

TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Patrícia Pinheiro Silva¹

RESUMO:

O presente estudo visa a analisar o instituto da terceirização em meio ao serviço público. A abordagem do tema foi procedida a partir do método dedutivo, através da pesquisa doutrinária, especificamente, na seara administrativa, constitucional e trabalhista, bem como do exame da legislação, e da investigação jurisprudencial brasileira aplicável ao estudo. Dentre os aspectos examinados, foram discutidos os aspectos atinentes à terceirização no serviço público, com foco no tratamento jurídico a ser concedido às pessoas jurídicas de direito público. Assim, analisou-se, sob a égide do Direito Público, o que se entende por terceirização, a fim de estabelecer os limites dentro dos quais a prática é tida como lícita. Por fim, foram estudadas as consequências advindas do uso deste método de gestão pela Administração Pública, tanto em casos de utilização lícita, quanto diante da presença da ilicitude.

Palavras-chaves: Desestatização. Terceirização. Serviços Públicos.

SUMÁRIO:

1 Introdução 2 Considerações sobre os serviços públicos 2.1. Delimitações conceituais 2.2 Níveis de gestão do serviço público 3 Terceirização na administração pública – distinções conceituais 4 Escorço histórico da normatização da terceirização na administração pública 5 Limites à terceirização nos serviços públicos 5.1 Princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público 5.2 Princípio da legalidade 5.3 Atividades passíveis de terceirização 5.4 Vedação à intermediação de mão de obra 5.4.1 O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade 5.4.2 Limite de gastos com pessoal 5.5 Princípio da organização funcional da administração pública 6 Consequências da terceirização ilícita 7 Consequências da terceirização lícita: a questão da responsabilidade do estado pelas verbas trabalhistas 7.1 A violação ao princípio da isonomia 7.2 A responsabilidade objetiva 7.3 A

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Juspodivm. Especialista em Direito do Estado pelo Juspodivm. Advogada.

responsabilidade subjetiva 7.4 O princípio da moralidade 7.5 O princípio da função social do contrato 7.6 O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana 8 Considerações finais 9 Referências

1 INTRODUÇÃO

As cíclicas mudanças no modelo de produção não poderiam passar despercebidas pelos Estados do mundo inteiro.

De fato, o novo modelo de acumulação de capital, veio como resposta à Revolução Tecnológica e à velocidade das comunicações ensejada pela Globalização. Calcado na ideia de flexibilidade, o Toyotismo não tardaria a requerer modificações no papel exercido pelo Estado na economia.

Assim, embalado pelos ideais neoliberais, o Estado e a Administração Pública passaram por um forte processo de desestatização, que tem como um de seus expoentes a terceirização, instituto que será objeto deste trabalho.

Desta forma, o presente estudo, terá por objetivo dirimir a problemática consubstanciada nos seguintes questionamentos: o que se entende por terceirização nos serviços públicos? Quais os seus limites e consequências? Para tanto, realizaremos uma análise sistemática do ordenamento jurídico administrativo, constitucional e laboral, bem como buscaremos fontes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam da matéria.

Cumprindo observar que este artigo terá como foco a terceirização levada a cabo, especificamente, pelas pessoas jurídicas de Direito Público, tendo em vista que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica encontram-se regida pelo Direito Privado, na forma do art. 173, CF, inclusive no que se refere à contratação de serviços.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Inicialmente, mister se faz tecer algumas considerações acerca dos serviços públicos para, a partir daí, delimitar a possibilidade de utilização do instituto de terceirização na prestação desses serviços.

2.1. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

O conceito de serviço público foi elaborado e disseminado, inicialmente, na França, onde é utilizado para indicar amplamente todas as atividades estatais. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 478)

No Brasil, contudo, tal acepção é utilizada como linguagem leiga. Nesse sentido, é freqüente a utilização do termo “serviço” ou mesmo “serviço público” para designar tudo aquilo que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangência, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades típicas de “polícia administrativa” e, até mesmo, a exploração estatal de atividade econômica regida eminentemente pelo Direito Privado (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”) (MELLO, 2010, p. 682).

Sobre o tema, esclarecedoras são as lições de Odete Medauar (2008, p. 313):

A expressão *serviço público* às vezes vem empregada em *sentido muito amplo*, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento, até o transporte coletivo. [...] No sentido amplo da expressão “serviço público” são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo [...]. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como *serviço público*. (grifos da autora)

Entretanto, a amplitude conceitual está indissocialmente ligada à inutilidade do conceito, que perde, portanto, interesse jurídico. Isto porque um conceito amplo não consegue captar adequadamente as características e o regime jurídico aplicáveis ao instituto sob análise. Assim, inconveniências geradas pela utilização de um conceito excessivamente amplo de serviço público têm conduzido a doutrina a propor outros conceitos, agora mais restritos.

Na verdade, como bem ensina Eros Roberto Grau (2007, p. 111) “*serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*”. Citando Sartre, o autor elucida que, enquanto o conceito seria algo atemporal (2007, p. 134), a noção representa um “esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (2007, p. 135). Assim, a noção de serviço público deve ser resgatada na realidade social, em função das vicissitudes das relações entre as forças sociais, entre os interesses do capital e do trabalho (2007, p. 110).

Corroborando esta assertiva, também Hely Lopes Meirelles (2004, p. 320-321) entende que apenas é possível uma definição genérica de serviço público, não sendo possível a indicação das atividades que o constituem, porque estas variam segundo as exigências de cada povo e de cada época. Por isso, o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta.

Trata-se, portanto, de noção ligada ao papel que, num determinado tempo, certa sociedade decidiu atribuir ao Estado na economia. Nessa linha, conclui Eros Roberto Grau (p. 136):

Serviço Público, assim, na noção que dele podemos enunciar é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).

Como se pode notar, Eros Grau restringe a noção de serviço público, ao excluir de seu âmbito de incidência as atividades econômicas em sentido estrito, cujo exercício apenas caberá ao Estado em caráter excepcional, nos termos do artigo 173 da Constituição.

Contudo, a noção de serviço público é ainda mais limitada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 671):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No mesmo sentido, Odete Medauar (2008, p. 313) ensina que:

Serviço Público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à via coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público.

Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira, no presente trabalho valeremo-nos do seu sentido amplo, a fim de tratar da terceirização na Administração Pública como um todo. Isso porque, como bem salientado por Helder Santos Amorim (2009, p. 90-91), a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições. Mais importante para a determinação dos limites da terceirização é a definição do regime jurídico a que se encontra submetido o ente público tomador de serviços terceirizados.

2.2 NÍVEIS DE GESTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 240-241), a partir das lições de Guglielmi, destaca os modos de gestão ou administração do serviço público, que compreende questões de organização, funcionamento e direção dos mesmos.

