

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
ESCOLA DE GOVERNO

Bruna Oliveira Viana

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Belo Horizonte
2009

Bruna Oliveira Viana

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Monografia apresentada pela conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Gestão Pública da Fundação João Pinheiro – Escola de Governo.

Orientadora: Prof^a. Marilda Silveira.

Dedico este trabalho à minha mãe pelo apoio e torcida de sempre!

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, que me fez apaixonar por esta profissão, incentivando sempre meus estudos e crescimento, e à minha mãe, minha maior colaboradora, que, com muito carinho, não mediu esforços para que eu alcançasse mais esta etapa de minha vida.

À professora e orientadora Marilda Silveira por fazer mais do que o esperado, pois, além de executar o seu papel de orientadora e educadora com sabedoria e presteza, instigou o amadurecimento dos meus conhecimentos, que me levaram a execução e conclusão desta monografia.

RESUMO

O presente trabalho trata do estudo e observação sobre a terceirização no setor público. Quer com este, investigar o fenômeno da terceirização, buscando seus fundamentos, sua dogmática, a validade e a legitimidade desse fenômeno, bem como seus limites jurídicos e a sua conveniência social. Como primeiro tema, após a introdução do trabalho, traz-se a conceituação dos serviços públicos e sua execução, abrangendo a concessão, permissão e autorização destes. O terceiro capítulo trata dos princípios aplicáveis à terceirização, uma vez que a Administração Pública nunca pode se esquivar de aplicar os princípios constitucionais que regularizam seus atos. O quarto ponto abrange a terceirização como conceito jurídico, mostrando a história deste instituto no direito brasileiro e seu conceito mais atual. Por derradeiro, no quinto capítulo, adentra-se na terceirização na Administração Pública, abrangendo a distinção primordial entre atividade-meio e atividade-fim e passando pelas formas como se apresenta a terceirização ilícita em nosso Serviço Público. Partindo de uma revisão bibliográfica em livros doutrinadores, a finalidade será o de analisar e conceituar os temas aqui apresentados.

TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADE-MEIO – ATIVIDADE-FIM – SERVIÇO
PÚBLICO – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRINCÍPIOS - ILICITUDES

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA EXECUÇÃO.....	09
2.1. Concessão de serviços Públicos.....	15
2.2. Permissão de Serviços Públicos.....	17
2.3. Autorização de Serviços Públicos.....	19
3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À TERCEIRIZAÇÃO.....	20
3.1. Princípio da Legalidade.....	20
3.2. Princípio da Impessoalidade.....	21
3.3. Princípio da Eficiência.....	22
3.4. Princípio da Continuidade do Serviço Público.....	23
3.5. Princípio da Moralidade.....	24
4. TERCEIRIZAÇÃO.....	25
4.1. Terceirização Propriamente Dita.....	30
5. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
5.1. Atividade-meio x Atividade-fim.....	35
5.2. Terceirização Ilícita no Serviço Público.....	37
5.2.1. Contratação de Empresas Prestadoras de Serviços.....	38
5.2.2. Contratação de Pessoal para Atender Excepcional Interesse Público.....	41
5.2.3. Terceirização Lícita e Ilícita: Desvirtuamentos e Contrapontos.....	43
6. CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

1 - INTRODUÇÃO

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

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

Acompanhando a tendência mundial a terceirização passou a ser parte integrante da nova forma de administrar no Brasil.

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

Este trabalho terá, ainda, a pretensão de analisar a forma correta de terceirização deixada pelos nossos legisladores e, ainda, trazer o foco para a realidade, suscitando como é ilegal e abusiva a forma de terceirizar no serviço público.

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

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

Assim, faz-se necessária uma exposição detalhada desses institutos, explicitando princípios regentes e proposições fundamentais a serem seguidas pelo legislador na elaboração das normas.

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

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

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

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

2 - SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA EXECUÇÃO

Inicialmente far-se-á um estudo referente ao serviço público, posto que a explicitação de seu conceito, de suas classificações, bem como de sua evolução são essenciais para entender a sua execução, bem como as possibilidades de sua delegação e, conseqüentemente, das peculiaridades da sua terceirização.

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

Nesse sentido, surge a Constituição de 1988, que apresenta o Estado como responsável pelas atividades de auxílio social ao cidadão, *prestando-lhe* utilidades de forma a tornar sua vida mais digna.

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

Ao longo dos tempos, várias alterações foram sendo feitas na noção de serviço público, mas é possível identificar dois grandes grupos de conceitos. O primeiro, tende a considerar todas as atividades do Estado embutidas no conceito, e por isso, adotam um conceito amplo. Já o segundo grupo, seleciona apenas algumas atividades do Estado para conceituar como serviço público, e por isso, adotam um conceito restrito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 628), se inclui entre os doutrinadores que adotam o conceito restrito de serviço público ao afirmar que:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema

normativo. (...) a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, **consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa "unidade normativa".** (g.n.)

