridades administrativas e judiciais brasileiras, identificando como funciona o sistema brasileiro de controle judicial da Administração Pública, sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático da terceirização no âmbito da Administração Pública, foram apresentados os trabalhos de Fernanda Maria Afonso Carneiro, Vinícius Alves Scherch, e Alana Fagundes Valério, todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças, limites e vedações a sua utilização, seja pela própria administração, seja por intermédio de parceiras, como as organizações sociais. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se deste instrumento de gestão em que atividades acessórias (também denominadas atividades-meio) são repassadas a outras empresas ou entidades privadas sem fins lucrativos através de contratos e ajustes cujo objetivo seja a prestação de serviços especializados. Dessa forma, o Estado passa a se dedicar às atividades principais (atividades- fim), desobrigando-se da execução direta das atividades secundárias. Os trabalhos demonstram, por outro lado, a precarização das relações de trabalho causadas pela terceirização, colocando em cheque os limites para a utilização do instrumento. Por ser tema utilizado frequentemente pela Administração Pública, o tema merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo princípios do Direito Administrativo, com um conjunto de 7 (sete) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) o

princípio da transparência administrativa referenciado com pressuposto da governança (Marcos Feitosa Lima e Marília Mendonça Morais Sant Anna) e como instrumento de fiscalização dos gastos públicos (Fernanda Dayane dos Santos Queiroz e Edith Maria Barbosa Ramos); 2) o princípio da eficiência seja aplicado aos processo de compras governamentais, a partir da teoria do pragmatismo (Gilmar Brunizio e Cassio Rodrigues Barreiros), seja na discussão da autonomia administrativa da Defensoria Pública da União, como condição para a eficiência do serviço de prestação de acesso à justiça (Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart) ou, ainda, no melhor aproveitamento dos recursos públicos disponíveis, com a utilização adequada de convênios, consórcios administrativos e contratos de gestão (Flávia Ramos Maia Costa) e nas parcerias público-privada (Maria Marconiete Fernandes Pereira); e, por fim, 3) o princípio da isonomia na extinção do vínculo do servidor público celetista com a administração pública direta em face da aposentadoria espontânea e a garantia da estabilidade. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG / FUMEC

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO: ASPECTOS GERAIS, LIMITES E VEDAÇÕES

THE OUTSOURCING IN THE PUBLIC SERVICE: OVERVIEW, LIMITS AND PROHIBITIONS

Vinicius Alves Scherch

Resumo

RESUMO O presente artigo buscará retratar a terceirização de serviços públicos, sob a ótica do direito do administrativo e com complemento do direito do trabalho. Será parte da análise, as normas que compreendem a terceirização e sua utilização pela Administração Pública, enquanto ferramenta de gestão. No que tange às obrigações trabalhistas decorrentes da terceirização, serão abordados os aspectos da terceirização lícita e ilícita, principalmente para deixar evidente algumas das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito administrativo e gestão pública, Serviço público, Terceirização

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT This article will seek to portray the outsourcing of public services, from the perspective of administrative law and labor law complement. Will be part of the analysis, the rules include outsourcing and its use by the Public Administration as a management tool. With respect to labor obligations arising from outsourcing, the issues will be addressed from the legal and illegal outsourcing, mainly to clear let some of the doctrinal and jurisprudential divergencies on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key-words: administrative law and public management, Public service, Outsourcing

Introdução

Com o tempo, o Estado, visando manter a regular prestação de serviços, se viu obrigado a utilizar-se da terceirização como uma ferramenta de gestão capaz de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados através das delegações, concessões, criação de empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e fundações, e realização de processos licitatórios destinados à celebração de contratos com empresas que fornecem a mão de obra solicitada.

Destarte, já se pode dizer que o tema será abordado por duas vertentes principais, sendo a terceirização lícita e a terceirização ilícita, a partir disso, será buscada a relação entre ente público, tomador dos serviços a empresa terceirizante e o trabalhador, onde serão abordados seus aspectos históricos, a forma como ocorre, suas características principais, a legislação utilizada e o tipo de vínculo estabelecido na relação trilateral.

Também serão abordados os princípios e alguns entendimentos sumulados, para, através do método indutivo demonstrar uma singela abordagem sobre a questão.

1 Breve história e conceito de terceirização

Pode ser considerado o evento inaugural da terceirização, a Segunda Guerra Mundial, que em razão do aumento da produtividade na indústria de armamentos, para suprir a demanda acabou encontrando como solução "remodelar a forma de produção, transferindo atividades não essenciais a outras empresas". (DELGADO, 2004, p. 81)

A partir de então, o fenômeno somente cresceu e com o final da guerra, os países vitoriosos tiveram um potencial aumento em seu poder econômico, quando então surgiram modos de produção que são conhecidos como taylorista e fordista. Maurício Godinho Delgado assim explica esses modos:

Propondo a minuciosa separação de tarefas e sua conseqüente rotinização no processo laborativo interno à empresa, o método taylorista reduzia a necessidade sofisticada de especialização do trabalho, transformando-o em seqüência de atos basicamente simples. A partir daí, esta gerência científica do trabalho multiplicava a produtividade laborativa, viabilizando a explosão da produção massiva característica do sistema capitalista. [...]