Destarte, distingue três funções:

a) Gestão estratégica: função mais elevada, que concerne à direção e estratégia do serviço público. Pertence, obrigatoriamente, a uma pessoa pública titular do serviço, a quem cabe a última palavra quanto à escolha dos objetivos; não se transfere nem mesmo pela concessão de serviço público. Neste ponto, Dora Ramos (2001, p. 119) destaca que a gestão estratégica abrange a competência para “criar e suprimir o serviço público; para escolher seu gestor operacional; para fixar os princípios de organização e de funcionamento expressos no caderno de encargos imposto ao gestor; para controlar a observância desses princípios e sancionar as violações operadas”.

b) Gestão operacional: refere-se ao modo de funcionamento e a uma parte da organização, vale dizer concerne às tarefas correntes de regulação (assegura a continuidade, a logística, a resolução dos conflitos, as faltas e as urgências) e de otimização (envolve operações pelo melhor custo, bem como adaptações previstas no quadro jurídico existente) dos serviços. Abrange

competências para: regulamentar os laços com os usuários do serviço público, que são seus clientes; regulamentar os laços com os agentes do serviço público, que são seus empregados; dirigir o trabalho de instalação do serviço público, ou, pelo menos, a disposição dessas instalações. Ela é profundamente heterogênea, uma vez que, em certos casos, as regulações são feitas pela pessoa jurídica encarregada da exploração, e as otimizações são decididas pela pessoa pública que possui a direção dos objetivos.

c) Gestão material: refere-se ao efetivo desempenho, à execução material das operações de prestação de serviço. Não é caracterizada por competências, porque a pessoa executante não está normalmente em situação de produzir atos jurídicos para as necessidades do serviço público. Esta função caracteriza-se pela realização material de atividades que não constituem um serviço público em sua inteireza, uma vez que são apenas tarefas anexas a esse serviço. Outrossim, não há vínculo contratual entre o prestador do serviço (mero executante material sem competência para gerir o serviço público) e o público usuário. A atividade é executada em nome do gestor operacional.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DISTINÇÕES CONCEITUAIS

Como reflexo dos processos desestatizantes dos últimos anos, cada vez mais prestações de serviços públicos vêm sendo repassadas para a iniciativa privada, através dos institutos da concessão e da permissão – formas de descentralização de serviços por colaboração. Da mesma forma, a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades através da contratação de terceiros, vale dizer, por meio da terceirização.

Neste ponto, mister se faz conceituar o que se entende por terceirização na Administração Pública, distinguindo-a das chamadas concessões e permissões de serviços públicos.

A terceirização ou locação de serviços, na Administração Pública, atualmente é disciplinada pela Lei 8.666/93 (lei de licitações e contratos da Administração Pública). Constitui-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio dela, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

A própria Lei 8.666/93 define “serviços” como a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II). Assim, o serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata o serviço é prestado à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação. (AMORIM, 2009, p. 97)

Na verdade, trata-se de nova terminologia adotada para designar fórmulas há muito utilizadas pela Administração Pública, que, contudo, retornou impregnada da nova ideologia neoliberal. “A terceirização é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública” (PIETRO, 2005, p. 19).

De logo, portanto, percebe-se uma distinção entre a terceirização e as concessões ou permissões de serviços públicos, referente ao seu objeto. É que serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados, pois a locação de serviços refere-se apenas à execução material de atividades específicas.

Essa interpretação decorre do quanto disposto no artigo 175 da Constituição de 88, *in verbis*: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A respeito do tema, Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 239) entende que:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. [...] A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público.

Dessa maneira, na terceirização a Administração Pública apenas transfere a execução material de determinadas atividades, ao passo que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos também recebem a gestão operacional.

Outrossim, segue a autora (2005, p. 241), distinguem-se quanto à forma de remuneração, tendo em vista que a remuneração das concessionárias é feita pelos usuários dos serviços e pelas formas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, previstas nos arts. 11 e 18, VI, da referida lei 8.987/2004. Já na terceirização, a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público ou pelo gestor operacional.

Cumprir observar que essa distinção restou mitigada, em face do advento da Lei 11.079/2004, que passou a prever a figura da parceria público-privada, espécie de concessão de serviço público que permite a remuneração da empresa parceira pelo Poder Público.

Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 242), ainda, traz a distinção quanto às prerrogativas públicas, que apenas são transferidas para a concessionária, não para a empresa terceirizada. Isso porque a concessionária assume a posição do poder concedente na prestação do serviço público concedido, ao passo que a terceirizada é mera executora material de uma atividade que é prestada para a Administração e não para os usuários do serviço público (perante o usuário, é a Administração que aparece como prestadora do serviço).

Por fim, os institutos diferenciam-se quanto ao poder de intervenção na concessão de que goza o poder concedente, em caso de descumprimento do contrato por parte da concessionária (arts. 32 a 34, Lei 8.987). Na terceirização, o Poder Público poderá rescindir o contrato, o que apenas acarretará as seguintes consequências: assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, Lei 8.666).

Ratificando as distinções elencadas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 703) leciona:

[...] Nos simples contratos de prestação de serviço, o prestador do serviço é simples executor material para o Poder Público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica

alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado – e o faz para si próprio – é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material. Já na concessão, tal como se passa igualmente na permissão – e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos –, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.

Observe-se, por fim, que, em qualquer hipótese, a gestão estratégica do serviço público sempre remanescerá com o Poder Público. Aliás, como ensina Moreira Neto (1993, p. 32), essa é a tendência do Estado atual, que vai perdendo o monopólio da execução administrativa e a administração dos interesses públicos, para se concentrar na sua direção, bem desempenhando o monopólio da decisão administrativa.

4 ESCORÇO HISTÓRICO DA NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em meio à proposta de Reforma Administrativa na área Federal, o Decreto-Lei n. 200 de 1967 foi o primeiro diploma normativo a tratar da terceirização, tratando da matéria no seu artigo 10, §1º, alínea c, c/c §7º.

Neste momento, foi permitida a contratação de empresas para a realização material de tarefas executivas, “de interesse direto da administração pública (v.g., o serviço de limpeza de prédio público), figura designada pela norma, em outras passagens, como ‘contratação indireta ou contratação de serviços’, objeto específico desta obra (AMORIM, 2009, p. 104).

Observe-se que foi permitida a contratação de serviços e não o mero fornecimento de mão de obra, de sorte que a Administração Pública poderia contratar terceiros para a realização de tarefas executivas. Trata-se claramente de terceirização, cessão de tarefas ou serviços a serem realizados autonomamente por empresas capacitadas tecnicamente (especializadas). (CARELLI, 2003, p. 117)

Vale ressaltar que, neste momento, vigorava um paradigma de administração pública centralizadora e burocrática, o que, nas palavras de Helder Amorim (2009, p. 104-105):

[...] 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.

Não há que se falar, ainda, na utilização das terceirizações como instrumento a serviço da desestatização, o que somente ocorreria mais tarde, sob as influências da ideologia neoliberal.

Posteriormente, a Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970, veio a exemplificar algumas das atividades meramente executivas passíveis de terceirização, ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato” (artigo 3º, parágrafo único²)

Como se vê, trata-se de rol exemplificativo, mas cuja extensão encontra limites no ponto comum que se pode extrair da lei, qual seja, a necessidade de que tais atividades digam a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio (DELGADO, 2009, p. 411).