Em sentido contraposto, Cretella Júnior (2002, p.113), que adota o conceito amplo de serviço público, o classifica como toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, independentemente de sua natureza.

Entretanto, trata-se de conceito que encerra grande dificuldade de definição. Assim porque varia em função do momento histórico que se vive. Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 628-629), ao citar Duguit, explicita que quando este publicista criou a “Escola do Serviço Público”, o eixo metodológico do Direito Administrativo que era a idéia de Poder do Estado, foi deslocado para a idéia de serviço público. É que, no momento em que **Duguit** estudou a noção de serviço público, para ele, este constituiria a própria essência do Estado: “o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental” (1923 *apud* Bandeira de Mello, 2005, p. 629).

A partir daí, houve tantas alterações nesta definição que chegou-se a falar em crise da noção de serviço público. Na verdade, como assevera Maria Sylvia Zanella de Pietro (2008, p. 91-92), os conceitos doutrinários não podem ser considerados certo ou errado, mas pode-se graduá-los, como, por exemplo, o que abrange atividades jurisdicional e legislativa, o que distingue poder de polícia e serviço público, o que exclui serviços não prestados diretamente a coletividade, como os serviços diplomáticos.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 245), por sua vez, com o escopo de simplificar a sua explanação sobre a expressão serviço público, a divide em dois sentidos fundamentais: **objetivo** e **subjetivo**.

No subjetivo considera-se que é serviço público tudo aquilo prestado por agentes estatais. Essa é a noção que o senso comum utiliza com frequência. De fato, leigamente, as pessoas chamam de serviço público tudo que o Estado faz, sejam obras, limitação a liberdade e propriedade.

Mas, atualmente, o conceito de serviço público não é definido apenas por quem presta. Está ligado mais ao conceito objetivo, ou seja, a atividade em si. No entanto, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 638-

639), serviço público não se confunde com **obra pública** (produto estático) ou com o **poder de polícia** (licenças, permissões, autorizações ou multas, embargos e interdições se atividades não estão conformes.), nem com **exploração da atividade econômica** (art. 173, imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

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

a) Critério orgânico: aquele prestado por órgão público;

b) Critério formal: seria serviço público o que é regulado por regime de direito público;

c) Critério material: considera a natureza da atividade – a “que atendesse direta e essencialmente a comunidade”.

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

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

Entretanto, essas delegações para particulares ainda não foram suficientes para desafogar o Estado. Para tanto, a Administração adotou uma técnica utilizada, principalmente, pelo Direito do Trabalho, qual seja, a terceirização. Ou seja, esse mecanismo também serve para que o Estado repasse para terceiros a execução dos serviços, mas não se confunde com a concessão, permissão e autorização, conforme se verá adiante.

Diante da dificuldade para conceituar precisamente serviço público, neste trabalho adotar-se-á o conceito fornecido por José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 247), segundo o qual serviço público é “toda “atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”

Ademais, considerando a importância do conceito de serviço público para o desenvolvimento desse trabalho, em especial, sobre a possibilidade de sua delegação por meio da terceirização, impõe-se o seu desmembramento em elementos para melhor compreensão do mesmo e conseqüente delimitação do âmbito de aplicação da terceirização. Assim, veja-se síntese da explanação de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 247-248) sobre as características de sua formulação conceitual de serviço público:

a) *Sujeito Estatal*: Como o serviço público é objetivo do Estado, estes são criados e regulamentados pelo Poder Público a quem incumbe a fiscalização. Estado presta diretamente ou delega a terceiros, com o que não perde o dever de fiscalizar, regulamentar e controlar. Embora a Estado detenha a titularidade do serviço ele não é obrigado a prestá-los diretamente. Pode-se transferir a execução do serviço para terceiros, art. 175, CR. Além disso, nem todos os serviços públicos são exclusivos do Estado, consoante se verá adiante.

b) *Interesse coletivo*: o serviço público sempre visa ao interesse coletivo, podendo ser essencial ou secundário, o que também depende do local e do momento histórico. De todo modo, o serviço público deve se direcionar ao interesse coletivo próximo ou remoto. O serviço público, salvo exceções em que a atividade é concorrente, está fora do comércio privado, não pertencente a livre iniciativa ou a atividade econômica.

c) *Regime jurídico de direito público*: regime que incide é predominantemente de direito público. Permeiam regras de direito privado, especialmente quando o serviço é delegado. Mas, ainda que com regime privado, o público se aplica como, v.g. na fiscalização, prestação de contas e supremacia do Estado.

Vale ressaltar que quando o particular exerce a atividade dentro do âmbito normal do direito privado não se trata de serviço público, ainda que o

Estado tenha poder de fiscalização, porque se trata no caso de atividade econômica não submetida ao regime jurídico de direito público.

