



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

IGOR BEZERRA CARLOS DE ALENCAR

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Fortaleza – Ceará
2007**

IGOR BEZERRA CARLOS DE ALENCAR

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia Jurídica submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a conclusão do curso.

Orientador: Prof. Henrique Botelho Frota

**Fortaleza
2007**

Àqueles que não se cansam de lutar pela justiça e
aos que nunca desistem de seus sonhos.
Ao meu avô Miguel, que em vida me incentivou a
desbravar os caminhos do direito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre me deu forças, principalmente nos momentos mais difíceis.

A meus pais, Alencar e Marília, por serem modelos de vida, fé e unidade, minha eterna admiração e gratidão, especificamente neste trabalho, pelo incentivo, confiança e orações.

À minha irmã Naiara, e ao meu irmão Átila, por estarem sempre ao meu lado.

À Gyselle, pelas palavras de apoio, pelo carinho, pela inspiração e por me fazer entender que o amor pode superar todas as barreiras.

Ao Prof. Henrique Botelho, pela orientação deste trabalho e pelas lições que aprendi.

Aos amigos, que me fizeram rir e tornaram mais amena esta peleja.

A todos que me incentivaram.

Aos colegas de Faculdade que comigo conviveram durante o período da graduação.

Aqueles que direta ou indiretamente tornaram possível a realização deste trabalho.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa

RESUMO

A presente monografia consiste na análise jurídica da terceirização no âmbito da Administração Pública. O objetivo do estudo é promover a discussão acerca das inúmeras contratações de pessoal terceirizado no serviço público, sob o manto da terceirização. A metodologia adotada foi a realização de pesquisa bibliográfica e de campo. As regras relativas aos servidores públicos são analisadas, destacando-se o concurso público como forma de provimentos dos cargos e empregos públicos e a sua relação com os princípios administrativos. São abordadas a evolução histórica da terceirização e seus conceitos, apresentando o instituto. As principais leis e a jurisprudência são analisadas, mostrando o entendimento jurídico predominante acerca do tema. Os contratos de prestação de serviços e de fornecimento de mão-de-obra são analisados de forma a diferenciá-los. São descritas as modalidades de terceirização e as hipóteses de contratos admissíveis no serviço público. A questão da contabilidade dos gastos com a terceirização é debatida e criticada.

Palavras-chave: terceirização, Administração Pública, locação de mão-de-obra.

ABSTRACT

The present monograph consists of the legal analysis of the outsourcing in the scope of the Public Administration. The objective of the study is to promote the discussion concerning the countless recruitment of outsourced staff in the public service, under the mantle of the outsourcing. The adopted methodology was the accomplishment of bibliographical and field researches. The rules about the public servants are analyzed, highlighting the public open competition as form of holding the positions and public jobs and its relation with the administrative principles. The historical evolution of the outsourcing and its concepts are approached, presenting the institute. The main laws and the jurisprudence are analyzed, showing the predominant legal understanding concerning the subject. The contracts for rendering of services and for supply of labor are analyzed in order to differentiate them. The modalities of outsourcing and the hypotheses of permissible contracts in the public service are described. The issue of the accounting of the expenses with outsourcing is debated and criticized.

Keywords: outsourcing, Public Administration, rental of labor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SERVIDORES, CONCURSO PÚBLICO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
1.1 Servidores Públicos	12
1.1.1 Servidores Estatutários	14
1.1.2 Empregados Públicos	15
1.1.3 Servidores Temporários	16
1.2 Concurso Público	18
1.3 Provedimento, nomeação, posse e investidura	20
1.4 Os Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública e suas relações com o Concurso Público	23
1.4.1 Princípio da Legalidade	23
1.4.2 Princípio da Impessoalidade	24
1.4.3 Princípio da Moralidade	25
1.4.4 Princípio da Eficiência	26
2 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	28
2.1 Histórico	28
2.2 Conceito	29
2.2.1 Atividade-fim x Atividade-meio	30
2.3 Aspectos legais	31
2.4 A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho	34
2.5 Terceirização Lícita e Ilícita	37
3 ASPECTOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	40
3.1 Delimitação do tema	40
3.2 Surgimento e utilidade da terceirização no serviço público	42
3.3 Formas lícita e ilícita de terceirização na Administração Pública	43
3.4 Hipóteses de terceirização admissíveis no serviço público	46
3.5 Limites à terceirização	47
3.6 A Súmula 331 do TST e as conseqüências para a Administração Pública	48
3.7 Adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal	49
3.8 Entrevista realizada na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55
ANEXO	57

INTRODUÇÃO

A economia mundial evoluiu bastante ao longo dos séculos, desde as primeiras manifestações do trabalho pastoril e da agricultura de subsistência até os modernos centros industriais e tecnológicos dos dias atuais. Assim foi que o processo produtivo de riquezas passou por grandes transformações, agregou valores, se adaptou a diversos sistemas políticos, econômicos e sociais e, finalmente, aportou no mundo globalizado. O trabalho humano acompanhou toda essa trajetória: antes era visto apenas como força motriz, nos tempos da escravidão. Veio, então, o regime de servidão. Tempos depois, com o início da produção industrial, as condições do trabalho urbano se tornaram precárias, o que ocasionou inúmeras revoltas e lutas dos trabalhadores por melhorias na qualidade dos empregos. No final do século XIX, surgiram as primeiras leis regulando as relações trabalhistas. A ciência do Direito começou a dar destaque também às causas dos trabalhadores. No Brasil, foi aprovada na década de 40 a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), marco histórico de conquistas da classe obreira. Mais recentemente, a Constituição Federal de 1988 abrigou em seu texto uma gama de direitos trabalhistas, muitos dos quais, inclusive, considerados cláusulas pétreas.

Paralelamente às conquistas trabalhistas, as empresas buscaram se adaptar às leis de mercado e da livre concorrência, em que a lógica predominante consiste na busca incessante pelo lucro. Foi nesse contexto, movidas em razão da necessidade de diminuição de custos e aumento da produtividade, que muitas empresas começaram a transferir parte de suas atividades para entidades parceiras, como uma espécie de contratação de serviços. Surgiram assim as primeiras idéias de terceirização. A relação de emprego antes formada apenas por empregado e empregador, como prevista desde a época da CLT, passou a representar, nessa nova lógica, uma estrutura trilateral, composta por empregado, tomador e prestador.

A terceirização ganhou espaço também na estrutura da Administração Pública, que movida pela busca da eficiência e da eficácia no serviço público deu início à contratação de particulares com forma de desincumbir-se da execução de tarefas que antes lhe era própria. Ocorre que o objeto desses contratos sofreu mudanças: de início o Poder Público negociava apenas a prestação de um serviço ou a entrega de uma obra, mas tornou a pactuar, sob o mesmo instituto, o fornecimento de trabalhadores, com fins de ocupar as vagas ociosas nos órgãos e entidades públicas. Atualmente, o número de contratações de mão-de-obra terceirizada no serviço público atinge níveis consideráveis, que chegam, muitas vezes, a saltar

aos olhos, enquanto que o provimento de cargos através da realização de concurso público vem se tornando quase que uma exceção.

Esta monografia tem por objetivo analisar a questão da terceirização no âmbito da Administração Pública, investigando a adequação, ao serviço público, deste instituto de Direito Privado. Dessa forma, pretende-se questionar a legalidade da terceirização adotada pelo Estado e confrontá-la com os princípios constitucionais e com a regra geral do concurso público, de acordo com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

O método utilizado consistiu na pesquisa bibliográfica, com o estudo de obras que tratam especificamente sobre o tema e na pesquisa de campo, através da aplicação de entrevista na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza (PGM). Além disso, foi feita uma abordagem de assuntos correlatos, como servidores públicos, princípios administrativos, estrutura da relação de emprego, concurso público e Lei de Responsabilidade Fiscal, encontrados em diversas obras do Direito Administrativo e Trabalhista. Analisou-se, também, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, assim como as principais leis e normas relativas ao assunto.

Neste trabalho serão abordadas, no primeiro capítulo, as regras relativas aos servidores públicos. Tendo-se o cuidado de esclarecer as particularidades de cada tipo de servidor, assim como delimitar as funções que exercem e o âmbito de atuação de cada um dentro da estrutura da Administração Pública. Será destacada a importância do concurso público, como forma originária e derivada de provimento dos cargos e empregos públicos, especificando-se a sua obrigatoriedade na admissão de pessoal para o serviço público. Mais adiante serão analisados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e a correlação deles com o concurso público.

O segundo capítulo versará sobre a terceirização no Direito do Trabalho. Será mostrada a evolução histórica do instituto, desde as primeiras manifestações, que ocorreram por volta da metade do século XX até os dias atuais. No tópico seguinte se delimitará o conceito de terceirização, analisando todos os seus aspectos e características. Por fim, far-se-á uma abordagem das leis que tratam do assunto e se destacará a jurisprudência correlata.

No terceiro capítulo, serão confrontados os tópicos dos dois anteriores, com o intuito de se estabelecer a adequação da terceirização ao serviço público, enfatizando-se a questão da licitude ou ilicitude dos contratos firmados pelo Poder Público com as empresas terceirizadas. A seguir, serão verificadas quais as modalidades de terceirização utilizadas pelo Estado e quais as hipóteses que são admissíveis deste instituto. Analisar-se-á, também, se os gastos com a terceirização devem ser especificados ou não para fins de cálculo das despesas com pessoal. Por último, serão apresentados os dados conclusivos da pesquisa de campo realizada junto à Procuradoria do Município de Fortaleza.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SERVIDORES, CONCURSO PÚBLICO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.1 Servidores Públicos

O conceito de servidores públicos é bastante divergente na doutrina administrativista. Primeiramente, cabe mencionar que eles estão inseridos numa categoria de pessoal mais abrangente que é a dos agentes públicos. Estes são as pessoas físicas que, consideradas em sentido amplo, prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta (DI PIETRO, 2007, p. 476) e estão incumbidas definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal (MEIRELLES, 2003, p. 73).

Os agentes públicos se dividem, por sua vez, em quatro grandes grupos: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público. Em razão do propósito deste trabalho, nos ateremos somente à categoria dos servidores públicos.

Para Maria Silvia Di Pietro (2007, p. 478), “são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 391),

Servidores públicos em sentido amplo são todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, sob regime jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), de natureza profissional e empregatícia.

Servidor Público é, portanto, aquele que presta serviços às pessoas jurídicas da Administração Pública Direta, às autarquias e fundações de direito público, e os empregados das pessoas jurídicas de direito privado que compõem a Administração Pública Indireta, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

A subdivisão dos servidores públicos pode ser feita, segundo o vínculo jurídico do servidor com o Estado, em servidores estatutários, empregados públicos e servidores

temporários. Os servidores estatutários são titulares de cargos públicos e estão sujeitos ao regime estatutário, diferentemente dos empregados públicos, que estão sob a regência da CLT e ocupam emprego público. Por último, encontram-se os servidores temporários, que são contratados por tempo determinado para atender à necessidade de excepcional interesse público, conforme o art. 37, IX da Constituição Federal de 1988 e exercem apenas função pública, não ocupando cargo, nem emprego público.

Falar-se-á mais detidamente de cada uma das espécies de servidores públicos nos tópicos seguintes. Antes, porém, é importante se distinguir o conceito de cargo, emprego e função pública, de forma que se possa compreender o sentido desses termos.