Atente-se que, em 30 de setembro de 1986, foi editado o Enunciado n. 256 do TST, que restringia a licitude da terceirização na iniciativa privada às duas hipóteses legalmente previstas (trabalho temporário e vigilância bancária). Por outro lado, a legislação federal incitava a mesma prestação de serviços em atividades instrumentais e de apoio administrativo no âmbito do Poder Público. Esta diversidade de tratamentos entre o Poder Público e o particular repercutiu numa diferença de tratamento interno à própria Administração Pública, entre os entes com personalidade jurídica de Direito Público (regidos pela Lei n. 5.645/70), e as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (regidas pelo Direito do Trabalho na forma do art. 173, CF). (AMORIM, 2009, p. 120)

Em 21 de novembro de 1986, foi publicado o Decreto-Lei n. 2.300, disciplinando as licitações e contratos no âmbito da Administração Federal. O referido Decreto-Lei trazia previsão expressa da possibilidade de regime de execução indireta de obras e serviços (art. 9º, II).

A constituição de 88, em seu inciso XXI do art. 37, trouxe o fundamento para a contratação de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação. “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta” (PIETRO, 2005, p. 236).

A fim de dar cumprimento ao inciso XXI do art. 37 da Constituição, o legislador editou, em 21 de junho de 1993, a Lei n. 8.666, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública. Numa redação semelhante à trazida pelo Decreto-Lei 2.300/86, permitiu o regime de execução indireta de obras e serviços (art. 10, II).

Marçal Justen Filho (2009, p. 125-126) distingue os regimes de execução:

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 Dec.-lei n. 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.

² Este parágrafo encontra-se revogado pela Lei n 9.527, de 1997

No seu artigo 6º, inciso II, a Lei define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de: “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A devida interpretação da norma enseja a delimitação dos serviços passíveis de terceirização.

É que, conforme defende Helder Amorim (2009, p. 129), a Lei refere-se à “utilidade de interesse da administração”, ou seja, a um resultado a ser obtidos por meio da atividade contratada. Daí decorre duas consequências: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Outrossim, conclui o autor (2009, p. 129), uma interpretação dedutiva a partir da exemplificação que consta na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas.

Nesse diapasão, influenciado pelo avanço da legislação federal e, até mesmo, da pressão exercida pelo capital e pela própria doutrina trabalhista, o TST, em dezembro de 93, editou o Enunciado 331, calcado na distinção entre mero fornecimento de mão de obra e a verdadeira terceirização. A partir daí, passou-se a admitir a terceirização nas atividades-meio, e, conseqüentemente, o Tribunal estendeu para as empresas estatais o tratamento até então apenas concedido às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

A década de 90, no Brasil, iniciou um período de assunção pelos governantes das políticas neoliberais, entre as quais se encontra o enxugamento do quadro de pessoal, através, inclusive, de processos de terceirização. Tem início, portanto, um período de relevante disseminação do instituto do setor público – em muitos casos, diga-se, violando-se os preceitos legais que apenas admitiam a terceirização em atividades de apoio ou instrumentais.

Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços para camuflar verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto n. 2.271/97, que traz óbices ao desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o artigo 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II); a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

Na mesma linha, o Decreto expressamente dispõe que:

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.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade,

salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Saliente-se que o §1º desse artigo traz uma lista não exaustiva de serviços que são considerados materiais, acessórios, instrumentais ou complementares dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, de modo que, quanto a estes, a execução indireta não só é possível como é desejável (LIMA, 2007, p. 65).

5 LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive contrariando, muitas vezes, a legislação que trata da matéria, passaremos a verificar os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configura a terceirização ilícita.

5.1 PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O regime jurídico de direito público, que rege o direito administrativo, caracteriza-se pela supremacia e indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público implica a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, de tal forma que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência pelo agente público quanto ao cumprimento do interesse público, vale dizer, o agente é um servo do interesse público. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 35).

Observe-se que o interesse público não pode ser confundido com interesse do aparato estatal, mas deve estar sempre relacionado com os interesses da coletividade, com o atendimento do bem-comum.

Especificamente quanto ao tema do presente trabalho, os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros – entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização –, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito (MELLO, 2010, p. 621).

Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência (LUDWIG, 2007, p. 35).

Assim, o Estado deverá perquirir se a terceirização irá permitir que: a) que os entes e órgãos da administração pública possam concentrar-se (DL 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades nodais de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL 200/67, art. 10, §7º); (b) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL 200/67, art. 10, §7º); e (c) promover a economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto n. 2.271/97, art. 2º, III). (AMORIM, 2009, p. 94)

Apenas se viável o cumprimento dos objetivos legais e, portanto, do próprio interesse público, deverá o Estado optar pela terceirização.

Cumpra observar, ainda, que a eficiência da atividade não é mensurada exclusivamente pela redução de custos. “Justamente por cuidar-se de administração do interesse público, que por definição conjuga os anseios de uma coletividade, inexistente o intuito de lucro, de forma que se admite até a operação deficitária de determinadas atividades”. O fato é que existem custos sociais inerentes à atuação do Estado, que não podem deixar de ser atendidos, e por isso a análise da melhor forma de atender o interesse social deve ser feita com muita cautela. (RAMOS, 2001, p. 161)

Por outro lado, como bem salienta Helder Amorim (2009, p. 76), a crescente presença no interior da máquina estatal, por meio de empresas terceirizadas, não pode constituir fator de predomínio do capital privado sobre interesses sociais. Salientando os riscos da terceirização, o autor informa:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relações entre os governos e as elites econômicas. O corporativismo das elites burocráticas, de servidores públicos privilegiados, firmemente combatido pela Reforma do Aparelho de Estado, acaba substituído pelo corporativismo das empresas empreiteiras, prestadoras de serviços, não menos agressivo na colonização privada do espaço estatal.

Dessa forma, a prática da terceirização no serviço público deve ser condicionada pela realização de finalidades de interesse público, subordinando-se a contratação e conseqüente inserção de particulares no seio da Administração ao atendimento, também por parte dos entes privados, do bem-comum.

5.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade vem expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, a ele devendo respeito toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Por sua vez, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, o que implica dizer que ela só pode fazer aquilo que a lei permite (PIETRO, 2008, p. 63).

No que concerne ao instituto da terceirização realizada pelas pessoas jurídicas de Direito Público, Helder Amorim (2009, p. 93-94) a vislumbra como uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos, para obterem auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio administrativo legalmente autorizadas. A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, à serviço das finalidades estatais – daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede.

Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

5.3 ATIVIDADES PASSÍVEIS DE TERCEIRIZAÇÃO

Conforme explicitamos no item 4, a Lei n. 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização. Fixou, então, em seu artigo 6º, que se trataria de “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, e, a seguir, exemplifica as atividades de: “demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A partir da interpretação da norma, podemos perceber que a lei define serviços como um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada – “atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, nos termos da lei.

Neste ponto, traçamos as nossas primeiras delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencados na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas. Este entendimento foi ratificado pelo Decreto n. 2.271, que dispôs *in verbis*:

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.

É de se notar, portanto, que a legislação federal adotou a distinção doutrinária entre atividade-fim e atividade-meio, apenas admitindo a terceirização destas últimas.

Com base nessa distinção a doutrina (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 636-637) propõe uma classificação interessante dos serviços prestados pelo Estado:

a) Serviços públicos administrativos: trata-se de atividades internas da administração pública, as suas atividades-meio. Abrange todas as atividades que beneficiam indiretamente a coletividade ao proporcionar um adequado funcionamento dos órgãos públicos e entidades administrativas, ainda que não representem uma prestação diretamente fruível pela população. São atividades preparatórias que visam a assegurar uma eficiente prestação dos serviços diretamente fruíveis pela população.

Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 36) entende que “atividades administrativas instrumentais são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos

interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos secundários, ou derivados, para o atendimento dos quais o Estado se organiza”.

Odete Medauar (2008, p. 313) exemplifica tais atividades-meio, como: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições etc.

Por outro lado, “atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos primários, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado” (MOREIRA NETO, 1993, p. 36).

Seguindo em nossa classificação, entendemos que as atividades-fim do Estado, ou seja, atividades prestacionais diretamente voltadas aos administrados, dividem-se em serviços públicos sociais e serviços públicos econômicos. Vejamos.

b) Serviços públicos sociais: são todos os serviços que correspondam a atividades elencadas no art. 6º, e ao Título VIII da Constituição (v.g., educação, saúde, assistência social etc). Sua prestação é obrigatória pelo Estado, que o fará como serviço público, sob regime de direito público. Observe-se que tais atividades não são de titularidade exclusiva do Estado, de tal forma que os particulares poderão prestá-los complementarmente, como *serviços privados* e independentemente de delegação.

c) Serviços Públicos econômicos, comerciais ou industriais: são espécies de atividades econômicas em sentido amplo, o que enseja a possibilidade de serem explorados com intuito lucrativo (v.g. serviços de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de fornecimento domiciliar de gás canalizado etc). Ocorre que o legislador entendeu por inseri-las entre as atividades de titularidade exclusiva do Estado, que poderá exercê-las diretamente ou mediante delegação a particulares – ou seja, sob regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF/88).

Pelo exposto, verifica-se que apenas o objetivo da terceirização restringe-se ao repasse a empresas privadas especializadas de determinadas atividades-meio ou atividades executivas e burocráticas de apoio (serviços administrativos), realizadas no âmbito interno da Administração Pública, a fim de que o ente ou órgão público possa se empenhar nas suas competências finalísticas dispostas em lei.

A terceirização realizada em atividades centrais da competência dos entes públicos enseja uma dimensão político-desestatizante ilegítima, fruto de abuso de poder do administrador, que, ao promover a invasão da iniciativa privada no setor público, viola a própria competência. O desvio de objeto contratual e da finalidade do instituto da terceirização viola o regime institucional da contratação de serviços na Administração Pública. (AMORIM, 2009, p. 101)

5.4 VEDAÇÃO À INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA

A lei de licitações e contratos administrativos, ao dispor sobre os serviços passíveis de terceirização, os define como atividades destinadas a obter determinada utilidade de interesse para a Administração (art. 6º, II).

Destarte, verifica-se que a lei elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra.

Em face das distorções na aplicação da legislação federal ensejada pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, foi posto na ordem jurídica nacional o Decreto n. 2.271/97, disciplinando a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Neste Decreto, há claras disposições para evitar o desvirtuamento da contratação de serviços pela Administração Pública (CARELLI, 2003, p. 117).

Com efeito, o artigo 4º do referido Decreto vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitissem: a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra (inciso II) ou a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante (inciso IV).

A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, que serão analisados a seguir.

5.4.1 O concurso público e os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade

Desde a Constituição de 88, a aprovação em concurso público foi adotada como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, na forma do artigo 37, inciso II, em obediência aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

A impessoalidade, enquanto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública brasileira (artigo 37, *caput*, da Constituição), significa a necessária ausência de subjetividade do administrador público no desempenho de suas tarefas. Vale dizer, trata-se de uma imposição lógica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que vedam ao administrador a busca de interesses pessoais, próprios ou de terceiros no exercício de suas competências.

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.

Por outro lado, por meio do princípio da moralidade, busca-se a adequação da conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei 8.112, art. 2º, parágrafo único, inciso IV).

Nas lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 195-196):

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. [...] A doutrina enfatiza que a moralidade administrativa independe da concepção subjetiva (pessoal) de conduta moral, ética, que o agente público tenha; importa, sim, a noção objetiva, embora indeterminada, passível de ser extraída do conjunto de normas concernentes à conduta de agentes públicos, existentes no ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da moralidade será transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal

forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Ora, ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, a Administração viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preencham os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento (LUDWIG, 2007, p. 22).

Observe-se que, mesmo que seja realizado procedimento licitatório para a contratação da empresa terceirizada, os princípios constitucionais em análise continuarão a serem vilipendiados.

É que, apesar de a licitação ser regida pelos princípios da publicidade e da escolha da proposta mais vantajosa, “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talento, 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).

O procedimento licitatório, portanto, “não impede as ingerências dos administradores na escolha dos trabalhadores terceirizados” (AMORIM, 2009, p. 77).

Ademais, a exigência de concurso público tem a finalidade de evitar que o político, valendo-se de sua qualidade de administrador, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores a cada gestão. Na mesma linha, a intermediação traz consigo um interesse eleitoral, tendo em vista que o político passa a ter famílias inteiras a depender dos contratos firmados com as empresas terceirizadas; assim, há uma garantia de inúmeros votos pelo medo de perda do posto de trabalho em caso de o candidato da oposição sair vencedor (MAIOR, 2005, p. 104-105).

Atente-se que a ilicitude é agravada pela impossibilidade de reconhecimento do vínculo de emprego com a Administração, em função da necessidade de concurso público para tanto, o que implica conferir-se tratamento vantajoso à ilicitude (LORA, 2008, p. 101).

5.4.2 Limite de gastos com pessoal

O artigo 169 da Constituição estabelece restrições para a o gasto do administrador com despesas relativa a recursos humanos, que não poderá exceder os limites ficados em lei complementar.

A fim de regulamentar o dispositivo, foi editada a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que fixou limites percentuais para a despesa com pessoal (artigo 19).

Para evitar que os maus administradores, em verdadeiro ato de desvio de poder, utilizassem-se de falsas terceirizações para burlar as restrições legais, o legislador determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referissem à substituição de servidores e empregados públicos, seriam contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Neste ponto, Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 237) critica os termos em que o dispositivo foi redigido, uma vez que, aparentemente, ele admitiria a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra.

Contudo, segue a autora (2005), uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico permite inferir que, sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal. Assim, entende-se que o legislador não tratou da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal.

Por outro lado, havendo terceirização lícita, as despesas do contrato não estarão abrangidas pelas limitações da lei, tendo em vista que o objeto do pacto foi um resultado ou atividade.

Esse entendimento foi acatado pelo legislador que, numa verdadeira interpretação autêntica, conferiu a seguinte redação ao artigo 64 da Lei 9.995/2000 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União):

Art. 64. O disposto no §1º do art. 18 da Lei Complementar 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

Assim, entendeu o legislador que a substituição de gastos com pessoal próprio pela contratação de terceiros corresponde a um arranjo orçamentário, que não atende à finalidade da norma legal de conduzir o administrador a reduzir os gastos da máquina com pessoal e direcionar os dispêndios para o setor de investimentos. “A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas”. A solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as intermediações de mão de obra. (RAMOS, 2001, p. 153)

5.5 PRINCÍPIO DA ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 565).

Segundo Helder Amorim (2009, p. 105), esta concepção retrata a administração pública como uma “organização funcional”.