Na visão de Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 128-129)

A nossa Constituição reserva para si esta tarefa de definir quais são os serviços públicos. Reparte-os entre a União, os Estados e os Municípios, seguindo um rol de competências que ela mesma estipula. Para a União temos o art. 21, XII, que deixa certo pertencer a ela para ser explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão tudo o que vem arrolado nas cinco letras daquele inciso. Quanto aos Estados ao menos uma referência a um serviço público de sua alçada, previsto no art. 25, § 2º, que se refere aos serviços locais de gás canalizado. Aos Municípios compete organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte coletivo. Nestes casos, mais especificamente no dos Estados e Municípios, há espaço para a criação, ou definição em lei, de serviços públicos. Há contudo de observar-se o seguinte. Em primeiro lugar o serviço instituído tem que estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora. Em segundo lugar tem que respeitar os limites de intervenção do Estado no domínio econômico. Sim, porque se não respeitasse os limites instituídos no art. 173 poderia dar-se uma transformação artificial de simples atividades econômicas em serviços, com o propósito sub-repítício de estatizá-los.

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

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

A execução dos serviços públicos é, portanto, tarefa extensa, uma vez que são variadas as atividades para atender às necessidades da comunidade. Por esta razão, a Constituição Federal assegurou que estes podem ser prestados pelo Estado diretamente ou através de concessão, permissão ou

autorização do mesmo, na medida em que os serviços públicos forem considerados próprios ou impróprios (art. 175, CR/88).

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p.110) afirma que:

Serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as atividades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Ainda para elucidar o trabalho, cabível a distinção entre os serviços próprios e impróprios. Estes são os que não são executados pelo Estado, mas estão sob sua tutela apenas no que concerne à autorização, regulamentação e fiscalização. Em verdade, bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 100) que, “por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas.” Já os serviços próprios são os que o Estado assume como seus, que podem ser executados direta, através de seus agentes públicos, ou indiretamente, por meio de concessionárias e permissionárias.

Importa observar que nas três espécies de delegação do serviço público, apenas a execução do serviço é delegada, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do Estado. A titularidade e propriedade do serviço continua sendo da Administração Pública. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2003, p. 436) preleciona que:

...quando delegados esses serviços a particulares, serão executados sob fiscalização e controle da Prefeitura, para que se assegurem o bom atendimento ao público e a modicidade das tarifas. Este poder de regulamentação é irrenunciável e deverá ser exercido ainda que omitido na delegação...

Nestes termos, o delegatário do serviço público irá realizá-lo como se o Estado fosse, agindo em seu nome e sob a fiscalização deste. Assim, para escolher a pessoa mais adequada para prestar tal serviço, a Administração Pública tem que se valer da licitação, prevista na Lei. 8.666 de 21 de junho de 1993.

Em seguida, far-se-á um breve estudo das formas mais comuns de delegação do serviço público, concessão, permissão e autorização. Apesar

desse não ser o tema principal do presente trabalho, é necessária essa explicação, para que, ao adentrar na explanação da terceirização, os institutos sejam diferenciados.

Apesar de todos, concessão, permissão, autorização e terceirização, serem instrumentos governamentais para atenuar o tamanho do aparelhamento estatal e para fugir do regime jurídico público a que se submete a Administração Pública, eles não se confundem, conforme se verá adiante.

2. 1 - Concessão de Serviços Públicos

A concessão de serviço público é um contrato administrativo realizado através de processo licitatório pertinente, onde a Administração Pública transfere ao particular a execução do serviço público.

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

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

A lei supra-mencionada veio regulamentar o disposto na Constituição Federal (art. 175), sobre o regime geral das concessões e permissões. Desse modo, traz o conceito de concessão:

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

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

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

Portanto, a concessionária executa o serviço em seu próprio nome e assume os riscos do empreendimento, podendo cobrar tarifas¹ – com natureza de preço público – assegurada pelo art. 9º e 23, inciso IV, da Lei n.º 8.987/95 c/c art. 175 da CR/88.

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

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

O que não pode ser perdido de vista, tanto no caso da concessão, quanto da permissão e autorização, é que o Poder Público tem a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, fazendo-o para garantir o direito dos cidadãos, conforme estabelecido no inciso II, do parágrafo único do art. 175 da Constituição.

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

Este contrato possui a característica da mutabilidade que consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas de serviço, adaptando as estipulações contratuais

¹ Uma importante observação cabe aqui fazer à respeito da possibilidade de cobrança de TARIFA MÍNIMA em virtude da mera disponibilidade do serviço concedido, como política de implantação e manutenção da estrutura necessária à prestação do serviço. Nestes sentidos as decisões do STJ.