Pode-se extrair das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 242) que:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei [...]

Cada ente federativo (União, Estado, Municípios e DF), portanto, dispõe de autonomia para definir um número de cargos próprios, assim como as atribuições e as remunerações de cada um. Os cargos públicos podem ser divididos em: cargos de provimento efetivo, que são aqueles permanentes, ocupados por servidores concursados; e cargos em comissão, que são aqueles de ocupação transitória, em que seus titulares são nomeados e exonerados livremente.

O emprego público também é de caráter permanente, porém diferencia-se do cargo em razão do vínculo que liga o servidor ao Estado. Enquanto o servidor ocupante de cargo público tem um vínculo estatutário e submete-se ao regime institucional, o ocupante de emprego público, por sua vez, tem um vínculo contratual, e está sob o regime trabalhista.

Já a função pública é o conjunto de atribuições ou tarefas a serem exercidas por um agente público, que não correspondem necessariamente a um cargo ou emprego público. Dentre os tipos de funções públicas, destacaremos duas: **as funções de confiança, de livre nomeação e exoneração**, e **as funções exercidas pelos servidores temporários, contratados com base no art. 37, inciso IX, da CF/88**. As primeiras são exercidas por ocupantes de cargo público efetivo, e abrangem os encargos de direção, chefia ou

assessoramento. As segundas, por sua vez, são aquelas funções ocupadas por servidores temporários nos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Para o provimento das funções acima citadas é dispensada a elaboração de concurso, em virtude, primeiramente, da confiabilidade que administrador público deve ter com alguns servidores para o desempenho de certas funções e, também, da necessidade excepcional de contratação de pessoal para atender a um interesse público urgente.

Faz-se mister diferenciar cargo comissionado de função de confiança, por que ambos são de livre nomeação e exoneração. Enquanto a nomeação para o cargo em comissão não depende de aprovação prévia em concurso público, a função de confiança é, por outro lado, exclusiva de servidor ocupante de cargo efetivo.

Nas pessoas jurídicas de Direito Público tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de emprego público. Nas pessoas de Direito Privado da Administração Indireta, só há empregos.

É importante ressaltar, portanto, que **os servidores das empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista**, uma vez que estas pessoas jurídicas se submetem ao regime de direito privado.

1.1.1 Servidores Estatutários

Os Servidores Públicos Estatutários formam a categoria mais importante e numerosa dos servidores públicos, estando seus membros vinculados aos órgãos da Administração Pública Direta e das Autarquias e Fundações de Direito Público.

Aos estatutários são reservadas funções cujo desempenho se exige que o servidor seja **titular de poderes e prerrogativas de autoridade de Estado** e que tenha a seu favor tanto a **independência e a segurança da estabilidade funcional** como uma **remuneração adequada** (MADEIRA, 2007, p. 19).

Quando nomeados, os servidores estatutários ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse. As normas dos estatutos são de

ordem pública, de natureza cogente, e, portanto, não podem ser derogadas pelas partes. Embora a lei estatutária seja modificável unilateralmente, esta respeitará os direitos já adquiridos.

Vale ressaltar que a Constituição da República de 1988, pela redação original de seu artigo 39 determinava a instituição de regime jurídico único no âmbito da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional. Essa disposição não se referia ao regime a ser adotado, mas apenas impunha a necessidade de unificação. Visou-se, com isso, a extinção de procedimentos irregulares e imorais, decorrentes do favorecimento de amigos e apadrinhados (MADEIRA, 2007, p. 20).

A Reforma Administrativa do Estado, ocorrida em 1998, através da emenda Constitucional nº. 19, que modificou a redação do referido artigo, não mais fez menção à obrigatoriedade da unificação de regimes, trazendo novamente a possibilidade de **coexistência de regimes diversos dentro da mesma esfera administrativa**. Admitindo-se, portanto, que grupos de servidores e empregados públicos, cada qual com seu regime próprio, pudessem trabalhar no mesmo órgão da Administração Pública.

Cada unidade da Federação possui autonomia e competência para legislar sobre a organização de seus servidores, no que diz respeito à admissão, promoção, direitos e deveres, procedimento disciplinar, penalidades cabíveis e extinção do vínculo, sempre observados os princípios constitucionais aplicáveis aos servidores públicos.

1.1.2 Empregados Públicos

A segunda espécie de servidores públicos também pode ser denominada de servidores trabalhistas ou celetistas, uma vez que o regime ao qual estão submetidos é o da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (Decreto-lei nº. 5.452 / 43).

Segundo José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 23), “aos servidores trabalhistas são destinadas as funções materiais de apoio às atividades funcionais próprias do Estado, que apenas exigem o conhecimento e a habilitação profissionais pertinentes”.

Os servidores celetistas serão **contratados por prazo indeterminado** para ocuparem emprego público, devendo a contratação se dar **através da realização de concurso público** de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego. Portanto, não constitui exceção à regra constitucional do artigo 37, inciso II. Falaremos mais adiante das normas pertinentes ao concurso público.

De acordo com a Súmula nº. 390 do Tribunal Superior do Trabalho, acrescentada pela Res. TST 129/2005, os empregados públicos da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional possuem a estabilidade prevista no artigo 41 da CF. A redação deste dispositivo constitucional assim dispõe: “**Art. 41.** São estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. Vejamos então o entendimento do TST:

“390. Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial 22 da SDI-2)

I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ 265 da SDI-1 – Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ 22 da SDI-2 – Inserida em 20.09.2000)

II – Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ 229 – Inserida em 20.06.2001)”.

Esse período de três anos mencionado pela Constituição corresponde ao estágio probatório. Depois de cumprido este requisito, que não é somente temporal, o servidor tem direito adquirido à estabilidade funcional, somente podendo perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho.

Já para os servidores das empresas públicas ou sociedades de economia mista não foi estendido o benefício de tal estabilidade, mesmo quando aprovados mediante concurso.

1.1.3 Servidores Temporários

Analisando o disposto no inciso IX, do artigo 37, da Constituição da República, podemos inferir que os servidores públicos temporários são aqueles contratados por tempo

determinado para o atendimento de necessidades de excepcional interesse público. Cabe a eles exercerem somente função pública, não podendo ocupar cargo ou emprego público.

A professora Maria Sylvia Di Pietro (2007, p. 479) destaca que os temporários “são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação”.

Podemos, então, extrair três pressupostos indispensáveis à admissão dos servidores temporários: a temporariedade da contratação, a necessidade temporária e a excepcionalidade do interesse público. Primeiramente, se depreende que os contratos firmados com o servidor temporário devem ser por prazo determinado. Segundo, que a necessidade da contratação de pessoal para o preenchimento dessas funções tem de ser transitória ou temporária. Não pode a insuficiência de servidores nos quadros funcionais da Administração Pública ser de natureza permanente, uma vez que estaria o Poder Público obrigado a realizar concurso, que é exigido pela Constituição como regra, para suprir a carência de pessoal. Por último, o interesse público, que qualifica esta necessidade de contratação, tem de ter um caráter excepcional, uma vez que uma situação comum não poderá dar ensejo a este tipo de contratação.

Sobre a questão, José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 29) afirma que

O concurso público é a regra constitucional para o ingresso de servidores no serviço público. Contrato por prazo determinado só é admissível em situação emergencial para a realização de tarefas que não se enquadrem nas funções de natureza permanente.

O regime jurídico do pessoal contratado temporariamente pela Administração Pública também é o regime da CLT. A União Federal, através da lei nº. 8.745/93, estabeleceu que essa contratação poderá ocorrer somente no âmbito de sua Administração Direta, nas suas Autarquias e nas Fundações de Direito Público.

Esta lei indica, ainda: quais os casos de necessidade temporária, o tempo determinado e improrrogável da contratação, e, por fim, estabelece o processo seletivo simplificado como exigência para o recrutamento de pessoal sujeito, porém, a ampla divulgação.

Aos servidores temporários é vedado receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato, assim como ser nomeado ou designado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, mesmo que em substituição.

1.2 Concurso público

A Constituição da República estabelece em seu artigo 37, inciso II, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98, a regra geral do concurso público para fins de admissão de pessoal no serviço público, senão vejamos:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

O concurso público é obrigatório tanto para as pessoas jurídicas da Administração Pública Direta quanto para as da Indireta, incluindo as pessoas jurídicas privadas: empresas públicas e sociedades de economia mista. Visto que **as normas de acessibilidade e de concurso público são impositivas para todo o universo da Administração.**

A Constituição de 1988 exige concurso público apenas para ocupantes de cargo público e de emprego público, não fazendo menção quanto à obrigatoriedade para os casos de preenchimento de funções públicas.

Essa omissão tem sua justificativa, uma vez que as funções públicas são ocupadas ou através da celebração, pelo Poder Público, de contrato por tempo determinado, para os casos do artigo 37, IX, da CF, ou, então, por meio de livre nomeação e exoneração de servidores ocupantes de cargo efetivo para as atribuições de chefia, direção e assessoramento, denominados, pelo artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, de funções de confiança.

Quanto à contratação de pessoal para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), na qual o concurso público é dispensado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 271), justifica-a, afirmando que:

Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos).

O concurso público é, portanto, uma série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais dos candidatos que desejam ingressar no serviço público, os quais, visando à obtenção de uma vaga, devem se submeter voluntariamente à avaliação e julgamento de uma comissão organizadora (MADEIRA, 2007, p. 84).

Ficam garantidos, com a exigência do concurso público, os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, além do princípio da igualdade, já que a todos os participantes são proporcionadas condições iguais de competição. Isto porque, o concurso público deve ser isento e proporcionar à Administração Pública a seleção dos melhores profissionais de suas respectivas áreas.

Todo concurso possui um prazo de validade estipulado no edital. Este prazo, porém, conforme o artigo 37, inciso III, da Constituição Federal de 1988, não pode ultrapassar dois anos, desde que seja prorrogável uma única vez, a critério da Administração Pública. Na opinião de Maria Sylvia Di Pietro (2007, p. 490) não existe direito subjetivo à prorrogação do prazo de validade, para os candidatos aprovados no concurso público.

Vale ressaltar que o concurso público, como já foi dito anteriormente, visa o provimento dos cargos e empregos públicos. É necessário, portanto, que o cargo esteja em estado de vacância, ou seja, sem os respectivos titulares. Se não existir cargo vago e, a Administração Pública desejar, mesmo assim, ampliar o quadro de seus servidores em razão da necessidade de serviços, deve, primeiramente, criar os cargos, para somente depois realizar o concurso (MADEIRA, 2007, p. 85).

Os cargos públicos são criados por lei, exceto os relativos aos serviços auxiliares do Poder Legislativo, criados por resolução de uma das duas Casas do Congresso Nacional. A extinção dos cargos também se dá por atos da mesma natureza. O Chefe do Poder Executivo tem a prerrogativa de extingui-los “na forma da lei”, desde que exista dispositivo legal que defina quais termos, condições e especificações para tanto. É também atribuição do Chefe do

Executivo declarar a desnecessidade do cargo, ficando seu preenchimento como que desativado (MELLO, 2007, p. 289).

Neste último caso, o servidor ficará em disponibilidade e continuará a receber uma remuneração proporcional ao tempo de serviço, até que seja adequadamente aproveitado em outro cargo. Esta é a inteligência do §3º (parágrafo terceiro), do artigo 41, da CF/88.

