

Da terceirização no âmbito da Administração Pública*

Cristina Alves da Silva Braga

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada e Assessora Jurídica do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Rio Grande do Norte (SINTE/RN). *E-mail:* <criistina.silva@gmail.com>.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de Direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), *campus* Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), *campus* João Câmara. *E-mail:* <rocconelson@hotmail.com>.

Resumo: Numa economia global crescente, com políticas neoliberais que propugnam por uma descentralização das responsabilidades da Administração Pública, a temática da terceirização é matéria corrente. O objetivo do presente ensaio é exatamente aferir a dimensão jurídica do uso da terceirização na Administração Pública, no Brasil, cotejando os limites constitucionais autorizantes da Constituição Federal, em face do pleito social pela concretização da aplicação dos princípios da eficiência, economicidade e moralidade administrativa e o uso da terceirização sem barreiras. Nesse estudo será trazido à baila a proposta do Projeto de Lei nº 4.330/04 que oferta uma nova modelagem jurídica à questão da terceirização, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho e a posição do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo analisar o tema da terceirização na Administração Pública e sua adequação aos princípios constitucionais e legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Eficiência e moralidade. Súmula nº 331. Projeto de Lei nº 4.330/2004. ADC nº 16. Terceirização na Administração Pública.

Sumário: **1** Das considerações iniciais – **2** Os princípios da eficiência e da moralidade na Administração Pública – **3** Da acessibilidade dos cargos públicos e a terceirização – **4** Do Projeto de Lei nº 4.330/2004 – **5** A responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas oriundos dos contratos de terceirização – **5.1** As alterações na Súmula nº 331 do TST – **5.2** O entendimento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 – **6** Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 – **7** Das considerações finais – Referências

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), Brasil.

1 Das considerações iniciais

Um dos desdobramentos lógicos da pauta de flexibilização das relações de trabalho é a possibilidade de terceirização¹ da mão de obra de forma indiscriminada, ou seja, evitar o vínculo empregatício (o que reduziria sensivelmente os custos sociais), usando terceiros interpostos para a prestação das atividades meio da Administração Pública possibilitando que o Estado foque na melhor consecução das atividades fins.

A questão da terceirização, especificamente, ganha um novo contorno, em 2015, em decorrência da severa crise econômica e política que o Brasil vem passando, fruto de uma gestão da política macroeconômica temerária, onde o cenário fora maquiado com fitos eleitorais, empurrando o Brasil para os horrores da alta da inflação, para um sistema cambiário desgovernado, aumento do desemprego, queda do consumo, déficit na contas públicas, elevada dos juros, o que acarretou, até mesmo, a perda de grau de investimento do Brasil, pela agência Standard & Poor's (S&P).

Ressalta-se ainda o momento de tensão política diante dos escândalos de corrupção envolvendo a maior estatal do país, a Petrobras, a denominada Operação Lava Jato, onde terceirizadas foram utilizadas na formação de contratos superfaturados para desviar, aproximadamente, R\$2,1 bilhões de reais dos cofres públicos para beneficiar políticos, funcionários públicos e empreiteiras nacionais, demonstrando clara afronta aos princípios constitucionais da eficiência e moralidade administrativa.

Nesse cenário de crise político-econômica, onde não se vislumbra uma melhora em curto prazo, a terceirização seria uma das formas para diminuir as despesas, diminuindo os custos sociais e fragilizando a situação jurídica do trabalhador em favor do capital.²

¹ "Os direitos sociais trabalhistas sofreram forte impacto com a globalização e modificação do processo produtivo, haja vista a alteração das estruturas sociais e econômicas que daí decorreram. A terceirização se apresenta como um fenômeno integrante do movimento de flexibilização das relações de trabalho, e não tem, ainda, no Brasil, regulamentação legal, por meio da qual sejam estabelecidos ou assegurados os direitos dos trabalhadores, que são em número cada vez maior nela envolvidos" (CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014, p. 127).