às novas necessidades e conveniências públicas. Isso porque em contratos de média e longa duração, como são as concessões, é possível a alteração das situações fáticas e jurídicas em seu decorrer, necessitando de adaptações no curso de sua execução, como bem explicita José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 292-293).

2. 2 - Permissão de Serviços Públicos

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

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

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

...

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

...

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

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

Pelo serviço prestado, assim como na concessão, poderá haver cobrança de tarifas dos usuários em valor razoável e compatível com o benefício obtido. Ademais, do mesmo modo que a concessão, o contrato de

permissão pode ser alterado ou mesmo revogado pelo Poder Concedente, a qualquer momento por motivo de interesse público.

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

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

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

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

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

Frise-se, contudo, que como bem explana Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 709-710), a possibilidade de não indenização em caso de alteração ou encerramento da permissão, aplica-se, somente, nos casos em que não houver a fixação de prazo contratual, característica da permissão que a distingue da concessão. Nesse esteio, continua Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 712-713), com subsídios de Lúcia Valle Figueiredo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, asseverando que o instituto da permissão vem sendo

burlado com a sua aplicação a serviços de natureza continuada, situação em que se assemelha à concessão.

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

2. 3 - Autorização de Serviços Públicos

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

Nesse contexto, identifica-se sua previsão legal no art. 21, XI e XII, da Carta Magna e na Lei 9.074 de 7 de julho de 1995, que expressamente em seu art. 7º define como autorização a delegação do serviço de energia elétrica.

A autorização é ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega a exploração de um serviço público, a título precário, ao particular. O particular, por sua vez, executa o serviço para seu próprio benefício.

Sendo ato discricionário do poder público e, ainda, prestado com interesse exclusivo do particular, não depende de licitação prévia, haja vista que é inviável a competição. Entretanto, apesar destas vantagens, também se sujeita à fiscalização do Poder Público, que pode revogá-la, por interesse público, a qualquer tempo e sem indenização, em virtude de sua precariedade, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 152).

3 - PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À TERCEIRIZAÇÃO

Os princípios são as proposições fundamentais, alicerces para direcionar determinada ciência. Nesse sentido, é evidente que o Direito Administrativo também deve pautar-se por postulados específicos. Assim, seriam os princípios verdadeiros, como expressa José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 12), “cânonos pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.”

Administração Pública, no cumprimento de suas funções, observa diversos princípios, sejam aqueles previstos expressamente – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - na Constituição, sejam aqueles reconhecidos pela doutrina – supremacia do interesse público, continuidade dos serviços públicos, proporcionalidade, isonomia, dentre outros.

Sendo a terceirização técnica praticada atualmente pela Administração pública, consoante se verá adiante, para diminuir o aparelhamento estatal, otimizando a prestação dos serviços públicos, é necessário que ela também obedeça a determinados princípios.

Nesse contexto, far-se-á uma breve explanação e interrelação entre a terceirização e alguns princípios.

3.1 – Princípio da Legalidade

É a diretriz básica da conduta dos agentes administrativos, segundo a qual, eles só podem fazer aquilo que a lei permite. Isto é, toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei em sentido estrito, na medida em que, como assevera Alexandre de Moraes (2006, p. 36):

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral

No mesmo esteio, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 91) explicita que “a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”, o que ratifica a idéia de que o princípio da legalidade referenda a lei em sentido estrito, na medida em que regulamentos, instruções e resoluções da Administração Pública precisam estar conforme a lei, proporcionando-lhe a devida execução.

Em caso de divergência entre a conduta e a lei, há que se corrigir aquela para sanar a ilicitude, visto que só é lícita a atividade condizente com a lei.

A relação desse princípio com a lei é direta. Primeiro, porque as formas de terceirização pública deverão estar respaldadas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilidade do servidor que o praticou. É disciplinada pela Lei 8.666/93, observadas as modificações trazidas pela Lei 8.833 de 8 de junho de 1994.

Segundo, pois, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 355), “todas as atividades definidas como serviços passíveis de contratação com terceiros são atividades-meio de que a Administração necessita para a prestação de suas atividades-fim.”

3.2 – Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade apresenta dupla faceta, devendo ser observado tanto em relação aos administrados quanto à própria Administração.

Para os administrados, assegura que sejam tratados da mesma forma quando se encontrem em idêntica situação. Assim, o Poder Público não pode atuar visando a beneficiar ou a prejudicar determinadas pessoas. Para a Administração, determina que as conseqüências dos atos praticados são imputáveis não ao funcionário, mas ao órgão ou entidade a que pertence.

Em relação à terceirização, o princípio em tela aplica-se em alguns pontos, por exemplo, a necessidade de licitação para, em regra, efetivar a contratação de terceira pessoa e a inexistência de vínculo trabalhista entre a Administração e o trabalhador da empresa intermediária em decorrência da

exigência de concurso público para ingresso em cargo ou emprego público. Em ambos os exemplos, evita-se o direcionamento da pessoa a ser contratada.