Nesse diapasão, o princípio da organização funcional da administração pública encontra respaldo constitucional. É que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático (art. 1º, *caput*, CF/88), o que demanda que as funções públicas sejam exercidas “por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito”. A profissionalização garante a neutralização dos agentes

públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566)

Essa concepção institucional da Administração Pública, calcada num conjunto uniforme de sujeitos, permite que dela se extraia uma identidade que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos cargos ou empregos públicos. Disso decorre a formação de regras e costumes, de padrões de conduta que se impõem a seus integrantes, gerando uma linha de continuidade na Administração e proporcionando aos administrados maior segurança jurídica. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 566)

Ocorre que a utilização da terceirização, ao invadir competências centrais dos órgãos e entes públicos, dinamiza “o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais”. Assim, resta vulnerabilizado o princípio constitucional da organização funcional da administração pública, que demanda um quadro próprio de servidores, organizado e profissionalizado, para o exercício permanente das atividades concretizadoras do interesse público. (AMORIM, 2009, p. 20)

Observe-se, contudo, que nem mesmo todas as atividades materiais acessórias podem ser “indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas” (RAMOS, 2001, p. 130).

É que, “se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico”, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade. (RAMOS, 2001, p. 134-135)

Nessa linha, ensina José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 11):

Representando compartimentos internos da pessoa pública, os órgãos públicos não são livremente criados e extintos pela só vontade da Administração. Tanto a criação como a extinção dos órgãos dependem de lei, e nesse sentido dispõe a vigente Constituição quando inclui a exigência na relação das denominadas “reservas legais”, matérias cuja disciplina é reservada à lei [...].

Com efeito, o artigo 48, inciso X da Constituição remete ao Congresso Nacional a competência para criar, transformar e extinguir cargos e empregos públicos. Esta competência apenas é excepcionada pelo artigo 84, inciso VI, alínea b, da Constituição, que atribui ao Presidente competência privativa para extinguir funções ou cargos públicos, “quando vagos”.

Acatando os fundamentos doutrinários e legislativos supra, o Decreto n. 2.271/97 expressamente dispôs, no seu artigo 1º, §2º:

Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Observe-se que, na forma do decreto, existe a possibilidade de que cargos apenas parcialmente extintos tenham suas funções exercidas parte por servidores de carreira e parte por terceirizados. Isso permite a transição do sistema de cargos para o sistema de funções terceirizadas (AMORIM, 2009, p. 125).

6 CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Quando a terceirização for tida como ilícita, o contrato será nulo em função do princípio trabalhista da primazia da realidade e da incidência do artigo 9º da CLT³. Desta forma, o vínculo jurídico empregatício será formado diretamente com o tomador dos serviços, que responderá diretamente pelo adimplemento das verbas trabalhistas, na forma da súmula 331 do TST.

Contudo, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado à Administração Pública.

É que a Constituição de 88 adotou a aprovação em concurso público como condição para a investidura em cargos ou empregos públicos, sob pena de nulidade da contratação (artigo 37, inciso II e §2º).

Essa posição foi expressamente acatada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no item II da súmula 331, *in verbis*: “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)”.

Apesar de não se reconhecer o vínculo de emprego, vem prevalecendo na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual o ilícito não pode ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, que já foi beneficiado pela prestação do labor.

Diante da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, Godinho Delgado (2009, p. 425) entende que:

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 331, IV do TST. [...]

³ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Desta forma, os direitos trabalhistas deveriam ser integralmente adimplidos pela empresa prestadora de serviços. Em caso de inadimplemento, contudo, será atribuída a responsabilidade subsidiária ao ente público.

Atente-se, por fim, que o administrador que celebrar contratos de terceirização ilícita será responsabilizado civil, administrativa e criminalmente, bem como sujeitar-se-á às penas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

7 CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA: A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELAS VERBAS TRABALHISTAS

Nas terceirizações realizadas entre entes privados, a doutrina e a jurisprudência trabalhista pacificaram o entendimento de que há responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços quando este for uma pessoa jurídica de direito público.

É que o artigo 71, §1º da lei 8.666/93 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora, nos seguintes termos:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Com base nessa norma, a doutrina administrativista vem rejeitando qualquer possibilidade de repasse de responsabilidade ao ente público, em caso de terceirização lícita. Este é o entendimento de Marçal Justen Filho (2009, p. 783), que expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. Conforme aduz o autor, a administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária frente aos credores do contratado, mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato. Assim, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o Tribunal Superior do Trabalho, no item IV da súmula 331, fixou entendimento no sentido de que:

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).

A fim de solucionar o impasse, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, de autoria do Governador do Distrito Federal. Esta ação foi julgada em 24 de novembro de 2010, quando o plenário declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. No mérito, o Supremo entendeu que **a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.**

Assim, a Suprema Corte vedou a aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado em função do inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas prestadoras de serviços, passando a apenas admitir eventual responsabilidade subjetiva, desde que comprovada a culpa do Estado.

Em que pese a decisão do STF ser dotada de “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103, §2º, CF), apenas por amor ao debate, exporemos as razões pelas quais pugnamos pela ampla responsabilidade da Administração em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas prestadoras de serviço.

7.1 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Se todos são iguais perante a lei, na forma do artigo 5º da Constituição, não há sentido, à luz do princípio da isonomia, que a Administração se exima de qualquer responsabilidade quanto ao adimplemento das verbas trabalhistas.

É que, como visto no capítulo 03, se o tomador de serviço for ente privado, haverá responsabilidade subsidiária (em caso de terceirização lícita) ou solidária (em caso de terceirização ilícita).

O ente público, segundo defende o TST, deverá sempre gozar de responsabilidade subsidiária, ou seja, já possui tratamento diferenciado em face da necessidade de realização de concurso público.

Ora, como bem observa Godinho Delgado (2009, p. 433), seria grosseiro privilégio antissocial se os benefícios da Administração fossem estendidos para a total irresponsabilidade, pois tal exceção não se encontra autorizada pela Constituição.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros (2009, p. 540) entende que “mais razão há de se exigir do Estado tal responsabilidade, uma vez que lhe compete realizar o bem-comum, o qual não pode ser alcançado mediante lesão ao direito dos trabalhadores”.

Outrossim, a inconstitucionalidade dessa distinção é ressaltada no que tange às empresas estatais, uma vez que o artigo 173, §1º, inciso II da Constituição expressamente determina “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Por fim, como destaca Pamplona Filho (2001, p. 132), também há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do parágrafo 1º e a solidariedade absoluta constante no parágrafo 2º, sem que haja uma justificativa legal razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a Constituição elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais.

Na esteira dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 17), sendo inexistente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, e, mais além, ainda que existente tal correlação, mas sendo ela incompatível com os interesses prestigiados na Constituição, as discriminações não serão recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária.

7.2 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

O estágio atual de evolução da teoria da responsabilidade extracontratual do Estado não permite que este se exima do seu dever de reparar o dano lesivo a terceiro e que lhe seja imputável em virtude de comportamento seu, seja este unilateral, lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, material ou jurídico (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 323).