1.3 Provimento, nomeação, posse e investidura

Provimento é, de acordo com Mello (2007, p. 292), “o ato de designação de alguém para titularizar cargo público”.

A nomeação consiste na forma de provimento autônomo ou originário, uma vez que não leva em conta a situação anterior do servidor provido. O provimento dos cargos por nomeação é sempre de competência do Chefe do Poder Executivo (MELLO, 2007, p. 293).

Já para Di Pietro (2007), provimento é o ato pelo qual o servidor é investido no exercício, não somente do cargo, mas também, do emprego ou da função. Na opinião da administrativista, a contratação se junta à nomeação como forma de provimento originário, uma vez que também é um ato que vincula inicialmente os servidores temporários contratados com base no art. 37, inc. IX, CF/88 e os contratados para as funções de confiança, conforme o art. 37, inciso V, da Constituição Federal. (DI PIETRO, 2007, p. 559).

Nomear é uma faculdade da Administração Pública. O candidato habilitado em concurso público não tem direito à nomeação, ele tem mera expectativa de direito. Cabe à Administração decidir, de acordo com o interesse público, se necessita ou não nomear alguém, neste caso pode deixar de nomear até mesmo o primeiro colocado no certame.

Há, porém, uma exceção a esta regra. A nomeação passa a ser direito do candidato quando a ordem de classificação no concurso for desrespeitada. Ou seja, a Administração Pública pode até não nomear ninguém, mas se o fizer deve seguir a ordem de classificação do concurso. Este é o entendimento do Enunciado nº. 15 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF): “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

A justificativa para tal exceção é a de que, “se houve uma nomeação, mesmo que irregular, a Administração Pública revelou **conveniência e oportunidade**, interesse em preencher a vaga. Aí, o preterido seja qual for a classificação tem direito a ser nomeado” (grifos nossos) (MADEIRA, 2007, p. 150).

Ultimamente, se observa com frequência que a Administração Pública, depois de promover um concurso e mesmo dispondo de diversas vagas a serem preenchidas, em vez de convocar os candidatos aprovados para assumir os cargos disponíveis, passa a contratar empresas prestadoras de serviços para preencher as vagas de trabalho no setor público. Veremos, oportunamente, no último capítulo, a abordagem detalhada desse assunto, dando ênfase à legalidade ou não deste tipo de procedimento.

Devemos lembrar, também, que a nomeação não é suficiente para que se aperfeiçoe a relação entre o Estado e o nomeado, uma vez que este deve, ainda, tomar posse do cargo. A posse é “o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem-servir [...]”. (MELLO, 2007, p. 293)

Há, ainda, as formas de provimento derivado, que deixaram de existir com a nova Constituição Federal. São, dentre outros, os institutos da readmissão, da transposição, da reversão e da transferência.

Maria Silvia Di Pietro (2007, p. 559) faz uma análise comparativa, que merece ser destacada, entre o art. 37, inciso II, da atual Constituição com o art. 97, § 1º, da Carta de 1967, nos seguintes termos:

1. enquanto a norma anterior exigia concurso apenas para investidura em **cargo público**, a atual impõe a mesma exigência para **cargo e emprego**; só não faz referência à **função**, porque deixou em aberto a possibilidade de contratação para serviços temporários (art. 37, IX) e para funções de confiança (art. 37, V), ambas as hipóteses sem concurso;
2. enquanto o dispositivo anterior fazia exigência para a **primeira investidura**, o atual fala apenas em **investidura**, o que inclui tanto os provimentos originários como os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o **acesso** ou **promoção**, além da **reversão *ex officio***, que não tem base constitucional, mas ainda prevalece pela razão adiante exposta.

É, portanto, salutar concluir que **toda investidura exige a realização de concurso** público, não apenas a primeira investidura. Isso, porque estão abolidas as formas de provimento derivado que impliquem alteração de carreira, uma vez que a partir da CF/88 esta alteração somente pode ocorrer mediante a realização de concurso aberto a todos os brasileiros que preencham os requisitos da lei e aos estrangeiros na forma da lei.

Toda mudança de cargo exige, portanto, uma nova investidura, que deve ser precedida da aprovação em concurso público, caso contrário será essa investidura considerada inconstitucional. A promoção, entretanto, não gera mudança de cargo. Não se considerada a promoção como uma forma de provimento, visto que esta consiste apenas na mudança de classe ou nível de carreira.

Estão expurgadas do ordenamento jurídico pátrio as modalidades de provimento derivado de cargos ou empregos públicos que não sejam inerentes ao sistema de provimento na mesma carreira, excluindo-se, assim, as ascensões, transposições, transferências, reclassificações, que são formas de provimento em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou originariamente.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 293), “com a posse ocorre a chamada “investidura” do servidor, que é o travamento da relação funcional”.

Cumprе ressaltar que a investidura do servidor no cargo público pressupõe requisitos legalmente elencados na Lei 8.212/90, tais como a nomeação (art. 8º, I) e a posse (art. 12). Entretanto, embora a lei diga que a investidura se dá com a posse, é certo que esta só se formaliza plenamente com o ato de exercício, previsto no art. 15 da aludida lei.

Não obstante a exigência do exercício para configurar a investidura do servidor, asseveramos que a Corte Suprema tem manifesta posição no sentido de que a nomeação do servidor público e o ato de sua posse devem ser precedidos pela aprovação em concurso público, sob pena de a posse ser desfeita.¹

¹ Trata-se da Súmula nº. 17 do STF, que dispõe nestes termos: “Se ocorrer nomeação sem concurso público, pode ela ser desfeita antes da posse”.

Com efeito, o concurso público é dispensado, por previsão constitucional, para ingresso no serviço público, **somente nos seguintes casos**: para o provimento nos **cargos em comissão e nas funções de confiança** (art. 37, incisos II e V); para a contratação de **agentes temporários** (art. 37, IX); para a investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais judiciais, compostos de membros do Ministério Público e dos advogados (art. 94); para a investidura de membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §§ 1º e 2º); para a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, § 2º), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II), do Superior Tribunal Militar (art. 123), e dos juizes do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120, III); e, finalmente, para o aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT).

Em conclusão, “sendo praticado qualquer ato de investidura em cargo, emprego ou função pública sem a observância do requisito concursal ou do prazo de validade do procedimento, estará ele inquinado de vício de legalidade, devendo ser declarada a sua nulidade”. (MADEIRA, 2007, p. 88). Havendo, pois, segundo Madeira (2007), qualquer violação, durante o curso da competição, aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade e eficiência, dos quais falaremos mais adiante, não haverá outra alternativa senão a de considerar nulo o concurso público.

A não observância da regra do §2º do artigo 37 enseja, ainda, a punição da autoridade responsável, nos termos da lei, através da abertura de inquérito administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Deve-se ressaltar, ainda, que o ingresso do servidor com inobservância das normas legais pertinentes dá margem à **ação popular**, nos termos do artigo 4º, I, da Lei 4.717, de 29/06/65.

1.4 Os Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública e suas relações com o Concurso Público

1.4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam resolvidos pela lei. Podemos encontrá-lo em diversas passagens na Constituição, como por exemplo, nos arts. 5º, inciso II, e 37, *caput*.

Fernanda Marinela Santos (2007, p. 35) afirma que a legalidade possui dois âmbitos de enfoque. Primeiramente no Direito Privado, onde as relações são travadas por particulares, em que estão sempre visando aos seus próprios interesses, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Por estar sendo prestigiada a autonomia da vontade, estabelece-se uma relação de não contradição com a lei.

No Direito Público, a regra é um pouco diferente, visto que o interesse coletivo vem em primeiro lugar. Portanto, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, estabelecendo-se um critério de subordinação com a mesma.

Fica claro que, além de não poder contrariar a lei, a atividade administrativa deve ser exercida estritamente em observância aos preceitos legais. Cabe ao administrador público, entretanto, atuar não somente nos limites da autorização legal, mas também de forma discricionária, auferindo a oportunidade e a conveniência do interesse público.

O princípio da legalidade significa, melhor explicando, subordinação tanto às leis, como à Constituição. A relação deste princípio com o concurso público reside em que, sendo este processo seletivo a regra geral de admissão de pessoal no serviço público, a sua não observância implica necessariamente em lesão ao princípio da legalidade.

1.4.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, como explica Fernanda Marinela Santos (2007, p. 38), “estabelece que a atuação do agente público deve ter sempre a **ausência de subjetividade**, pelo que fica impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais próprios ou de terceiros” (grifo nosso).

Por isso, em atendimento ao interesse público, o administrador tem a obrigação de agir de forma impessoal, abstrata, genérica, protegendo sempre a coletividade. Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), esse princípio é apenas o desdobramento do princípio da igualdade ou isonomia.

Encontram-se, no texto constitucional, algumas regras que representam aplicações concretas desse princípio, como por exemplo, o art. 37, inciso II, que obriga o concurso para o ingresso no Serviço Público, exatamente para que todos possam disputar as vagas em plena igualdade, e, também, o art. 37, inciso XXI, que exige a aplicação do procedimento licitatório, como instrumento eficaz para que a Administração Pública celebre o melhor contrato possível.

São aplicações, também, do princípio da impessoalidade a edição de resoluções, pelos Conselhos Nacional de Justiça (CNJ) e do Ministério Público (CNMP), objetivando vedar o nepotismo tanto no MP, como no Poder Judiciário. As Resoluções de nº. 7, 9 e 21 do CNJ e as de nº. 1 e 7 do CNMP proíbem a nomeação ou a presença de parentes para exercer cargo ou função de confiança, para as contratações temporárias e para as contratações com dispensa ou inexigibilidade de licitação (SANTOS, 2007, p. 39). Tais medidas devem ser vista com louvores e devem se estender, também, aos outros poderes da República e até mesmo para os casos em que há obrigatoriedade de licitação.

Ao realizar o concurso, a Administração, em homenagem aos princípios da impessoalidade e da isonomia, deve dispensar igualdade de tratamento aos interessados, não privilegiando ou beneficiando qualquer grupo de pessoas. Vale destacar o pensamento de José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 73) no tocante a esta matéria:

[...] a existência do *cargo efetivo* na Administração Pública, que se formaliza por meio do concurso público, é a forma mais expressiva da manifestação dos *princípios da impessoalidade e da moralidade*, pois permite que a qualquer do povo, desde que preencha os requisitos indispensáveis descritos em edital, ingressar em seus quadros, bastando para tanto o alcance, com seus próprios méritos, da pontuação necessária à aprovação e do cumprimento dos requisitos que antecedem a nomeação.

1.4.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade exige que a Administração Pública e seus agentes atuem em conformidade com os princípios éticos.

Segundo Marinela (2007, p. 40), esse princípio se relaciona com a idéia de honestidade, exigindo a estrita observância dos **princípios da boa-fé e da lealdade**, e o

respeito aos padrões éticos e às regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Muitos mecanismos visam a impedir os atos de imoralidade, como por exemplo: as regras sobre improbidade administrativa, previstas no art. 37, § 4º, da CF e na Lei nº. 8.429/92; os crimes de responsabilidade do Presidente da República e de outros agentes políticos, vide art. 85, V, da CF; os remédios constitucionais, principalmente a ação popular, prevista no art. 5º, LXXIII, da Carta Magna e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº. 101/00), da qual falaremos no último capítulo deste trabalho.