3.3 – Princípio da Eficiência

Preleciona José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.17) que a inclusão do princípio da eficiência pela Emenda Constitucional nº19/98 é decorre da existência de mecanismos incapazes ou inócuos para sanarem as omissões, falhas e irregularidades do Estado na prestação dos serviços. Assim, trata-se de um instrumento de exercício de cidadania frente a deficiência nas prestação de suas atividades.

Esse princípio exprime-se de duas maneiras: quanto à maneira de atuação do agente público, que deve desempenhar suas funções da melhor maneira possível, com intuito de apresentar os melhores resultados; e no tocante ao modo de organização, estruturação e disciplina da Administração, com o mesmo escopo de obter os melhores resultados na prestação dos serviços públicos frente aos administrados, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 79).

Do exposto acima, nota-se que o princípio da eficiência apresenta relação direta com a terceirização, posto que essa é uma forma de repasse da prestação de um serviço ou produção de um bem de uma empresa para outra com intuito de alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos, simplificando a estrutura organizacional e direcionando seus esforços para a melhor forma de exercer sua atividade-fim.

Explica Isis Chamma Doetzer (2007, p. 172) que

a terceirização constitui poderosa ferramenta de eficiência, racionalização e otimização da capacidade da qual a área pública também pode se aproveitar. Sua adoção com segurança e de forma responsável soma esforços entre as áreas pública e privada e apresenta à sociedade uma resposta em forma de serviço com qualidade, obtido sem que haja ofensa a direito ou descumprimento de normas.

Do exposto restam bem relacionados a terceirização e o princípio da eficiência.

3.4. – Princípio da Continuidade do Serviço Público

Como os serviços públicos existem para satisfazer as necessidades, muitas vezes inadiáveis, da coletividade, conclui-se, de pronto, que eles não podem parar. Isto é, devem ser ininterruptos a fim de serem evitados quaisquer danos aos consumidores.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor², estabelece no caput de seu art. 22, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Como o referido código, não traz claramente quais seriam estes serviços essenciais, recorre-se ao artigo 10 da Lei 7783 de 28 de junho de 1989.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
II - assistência médica e hospitalar;
III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV - funerários;
V - transporte coletivo;
VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII - telecomunicações;
VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X - controle de tráfego aéreo;
XI - compensação bancária.

A explanação é apenas para esclarecer que, mesmo ocorrendo a terceirização, os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua.

² Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1.990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15/02/2009 às 19:24 h.

3. 5 – Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade impõe ao administrador público o dever de pautar sua conduta pela ética e lealdade. Tamanha a importância que o ordenamento prevê formas de controle pela população, como a ação civil pública e a ação popular e ainda prevê sanções específicas para o cometimento de atos de improbidade pelos agentes públicos.

A terceirização é um instrumento de grande valia para o setor público, todavia exige bastante responsabilidade e atenção para se firmar. Bem destaca Isis Chamma Doetzer (2007, p. 172) que “a terceirização que se dá com respeito e cumprimento à legislação trabalhista, que é viabilizada mediante procedimento licitatório regular, resulta em uma prestação de serviços satisfatória, não afronta os princípios basilares da legalidade, moralidade e da eficiência e se harmoniza com o interesse da sociedade como um todo.

4 – TERCEIRIZAÇÃO

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

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

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

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

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

Outra forma bastante difundida de terceirização é a rede de fábricas fornecedoras, principalmente na indústria automobilística. E foi através desta que a terceirização teria sido introduzida no Brasil, nas décadas de 50 e 60. Mas, foi apenas nos anos 70 e 80, com a edição de normas autorizativas de contratações de mão-de-obra por intermédio de terceiros no setor privado que

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

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

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

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

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

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

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

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

...

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

...

Em 1970, a Lei 5.645 de 10 de dezembro, exemplificou, no artigo 3.º, que atividades relacionadas com “com transporte, conservação, custódia,

operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas” deveriam ser objeto de execução indireta de acordo com o Decreto-Lei 200/67.

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

No tocante a essa lei especificamente salutar o entendimento apresentado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 234), consoante o qual no

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

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

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

Nestes termos, *in verbis*:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)(TST – Súmula 331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

A súmula em destaque consolida todo o entendimento jurídico em face da terceirização, destacando ainda as conseqüências que decorrem do descumprimento dos preceitos legais, ou seja, caso a terceirização seja considerada ilegal.

Passar-se-á por seus incisos, destacando-se, desde já, que o disposto no item II expõe o ponto central debatido nesse trabalho.