Sobre a evolução da teoria da responsabilidade do Estado, esclarecedoras são as palavras de Saulo José Casali Bahia (1995, p. 11):

Viveu-se, no campo da responsabilidade civil do Estado, uma noção de evolução. Partiu-se da irresponsabilidade do Poder Público (Teoria da Irresponsabilidade), para em seguida admitir-se a responsabilidade do Estado baseada na culpa, nos moldes do Direito Civil (Teoria da Culpa Civilística), carreando-se, progressivamente, a esta responsabilização, aspectos de Direito Público (Teoria da Culpa Administrativa). Ainda neste avanço, iniciou-se a prescindir da aferição apriorística da culpa, admitindo-se sua presunção, com a inversão do ônus probatório, culminando-se com o refinamento oferecido pelas teorias da culpa anônima e da falta administrativa. Num passo seguinte, buscou-se a responsabilização do Estado por atividades lícitas que desenvolvesse (de acordo com a Teoria do Risco Administrativo), pretendendo-se que chegasse aos rigores da Teoria do Risco Integral. No momento, a responsabilidade civil do Estado avança para consolidar-se através da Teoria do Risco Social (Responsabilidade sem Risco).

Nesse diapasão, a própria Constituição de 88 expressamente abraçou a responsabilidade civil objetiva do Estado ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (artigo 37, §6º).

Assim, modernamente, o problema da responsabilidade do Poder Público por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes, “é equacionado em termos eminentemente objetivos, sendo o administrado dispensado do ônus probante quanto à culpabilidade direta ou indireta da Administração”, desde que presentes todos os elementos da responsabilidade (dano, vítima, sujeito ativo agente público no exercício de suas funções, causas com referibilidade ao Estado) (ARAÚJO, 2005, p. 715).

Pelo exposto, verifica-se que a lei 8666, na contramão de todo o esforço constitucional de avançar na responsabilização do Estado, simplesmente promove a liberação deste de toda e qualquer responsabilidade em face do inadimplemento das verbas trabalhistas.

Com efeito, o Estado responde pelos atos de seus agentes praticados nessa qualidade, na forma do artigo 37, §6º. A expressão “agente público” abrange também os particulares em colaboração com a Administração Pública, categoria na qual se encontra o terceiro contratado para prestar serviços ao Poder Público (RAMOS, 2001, p. 150). Desta forma, os prejuízos causados aos trabalhadores pela empresa prestadora de serviços não poderiam deixar de ser reparados pelo ente público ao qual compete em princípio a prestação da atividade terceirizada.

Ainda que o ato não pudesse ser imputado diretamente ao Estado, mas a terceiro que com ele contratou, o ente público não pode se eximir de toda e qualquer responsabilidade.

O fundamento para tal afirmação se encontra no fato de que o Estado responde, objetivamente, também nas situações em que o dano não é gerado por sua atuação direta e imediata, mas sua atividade cria a situação propiciatória do dano, vale dizer, seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na linha de causação (MELLO, 2010, p. 1010).

Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1019):

Em última instância, estas hipóteses de danos ora cogitadas não se distanciam muito dos casos em que o prejuízo é causado diretamente pelo Estado. É que a lesão deriva de uma situação criada pelo próprio Estado. É o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, *por ato seu*, situação propícia à eventualidade de um dano.

De fato, ao terceirizar serviços que, a princípio, lhe caberia prestar, o Estado cria a situação jurídica que ensejou, ainda que de forma mediata, a prestação laboral sem a devida contraprestação. Assume o risco, portanto, de ter que honrar o pagamento de tais verbas.

Da mesma forma, a licitude da contratação (comportamento ativo que corresponde a uma causa mediata do dano) não impede a responsabilidade do ente estatal. É que a responsabilidade independe da licitude do ato, estando calcada na ideia de repartição equânime dos ônus sociais, evitando que alguns administrados (no caso, trabalhadores terceirizados), suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (MELLO, 2010, p. 1006)

No mesmo sentido, dispõe Arnoldo Wald (1993, p. 22):

Finalmente, a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos [...]. Este pensamento firmou-se na doutrina universal, ensejando igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos. Na realidade, a verdadeira solução jurídica impõe sempre a reparação dos danos nas relações entre o indivíduo e a coletividade, fazendo recair sobre a comunidade os riscos decorrentes da vida social. [...] Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta PEDRO LESSA, o aparelho administrativo não está devidamente organizado e o único remédio contra tal desorganização – acrescenta o eminente mestre do nosso Direito – “seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público”.

Outro fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado está na noção de risco-proveito, segundo a qual deverá responder pelos danos, independentemente de culpa, aquele que se beneficiar de determinada atividade que crie ou intensifique os riscos já existentes.

No caso, o ente ou órgão público, beneficia-se da força de trabalho do terceirizado, razão pela qual não pode se esquivar da responsabilidade objetiva, ainda que subsidiária, pelas parcelas devidas pelo empregador do trabalhador.

A ideia de risco traduz uma objetivação da responsabilidade, a fim de assegurar uma proteção jurídica à pessoa humana do trabalhador, contra a insegurança material. Todo dano deve ter um responsável, pois *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), vale dizer, a pessoa que se aproveita dos riscos ocasionados deverá arcar com as consequências. Na terceirização, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que reverteu em proveito do tomador (BARROS, 2009, p. 455-456)

Neste ponto, interessantes são as lições de Alice Monteiro de Barros (2009, p. 456):

O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação de credor.

Pelo exposto, verifica-se que o princípio da proteção ao trabalhador e a teoria do risco explicam a preocupação de não deixar ao desabrigo o obreiro, fixando-se uma responsabilidade indireta daquele que, embora não seja o empregador direto, tenha se beneficiado da atividade dos trabalhadores contratados pelo subempreiteiro (ABDALA, 1996, p. 589).

Por fim, Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 105) defende a responsabilização objetiva do tomador, ainda que ente público, calcada na ideia de abuso de direito (artigo 187, CC/02). Embora a terceirização seja um direito assegurado às empresas, por força dos princípios gerais da atividade econômica, em especial da livre iniciativa e da livre concorrência, não lhes é dado abusar desse direito, contratando prestadoras de serviços economicamente inidôneas e incapazes de assegurar os direitos dos trabalhadores contratados para execução do contrato interempresarial e, ainda assim, pretender se eximir de qualquer responsabilidade, quando notoriamente beneficiaram-se diretamente da força de trabalho.

7.3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Ainda que se entenda não ser possível a responsabilização objetiva do Estado pelo inadimplemento das verbas trabalhistas – conclusão com a qual não concordamos, vale ressaltar –, não há como fugir da responsabilidade calcada na culpa (subjativa).

Trata-se, no caso, de responsabilidade indireta, por fato de terceiro, fundada na ideia de culpa presumida *in eligendo* (em razão da má escolha da empresa prestadora) ou *in vigilando* (decorrente da má fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais) (SANTOS, 2007, p. 64).

Com efeito, “a empresa tomadora há que selecionar, criteriosamente, aquela que irá prestar os chamados serviços secundários. Um conhecimento da estrutura da prestadora, de seu porte e de sua fidedignidade são indispensáveis, pena de responder pela incorreta e descuidada eleição” (FURTADO, 1993, p. 1321).