O princípio da moralidade administrativa se manifesta no concurso público quando o administrador atua, em relação aos administrados ou, no presente caso, aos concursandos, enfatizando os preceitos morais na aplicação transparente de todo o procedimento avaliatório que abrange o concurso (MADEIRA, 2007, p. 74).

Assim, pode-se concluir que o concurso público propicia à Administração Pública os meios necessários para nomear os melhores candidatos dentre os aspirantes ao Serviço Público, garantindo um quadro de servidores intelectualmente qualificados, e em consequência, uma gestão competente e produtiva.

1.4.4 Princípio da Eficiência

Este princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 19/98, com a Reforma Administrativa. No entendimento de José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 74), a adoção pelo legislador do princípio da eficiência teve como escopo:

conferir aos usuários dos serviços prestados pela Administração e seus delegados os mesmos direitos destes em relação à iniciativa privada, qual seja, obter a qualidade da execução de suas atividades, por meio de condutas eficazes e eficientes e de resultados positivos.

O princípio da eficiência, em outras palavras, impõe que os **serviços públicos sejam prestados adequadamente**. De modo que se obtenham resultados positivos pelo Poder Público e que as necessidades da população sejam atendidas satisfatoriamente. Isso pressupõe,

portanto, dentre outras atribuições, uma atuação que prima pela **presteza**, pela busca da perfeição e por um bom rendimento funcional do agente público.

A eficiência é uma exigência de garantia do interesse público, uma vez que consiste na busca de resultados práticos de produtividade e de economia, através da redução de gastos desnecessários e de desperdícios do dinheiro público.

A relação entre o concurso público e o princípio da eficiência é que, através desta espécie de procedimento de seleção, a Administração Pública estará optando por obter agentes qualificados, de acordo com critérios previamente selecionados, visando se adequar a uma nova realidade ou perfil de serviço público, onde o Estado e a iniciativa privada se equiparam na qualidade de serviços oferecidos à população em geral.

2 A TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Histórico

A terceirização é um fenômeno que ocorre em todas as partes do mundo. As causas de seu surgimento, porém, não são tão fáceis de precisar, mas acredita-se que suas primeiras manifestações tiveram início em decorrência da necessidade empresarial de diminuição dos custos, inclusive com mão-de-obra. Este fato já era observável nas grandes metrópoles, principalmente, nos períodos de crise econômica, em que o número de desempregos na sociedade tomava proporções assustadoras.

Para alguns estudiosos do tema, as primeiras idéias de terceirização nasceram durante a Segunda Guerra Mundial, quando a indústria bélica estava sobrecarregada em razão da crescente demanda por armas. Desde então, se percebeu que os serviços poderiam ser delegados a terceiros, com o objetivo de aumentar a produção (MARTINS, 2001, p. 17).

Discordando dessa opinião, alguns autores afirmam que a terceirização surgiu em meados da década de 1970, juntamente com uma nova forma de organização da produção e divisão do trabalho, conhecida como “toyotismo”, em que as empresas buscavam aumentar a eficiência e reduzir os custos administrativos. A característica mais importante desse modelo residia “[...] na concentração das atividades da empresa em suas atividades-fim, ou *core business*, entregando as outras atividades para empresas parceiras, formando uma organização em rede” (CARELLI, 2002, p. 14 *apud* LIMA, 2007, p. 43).

Independente do marco histórico que possa ilustrar o surgimento da terceirização, o que é certo, porém, como diz Dora Maria Ramos (2001, p. 56), é que a busca pelo aumento da produtividade, em razão da competição no mundo moderno foi o que levou as empresas ao aperfeiçoamento e à especialização na oferta de produtos e serviços. Conseqüentemente, deveria haver, também, a diminuição nos custos administrativos e a contratação de terceiros para tudo que pudesse desviar as empresas de sua atividade principal.

Como se depreende das primeiras noções acerca da terceirização, essa expressão surgiu na Ciência da Administração, significando uma técnica de gerência da empresa

moderna. Posteriormente, com o surgimento dos litígios em torno dos encargos trabalhistas, a terceirização passou a ser estudada, também, pelo Direito do Trabalho.

Acredita-se que a terceirização foi trazida para o Brasil por multinacionais a partir da segunda metade do século XIX. Consideram-se as atividades do ramo de limpeza e conservação como sendo as pioneiras na utilização da terceirização, seguidas pelos negócios de vigilância privada nas instituições bancárias.

2.2 Conceito

O conceito de terceirização é emprestado da ciência da administração e “evidencia que se cuida de *um método de gestão em que a execução de uma série de atividades é delegada a outrem, que fornece bens ou serviços a partir de uma relação de parceria*”. (grifos no original) (RAMOS, 2001, p. 54). Na opinião de Maria Sylvia Di Pietro (2002, p. 174), o conceito de terceirização é, também, inseparável dessa idéia de parceria, já que as empresas envolvidas dependem umas das outras para desenvolverem suas atividades.

“O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio”. (TRINDADE, 1992, p. 869 *apud* BARROS, 2006, p. 427).

No âmbito do Direito do Trabalho, a terceirização é “a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diversas formas, como empreitada, locação de serviços, fornecimento etc”. (DI PIETRO, 2007, p. 319).

Sérgio Pinto Martins (2001, p. 23), em obra clássica, explica que a terceirização se traduz na “[...] possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como de serviços [...]”.

No mesmo raciocínio, Mauricio Godinho Delgado (2006) conceitua de forma mais completa o instituto da terceirização. É o que se depreende dos seus ensinamentos, a seguir:

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. **A terceirização provoca uma relação trilateral** em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (grifos nossos) (DELGADO, 2006, p. 428).

Depois das conceituações doutrinárias acima expostas, pode-se dizer que a terceirização consiste, basicamente, na prestação de serviços por uma empresa fornecedora à outra empresa, denominada tomadora, através de trabalhadores que possuem vínculo empregatício com a primeira, mas que exercem seu labor em favor da última. É importante ressaltar que, na dinâmica da terceirização, há a presença de duas entidades empresariais. A primeira delas, a empresa prestadora de serviços, é possuidora de trabalhadores permanentes que prestam serviços para tomadores diversos e a segunda, a empresa tomadora, que se utiliza da mão-de-obra extra e dos serviços oferecidos por empresas fornecedoras apenas quando se fizer necessário.

2.2.1 Atividade-fim x Atividade-meio

É importante destacar no conceito de terceirização o que venha a ser atividade-fim e atividade-meio de uma empresa. Explicando o conceito de cada uma, pode-se dizer que: “a atividade-fim é aquela diretamente ligada ao núcleo da atividade empresarial. Já a atividade-meio não se concentra no núcleo da atividade do empreendimento, é apenas o caminho para se alcançar seu objetivo final”. (SOUSA, 2001, p. 16 *apud* FERRAZ, 2006, p. 244).

Sérgio Pinto Martins (2001, p. 122) diferencia de forma simples as duas atividades, senão vejamos:

Atividade-fim é a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social. É sua atividade preponderante, como se verifica no § 1º do art. 581 da CLT.

A atividade-meio pode ser entendida como atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade-meio: a limpeza, a vigilância etc. Já a atividade-fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada.

Para muitos doutrinadores, porém, este aspecto está superado, uma vez que o fenômeno da terceirização não tem se limitado às atividades-meio, atingindo as atividades-fim das entidades terceirizantes” (RAMOS, 2001, p. 51).

Exemplos não faltam de empresas que terceirizam sua própria atividade-fim. É o caso da Nike, empresa multinacional fabricante de tênis, que não possui unidades próprias de fabricação. Sua produção de seus materiais esportivos é contratada junto a fábricas localizadas no mundo todo, principalmente nos países onde a mão-de-obra é mais barata, baseando-se em modelos de tênis desenhados nos Estado Unidos, que é o país sede da multinacional.

O que ocorre, portanto, é que “relativiza-se a identificação da atividade-fim da empresa. Assim, por exemplo, a atividade-fim das grandes indústrias de automóveis não é a fabricação destes, mas a mera montagem das peças produzidas por diferentes fornecedores” (RAMOS, 2001, p. 52).

Na opinião de Dora Maria Ramos (2001, p. 53),

A distinção tão difundida na doutrina e na jurisprudência entre atividade-meio e atividade-fim não é elemento necessário do conceito, tendo relevância apenas para distinguir a terceirização lícita da ilícita no seio do direito do trabalho e sua conseqüente repercussão na individualização do vínculo de emprego. Até porque, no âmbito privado, a atividade-fim da empresa é direcionável de acordo com a estratégia de administração a ser adotada no momento.

2.3 Aspectos legais

Faz-se necessária, depois da caracterização do que seja a terceirização, uma abordagem das principais normas que versam sobre o assunto, de forma que se possa perceber o tratamento dispensado pelo legislador pátrio. Dois dispositivos normativos se destacam dentre os demais, são eles: a Lei nº. 6.019/74 e a Lei nº. 7.102/83.

A Lei nº. 6.019/74, que versa sobre o trabalho temporário, surgiu num contexto em que a locação de mão-de-obra era uma atividade já bastante difundida nas grandes capitais do país. Segundo Pinto Martins (2001, p. 17), “as empresas tinham por objetivo conseguir mão-de-obra mais barata, não se pretendendo furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador”. A lei nº. 6.019/74 foi, portanto, o primeiro dispositivo legal a efetivamente regulamentar o instituto da terceirização, sem, contudo, empregar, ainda, a atual nomenclatura. Porém, continua o doutrinador, a lei tinha o objetivo de regular o trabalho temporário e não fazer frente ao trabalho permanente, uma vez que certos grupos de trabalhadores “[...] não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente, como o estudante, o jovem em idade de prestação de serviço militar, as donas de casa [...]” (MARTINS, 2001, p. 17).

Deve-se destacar que o art. 2º da Lei nº. 6.019/74 define o trabalho temporário nos seguintes termos: “**Art. 2º.** Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à **necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente** ou a **acréscimo extraordinário de serviços**” (grifos nossos).

Há duas hipóteses, portanto, de contratação válida dos trabalhadores temporários. A primeira é quando houver necessidade de substituição de pessoal permanente da empresa, que acontece em situações comuns e rotineiras, como nas licenças em geral, na licença maternidade e nas férias dos empregados regulares. A segunda ocorre somente em situações excepcionais, em que o aumento de serviços ou da demanda dos produtos da empresa, justifica a contratação de trabalhadores, como, por exemplo, durante os períodos que antecedem as datas comemorativas ou os festejos de final de ano.

De acordo com o art. 4º da lei nº. 6.019/74: “compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos”. Embora muito parecidas, a empresa de trabalho temporário não deve ser confundida como agência de colocação de mão-de-obra, uma vez que, “as agências de colocação, quando contratam, não o fazem para elas próprias, mas para terceiros. Ao contrário, as empresas de serviços temporários vinculam-se diretamente com os trabalhadores, comprometendo-se a oferecer **os seus serviços** a outras empresas que os desejem” (grifos nossos) (MAGANO, 1986, p. 88 *apud* FERRAZ, 2006, p. 93).

Mauricio Godinho Delgado (2006) explica que na relação de emprego estabelecida no trabalho temporário: “O vínculo jurídico do trabalhador temporário (de natureza empregatícia, repita-se) estabelece-se com a empresa de trabalho temporário, embora ele preste efetivos serviços à empresa tomadora” (DELGADO, 2006, p. 450). Na mesma opinião, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 422) diz que: “A empresa de trabalho temporário delega o poder de comando ao tomador, mas com ele o empregado não mantém relação de emprego. Seu empregador é a empresa de trabalho temporário [...]”.