Em relação ao item I, percebe-se que a terceirização envolve transferência de serviço, já que a contratação de trabalhador é ilegal, salvo caso de trabalhador temporário. Ou seja, pela regra geral, o fornecimento de mão-de-obra é ilegal.

Para a terceirização de um agente qualquer, invoca-se o entendimento supra citado, segundo o qual, a Lei 6.019 não se aplica à Administração Pública, pois burla a exigência constitucional de concurso público para ocupar cargos, empregos ou funções públicas.

No tocante ao item II, invoca-se o Decreto – Lei 200/67, para o qual somente é possível a terceirização no âmbito da Administração Pública de atividade meramente instrumental. Na mesma direção, a Lei de Licitações quando, exemplificadamente, enumera serviços de caráter complementar. A terceirização fora dessa hipótese é ilícita.

Contudo, mesmo se configurada a ilicitude, não é possível o reconhecimento do vínculo empregatício, uma vez que a prestação de serviço no setor público pressupõe prévia aprovação em concurso (art. 37, II e § 2º, da

CR/88), que salientar-se-á ao longo do texto. Diversa a solução no âmbito privado, no qual há o reconhecimento do vínculo.

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

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

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

Corroborar a afirmativa acima Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 235) ao expor que

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

Já no item III, destaca-se que também é ilícita a terceirização quando existe a personalidade e a subordinação direta, requisitos da relação de emprego.

Em regra, os serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador são atividades meramente instrumentais, ou seja, são o suporte para o desempenho da atividade-fim, não havendo óbice à sua terceirização tanto no setor público quanto no privado.

Contudo, caso existentes os requisitos da personalidade e da subordinação, a terceirização feita por uma interposta empresa torna-se ilícita, culminando no surgimento de vínculo de emprego.

Essa exigência aplica-se à Administração Pública também. Nesse norte, Tarso Cabral Violin (2007, p. 12), explica que

para não caracterizar a pessoalidade, na terceirização lícita, para a Administração Pública, independe qual a pessoa física que irá exercer as atividades. Para ser caracterizada a subordinação direta, é necessário que o administrador público dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da empresa terceirizada e submetendo-os ao seu poder disciplinar.

Ao final, no item IV, reporta-se à responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

A responsabilidade subsidiária é um efeito geral da terceirização. Ela decorre do dever que tem a tomadora de selecionar bem com quem contratar e de fiscalizar uma vez que se beneficia com o serviço prestado, mas que não foi devidamente exercido (*culpas in eligendo e in vigilando*).

O artigo 71 da Lei de Licitações exclui a responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas decorrentes de seus contratos com terceirizadas. Todavia, apesar da previsão legal, Denise Hollanda Costa Lima (2007, p. 22) destaca que a jurisprudência trabalhista majoritária determina que o administrador público, nesses casos, responda solidária ou subsidiariamente, conforme o caso.

Apresentada a evolução histórica da terceirização, passa-se ao estudo do instituto propriamente dito.

4.1 – Terceirização Propriamente Dita

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

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

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

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

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

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

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

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

Todavia, paralelamente, alguns riscos e desvantagens devem ser suportados, dentre eles, a possibilidade de descumprimento das cláusulas contratuais acordadas, de resistência dos funcionários e clientes, de demissões, risco na escolha de parceiros, de contradição entre as políticas do contratante e contratado, risco na coordenação dos contratos, a dificuldade para encontrar a parceria ideal, para integração entre contratante e fornecedor contratado, aumento da quantidade de fornecedores a serem controlados, precarização das relações de trabalho, redução salarial, fragmentação das relações trabalhistas, como explana Marco Antônio Martins da Silveira (1996, p. 63-64).

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

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

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

Sob o enfoque dos juristas, o conceito de terceirização se desloca de foco: passa do planejamento empresarial para o da atividade desempenhada. Ao invés de uma relação jurídica bilateral, típica da relação de emprego, na terceirização, temos uma relação trilateral, formada pelo obreiro, pela empresa prestadora de serviços e pela empresa chamada de tomadora de serviços.

5 - TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

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

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

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

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

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

Em se tratando de terceirização na Administração Pública, salutar a observação feita por Denise Hollanda Costa Lima (2007, p. 22) de que não há que se confundi-la com concessão, permissão ou outros institutos afins, já que não

se aplica a terceirização em relação à atividade-fim de cada órgão, o que somente se reserva às hipóteses constitucionais e legais de concessão e permissão, dentre outros institutos específicos. Note-se que, nestes, a Administração Pública transfere ao particular a gestão operacional e material do serviço público; na terceirização, transfere tão-somente a gestão material; em ambos os casos, permanecerá sempre com a Administração a gestão estratégica do serviço público.

Outra diferença apontada é que na terceirização a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público em troca do serviço que lhe é prestado

pela empresa interposta. Já na concessão e na permissão, a regra é que o pagamento é efetuado pelos próprios usuários, como explicita Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 241).