Aliás, como observa Henrique Hinz (2005, p. 140-141)

[...] Não se trata apenas de pesquisar perante as juntas comerciais os dados relativos à fornecedora, ou mesmo os serviços de proteção ao crédito ou banco de dados dos tribunais trabalhistas sobre o número de demandas em que aquela figura como ré, mas, também, de considerações de ordem matemática-financeira, quer dizer, analisar se os preços cobrados pela empresa fornecedora de serviços são suficientes para o pagamento dos salários dos trabalhadores que serão postos a seu serviço, acrescido dos encargos sociais e lucro dessa. Dito de outra forma, pode o tomador apurar, face aos salários médios praticados no mercado aos trabalhadores que exercem os serviços disponibilizados pela empresa fornecedora, se essa terá como arcar com os salários, encargos fiscais e previdenciários sobre o mesmo incidentes, os encargos tributários decorrentes do exercício da atividade da fornecedora bem como sua eventual margem de lucro. Com essas considerações simples, de ordem mesmo matemática, saberá o tomador se a empresa fornecedora de serviços terceirizados é cumpridora de suas obrigações frente aos seus empregados e o Fisco, ou não.

Da mesma forma, os cuidados devem ir além da escolha de empresa idônea, impondo-se uma constante vigilância no sentido de tomar ciência se vem a prestadora cumprindo suas obrigações trabalhistas. Pode-se, inclusive, apor no contrato cláusula que condicione a liberação de sua prestação à prévia comprovação de quitação por parte da contratada (FURTADO, 1993, p. 1321).

De fato, a Administração tem o dever de fiscalizar a execução, em sentido amplo, dos contratos, inclusive quanto ao cumprimento de leis trabalhistas, na forma da lei n. 8.666, arts. 58, III c/c art. 67.

Assim, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra respaldo também na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

7.4 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como visto linhas acima, o princípio da moralidade busca adequar a conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (Lei 8.112, art. 2º, parágrafo único, inciso IV). Assim, este princípio restará transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado, de tal forma que deverá o agente público cumprir a legalidade atendendo a uma expectativa ética da sociedade (MELLO, 2010, p. 120).

Se, com sua opção em terceirizar determinados serviços, a Administração causa, ainda que de forma mediata, prejuízos ao operário, deve responsabilizar-se integralmente e de forma subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas.

Nessa linha, há uma expectativa ética da sociedade de que a Administração honre suas dívidas, inclusive no que concerne à energia de trabalho posta à sua disposição, como é o caso do

trabalhador terceirizado. A responsabilidade do ente público visa, justamente, a evitar o enriquecimento sem causa do Poder Público em detrimento do trabalhador.

7.5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

De acordo com o Código Civil, a liberdade de contratar deve ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato” (artigo 421).

Por princípio da função social do contrato, deve-se entender um princípio de conteúdo jurídico indeterminado, que possui o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, 84). Assim, o contrato “deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, 80).

A respeito do aspecto extrínseco do princípio da função social dos contratos, Gagliano e Pamplona Filho ensinam (2010, p. 83):

[...] o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social. [...] Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato – quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública – não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência.

Vale dizer, se dentro do seu aspecto organizacional, pode a Administração Pública decidir, ou não, pela contratação de empresas de prestação de serviços para o desempenho de atividades que, de outra forma, seriam de sua própria responsabilidade, deverá ele ter em mente não só o aspecto econômico aí envolvido, mas também os aspectos sociais relacionados a essa operação (HINZ, 2005, p. 140).

Assim, a função social do contrato determina a adequada e efetiva remuneração da força laboral, ainda que para tanto seja necessária a responsabilização subsidiária da Administração Pública em face do inadimplemento do empregador (LORA, 2008, p. 107).

7.6 O VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A terceirização implica uma parceria para a otimização do negócio e aumento dos lucros, mas também para a repartição dos ônus.

Calcada que está no princípio da livre iniciativa, a terceirização, tal qual a ordem econômica deve estar pautada na valorização do trabalho humano, na dignidade da pessoa humana, e nos ditames da justiça social (art. 170, CF).

Ora, como bem defende Alice Monteiro de Barros (2009, p. 539), a isenção da responsabilidade da Administração implica conceder a esta, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável, em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados pela própria Constituição, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV).

No mesmo sentido, Ilse Marcelina Lora (2008, p. 107-108):

Com efeito, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, de que são exemplos o art. 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana) e inciso IV (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos do Estado de Direito), art. 3º, inciso I (construção de sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil), art. 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), art. 6º (consagração dos direitos sociais) e art. 170, inciso III (função social da propriedade), conferiu manifesta prevalência à proteção do trabalho humano e dos créditos trabalhistas. A concretização de tais princípios é que deve orientar a interpretação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico, com a conseqüente assecuração, a quem trabalha, da contraprestação de seu labor, postura indispensável para assegurar o chamado mínimo existencial, elemento fundamental da dignidade humana.

Por tudo isso, entendemos ser inconstitucional a norma prevista no §1º, do artigo 71, da Lei 8.666/93, que exime o Poder Público de qualquer responsabilidade quanto aos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços por ele contratada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, foi possível extrair as seguintes conclusões sistematizadas atinentes ao tema, conforme a seguir expandido:

1. No Brasil, é freqüente a utilização do termo “serviço público”, em sentido amplo, para designar tudo aquilo que o Estado faz, ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Esta concepção ampla abrangia, assim, serviços que, juridicamente, convencionou-se denominar como obras públicas, atividades de “polícia administrativa”, a exploração estatal de atividade econômica (neste último caso, adota-se o rótulo “serviço público industrial, comercial ou econômico”) etc.

2. Apesar de a noção restrita de serviços públicos ser predominante na doutrina brasileira, no presente trabalho utilizamos o seu sentido amplo. Isso porque a interpretação constitucional sobre os limites da terceirização no interior de um ente ou órgão público independe da natureza de sua atividade principal, tendo em vista que este é sempre responsável na mesma medida pelo exercício de suas atribuições.

3. As terceirizações na Administração Pública constituem-se numa das formas pela qual o Estado busca parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Por meio delas, atividades de apoio ou meramente instrumentais à prestação do serviço público são repassadas para empresas privadas especializadas, a fim de que o ente público possa melhor desempenhar suas competências institucionais.

4. Serviços públicos jamais podem ser integralmente terceirizados através do repasse da sua gestão operacional ou estratégica, pois a locação de serviços refere-se apenas à execução material de atividades específicas. O serviço objeto de terceirização é uma tarefa prestada pelo particular imediatamente à Administração para satisfação dos interesses desta em apoio ao exercício de suas atribuições. Apenas de forma mediata este serviço é prestado à comunidade, através do ente público contratante, beneficiário direto da prestação.

5. Dado o avanço indiscriminado do uso das práticas terceirizantes no serviço público, inclusive em violação à legislação que trata da matéria, verificamos os limites traçados pelo ordenamento jurídico para além dos quais se configuraria a terceirização ilícita.

6. Os contratos administrativos entre entidade pública e terceiros – entre os quais se enquadram os contratos de prestação de serviços ou terceirização –, destacam-se pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito. Dito isto, cumpre à Administração Pública, nas contratações de prestadoras que efetuar, verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização de atividades que, a princípio, foram incluídas no seu rol de competência.