O que se deve destacar de mais importante desta lei é a estrutura que ela adotou para a relação de emprego, que até então era vista somente sob o aspecto bilateral. Sabe-se que a estrutura clássica empregatícia, expressa nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, é composta de dois pólos distintos: empregado e empregador. Já na terceirização, a relação de emprego é trilateral, formada pela empresa tomadora de serviços, pela empresa prestadora de serviços (empregador) e pelos empregados. A lei do trabalho temporário criou a relação justrabalhista trilateral, que vale também para os demais casos de terceirização.

Além da lei do trabalho temporário, merece destaque a lei nº. 7.102/83, que versa sobre as atividades de vigilância bancária. Tal dispositivo veio autorizar a terceirização permanente das empresas de segurança bancária, porém, conforme Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 434), seus efeitos também eram restritos, uma vez que abrangia apenas uma categoria específica de profissionais, qual seja a dos vigilantes.

Em um momento posterior, todavia, ocorreu a ampliação do tipo legal estabelecido pela lei nº. 7.102/83, em razão das alterações promovidas pela lei nº. 8.863/94. Tal modalidade de terceirização que, inicialmente, se restringia à atividade bancária, passou a abranger a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, a segurança de pessoas físicas e o transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga (art. 10 da lei nº. 7.102/83, alterado pela lei nº. 8.863/94).

Não obstante essas normas que autorizavam a terceirização, tal processo acentuou-se e generalizou-se no segmento privado da economia em amplitude e proporção muito superior às hipóteses permissivas contidas nos dois diplomas acima mencionados. (DELGADO, 2006, p. 432).

2.4 A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

É importante destacar a evolução do entendimento jurisprudencial, principalmente do TST acerca do tema da terceirização. Analisar-se-á as duas principais Súmulas deste tribunal: a de nº. 256 e a de nº. 331, sendo que a segunda reformou o entendimento da primeira.

A elaboração da Súmula nº. 256 do Tribunal Superior do Trabalho mostrou a preocupação dos tribunais pátrios com a utilização largamente difundida da terceirização e visou, em parte, coibir o abuso desse instituto nas atividades econômicas. Sua redação original assim afirmava:

“256. (Cancelada pela Res. TST 121/2003.)

(Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019, de 03.01.1974, e 7.102 de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.) (Revisto pelo Enunciado 331.)”.

O entendimento do TST era de que deveria ser mantida a regra geral de contratação prevista na CLT, ficando estabelecido que a relação de emprego decorrente da terceirização seria a exceção. Outra importante contribuição deste Enunciado, segundo Delgado (2006, p. 437), é “a determinação de **instituição do vínculo empregatício com o tomador de serviços** caso configurada a **ilicitude** trabalhista na terceirização perpetrada” (grifos nossos). Logo, em sendo considerada ilícita a terceirização, quem tem de arcar com os encargos trabalhistas é a empresa tomadora do serviço.

Em resumo, excluído o trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e as atividades de vigilância bancária ou transporte de valores (Lei n. 7.102/83), a Súmula 256 do TST considerava a terceirização ilegal, uma vez que estariam caracterizadas, nestes casos, a intermediação ou locação de mão-de-obra.² O raciocínio era de que em havendo labor permanente dos mesmos empregados para a mesma empresa tomadora de serviços, a relação de emprego estaria perfeitamente constituída, nos termos do art. 3º da CLT. Além disso, a intermediação de mão-de-obra, muitas vezes, é uma forma de burlar a legislação trabalhista,

² Na opinião de Fernando Ferraz (2006, p. 245), não era possível a contratação por empresa interposta no **meio rural**, já que as leis de nº. 6.019/74 e 7.102/83, acima mencionadas, têm aplicação somente na zona urbana.

como ocorre, em alguns casos, quando não é efetuado o pagamento integral do salário ao trabalhador. Tal atitude caracteriza, segundo a redação do art. 9º da CLT, fraude aos direitos trabalhistas (FERRAZ, 2006, p. 246).

Passa-se, agora, a analisar a Súmula nº. 331 do TST, que demonstra a orientação jurisprudencial atualmente adotada:

“331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. (Revisão do Enunciado 256.)

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 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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 8.666, de 21.06.1993)”.

A Súmula 331 alterou o posicionamento do TST, admitindo que a terceirização é cabível, dentre outras hipóteses, quando se tratam de serviços especializados ligados à atividade-meio da empresa tomadora e desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta do empregado. Isto quer dizer que, verificada a presença dos requisitos da relação de emprego (pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade) entre a empresa tomadora e os profissionais terceirizados, o contrato de terceirização seria considerada ilícito, ao tempo em que estaria configurado o vínculo jurídico de emprego direto entre as partes ora citadas. Essa determinação do tribunal superior tem por objetivo resguardar os direitos trabalhistas e coibir as fraudes constantemente observadas na prática.

Como se percebe, a referida Súmula, em princípio diz ser ilegal a contratação de trabalhadores através da terceirização, mas apresenta um rol de exceções bastante extenso, compreendendo: o trabalho temporário (inciso I), os serviços de vigilância, os serviços de conservação e limpeza (inciso III) e, por último, os serviços especializados, ligados à atividade-meio do tomador. Na opinião de Ferraz (2006, pp. 247 e 248), esta Súmula “vem

sendo apontado pela doutrina como instrumento da terceirização das relações trabalhistas, constituindo, assim, instrumento da flexibilização do Direito do Trabalho”.

A possibilidade de terceirização da atividade-meio ampliou o leque de terceirizações admissíveis no direito brasileiro e consolidou a utilização do instituto da locação de serviços no meio empresarial. Houve, portanto, uma crescente na especialização das atividades das empresas, que passaram a estabelecer diversas parcerias entre si. Já atento a esta realidade, o professor Martins (2001, p. 23) ensina que: “envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra”.

Outro ponto a se destacar na Súmula nº. 331 é quanto à responsabilidade subsidiária, prevista no inciso IV, do tomador dos serviços nos casos de inadimplemento da empresa interposta ou terceirizada. Essa hipótese ocorre quando os encargos trabalhistas não são adimplidos pelas prestadoras de serviço, mesmo quando a terceirização seja considerada lícita. Ou seja, caso a empresa terceirizada não possa arcar com os custos dos créditos trabalhistas, quem deve ser responsabilizada a fazê-lo é a empresa tomadora, de tal modo a cobrir a dívida. Diferentemente da responsabilidade solidária, o devedor subsidiário tem o direito de ver serem executados, primeiramente, os bens do devedor principal. Não está descartada também a possibilidade de responsabilização penal, em virtude da fraude aos direitos trabalhistas, de acordo com o art. 203 do Código Penal, que prevê a aplicação de multa cumulada com a pena de detenção para os infratores.

Em seus ensinamentos, Alice Monteiro de Barros (2006, p. 427) alerta para os cuidados que o setor empresarial deve ter em relação aos contratos de terceirização, uma vez que “[...] a adoção de mão-de-obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços”.

A Súmula nº. 331 aborda, ainda, algumas questões relativas à terceirização na Administração Pública, no que se refere às consequências advindas da irregularidade das contratações e quanto à responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, hipóteses previstas nos incisos II e IV do referido Enunciado. Esse tema será objeto de estudo do último capítulo deste trabalho, oportunidade na qual será abordado de forma mais aprofundada.

2.5 Terceirização Lícita e Ilícita

A distinção entre as modalidades de terceirização lícita e ilícita é de suma importância para o entendimento da legalidade dos contratos de terceirização firmados entre as empresas particulares e a Administração Pública. É importante ressaltar que a definição de licitude ou ilicitude da terceirização advém da interpretação da Súmula nº. 331 do TST.

Terceirização legal ou lícita é aquela que preserva a legislação trabalhista, não objetivando cometer fraudes aos direitos dos trabalhadores.³ Este tipo de terceirização, que consiste na prestação de serviços, distancia-se da existência da relação de emprego entre a empresa tomadora do serviço e o empregado, uma vez que **não estão caracterizadas a subordinação direta nem a pessoalidade**. Na terceirização lícita, que não representa mera intermediação ou locação de mão-de-obra, é irrelevante ao tomador do serviço a identidade do agente que desempenha o labor, uma vez que o objetivo ajustado limita-se à obtenção do resultado material pactuado. O prestador nada mais faz do que colocar suas atividades e seus serviços à disposição do tomador do serviço (RAMOS, 2001, pp. 66 e 67). Convém ressaltar que a única possibilidade de terceirização lícita em que estão presentes as duas características do contrato de trabalho acima citadas é a do trabalho temporário. Nesta situação, os empregados contratados temporariamente se inserem no âmbito da empresa tomadora com a finalidade de substituir pessoal regular ou para dar cumprimento ao acréscimo de serviço extraordinário, devendo, pois, se integrarem à dinâmica da própria entidade.

Delgado (2006, p. 441) resume o entendimento em relação a essa problemática da terceirização:

[...] a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.

³ Sérgio Martins (2001) cita algumas regras que podem determinar a licitude da terceirização, como: “(a) idoneidade econômica da terceirizada; (b) assunção de riscos pela terceirizada; (c) especialização nos serviços a serem prestados; (d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; (e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; (f) necessidade extraordinária e temporária de serviços” (MARTINS, 2001, p. 143).

As situações passíveis de terceirização lícita, conforme já demonstrado na análise da Súmula nº. 331, são as seguintes: 1) as contratações baseadas nos casos de trabalho temporário, previstos pela lei nº. 6.019/74; 2) as atividades de vigilância, conforme a lei nº. 7.102/83; 3) as atividades de conservação e limpeza; 4) os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Já a terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores. Esta espécie de terceirização, também chamada de *marchandage*, consiste na transferência da gestão dos recursos humanos da empresa tomadora para a empresa terceirizada, ou seja, esta entidade admite os empregados e os coloca sob a direção direta e efetiva daquela. Na locação de mão-de-obra, o tomador mantém os mesmos vínculos que caracterizam a relação de emprego com os funcionários terceirizados (LIMA, 2007, p. 44). Portanto, “se o serviço do trabalhador é essencial à atividade da empresa, pode a terceirização ser ilícita se provadas a subordinação e a pessoalidade com o tomador dos serviços” (MARTINS, 2001, p.143).

Os efeitos jurídicos da terceirização ilícita, em decorrência da interpretação do inciso I, da Súmula 331, são: o desfazimento do vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizada) e a formação, ou reconhecimento, do vínculo justralhista do empregado diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Deve-se lembrar que, nestes casos, a empresa tomadora deve arcar com todos os encargos trabalhistas.

Excluídas as quatro situações, acima citadas, passíveis de contratação lícita através da terceirização, não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer outra previsão legal a dar validade a contratos em que uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (características do contrato de emprego, previstas nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT), sem que esse tomador responda juridicamente pela relação empregatícia estabelecida (DELGADO, 2006, p. 442).

Pode-se afirmar, conclusivamente, que a terceirização das atividades-fim de qualquer empresa tomadora é ilícita e, caso seja constatada tal irregularidade, o contrato de terceirização deverá ser considerado juridicamente nulo.