O fordismo, ao lado de implementar as proposições tayloristas, produz inovações no estratagema de gestão da forma de trabalho e do próprio empreendimento empresarial, dando origem a um modelo de grande influência nas décadas seguintes no ocidente desenvolvido. (Ibidem)

Todavia, tais sistemas de produção começaram a se tornar inviáveis na década de 70,

quando instaurou-se a crise econômica no ocidente, onde ocorreram impactos não só no modo de produção capitalista, mas também nos próprios trabalhadores com a mitigação de seus direitos, no entanto esses modos contribuíram bastante para os atuais conceitos de empregador e empregado.

Em consequência da crise, esses sistemas foram superados pelo toyotismo, que é um modo de produção com especialização mais flexível e mais eficiente no quesito de atendimento das múltiplas demandas do mercado segmentado, já que a automatização fordista não se mostrava tão eficaz.

No toyotismo passou a ser exigido do empregado uma multifuncionalidade, “[...] podendo atuar com certa autonomia e poder de iniciativa na forma de realização do trabalho” (CARELLI, 2004, p. 43-44), tornando assim a empresa em uma hierarquia horizontalizada e que prioriza suas atividades-fim, fomentando a prestação das atividades-meio por outras empresas.

Com o foco no objeto fim e no suprimento da demanda, esse sistema mais horizontal acabou deixando menos nítidas as definições clássicas de empregador e empregado. O trabalhador ganhou determinada autonomia e houve uma flexibilização da aplicação da legislação trabalhista, que na época era vista como entrave ao crescimento econômico e à livre iniciativa privada, abrindo margem à terceirização como a solução para a consolidação do toyotismo como meio de produção mais eficaz.

No Brasil, a terceirização teria sido introduzida por multinacionais dedicadas à produção de automóveis, que, em consonância com o toyotismo, focavam apenas na montagem de veículos, deixando para terceiros a tarefa de fabricar as demais peças e componentes.

Fernando Basto Ferraz, em raciocínio simples, conclui que “a expressão ‘terceirização’ surgiu através da área de administração de empresas, objetivando dar ênfase à descentralização empresarial de atividades para outrem”. (2006, p. 239)

Maurício Godinho, entende a terceirização como:

O fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. [...] insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos

trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (2006, p. 428)

Assim, pode-se chegar ao conceito de que a terceirização é um contrato empresarial que tem por objeto a aquisição de um lado e fornecimento de outro, tendo em vista a cooperação para alcance do objeto final do contratante, onde há trabalho, habitualidade e onerosidade, mas a subordinação é verticalizada, tendo o empregado seu vínculo com a empresa terceirizante que efetivamente o contrata.

Assim a terceirização se caracteriza como a contratação entre empresas para o desempenho de atividade-meio, sem que haja subordinação do empregado da terceirizante com o tomado do serviço.

Como o objeto da terceirização é a atividade meio, a sociedade vendo que era rentável, impulsionou a terceirização com a criação empresas prestadoras de serviços de conservação e limpeza e em seguida de vigilância, expandindo cada vez mais o campo de atuação para outros setores.

2 Considerações sobre serviço público

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p.99), ao citar José Cretella Júnior, revela que o serviço público pode ser definido como "toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público".

Por seu turno, de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 297), considerou o "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado".

Esta definição trazida por Hely Lopes Meirelles é mais interessante justamente por conta de o autor mencionar a Administração ao invés do Estado, para chegar ao seu conceito, ora é sabido que os Poderes Judiciário e Legislativo prestam serviços públicos, mas é notório ainda que estas funções não podem ser executadas por outra pessoa senão o servidor público para ela designado.

Ante a isso, é importante trazer as definições de serviço público em seu sentido estrito, que é quando "a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares". (DI PIETRO, 2009, p. 99)

Contudo, há serviços públicos que não se destinam ao benefício direto dos administrados, podendo-se elencar os serviços internos, tais como a manutenção e limpeza das instalações dos prédios públicos e a vigilância do patrimônio estatal, também se enquadram aí os serviços diplomáticos e aqueles destinados à estudo e pesquisa científica e de tecnologias.