7. O instituto da terceirização corresponde a uma técnica de organização administrativa de que se valem os órgãos e entes públicos para obter auxílio da iniciativa privada no exercício de suas competências, quando estas estiverem relacionadas a tarefas de apoio. A contratação se manifestará por meio de um contrato de Direito Administrativo, ato este com conteúdo fortemente vinculado à lei e à Constituição, à serviço das finalidades estatais – daí o seu fundamento estatutário e institucional, como produto do Direito que lhe concebe e antecede. Assim, a terceirização no serviço público apenas é admitida nos estritos moldes legais, em consonância com o princípio da legalidade.

8. A Lei 8.666 trouxe a definição daquilo que entende por serviços passíveis de terceirização como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” (art. 6º). A partir da interpretação da norma, traçamos as nossas delimitações dos serviços passíveis de terceirização, no sentido de que: a) não se trata de descentralização de serviços por colaboração, já que nesta as empresas privadas assumem a prestação de serviços públicos como um todo, diretamente ao usuário; b) tendo em vista que a contratação visa a um “resultado”, afasta-se a contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Por outro lado, uma interpretação dedutiva a partir do rol de atividades elencados na Lei, permite qualificar as atividades terceirizáveis como aquelas meramente instrumentais e não burocráticas, entendimento este que foi ratificado pelo Decreto n. 2.271, em seu art. 1º.

9. A lei 8.666 elege como objeto da terceirização a busca por um resultado, a ser obtido por meio da atividade contratada. Disso decorre a inviabilidade de contratação de serviços de mero fornecimento de mão de obra. Em face das distorções na aplicação da legislação federal pela utilização em massa do instituto da terceirização de serviços como verdadeira intermediação de mão de obra, o Decreto 2.271/97, em seu artigo 4º, trouxe disposições expressas para combater tais práticas. A proibição à locação de mão de obra encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais, a exemplo da regra do concurso público e dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade.

10. Segundo o princípio da organização funcional, a Administração Pública possui natureza institucional, vale dizer, corresponde a um conjunto de pessoas que atua de modo organizado, permanente e contínuo, conforme regras específicas e comprometida com a promoção de valores fundamentais. Com efeito, a democracia demanda que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas de modo permanente nas instituições estatais, sujeitas a um regime jurídico que lhes imponha e assegure atuação orientada à realização do direito, o que, permite a formação de uma identidade da Administração que se prolonga no tempo, independentemente dos ocupantes dos

cargos ou empregos públicos. A profissionalização garante a neutralização dos agentes públicos contra influências indevidas dos poderosos ou da própria massa popular.

11. A terceirização de competências centrais dos órgãos e entes públicos dinamiza o movimento de desregulamentação institucional e de desprofissionalização do serviço público, concorrendo para liquidar funções e esgotar planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades estatais. Assim, viola o princípio da organização funcional da Administração.

12. Observe-se que nem todas as atividades acessórias podem ser indistintamente terceirizadas, notadamente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos legalmente criados que se destinem a atender àquelas necessidades específicas, sob pena de violação ao princípio da legalidade. É que, se a lei criou cargos ou funções para ser preenchidos por servidores públicos, foi por entender que aquelas atividades, pela sua relevância, demandam a existência de servidores regidos por um regime jurídico específico, apto a impor-lhes deveres e garantias necessários à salvaguarda da coletividade. Assim, não poderá o administrador, sem prévia autorização legal, deixar de prover aqueles cargos mediante a realização de concurso público, contratando com terceiros o desenvolvimento das atividades, sob pena de violação do princípio da legalidade.

13. Quando a terceirização for tida como ilícita, ainda que o contrato seja nulo, não poderá ser formado vínculo de emprego diretamente com a Administração, em face da exigência de aprovação em concurso público para ingresso nos quadros públicos (artigo 37, II e §2º). Ainda assim, o ilícito não pode ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, de tal forma que o trabalhador terceirizado terá direito a todas as verbas trabalhistas; o empregador formal (entidade terceirizante) responderá, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias, ao passo que responderá, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela súmula 331, IV do TST.

14. Atualmente, a discussão que ainda se trava refere-se à responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações lícitas. É que o artigo 71, §1º da lei 8.666/93 expressamente impede a transferência à Administração Pública dos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora. Ocorre que, numa verdadeira jurisprudência *contra legem*, o TST pacificou entendimento no sentido de que a Administração responde subsidiariamente pelas verbas trabalhistas, em caso de inadimplemento pela empresa prestadora de serviços.

15. De fato, a irresponsabilidade da Administração viola o princípio da isonomia em face das pessoas jurídicas de Direito Privado, sem qualquer justificativa para tal privilégio antissocial; da mesma forma, há violação ao princípio da isonomia no convívio estabelecido pela lei entre a total irresponsabilidade do parágrafo 1º e a solidariedade absoluta constante no parágrafo 2º (relativa aos encargos previdenciários), sem que haja um motivo razoável para esse tratamento desigual, mormente quando a Constituição elencou o trabalho e a previdência como direitos sociais. Outrossim, defendemos a responsabilidade objetiva do Estado, calcada no artigo 37, §6º da Constituição, bem como na ideia de risco-proveito; subsidiariamente, entendemos a aplicação da presunção de culpa, seja pela culpa *in eligendo*, seja pela existência de culpa *in vigilando* da Administração. Por fim, pode-se afirmar que a responsabilidade subsidiária sustenta-se no princípio da moralidade, no princípio da função social do contrato, no valor social do trabalho e no princípio da dignidade humana.

9 REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização: Atividade-fim e Atividade-meio – Responsabilidade Subsidiária do Tomador de Serviço. **Revista LTr**, ano 60, n. 5, p. 587-590, maio 1996.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: Uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e Intermediação de mão-de-obra: Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contemporizando a Terceirização. **Revista LTr**, ano 57, n. 11, p. 1318-1321, nov. 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HINZ, Henrique Macedo. A Terceirização Trabalhista e as Responsabilidades do Fornecedor e do Tomador dos Serviços: Um Enfoque Multidisciplinar. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 71, n. 2, p. 131-145, maio/ago. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. 2009. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: As Cooperativas de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Direitos Fundamentais e Responsabilidade da Administração Pública na Terceirização de Serviços: Inconstitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei 8.666/93. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano 33, n. 60, p. 81-122, jan./jun. 2008.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Contratação Irregular Perante a Administração Pública. **Revista da Amatra – V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região**, ano 6, v. 1, p. 19-51, abr. 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. 2005. Terceirização na Administração Pública: Uma Prática Inconstitucional. **Boletim Científico – Escola Superior do MPU**, ano 4, n. 17, p. 87-117, out./dez. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública no Estado Contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 30, n. 117, p. 23-56, jan./mar. 1993.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2001. Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 27, n. 101, p. 127-134, jan./mar. 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

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

SANTOS, Rodrigo Coimbra. Repensando a Responsabilidade subsidiária do Tomador de Serviços Terceirizados nas Atividades Lícitas. **Justiça do Trabalho**, ano 24, n. 288, p. 59-76, dez. 2007.

WALD, Arnaldo. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, ano 30, n. 117, p. 5-22, jan./mar. 1993.