Ocorre que as empresas modernas, buscando diminuir os custos com os encargos trabalhistas, optam, muitas vezes, por contratar entidades interpostas que forneçam a mão-de-obra trabalhadora a um preço mais barato, sob o manto da terceirização. Atenta a esta realidade e apoiada pela doutrina majoritária, a jurisprudência, tentando coibir tal prática fraudulenta, vêm decidindo que a verdadeira terceirização não tem por objeto a mera intermediação de mão-de-obra. “A terceirização, isso sim, pressupõe a prestação de serviços especializados por empresa alheia de forma *autônoma*, sem ingerência direta na administração das atividades ou sobre os profissionais nelas envolvidos” (LIMA, 2007, p. 44). A verdadeira terceirização é, portanto, aquela que busca resultados, não importando quem ou quantos executem as tarefas, mas que o objetivo final seja alcançado.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Delimitação do tema

O termo terceirização pode ser empregado, em sentido amplo, para designar qualquer introdução de terceiros no desenvolvimento de uma atividade própria do Estado. Assim, estariam inclusas como espécies de terceirização a concessão e a permissão de serviço público, além de outras modalidades de contrato que a Administração Pública faz com os particulares, como a empreitada, a locação de serviço e o fornecimento. Ocorre que esta noção de terceirização na Administração Pública não é a comumente adotada pela doutrina majoritária, do contrário poderia se pensar que qualquer parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada se denominaria terceirização e deveria estar sob as regras deste instituto.

A acepção adotada neste trabalho será restrita, compreendendo apenas aquelas atividades em que a **execução material** do serviço público é repassada ao setor privado. Entende-se por execução material, a prestação do serviço concretamente, ou seja, no plano fático, sob a supervisão do órgão público incumbido de gestão. Nesses casos, o prestador não tem competência para gerir o serviço público.

Quanto à acepção restrita da palavra terceirização aplicada no âmbito da Administração Pública e no mesmo entendimento, Ramos (2001, p. 55) ensina que:

A terceirização [...], em sentido estrito, é aquela em que o gestor operacional repassa a um particular, por meio de contrato, a prestação de determinada atividade, como mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa de Poder Público. Não se cuida de transferência de gestão do serviço público, mas de mera prestação de serviços.

Portanto, o termo terceirização deve ser empregado, no âmbito da Administração Pública, para designar os contratos de prestação de serviços acessórios ou complementares à atividade-fim do Estado, estando de fora os contratos de concessão e permissão de serviços públicos ou quaisquer outras hipóteses em que a **gestão operacional** das atividades é também repassada aos terceiros contratados. Vale ressaltar que o modo de gestão operacional

corresponde à competência pelo funcionamento e por uma parte da organização do serviço por parte do concessionário, que o presta em seu próprio nome.⁴

Segundo Di Pietro (2002, p. 181), “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. Isto porque não se confunde a **locação de serviços** [...] com a **concessão** ou a **permissão de serviços públicos**” (grifos no original). Nestas, a Administração Pública transfere a gestão operacional e material do serviço público ao particular, já na terceirização, somente transfere a gestão material e, em ambos os casos a gestão estratégica do serviço público permanecerá com a Administração.

O conceito de terceirização na Administração Pública equivale ao conceito estudado no Direito do Trabalho. Sendo, portanto, como visto no segundo capítulo, “[...] um método de gestão em que uma pessoa jurídica pública ou privada transfere, a partir de uma relação marcada pela mútua colaboração, a prestação de serviços ou fornecimento de bens a terceiro estranho aos seus quadros” (RAMOS, 2001, p.122).

Também é pertinente a distinção entre atividade-fim e atividade-meio no direito administrativo, uma vez que não se pode conceber que a terceirização atinja as atividades essenciais do Estado e que por ele devam ser diretamente executadas ou por meio de concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação, conforme o art. 175, da Constituição da República de 1988.

A atividade-fim do Estado corresponde à prestação, em geral, dos serviços públicos. Logo, os serviços de saúde, segurança, educação, transporte, moradia, fornecimento de energia elétrica e comunicações estariam inclusos na noção de atividade-fim, uma vez que são atividades diretamente voltadas aos administrados. Por outro lado, as atividades-meio são aquelas que tornam possível a realização das atividades-fim. São, portanto, relativas à organização interna da Administração, ou seja, são instrumentais, complementares e assessórias às atividades-fim de prestação dos serviços públicos.

⁴ “A concessão de serviços é instrumento jurídico que tem sido utilizado como forma de delegação à iniciativa privada da gestão de serviços públicos.

Essa modalidade não se confunde com os contratos de prestação de serviços terceirizados [...] justamente porque, nestes, o contratado não exerce poderes próprios de gestor do serviço público, limitando-se a prestar a atividade material avançada em nome o Poder Público, sob sua orientação. Nenhuma margem de poder decisório é delegada ao particular, que se circunscreve a executar o objeto do ajuste”. (RAMOS, 2001, pp. 120 e 121).

Di Pietro (2002, p. 181) afirma que “a locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como **serviço público** e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público” (grifos no original).

A terceirização está restrita, portanto, no âmbito da Administração Pública, somente aos serviços assessoriais, ou seja, às atividades-meio do Estado. Sendo consideradas, para tanto, aquelas que não correspondem aos serviços públicos essenciais. Exemplos de terceirização das atividades-meio das repartições públicas são os serviços de limpeza, manutenção e vigilância.

3.2 Surgimento e utilidade da terceirização no serviço público

Houve um período em que o Estado promovia uma intervenção em todos os setores da vida pública, como na economia, na sociedade e, inclusive, na cultura. Neste período, uma quantidade enorme de atividades era executada diretamente pelo Poder Público, o que proporcionou a ampliação da máquina estatal em níveis bastante consideráveis, ocasionando o inchaço dentro da Administração, era o chamado Estado de Bem-Estar Social. Depois dessa fase, sob a doutrina neoliberal, os gestores públicos tentam restringir a atuação do Estado às atividades mínimas a ele inerentes, delegando o restante à iniciativa privada. Na tentativa de modernização e diminuição das burocracias, o Poder Público começou a se valer de institutos do direito privado, introduzindo-os na gestão pública. São exemplos disso: a admissão de servidores celetistas no serviço público e a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista como integrantes da Administração Pública Indireta. As idéias neoliberais propõem não só a diminuição do tamanho do Estado, como a necessidade de tornar enxuta a máquina pública. Um exemplo bastante difundido é o das famigeradas privatizações, que têm ocasionado diversos prejuízos ao erário público.⁵ Neste contexto, surgem as primeiras idéias de utilização da terceirização no âmbito do Estado.

⁵ “A terceirização, bastante utilizada no âmbito da iniciativa privada, aparece hoje entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode-se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública”. (DI PIETRO, 2002, p. 173).

O Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, foi o primeiro dispositivo a introduzir formalmente a terceirização no âmbito da Administração Pública, como uma modalidade de descentralização. Seu art. 10, §7º, rezava que:

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.

Ressalte-se que para toda contratação no âmbito da Administração Pública direta e indireta há a obrigatoriedade de licitação, conforme preceitua a regra geral do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, inclusive para contratação de obras e serviços terceirizáveis. A legislação federal reguladora das normas referentes à licitação é a Lei nº. 8.666/03, que prevê também os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Segundo Lima (2007, p. 72), o procedimento licitatório tem dois objetivos prementes, quais sejam: proporcionar a escolha da proposta mais vantajosa de acordo com a necessidade pública e garantir o tratamento igualitário aos particulares que tenham interesse em contratar com o Poder Público.

3.3 Formas lícita e ilícita de terceirização na Administração Pública

Há que se fazer, antes de se prosseguir no estudo da terceirização no âmbito da Administração Pública, a distinção entre suas formas lícita e ilícita. Primeiramente, a terceirização, como já dito anteriormente, representa uma forma de parceria entre o Estado e o particular no sentido de delegar para terceiros a execução de obras e serviços públicos. Essa corresponde à verdadeira idéia de terceirização, ou seja, a **terceirização como espécie de contrato de prestação de serviços**. Houve, porém, uma mudança de concepção por parte dos gestores públicos. Nas últimas décadas, a terceirização passou a ser utilizada com o objetivo de suprir a carência de pessoal na Administração Pública, logo se tornou uma forma de contratação de pessoal no serviço público mediante empresas interpostas com o intuito de garantir o fornecimento de mão-de-obra para o preenchimento de funções públicas. Essa idéia é a que corresponde à **terceirização como forma de locação de mão-de-obra**. “Importa destacar que a ilegalidade da intermediação não decorre de expressa vedação legal, mas do não-enquadramento da noção de empregador ao intermediador da mão-de-obra” (MANNRICH, 1998, p. 117 *apud* RAMOS, 2001, p. 67).

Quanto às formas lícita e ilícita de terceirização na Administração Pública, Denise Lima (2007, p. 65) entende que:

[...] da mesma forma que nas empresas particulares, a validade da terceirização na Administração Pública está condicionada à inexistência dos requisitos característicos da relação de emprego entre ela e os funcionários terceirizados, especialmente a pessoalidade e a subordinação direta, o que caracterizaria a atividade de mera locação de mão-de-obra em vez de locação de serviços, como é o desejado.

Como já foi explanado no segundo capítulo, o contrato de fornecimento ou locação de mão-de-obra é ilegal, uma vez que fica caracterizada a subordinação direta e a pessoalidade do trabalhador em relação ao tomador dos serviços, que no caso é a Administração Pública. Tal manobra consiste, portanto, numa tentativa de burlar tanto a legislação trabalhista, por prejudicar aos trabalhadores, como a Constituição Federal, já que a admissão de pessoal no serviço público ocorre através da aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos (art. 37, II).

Deve-se lembrar que na terceirização válida se contrata a execução de uma obra ou de um serviço público, já na locação de mão-de-obra a avença reside no fornecimento de trabalhadores para ocupar as vagas ociosas nos órgãos e entidades do Estado.

As irregularidades da terceirização são correntes na Administração Pública, uma vez que há muitos terceirizados ocupando cargos que deveriam ser preenchidos por servidores concursados. Tais práticas prejudicam a eficiência dos serviços e o funcionalismo público como um todo.⁶ As empresas prestadoras de serviços, nesses casos, passam a representar o papel de meras locadoras de mão-de-obra, visto que, o objeto de contrato na verdade é o fornecimento de trabalhadores para o serviço público. Ressalte-se que, depois de escolhidas através de licitação, estas entidades contratam quase sempre os mesmos trabalhadores que eram funcionários da empresa que prestava serviços anteriormente ao Estado. Portanto, há a mudança da empresa prestadora de serviços, mas não há mudança dos empregados que

⁶ É o que denuncia Ferraz (2006, p. 251), no episódio em que “atendendo a denúncias de empregados e ex-funcionários das empresas Furnas e Petrobras, bem assim de instituições financeiras como Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, o Ministério Público do Trabalho passou a investigar o uso de mão-de-obra nas estatais. Constatou que empresas públicas entregam para prestadores de serviços ou cooperados cargos que deveriam ser ocupados por pessoas que prestam concursos públicos. Além disso, constatou que os trabalhadores terceirizados recebem salários inferiores e não tem os mesmos direitos que os efetivos (contratados com carteiras); não tem o mesmo treinamento dos funcionários efetivos e estão sujeitos a acidentes de trabalho”.

trabalham no serviço público. Fica, assim, caracterizada, sem dúvida alguma, a intermediação de mão-de-obra, que infelizmente é muito observada no dia-a-dia dos órgãos públicos.