Conforme a autora, o serviço público era definido a partir de três critérios, sendo o subjetivo (o Estado é o prestador), o material (a atividade é destinada à satisfação coletiva) e o formal (regime jurídico de direito público). Ocorre que o rol de serviços prestados pelo Estado, com o passar dos anos foi se ampliando e passando a atuar em áreas comerciais e industriais, que antes eram reservas à iniciativa privada. (Ibidem)

A partir de então, o Estado não tendo mais uma organização eficiente para dar conta dessas obrigações por ele assumidas, passou a delegar a sua execução a terceiros, se valendo de contratos administrativos de concessão de serviços públicos e mais adiante passou à criação de pessoas jurídicas de direito privado para executar essas atividades, começando a surgir as empresas públicas e sociedade de economia mista.

Nota-se que, embora ainda que sejam empresas públicas - que tem organização como se privada fosse - e sociedades de economia mista - onde há participação de particulares na constituição do capital -, não se trata de terceirização, uma vez que o Estado ainda continua sendo o detentor dos serviços, ainda que indiretamente.

Contudo, na delegação dos serviços e contratação de empresas mediante licitação, para determinadas atividades, a terceirização é patente e vai ao encontro das políticas governamentais que buscam a contenção de gastos e redução de pessoal.

Com isso, o Estado teve seu elemento subjetivo afetado, já que não se poderiam mais considerar que somente ele poderia prestar o serviço público e também se enfraqueceu a característica formal, uma vez que nem todo serviço era adstrito ao regime jurídico público.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, ampliou-se um pouco o conceito, conforme escreve Alexandre Santos de Aragão, onde serviços públicos:

[...] são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade. (2007, p.157)

O mesmo autor, parafraseando Egon Bockmann Moreira (*apud* ARAGÃO, 2007, p.160-161), afirma que o Estado, em se tratando de um serviço público, tem o dever de atuar

de forma direta ou indireta, uma vez que é exigido uma prestação pública contínua e adequada, que é decorrente do próprio princípio da continuidade do serviço público. Há que se consignar, que para o autor, não se atribui importância à titularidade do serviço público, mas sim a responsabilidade do Estado sobre a atividade, em virtude de sua obrigação de prestar serviço público, o que se conforma com o disposto no artigo 175 da Constituição.

Tem-se assim que o serviço público é todo aquele definido por lei, que depende economicamente do Estado e tem por objetivo o bem estar da coletividade, sendo o seu executor pessoa de direito público ou o particular devidamente investido nessa condição, mediante um ato do Poder Público.

3 Os limites da terceirização dos serviços públicos

Com passar do tempo, o Estado veio cada vez mais aumentando a gama de serviços públicos, e com o advento da Constituição Federal de 1988 de forma vultuosa, as obrigações do Estado e os direitos do povo se sobrepuseram à capacidade estrutural e financeira dos órgãos públicos de modo geral.

Assim, a Administração Pública reconhecendo sua importância para a população, bem como a possibilidade de sofrer sanções das normas e até condenações judiciais diante do seu dever de agir, conjugando recursos apertados em face de necessidades ilimitadas, passou a se utilizar da estratégia da terceirização.

Acerca da titularidade do serviço público, esta sempre pertencerá ao Estado em todas as suas esferas, mas isso não significa que ele seja obrigado a presta-los por si mesmo, abrindo então o campo para a terceirização, nas palavras de Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 92), as tarefas podem ser realizadas “por terceiros autorizados a atuar em nome do Estado, como se dá com os permissionários e concessionários de serviços públicos”.

Com efeito, no exercício da discricionariedade, o Estado pode conferir a titularidade de algumas das suas tarefas a particulares que deverão prestar o serviço de acordo com as regras e períodos impostos.

Todavia, a questão de grande debate envolve o limite dessas terceirizações, podendo ser fixados limites de competência e legitimidade de atuação e ainda a questão dos princípios da Administração Pública que podem - e devem - ser seguidos por aqueles que assumem uma tarefa que até então era precípua do Estado.

Com frequência, se vê a terceirização das atividades meio, como vigilância, limpeza pública interna e externa, suporte a sistemas de informação, coleta de lixo, manutenção da iluminação pública, construção de estradas e prédios públicos, entre outros.

Notadamente, alguns serviços públicos de caráter transitório, como é o caso das obras, o Estado tem uma grande economia ao repassá-los, já que não precisará contratar servidores. Alçando economia ao Estabelecer, mediante licitação, o preço por empreitada para a realização do serviço.

3.1. A Legislação Sobre Terceirização

Senão pioneiro, um dos primeiros diplomas a compilar o assunto, é o Decreto-Lei nº 200/67, que trata da terceirização, uma vez que trata da descentralização e traz, que através de contratos ou concessões, as tarefas podem ser transferidas a iniciativa privada, visando a sua otimização e também para impedir o crescimento de seu aparato através de serviços de terceiros capacitados para desempenhar suas tarefas privadas.

Há quem entenda que o modelo de administração pública desse período era muito burocrático e centralizado, o que, conforme Amorim:

Confere à norma em apreço um aspecto ‘despreocupadamente’ exortativo da contratação de tarefas internas do setor público ao setor privado, com finalidade estritamente organizacional, num cenário político que não representava qualquer risco de abuso privatista.