Outra dissimilitude apontada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 241) é que na concessão e permissão há transferência de determinadas prerrogativas ao particular, pois ele assume posição de Administração Pública na prestação do serviço público. Já na terceirização, o contratado é simples executor material da atividade, ou seja, perante os usuários, a Administração Pública é a prestadora do serviço público.

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

Ademais, contratação do “terceiro” deve ser analisada sob a ótica da Constituição Federal e de leis esparsas que cuidam da matéria. Neste ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 34) bem explica que

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

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

Embora o artigo 71 da Lei 8.666/93 exclua a responsabilidade pública por encargos trabalhistas derivados de seus contratos com as empresas terceirizadas, a jurisprudência trabalhista majoritária defende a aplicabilidade das regras gerais da terceirização lícita ou ilícita quanto aos direitos às verbas trabalhistas pelo terceirizado na Administração Pública, sendo este

posicionamento sustentado por Ilse Marcelina Bernardi Lora (2008, p. 1139) sob a justificativa de que o vergastado dispositivo é inconstitucional.

Por fim, como já destacado, há previsão jurisprudencial expressa (Súmula 331, TST) no sentido de que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional. Isto porque conforme artigo 37, II, da Constituição, a investidura em cargo ou emprego público está condicionada à prévia aprovação em concurso público.

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

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

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

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

5.1 – Atividade-meio x Atividade-fim

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

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

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

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

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

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

Detalhadamente Gilles J. Guglielme, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 240) ensina que existem 3 funções na atividade de serviço público. E apenas após essa compreensão entende-se por que o Estado apenas pode terceirizar atividade-meio. Assim sendo, veja-se.

É necessário, com efeito, distinguir muitas funções na atividade de serviço público. A primeira função, a mais concreta (**execução**) concerne à execução material da prestação. Ela é mais fácil de identificar, porque depende de uma constatação de fato: 'qual pessoa jurídica realiza, a propósito, as operações de prestação de serviço?' A terceira função, a mais elevada (**gestão estratégica**) concerne à direção do serviço público, sua estratégia, sua direção. Sua identificação é simples por duas razões: ela pertence obrigatoriamente a uma pessoa pública; ela se analisa com a resposta à questão 'a quem cabe a última palavra quanto à escolha dos objetivos?'. O problema mais importante é colocado para a segunda função, que concerne Às tarefas correntes de regulação e otimização (**gestão operacional**). Trata-se de assegurar a continuidade do serviço, a logística, a resolução dos conflitos, as faltas e as urgências (regulação), mas também de realizar operações pelo melhor custo, de realizar as adaptações previstas no quadro jurídico existente (otimização).

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

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

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

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

Assim,

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

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

5.2 - Terceirização Ilícita no Serviço Público

Como salientado, do ponto de vista da Administração Pública, a terceirização também apresenta relevância, principalmente em face da redução de encargos com pessoal. Com a terceirização, os serviços estatais deixam de ser prestados por servidores públicos e passam a ser desempenhados por empregados de empresas privadas.

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

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

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

5.2.1 - Contratação de Empresas Prestadoras de Serviços

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

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

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

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

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

Arrematando o estudo deste assunto, traz-se o entendimento pacificado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça que

rejeitam a terceirização em atividades permanentes do Estado, tendo em vista que a terceirização apenas é possível para as atividades-meio, que representam a função meramente matéria do serviço público. Veja-se:

SESSÃO DO DIA 22/04/98

ASSUNTO:CONSULTA Nº 442370 FORMULADA PELO PREFEITO MUNICIPAL DE ARAPORÃ, SOBRE A POSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO PROMOVER A TERCEIRIZAÇÃO DE TODOS OS SEUS SERVIÇOS, INCLUSIVE DAQUELES CONSIDERADOS PERMANENTES E BUROCRÁTICOS

RELATOR:CONSELHEIRO MOURA E CASTRO

...

a transferência para terceiros de atividade-fim de determinado ente político é irregular.

Isto porque, além da subcontratação de mão-de-obra para o exercício de funções permanentes constituir burla à exigência de concurso prévio estabelecido no art. 37, II, da Constituição Federal, é indispensável a profissionalização dos servidores públicos, como garantia da prestação de serviços à camada da população mais desfavorecida.

Toda atividade, pública ou privada, obrigatoriamente, para atingir o seu objetivo, desempenha, concomitantemente, atividade-fim e atividade-meio, sendo que aquela se dirige diretamente à sua razão de ser; esta desenvolve serviço de apoio, sem o que a atividade-fim não poderia existir.

Nesse sentido, a terceirização é lícita enquanto só alcança a atividade-meio, ou seja, serviço complementar da Administração Pública, tais como, vigilância, limpeza, manutenção, informática, etc.