Sobre a licitude ou não de contratações por meio de terceirização, Di Pietro (2007, p. 322) é taxativa:

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para a realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei nº. 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contrato, a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados.

O que a Administração não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, uma burla à exigência de concurso público.

Em consonância com essa realidade, o Decreto nº. 2.271/97 tratou de coibir tais práticas irregulares, dispondo em seu art. 3º que as contratações no âmbito da Administração Pública Federal serão caracterizadas exclusivamente como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização do objeto como fornecimento de mão-de-obra, conforme o art. 4º, inciso II, do referido dispositivo legal (LIMA, 2007, p. 65).

Além de consistir em fraude ao sistema de concurso público e às regras relativas aos servidores, os contratos de fornecimento de mão-de-obra afrontam os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Também na opinião de Di Pietro (2002, p. 178), “tais contratos são manifestamente **ilegais e inconstitucionais**. Eles correspondem a uma **falsa terceirização** e não escondem a intenção de burla à Constituição”.

Quando promovem a terceirização de mão-de-obra, os gestores públicos estão preterindo a regra de admissão através do concurso e deixando de garantir uma seleção de pessoal isenta, imparcial, que prima pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, para dar margem ao nepotismo e ao apadrinhamento.

Cabe esclarecer que as pessoas que não estão investidas legalmente em cargos, emprego ou funções não têm condições de praticar qualquer ato administrativo que implique decisão ou manifestação de vontade, com a produção de efeitos jurídicos válidos. Estas pessoas são simples funcionários de fato e, portanto, só podem executar atividades estritamente materiais (DI PIETRO, 2002, p. 178).

Quanto à responsabilidade pela celebração de contratos de terceirização de mão-de-obra, vale mencionar que a autoridade pública gestora estará sujeita a responder civil, administrativamente e criminalmente, sem falar na sujeição à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº. 8.429/92).

3.4 Hipóteses de terceirização admissíveis no serviço público

Segundo Lima (2007), a melhor forma de se estabelecer a possibilidade de terceirização das atividades na Administração Pública é através do exame das atribuições definidas, por meio de lei ou ato normativo, para os cargos integrantes do quadro de pessoal de determinado órgão público. Em sua opinião, “as atividades que não estejam expressamente previstas nesse rol poderão, por exclusão, ser terceirizadas” (LIMA, 2007, p. 64). É esta a previsão positivada no art. 1º, §2º do Decreto nº. 2.271.⁷ Tal norma, que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelece, ainda, quais as atividades passíveis de terceirização nos órgãos públicos. É o que se depreende da leitura de seu art. 1º, §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.” As contratações nesses casos têm sempre por objeto a prestação de serviços pela empresa terceirizada, escolhida mediante licitação prévia, e não o fornecimento de mão-de-obra.

Outros dispositivos legais trataram sobre o tema, é o caso do já mencionado Decreto-lei nº. 200/67 e da Lei nº. 5.645/70, que dentre as hipóteses de terceirizações admissíveis na Administração Pública, conforme sua expressa autorização, estão os serviços de conservação, limpeza, operação de elevadores, transporte e outros assemelhados. Todos estes, porém, devem ser restritos no âmbito da administração direta e autárquica.

Maria Sylvia Di Pietro (2002) informa que é possível também a terceirização dos serviços indicados pela Lei nº. 8.666, previstos no art. 6º, inciso II, tais como demolição,

⁷ Assim dispõe o Decreto Federal nº. 2.271/97 – “Art. 1º [...] § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

conserto e reparação, dentre outros; e no art.13, que indica os serviços técnicos profissionais especializados.

Portanto, a terceirização na Administração Pública é perfeitamente possível, desde que seja como contrato de prestação de serviços e tenha por objeto as atividades previstas nos casos acima referidos. Vale lembrar que a contratação deve ser sempre precedida de licitação, conforme a regra geral do art. 37, inciso XXI.

3.5 Limites à terceirização

O instituto da terceirização não pode ser utilizado de forma indiscriminada, uma vez que os princípios regedores da Administração Pública impõem limites à atuação dos gestores públicos, assim como estão passíveis, também a essa limitação, a prática de quaisquer atos públicos.

O princípio da Legalidade, delineado no primeiro capítulo deste trabalho, impõe o exercício da atividade administrativa em observância restrita aos mandamentos legais, ou seja, todos os atos do Poder Público estão subordinados à lei, cabendo aos administradores atuar conforme aquilo que a lei autoriza ou determina.

Atenta a esta realidade, Ramos (2007) ensina que não significa que todas as atividades materiais acessórias possam ser terceirizadas, principalmente se existirem, dentro da organização administrativa do órgão ou entidade pública, cargos legalmente criados e que se destinem a atender àquelas necessidades específicas. Importa lembrar ainda que para o preenchimento desses cargos se faz necessária a realização prévia de concurso público, já que tal processo seletivo se constitui como regra geral de provimentos dos cargos e empregos públicos, conforme a regra já reiterada do art. 37, inciso II.

Dora Maria de Oliveira Ramos (2007, p. 135) afirma, ainda, que:

não poderá o administrador, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, havendo cargo criado, deixar de provê-lo mediante a realização de concurso público, com a intenção de terceirizar as funções a ele inerentes. Também não poderá a Administração, tratando-se de atividade inserida em seu núcleo fundamental, deixar de criar cargos e empregos necessários à execução dos trabalhos para contratá-los com terceiros estranhos aos seus quadros.

Com relação ao princípio da Eficiência, cabe mencionar aqui algumas considerações. Esse princípio prega a necessidade dos serviços públicos serem prestados adequadamente, de forma satisfatória e com presteza, visando sempre ao atendimento das necessidades da população. Muitos até propõem a adequação do serviço público, comparando-o, quanto à busca pela excelência, com o que hoje se vê na iniciativa privada, em que as empresas para se adequarem às exigências do mercado estão sempre buscando adotar práticas modernas e inovadoras.⁸ Entretanto, a introdução de particulares no setor público não necessariamente proporciona a melhora na qualidade dos serviços, é o que ensina Ramos (2001, pp.140 e 141), com as seguintes palavras:

Atuando como limite à terceirização, a eficiência não pode ser alcançada tão-só pela contratação de agentes privados para a execução de atividades públicas. Longe do mito privatístico de eficiência, a decisão terceirizante deve estar alicerçada em estudos sérios, evidenciadores de que a execução por particulares é a que melhor se coaduna com o interesse público.

A decisão de terceirizar não pode ser influenciada por modismos ou pela aparente agilidade proporcionada às estruturas administrativas.

A busca pela eficiência no serviço público não deve, portanto, servir de causa para a contratação desenfreada de empresas terceirizadas e, ao mesmo tempo, desincumbir o Estado de sua obrigação quanto à boa prestação de serviços principalmente àqueles ligados às suas atividades inerentes, como saúde, segurança e educação.

3.6 A Súmula 331 do TST e as conseqüências para a Administração Pública

De acordo com o inciso II da Súmula 331 do TST, não há a formação do vínculo empregatício com o Poder Público, mesmo em virtude da terceirização ilícita. Essa interpretação se dá em consonância com a necessidade de concurso para ingresso no serviço público. O TST resguarda, portanto, a intenção da Constituição Federal de 1988, que exige a aprovação prévia em concurso como regra obrigatória para a investidura em cargo ou emprego público. A desobediência deste preceito acarreta como conseqüência a nulidade do ato e a responsabilização da autoridade pública que lhe deu causa. Deve-se lembrar que todas

⁸ “No setor público a questão da qualidade assume proporções mais graves. A tutela do interesse público não admite redução de custos com perda da qualidade dos serviços prestados à população. Em suma, a eficiência, necessariamente perseguida pela Administração, não está obrigatoriamente associada à terceirização ou a outras formas privadas de atuação”. (RAMOS, 2001, p. 142).

as particularidades inerentes ao concurso público já foram bastante comentadas no decorrer do presente trabalho.

Não se deve esquecer, porém, que a Administração Pública não está isenta da responsabilidade subsidiária prevista no inciso IV da Súmula 331. O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador (empresa prestadora de serviços) gera para o Poder Público (tomador dos serviços contratados) o dever de responder com seu patrimônio aos débitos dos empregados terceirizados que foram prejudicados.

A responsabilidade subsidiária é plenamente válida para a Administração Pública, uma vez que o trabalhador terceirizado é hipossuficiente e sua remuneração é de natureza alimentar. Portanto, a Administração Pública, na condição de tomadora, não está isenta de assumir o ônus da contraprestação da força de trabalho despendida pelo trabalhador, caso contrário estaria configurado seu enriquecimento sem causa.

3.7 Adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal

A contratação de mão-de-obra por meio de terceirização é utilizada, muitas vezes, com o objetivo de fugir à responsabilidade com os gastos públicos. É muito mais fácil para o Estado contratar empresas terceirizadas, uma vez que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) limita as despesas com servidores, do que admitir empregados efetivos, garantindo, assim, a continuidade na prestação dos serviços. O art. 19 da LRF, Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000, impôs aos entes públicos limites para as despesas anuais com pessoal em 50% da receita corrente líquida para a União e 60% para os Estados e Municípios. Sabe-se, porém, que muitas vezes o contrato de terceirização se constitui numa verdadeira locação de mão-de-obra, prática considerada ilícita pela doutrina. Em relação a esta modalidade de terceirização, o tratamento dispensado pela lei é diferente. Conforme o art. 18, §1º, da LRF, os gastos com locação de mão-de-obra devem estar inclusos em “Outras Despesas de Pessoal” e precisam, portanto, ser especificados, com o fim de obedecer ao limite de despesa total com pessoal.

À primeira vista poderia se pensar que a Lei de Responsabilidade Fiscal estaria legalizando a locação de mão-de-obra, uma vez que obriga a contabilidade de seus gastos para efeitos de adequação ao limite permitido para os gastos com pessoal na Administração Pública. Não deve ser, porém, este o entendimento, segundo explica Di Pietro (2002, p. 180):

Sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão-de-obra, o dispositivo deve ser entendido de modo que, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal. O legislador não estava preocupado com a licitude ou ilicitude desse tipo de contrato diante de outros dispositivos legais e constitucionais, mas apenas e tão-somente para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal. Mais uma vez, exige-se do intérprete o bom senso que faltou ao legislador.

Vale ressaltar que, apesar da especificação dos gastos com a terceirização de mão-de-obra ser obrigatória, as regras dos artigos 18, §1º e 19, da LRF não se aplicam à terceirização legal, já que nesta o objeto de contratação consiste na execução de obra ou na prestação de serviço, jamais no fornecimento de pessoal.

Cabe aqui uma crítica ao posicionamento do legislador, em virtude da contradição estabelecida pela referida lei. Se todo o Ordenamento Jurídico proíbe a terceirização como forma de locação de mão-de-obra, como pode a LRF admitir esta modalidade de contratação, mesmo sob a alegação de que os gastos com sua prática na Administração Pública devem ser contabilizados? Será que, ao invés de dar margem a esses contratos de fornecimento de mão-de-obra no serviço público, não seria papel do legislador coibi-los de todas as formas?! Estar-se-ia, portanto, diante de um caso passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o art.18, §1º da LRF? Ou o entendimento do legislador é no sentido de que deve ser facultada, a cada administrador público, a decisão sobre a terceirização da mão-de-obra trabalhadora, sabendo que se optar por fazê-la tem a obrigação de contabilizar as despesas advindas desta prática ilícita?!