No paradigma administrativo da época, a preocupação maior do governo militar residia na desburocratização dos processos de decisão na administração pública direta e no controle operacional e financeiro das empresas estatais. O grande desafio da época era flexibilizar a administração dessas empresas para atribuir maior operacionalidade e reduzir custos nas atividades econômicas do Estado. (2009, p. 104-105)

Depois do referido decreto, outra legislação que tratou do tema foi a Lei nº 5.645/70, que trouxe no seu art. 3º parágrafo único¹, exemplos de atividades entendidas como executivas e passíveis de terceirização, a saber, transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas.

No entendimento de Maurício Godinho Delgado (2009, p. 411), embora seja um rol exemplificativo, servem de referência para se considerar que tais atividades se remetam a atividades de apoio, instrumentais, portanto atividades meio.

Também é importante, nessa toada, citar que as Súmulas 256² e 257 do TST também trouxeram algumas regras de restrição da terceirização (serviços temporários e vigilância bancária), porém na iniciativa privada, mas se analisada intenção do legislador ao disciplinar as atividades instrumentais ou de apoio, ou simplesmente atividades meio, houve coesão.

¹ Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997.

² Cancelada. Revista pela Súmula 331 do TST.

Sobre Súmula 256, comenta Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 108) que “não houve em nenhum momento nesse enunciado a proibição à verdadeira terceirização, e sim à interposição de empresas com vistas a evitar o vínculo empregatício”.

Outro importante diploma legal é o Decreto-Lei nº 2.300/86, já que disciplinou as licitações e contratos no âmbito da Administração Federal e no seu art. 9º, II, trazia expressamente a possibilidade de execução de obras e serviços sob a forma indireta.

Com a Constituição Federal de 1988, ficou estampado no artigo 37, XXI, que as aquisições de bens e serviços seriam contratados mediante licitação, sendo esta obrigatória à administração pública direta, indireta e em todas as esferas de governo e poder. Pela interpretação histórica, se deduz que a intenção da norma não era demonstrar a possibilidade de celebração de contratos com particulares, mas sim encerrar a noção de obrigatoriedade de realização de processo licitatório e sob esse pensamento foi elaborada a Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 acabou repetindo algumas disposições das legislações antigas, em especial quanto ao regime de execução indireta de obras e serviços e para distingui-los os é salutar a lição de Marçal Justen Filho:

A execução direta verifica-se quando a obra ou serviço é executado pela própria Administração. A Lei acrescentou a expressão ‘pelos próprios meios’ ao conceito existente no DL 2.300/1986. Desse modo, deixou claro que a execução direta envolve também o instrumental da Administração. No caso de execução direta, a Administração direta não necessitaria, em princípio, do concurso de terceiros. Logo, não caberia cogitar de contratação administrativa (portanto, nem de licitação).

As obras e serviços podem desenvolver-se sob regime de execução indireta. A responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por um terceiro, que é juridicamente o realizador da obra ou prestador do serviço. A execução indireta se faz sob a modalidade básica da empreitada. (2009, p. 125-126)

Feita esta excursão, a Lei nº 8.666/93, conforme redacionado no art. 6º, II, traz um rol exemplificativo de serviços terceirizáveis - demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Vários autores afirmam que desse rol de serviços são qualificados como instrumentais, ou atividades meio, por, notadamente, não serem revestidos de burocratização, ou aqueles que somente servidores devidamente investidos em cargos públicos poderiam realizar, em respeito ao princípio da legalidade.

Diferentemente, Marçal Justen Filho ao comentar o referido inciso, assim se posiciona:

(...) foi adotada uma espécie de definição, acrescida de um sumário exemplificativo de atividades consideradas como tal. Isso já seria defeito suficiente para merecer crítica.

O defeito da definição de serviço é evidente, pois não basta afirmar que consiste em toda atividade que vise obter determinada utilidade de interesse da Administração. (...) Em suma, o conceito de serviço não fornece o caráter distintivo específico correspondente. Por decorrência, o intérprete é constringido a se submeter ao casuísmo da Lei. Como a Lei arrola espécies de atividades, o intérprete não dispõe de um critério genérico que seja adequado para solucionar todas as dúvidas. (...) Obviamente, a locação não consiste em prestação de serviços. Por igual, considerou-se que “demolição” caracteriza um serviço.

Já o “serviço” se identifica pela preponderância da atividade humana, retratada na produção de utilidades concretas ou abstratas para a Administração. A relevância do serviço reside na atividade em si mesma. Trata-se de uma obrigação de meio, preponderantemente. (2009, p. 108-109)

Para esclarecer, é importante a conceituação de Maurício Godinho Delgado que afirma as atividades meio como:

(...) funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (2006, p. 442-443)

No embalo da Lei de Licitações – talvez -, o Tribunal Superior do Trabalho assentou o entendimento sobre terceirização na Súmula nº 331, a qual merece melhor estudo mais a frente. Por ser uma época onde as políticas predominantes eram neoliberais, houve uma redução do pessoal dos órgãos públicos, sendo amplamente utilizada a terceirização.