Aliás, esta é a posição do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria:

...

Consagra-se, aqui, o entendimento segundo o qual não é possível a terceirização de serviços que constituem atividade-fim, ou atribuições típicas de cargos permanentes.

...

Finalmente, a renomada administrativista arremata:

- "O que não é possível é a terceirização (como contrato de prestação ou locação de serviço) que tenha por objeto determinado serviço público como um todo." (in Parcerias na Administração Pública, Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização e Outras Formas, Editora Atlas S.A. – 1996, p. 104).

Ante o exposto, concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas a daqueles de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem sua atividade-fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público. (g.n.) (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta 442370. Autor da Consulta: Prefeitura Municipal de Araporã, Relator: Conselheiro Moura e Castro. Data da Sessão: 22/04/1998)

EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES - TERCEIRIZAÇÃO - EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

RELATOR: ORLANDO CARVALHO

...

Consagra o entendimento segundo o qual não é possível a TERCEIRIZAÇÃO de serviços que constituem atividade-fim, ou atribuições típicas de cargos permanentes.

Ao desrespeitar normas constitucionais que obrigam o concurso público para admissão de pessoal, a MUNICIPALIDADE- RÉ , JOSÉ UBALDO E NILSON BORTOLOTTI desrespeitaram também o Princípio da Legalidade, implantado no caput do artigo referido. (TJMG. Apelação Cível n. 1.0000.00.255608-2/000. Relator: Desembargador Orlando Carvalho. 1 Câmara Cível. Data do Julgamento: 04/02/2003. Data da Publicação 07/02/2003)

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

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

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

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

É muito oportuno trazer a apreciação de Maria Silva Zanella Di Pietro (2006, p. 101) com relação às anomalias no uso do processo de terceirização:

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula da prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há de fato, esta prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre os servidores públicos. Na realidade a terceirização, nestes casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público.

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

O modo como está sendo tratada a terceirização no âmbito da Administração Pública, é, pois a mais nova forma de terceirização ilícita, e com tais atributos, converte-se em operações ilegais e inconstitucionais.

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

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

5.2.2 - Contratação de Pessoal para Atender Excepcional Interesse Público

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

Para melhor compreensão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 263) esclarece que

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

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

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

Nestes termos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. A contratação de servidor temporário só é admissível para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, nas hipóteses em que a demora do procedimento do concurso público seja incompatível com as exigências imediatas da Administração. (TJMG. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.03.402822-5/000. Relator: Desembargador Antônio Hélio Silva. Corte Superior. Data de Julgamento 26/10/2005. Data da Publicação 03/02/2006)

Como dito, a terceirização avoluma-se quando as funções preenchidas mediante “contratação” correspondem a atribuições típicas de cargos permanentes da estrutura administrativa da pessoa jurídica de direito público. Tais cargos são indispensáveis à estrutura organizacional de qualquer Administração.

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

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

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

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

5.2.3 – Terceirização Lícita e Ilícita: Desvirtuamentos e Contrapontos

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

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

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

É o que comenta o Ministro João Batista Brito Pereira:

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

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

Com o advento da Resolução, o TST alterou a redação do inciso IV da Súmula 331, por entender que o art. 71 da Lei 8.666/93 é inconstitucional, determinando que a Administração Pública deve responder pela solvabilidade dos créditos trabalhistas, desde que figure no pólo passivo da lide e figure no título executivo judicial.

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

Ora, o justo é que: se a Administração Pública responde inclusive pelos danos praticados pelos agentes prestadores de um serviço público (art.37, §6º, CF/88), por muito mais razão deve responder pelos créditos do trabalhador que prestou um serviço para a Administração, mesmo que de forma terceirizada. Ademais, não é admissível que se beneficie da prática de um ato ilícito, favorecendo-se se sua própria torpeza.

Ainda, expõe Sérgio Pinto Martins (2005, p.134), a responsabilidade objetiva da Administração Pública (art.37, §6º, da Constituição) não faz

distinção quanto ao tipo de responsabilidade, se civil ou trabalhista. Diz respeito, portanto, a qualquer dano, inclusive a responsabilidade trabalhista.

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

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

Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (culpa *in vigilando*), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Inteligência da Súmula nº 331, IV, do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

...

- INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93 . Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.

...

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

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

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

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

Já no que tange ao vínculo dos trabalhadores contratados por intermediação de empresa de prestação de serviço, o mesmo nunca poderá ser considerado como servidor público, haja vista a necessidade do concurso público, conforme devidamente explanado anteriormente.

Nesses casos, é possível, ainda, a responsabilização do agente público responsável pela contratação sem concurso por ato de improbidade administrativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL. Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 10 out. 2008.

BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: Senado Federal. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em 17 out. 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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