Por fim, quanto ao posicionamento doutrinário sobre o tema, tem de ser dito que o bom senso na interpretação deveria ser sempre em favor da inadmissibilidade total da locação de mão-de-obra, que sob nenhum pretexto deve prevalecer.

3.8 Entrevista realizada na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza

Como parte deste trabalho acadêmico foi realizada uma pesquisa de campo, através da aplicação de entrevista na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza (PGM), com a funcionária chefe do setor de recursos humanos, denominado de Departamento Administrativo Financeiro (DAF). O objetivo dessa pesquisa foi o de perceber, na prática, como ocorre a terceirização nos órgãos públicos. Pretendeu-se, também, esclarecer de que

maneira a terceirização é vista e tratada pelos administradores públicos. Para tanto foi elaborado um questionário contendo 22 (vinte e duas) perguntas, dentre as quais algumas indagações sobre a quantidade de servidores terceirizados que trabalham no órgão; a forma de escolha dos trabalhadores e da empresa terceirizada; as atividades desempenhadas pelos empregados terceirizados; o vínculo empregatício desses funcionários (subordinação e pessoalidade) e o objetivo dessas contratações.

Os dados obtidos foram os seguintes: do total de servidores do órgão pesquisado, em torno de 50% (cinquenta por cento) são trabalhadores terceirizados. Nessa pesquisa, constatou-se que o número de servidores públicos da PGM, somando-se os servidores efetivos e os ocupantes de cargos comissionados, corresponde a um total de 60 (sessenta) pessoas, enquanto que o número de funcionários terceirizados é ainda maior, ou seja, 61 (sessenta e um) trabalhadores. **Percebe-se, portanto, que a quantidade de mão-de-obra terceirizada ultrapassa, mesmo que por pouco, a quantidade de servidores públicos.** Essa constatação é ainda mais impressionante se analisarmos somente os servidores efetivos, estes correspondem somente a 40% (quarenta por cento) do total de servidores vinculados à PGM. Já a porcentagem de terceirizados em relação à desses servidores efetivos é ainda maior: 55% (cinquenta e cinco por cento). Vale lembrar que não foi computado como base de cálculo o número de Procuradores Municipais.

O número total de servidores, em sentido amplo, que estão vinculados à PGM é, portanto, de: 68 (sessenta e oito) Procuradores; 49 (quarenta e nove) servidores efetivos; 13 (treze ocupantes de cargos comissionados), já inclusos 02 (dois) Procuradores não-efetivos e 61 (sessenta e um) terceirizados. As atividades desempenhadas pelos trabalhadores terceirizados compõem as **funções de copeiro, telefonista, contínuo, zelador, serviços burocráticos, digitadores e operadores de máquina copiadora.**

A escolha das empresas terceirizadas se dá mediante processo licitatório, no qual é preservada a concorrência entre as postulantes à contratação e são observados os princípios da lei nº. 8.666/93. Depois de escolhida a empresa, a indicação dos trabalhadores terceirizados é feita pela PGM, uma vez que os mesmos funcionários permanecem vinculados ao órgão, até o período que seja conveniente para a própria entidade. Portanto, as empresas prestadoras de serviços mudam ao término do contrato de terceirização e os empregados continuam os mesmos, exercendo suas funções na PGM.

Quando perguntada sobre qual o objetivo principal dos contratos de terceirização, a chefe do departamento respondeu, claramente, que é a contratação de mão-de-obra. Logo, pode-se inferir que esta prática visa suprir a carência de pessoal permanente deste órgão da Administração Pública sem a realização de concurso público.

Além disso, para as funções de serviços burocráticos e de digitadores, que concentram a maioria dos terceirizados, existem o cargo de agente administrativo criado por lei. Estas funções também não constam em qualquer diploma legal ou jurisprudência, como sendo hipóteses admissíveis de terceirização.

Diante do exposto, está claramente caracterizada a intermediação de mão-de-obra entre o órgão municipal e as empresas prestadoras. Ficou claro que o objetivo maior da terceirização, levando-se em consideração este caso pesquisado, é o fornecimento de mão-de-obra para o serviço público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização do trabalho ganha cada vez mais espaço no setor público. A opção por contratação de mão-de-obra, através da terceirização, é considerada ilegal pela doutrina e pela jurisprudência, mas parece não intimidar boa parte dos gestores públicos. Têm se optado cada vez mais pela utilização desse instituto, o que vem acarretando aos órgãos e entidades da Administração uma verdadeira “invasão” de trabalhadores terceirizados.

A justificativa para a introdução de terceiros nos quadros administrativos são, principalmente, a necessidade de contenção dos gastos, a adequação do serviço público às práticas modernas das empresas privadas e a diminuição das burocracias. Ocorre que a terceirização ilícita causa prejuízos não só ao Estado, como aos próprios trabalhadores.

Deve-se lembrar que a terceirização é vista sob duas modalidades distintas. A primeira se refere àqueles contratos cujo objeto consiste na prestação de serviços. Esta é a verdadeira terceirização. Portanto, quando o Poder Público contrata empresas terceirizadas, para a execução de obras e serviços públicos, está agindo legalmente, devendo esta prática ser precedida de processo licitatório, mediante o qual se escolherá a empresa contratada. A outra modalidade de terceirização é aquela em que se objetiva o fornecimento de mão-de-obra de uma empresa interposta, consistindo em fraude aos direitos trabalhistas. Estes contratos, também denominados de locação de mão-de-obra, não são admissíveis na Administração Pública, já que a sua utilização proporciona uma tentativa de burlar os princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Eficiência.

O resultado da pesquisa realizada na Procuradoria Geral do Município de Fortaleza mostrou bem essa realidade: o verdadeiro objetivo por trás das terceirizações realizadas na Administração Pública é a contratação irregular de servidores para os quadros administrativos dos órgãos públicos, dando margem ao nepotismo, ao apadrinhamento e a favorecimentos políticos.

Além disso, a contratação de servidores é proibida pela Constituição Federal de 1988. Há apenas uma exceção: no caso de contratação de servidor temporário para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme o art. 37, inciso IX, da Constituição. Deve-se lembrar que estes servidores temporários só podem exercer função

pública. A única forma de admissão de pessoal no serviço público, de acordo com o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, é através da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Portanto, o concurso público se constitui na regra geral de provimento de cargos e empregos públicos, válida para todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional.

Este trabalho não teve por objetivo abordar os prejuízos causados pela terceirização aos trabalhadores, mas é importante ressaltar que essa questão merece uma atenção especial por parte da doutrina, devendo ser objeto de estudo de outras obras.

Cabe, ainda, mencionar a importância da atuação do Ministério Público (MP) na fiscalização desses contratos e no combate às ilegalidades e fraudes cometidas no âmbito da Administração Pública. Destaque-se a utilização da Ação de Improbidade Administrativa, que parece ser a medida processual mais adequada, visando à punição exclusiva dos gestores fraudulentos, uma vez que estes são os grandes culpados pela má utilização do instituto da terceirização. Por outro lado, os trabalhadores terceirizados, que têm seus direitos violados, e todos aqueles integrantes da sociedade que desejam ingressar no serviço público pelas vias legais são os verdadeiros prejudicados.

As primeiras providências do CNJ e CNMP no combate ao nepotismo, devem servir de inspiração para que sejam barrados os processos de terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, como forma de coibir também o apadrinhamento e, principalmente, o favorecimento político no serviço público.

Inserida no contexto do neoliberalismo, a terceirização é vista como uma espécie de flexibilização das relações trabalhistas. Não se pode, também, deixar de criticar a terceirização como uma forma de privatização do setor público, na medida em que introduz regras que fragilizam os institutos de Direito Público e buscam diminuir a atuação do Estado.

Há a necessidade de o legislador abordar a terceirização de forma mais específica, para que haja uma regulamentação própria desse instituto, de forma que as relações jurídicas decorrentes destes contratos possam ser disciplinadas e não se deixe margem para a realização de fraudes contra o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br.html>>. Acesso em: 07 dez. 2007.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Decreto-lei nº. 5.452 de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ: Senado: 1943.

_____. Decreto Federal nº. 2.271 de 7 de julho de 1997. Brasília, DF: Senado, 1997.

_____. Decreto-lei nº. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 1967.

_____. Lei nº. 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Brasília, DF: Senado, 1974.

_____. Lei nº. 7.102 de 20 de junho de 1983. Brasília, DF: Senado, 1983.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº. 256 de 30 de setembro de 1986. Resolução nº. 4/1986, DJ 30.09.1986. Brasília, DF: TST, 1986.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº. 331 de 21 de novembro de 1993. Alterada pela Resolução nº. 96/2000, DJ 18.09.2000. Brasília, DF: TST, 1986.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública**: as cooperativas de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2007. v. 1.

ANEXO**ENTREVISTA APLICADA NOS ÓRGÃOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA**

1. Qual o número total de servidores (funcionários) que trabalham (estão vinculados a) neste órgão?
2. Destes qual o número de servidores públicos efetivos e de servidores ocupantes de cargo em comissão?
3. Qual o número de terceirizados que estão vinculados a este órgão?
4. Como se dá o processo de seleção e/ou contratação dos terceirizados?
 - Diretamente junto ao terceirizado e através da aplicação de provas de conhecimento.
 - Diretamente junto ao terceirizado e através da análise de currículo
 - Contratação de empresa prestadora de serviços / empresa terceirizada
5. De que forma é escolhida a empresa terceirizada? Qual o objetivo principal do contrato?
6. Quem assina a carteira de trabalho profissional (CTPS) do trabalhador terceirizado? A Administração Pública ou a empresa terceirizada?
7. A quem está incumbido o ônus da concessão de férias regulares e da aplicação de sanções trabalhistas nestes casos?
8. Quem concede os direitos trabalhistas em caso de rescisão do contrato de trabalho, como Férias, 13º salário, Aviso Prévio, e multa do FGTS?
9. Como se dá o processo de renovação do contrato de trabalho? É feito com a empresa ou com os trabalhadores terceirizados?
10. E como ficam os terceirizados se for escolhida (ou se for feito um contrato com) outra empresa? Estes têm seus direitos garantidos e são mantidos no emprego?
11. Que atividades desempenham os terceirizados? Em que funções atuam? Quais suas atribuições dentro do órgão municipal?
12. Como se dá a relação dos terceirizados com os outros trabalhadores?
13. Há diferença de tratamento entre servidores públicos efetivos e terceirizados?
14. Existem diferenças quanto à execução de atividades e/ou funções entre terceirizados e servidores efetivos?

15. Os terceirizados ocupam cargos em comissão? Qual o número destes?
16. Os terceirizados atuam junto ao órgão sempre desempenhando a mesma função?
17. Os terceirizados podem ser removidos de suas funções?
18. A quem estão subordinados (vinculados) os terceirizados?
- À chefia do órgão municipal (setor administrativo)
 - À empresa prestadora de serviços / empresa terceirizada
 - Ao diretor (chefe) de recursos humanos do órgão
19. A prestação do serviço pelo terceirizado dá-se no local de trabalho da empresa terceirizada ou no órgão público?
20. Este órgão utiliza-se (contrata) da prestação de serviços por alguma empresa privada (terceirizada)? Quais serviços são contratados?
21. Há carência de pessoal nos quadros deste órgão, fazendo-se necessária a contratação de servidores?
22. Por qual motivo não se realizam concursos públicos para preenchimentos das vagas ociosas?