Nesse período da década de 90, a terceirização no âmbito do Poder Público tomou uma proporção mais elevada, chegando a violar determinações e preceitos legais que somente admitiam a terceirização das atividades meio.

Como tentativa de distorção de conceitos e com intuito de camuflar a intermediação de mão de obra – segundo pensa Carelli -, no âmbito federal foi editado o Decreto nº 2.271/97, todavia, se percebe que a intenção foi tornar as atividades instrumentais ou complementares, de execução indireta por regra, transferindo-as a terceiros, trazendo ainda um rol não exaustivo, que flexibiliza a execução indireta de atividades inerentes a cargos, desde que haja disposição legal ou o cargo esteja extinto.

E, no intuito de se resguardar-se, no mesmo decreto foi trazida a redação do artigo 4º, onde é clara a intenção da Administração Pública em afastar a hipótese de intermediação de

mão de obra, para tornar o objeto do contrato firmado entre as empresas uma prestação de serviços.

Onde, em simples palavras, estaria o órgão licitador a comprar serviços, quebrando as demais situações que poderiam configurar qualquer vínculo com a pessoa que efetivamente empregaria sua força na consecução do objetivo do órgão público.

3.2. Princípios aplicáveis à terceirização

Serve de introdução a esta parte, a lapidar a lição do Supremo Tribunal Federal sobre princípios, onde trata especialmente do princípio da moralidade:

[...]Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art 37 da CF). isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. [...] Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.³

Exposto no artigo 37 da Constituição Federal, é um dos princípios de maior atuação no campo do direito administrativo e na regulação dos atos públicos. Em que pese não seja tão observado pelos atuais gestores públicos no cenário político que o País vem experimentando, para efeitos práticos e acadêmicos, dentre tantas, a definição mais completa é a de Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa. Vislumbra-se nessa regra um caráter utilitário que é dado por sua imensa carga finalista. (*apud* BARCELAR FILHO, 2010 p. 78)

Assim como todos os atos praticados pelo Poder Público devem ser revestidos da moralidade, os contratos que preveem a terceirização não podem ser exceção e, fazendo opção em terceirizar serviços, há quem entenda que se o Poder Público causa, ainda que de forma

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RTJ 153/1.030.

mediata, prejuízos ao trabalhador, tem o dever de assumir de forma subsidiária o adimplemento das verbas trabalhistas.

Mas, para o contrato de terceirização que se entabula, em regra, o princípio da moralidade tem de se ater ao respeito da função pública de seu objeto, ao valor pago dentro do que preconizam as regras de mercado, ao fiel cumprimento das cláusulas e da manutenção da honestidade e do equilíbrio econômico financeiro ao longo da avença, configurando verdadeiro transcendentalismo prever as verbas devidas pela empresa ao empregado como obrigação do Estado.

Da mesma forma que o princípio da moralidade, o princípio da legalidade encontra-se no artigo 37 da Constituição, sendo também um dos princípios basilares da Administração Pública em todas as suas esferas de atuação.

Mas, diferentemente da interpretação dada em relações entre particulares, no âmbito do Poder Público, a legalidade é aplicada em seu sentido estrito onde “só se pode fazer o que a lei permite”. (DI PIETRO, 2009, p. 83)

Para a terceirização, é um importante princípio, pois nele está contido um verdadeiro limite a atuação do Poder Público, já que as hipóteses de utilização do instituto precisam constar em ato legal.

Em resumo, o princípio da legalidade funciona como um verdadeiro freio, que é capaz de limitar a vontade do gestor, que sempre estará amarrado aos ditames da legislação, sempre para preservar o interesse público e reguardar o patrimônio e a supremacia do Estado em face do particular, e por isso, quando se dá a terceirização, o seu objeto se limita a serviços de apoio, que proporcionam meios para que o Ente Público realize suas tarefas.

O Princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988 por meio da EC 19/98, é aquele que:

Impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (MORAES, 1999, p. 30)

Tal princípio não só foi observado, como se transformou em uma meta para o Estado nas suas atividades, recaindo sobre o seu modelo gerencial, de modo a impor uma reformulação de suas estruturas.

No que alcança a estrutura funcional, a Administração Pública viu na terceirização uma forma de desburocratizar e descentralizar suas atividades instrumentais, trazendo não só

otimização pela contratação especializada como também uma redução nos seus custos com pessoal e capacitações, podendo se concentrar em prestar de forma mais adequada as suas atividades-fim.

O momento em que essa reestruturação se deu no País, nos anos 90, embora seja alvo de críticas, também tem os seus méritos, conforme expressa Bresser Pereira, ao conceituar o modelo gerencial, que é orientado:

para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos. (PEREIRA, 1996 p. 28)

Independente da corrente política que inseriu o princípio no texto constitucional, sua essência veio a trazer importantes melhorias no âmbito dos serviços prestados aos administrados, conforme bem expressa Celso Antonio Bandeira de Mello:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'. (1999, p.92)

Nesse sentido, quando se menciona o princípio da eficiência, deve-se ter em conjugação o princípio da legalidade, posto que este é o verdadeiro norteador das atividades públicas e uma vez que se deve buscar a boa administração, quando o Estado terceiriza, esse ônus é transmitido ao particular que assume a atividade posta no contrato.

Então, com vistas ao cumprimento da lei, o contrato de terceirização deve buscar eficiência e não somente livrar a Administração Pública de encargos e despesas, sob pena de não atingimento do fim a que foi proposto.

3.3. Concurso público como limite à terceirização

Com a Constituição Federal de 1988, o concurso passou a ser a regra matriz do ingresso no serviço público, ou seja, todos os provimentos de caráter efetivo somente se dão através do concurso de provas ou provas e títulos, sendo exceção tão somente os cargos em

comissão e trabalhadores temporários. O concurso público encerra em si verdadeira materialização dos princípios da moralidade e da impessoalidade, dando àquele que se inscreve a oportunidade de integrar a carreira pública, escoimado de qualquer vínculo ou apadrinhamento por parte do gestor que está a frente do órgão público que promove o certame.

Retirada assim qualquer subjetividade, e levando em conta a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, veio a calhar a realização dos concursos públicos para afastar qualquer privilégio ou busca por interesse pessoal por parte do administrador.

Em um de seus aspectos, o princípio da impessoalidade impede que a Administração proceda a discriminações entre os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar. Consubstancia-se em uma faceta do princípio da igualdade, no sentido de que o Estado deve sempre observar a isonomia no tratamento dos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Nessa toada, frente à celebração de contratos com a pura intuição de conseguir mão de obra, há uma verdadeira violação à regra constitucional de que a realização de concursos públicos deve ser o meio para realização do fim buscado pelo Estado, qual seja, oferecer os serviços públicos para os administrados.

Desse modo, quando há a interposição do concurso através da terceirização, tem flagrante violação de pelo menos três princípios constitucionais, sendo os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, configurando em verdadeira fraude ao acesso democrático do cargo público.

Contudo, não é raro verificar a existência de contratos com o Poder Público, onde empresas e até mesmo particulares exercem atividades específicas e destinadas ao contratante, que, em tese, são indelegáveis, como é caso em que se configuram as terceirizações ilícitas, onde o contratado realiza atividades fim e que são de notada atribuição de um servidor público. A terceirização é uma mera via alternativa para auxiliar nas atividades do Estado, nunca podendo ocupar uma posição de realização daquilo que deve ser entregue ao público.

A título de exemplo, o TST já afirmou inclusive que a administração pública fica impossibilitada de terceirizar seus serviços quando há concurso público em aberto para provimento de vagas, ainda que em cadastro de reserva, sendo relevante a ementa do julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LIMINAR INDEFERIDA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA.

CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO. Conforme vem decidindo esta 1ª Turma, em sintonia com a jurisprudência do STF, não há falar em -cadastro reserva- quando o ente da administração pública mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, em detrimento da regra constitucional do concurso público. A concessão de liminar para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento em recurso de revista pressupõe a verossimilhança da alegação do autor e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do que dispõe o art. 558 do CPC, requisitos não demonstrados na espécie, autorizando o julgamento antecipado da medida cautelar. Agravo regimental a que se nega provimento, julgando improcedente o pedido formulado na medida cautelar.⁴

Ao arremate, ainda que as disposições da Lei nº 8.666/93 sejam integralmente cumpridas em regular procedimento licitatório, há quem afirme que “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” (RAMOS, 2001, p. 160).

Por isso, a terceirização encara verdadeiro óbice moral ante à obrigatoriedade da realização de concurso público, que deve ser a via principal para o preenchimento das vagas daqueles que realizarão os serviços públicos.

4 A aplicabilidade da Súmula 331 do TST e as consequências da terceirização ilícita

É importante frisar que o conceito de terceirização lícita, pode ser obtido através não só da legislação, mas também da análise jurisprudencial, tendo sua concepção ostentada na Súmula 331 do TST⁵.

⁴ TST - AgR-CauInom: 43242820115000000 4324-28.2011.5.00.0000, Rel.: Walmir Oliveira da Costa, Julgamento: 11/10/2011, 1ª Turma, Publicação: DEJT 21/10/2011

⁵ Súmula nº 331 do TST - **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).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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 nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora

Assim, a terceirização lícita é analisada pelo seu objeto, que, conforme o entendimento sumulado, se compõe em quatro grupos básicos: a) trabalho temporário; b) serviços de vigilância; c) serviços de limpeza e conservação; e d) serviços especializados ligados à atividade meio do tomador (DELGADO, 2004, P. 143).

Dessa concepção, há ainda duas espécies de terceirização que podem ocorrer, a transitória que se encerra no trabalho temporário e a permanente que abrange as demais formas.

Por oportuno, embora já se tenha concebido que a ideia de que quatro grupos de terceirização melhor retratam a realidade do instituto em âmbito nacional, ainda há quem afirme que o trabalho temporário e a prestação de serviços especializados ligados à atividade meio se confundem, levando à noção de que os incisos I e III da Súmula 331 do TST poderiam ser juntados.

Nesse ponto, Carelli defende a impossibilidade:

O inciso I fala de intermediação de mão de obra, enquanto que o inciso III trata de terceirização de serviços. Neste, verifica-se que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, terceirização regulamentada pela Lei nº 7.102/83 e de conservação e limpeza, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Entretanto, não será sempre que na atividade meio não se dará o vínculo, pois ao final do inciso, salienta o enunciado que este não existirá desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Com isso, reafirmou o TST a impossibilidade de intermediação de mão de obra, dando vazão ao Princípio da Primazia da Realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica. (2003, p.111-112)

Por seu turno, o inciso II pode ser encarado como verdadeiro complemento ao art. 37, II da Constituição Federal, já que não permite a geração de um vínculo automático do contratado com o Ente Público contratante, em afeição também aos princípios insculpidos no texto do mesmo artigo. O mesmo autor complementa:

O inciso II traz uma exceção à geração de vínculo automático com o tomador de serviços em caso de intermediação de mão de obra por órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, isto em cumprimento à regra democrática do art. 37, em que a entrada no serviço público deve ser realizada somente por concurso público. (CARELLI. 2003, p.111-112)

Quanto ao inciso IV da Súmula 331 do TST, este se reporta determina que a

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 referentes ao período da prestação laboral.

empresa tomadora dos serviços será responsável subsidiária pelos créditos devidos ao empregado da empresa prestadora dos serviços, quando não haja, por esta, o pagamento. Todavia se percebe que deve haver a participação da empresa tomadora na relação processual e seu nome deve constar no título executivo, o que se acredita que é uma forma de garantir contraditório, ampla defesa e também a duração regular do processo, uma vez que a insolvência ou a impossibilidade de pagamento pela empresa prestadora só fica evidenciada na fase da execução, ponto em que, ao incluir a tomadora nessa fase, traria à tona a fase de conhecimento ao processo para apreciar as razões da empresa responsável subsidiária.

Ainda com relação ao inciso IV, parte da doutrina e dos próprios juízes já têm se alinhado para aplicar analogicamente as disposições do art. 942 do Código Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Raciocínio este em que, tendo em vista a interpretação sistemática do referido artigo, se insere em um contexto que pressupõe a ocorrência de um ilícito para ensejar a solidariedade.

O inciso V da súmula 331, figura-se no mais importante, ao lado do inciso IV, ao se tratar da terceirização na Administração Pública, sendo que sua aplicação levou ao questionamento da constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, o julgamento da ADC nº 16.⁶

Dessa forma, é imprescindível que no curso do processo fique demonstrado que a Administração Pública celebrou contrato sem as devidas cautelas com empresa para lhe prestar serviços, e não fiscalize o cumprimento dos encargos trabalhistas por parte de sua contratada, para que seja responsabilizada na modalidade subsidiária.

Finalmente, o inciso VI é no sentido de complementar o inciso IV, ao mencionar que o tomador é responsável subsidiário por todas as verbas devidas ao empregado.

Tratando agora da ocasião em que terceirização for tida como ilícita, o contrato será

⁶ EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001)

considerado nulo em função do princípio trabalhista da primazia da realidade e da incidência do art. 9º da CLT. Isso quer dizer que, o vínculo jurídico empregatício será formado diretamente com o tomador dos serviços, que responderá diretamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas, na forma da Súmula nº 331 do TST.

O que se percebe é que essa temática não se aplica à Administração Pública em virtude da exigência de concurso público, já que na prática, quando se fala em formação de vínculo direto com o tomador, e sendo este um Ente Público, incidiria sobre a relação a estabilidade.

Conforme já debatido, é conferido ao tomador terceirizar aquelas atividades que são tidas como meio, sendo as atividades fim da organização uma tarefa ser realizada a seu próprio custo, traduzindo em miúdos, pelos seus próprios empregados.

Nesse diapasão, ganha destaque como terceirização ilícita, toda aquela que busca a atividade que a organização tem por escopo e também quando fica clara a situação de que a contratada prestadora dos serviços é considerada empresa interposta, servindo apenas para viabilizar a contratação dos trabalhadores e há verdadeiro enquadramento de habitualidade e subordinação direta à Administração Pública.

Ocorre nesses casos que, levando em conta a indisponibilidade do patrimônio público e a impossibilidade de formação de vínculo com o Estado sem concurso público, o trabalhador acaba tendo direito tão somente às prestações salariais não recebidas e aos depósitos fundiários, sendo-lhe mitigado um corolário de direitos trabalhistas. Há, em verdade, a aplicação da Súmula nº 363 do TST, que em síntese garante ao trabalhador os mesmos direitos do servidor que ingressou sem concurso após a Constituição de 1988.

Uma parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que no contrato nulo, onde fica evidenciada a terceirização ilícita deveria ser conferido ao trabalhador o direito a todas as verbas, em razão de que o ilícito também não pode ocasionar o enriquecimento ilícito da Administração Pública e também pela aplicação dos fundamentos constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Nesse particular, Maurício Godinho Delgado afirma:

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa

vedação constitucional. Nesse instante, não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante (art. 156, CCB/1916; arts. 186 e 927, *caput*, CCB/2002). O empregador formal (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula nº 331, IV, do TST. (2009, p. 425)

Percebe-se que há um paradoxo que reside em como aplicar a jurisprudência em casos de terceirização ilícita e como responsabilizar o Ente Público, que em regra responde objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes, com arrimo no art. 37, § 6º.

Ora, se houve uma terceirização ilícita, tal situação foi desencadeada por um agente público que em nome do Estado, dando margem a aplicação da responsabilidade objetiva e depois de apuração do fato para responsabilizar o administrador.

Mas isso não ocorre, tendo em vista o respeito ao princípio da legalidade e à primazia da realidade, bem como pela aplicação da súmula nº 331 do TST, que exige que haja culpa da Administração Pública para sua responsabilização subsidiária.

Fica evidente assim, que no caso da terceirização ilícita e da responsabilidade subsidiária, não há a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, já que deve ficar comprovada a culpa na escolha do procedimento e na fiscalização, na maioria dos casos assim tem decidido a Justiça do Trabalho.

É importante consignar ainda, que outra consequência da terceirização ilícita é que repercutem nos gastos com pessoal, elevando o índice do Ente Público e podendo trazer dificuldades no cumprimento das metas fiscais.

Conclusão

A terceirização surgiu como uma importante ferramenta de gestão no âmbito das organizações privadas, utilizada como instrumento de redução de custos, melhoria na qualidade dos produtos e otimização da produção.

No Poder Público, a terceirização passou a ser utilizada com a mesma inspiração do setor privado, uma vez que a gama de serviços prestados pelo Estado aumentou de forma brutal ao longo do tempo, não tendo este as condições de prestá-los pelas suas próprias forças e tendo que conferi-los aos particulares.

As atividades passíveis de terceirização na Administração Pública são as atividades meio, que são outorgadas mediante a celebração de contratos precedidos de licitação, na

forma da Lei nº 8.666/93.

Nas hipóteses de terceirização, segundo a corrente majoritária do País, o Estado, ocupante do lugar de tomador dos serviços, responderá de forma subsidiária pelas verbas devidas, pela empresa prestadora de serviços, ao trabalhador, sempre que restar apurada sua culpa na gestão do contrato.

Quando há terceirização ilícita, mediante empresa interposta, o trabalhador, em regra, terá direito a receber as parcelas salariais constantes do contrato, ainda que nulo, e aos depósitos de FGTS, não existindo comparação deste com o servidor público que realiza a mesma função que este durante a vigência de sua relação trabalhista.

Por certo que há muitas injustiças levando-se em conta os princípios dos valores sociais do trabalho, da boa-fé e da dignidade humana, mas deve sempre haver um consenso com a indisponibilidade do patrimônio público, a legalidade e a vedação do ingresso na carreira pública sem concurso, onde deve ser analisado caso a caso e devem ser buscadas tanto a primazia da realidade como a culpa do Estado e os benefícios que de fato tenha haurido com a situação ilícita.

Referências Bibliográficas

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito Dos Serviços Públicos**. 1a Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. Ed. Max Limonad: São Paulo 2010

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Publicado no DOU de 8 de julho de 1997.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Publicado no DOU de 9 de agosto de 1943.

_____. **Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Publicado no DOU de 27 de fevereiro de 1967.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.** Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Publicado no DOU de 25 de novembro de 1986.

_____. **Lei Nº 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. Publicada no DOU de 1 de dezembro de 1970.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicada no DOU de 6 de julho de 1993.

_____. **Lei Nº 9.995, de 25 de julho de 2000.** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001 e dá outras providências. Publicada no DOU de 25 de julho de 2000.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro De 2002.** Código Civil Brasileiro. Publicada no DOU de 11 de janeiro de 2002.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização no direito do trabalho.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** São Paulo: Ltr, 2004

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de direito do trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. 2009. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** - 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 12ª Ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=87>>. Acesso em 29 jan. 2015.

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