² "A escassez de capital após o estouro das ponto-com levou as companhias de capital de risco a verificar, com redobrado cuidado, se as empresas em que investiam estavam utilizando os meios mais eficientes, de maior qualidade e menor preço para inovar. No apogeu da bolha, diz Haque, não era raro que um investimento de 50 milhões de dólares numa empresa iniciante desse, por ocasião da abertura de seu capital, um retorno de 500 milhões. Depois do estouro, a oferta pública dessa mesma empresa provavelmente chegaria a meros 100 milhões – de modo que os investidores de risco só se dispunham a fornecer 20 milhões para acompanhar os primeiros passos da empresa, até a oferta pública inicial. - Para o capital de risco, a grande questão passou a ser como fazer as empresas em que investiam atingirem logo o ponto de equilíbrio ou darem lucro, para que parassem de drenar seu capital e pudessem ser vendidas *com um bom retorno e liquidez* salienta Haque. - A solução encontrada por muitos desses investidores foi começar a terceirizar o maior número possível de funções desde o princípio. Como era preciso obter retorno o mais rápido possível, tudo o que fosse possível terceirizar seria terceirizado" (FRIEDMAN, L. Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução de Cristian Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 133).

A Administração Pública tem utilizado corriqueiramente a terceirização como forma de enxugar suas atividades-meio e prestar o serviço público de forma mais eficiente e menos onerosa, buscando a efetivação do princípio da eficiência nas atividades-fim, o qual ganhou *status* constitucional ao ser acrescido ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, a qual reestruturou a Administração Pública.³

A partir dessa realidade, galgada pelo dinamismo econômico, ver-se que o Poder Legislativo não acompanhou o desenvolvimento acelerado da globalização,⁴ propaga-se um discurso fervoroso de que a Consolidação das Leis do Trabalho está fora do seu tempo, não sendo mais um uma fonte normativa, a contento,⁵ aos anseios desse mercado hiperconectado, além de ser ineficiente para regulamentar as relações terceirizadas na Administração Pública.

Cabe, ainda, um estudo mais aprofundado sobre a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas oriundos das relações de contratos de terceirização, partindo da análise do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e seu pronunciamento sobre a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), bem como do Projeto de Lei nº 4.330/2004, o qual se encontra em um trâmite legislativo extremamente turbulento, já tendo sido aprovado na Câmara dos Deputados, no dia 22 de abril de 2015, e remetido ao Senado por meio do Ofício nº 140/2015.

Por fim, analisaremos a ADI nº 1.923, a dispensa de licitação nos contratos de gestão com as Organizações Sociais e a utilização de terceirizados na prestação dos serviços públicos como atividade-fim da Administração Pública.

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação da construção normativa, no sistema jurídico brasileiro, sobre a terceirização na Administração Pública e o desdobramento em relação a temática.

³ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴ "Com o aumento da competição no mundo cada vez mais globalizado as empresas tendem a se concentrar na sua atividade-fim, delegando as atividades-meio para parceiros estratégicos ou meros fornecedores de serviços, dependendo da importância da atividade para os resultados da organização. Este processo de desverticalização ou terceirização exige uma análise de cada situação específica e a adequada decisão quanto à sua execução ou não" (OLIVEIRA, Fernanda Sousa. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Prolegômenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. XVI, n. 31, enero-junio, 2013, pp. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 195).

⁵ "A legislação trabalhista brasileira pode ser comparada a uma máquina ultrapassada, que foi criada para trabalhar, mas que parecia não ter nascido para semelhante fim. A CLT não tem mais a mesma finalidade que tinha quando de sua criação, necessitando ser revista. Urna das formas dessa revisão é verificar mecanismos de flexibilização, de forma a adaptar à realidade de fato à norma jurídica" (MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 02).

2 Os princípios da eficiência e da moralidade na Administração Pública

Com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 19/98, institucionalizou-se o princípio da eficiência e formalizou a importância da autonomia como *conditio sine qua non* do processo de descentralização administrativa, buscando-se, assim, a qualidade da atividade estatal.

O princípio da eficiência, presente no art. 37, da Constituição Federal, representa o mais importante objetivo da Reforma Administrativa, levando a remodelação das funções da Administração Pública, não competindo apenas executar as leis, mas, sobretudo, satisfazer os interesses coletivos. Nesse sentido, Lucas de Souza Lehfeld:

Na nova configuração Estado-Sociedade, com a proximidade do administrado à atuação do Estado por meio de canais de acesso e instrumentos de controle social, o conteúdo da eficiência, como princípio maior, já traz consigo ideais de economicidade e celeridade (principalmente quanto ao respeito aos direitos fundamentais. É evidente que a Constituição, a par dessa ampla concepção, decorrente de um verdadeiro Estado social, já apresenta normas específicas referentes à eficiência da Administração Pública, “entendida como boa qualidade dos serviços, satisfação dos cidadãos e economicidade no emprego dos recursos público.”⁶

Ao elevar o princípio da eficiência à *status* constitucional, o cidadão tornou-se o protagonista na avaliação da qualidade do serviço prestado pela Administração Pública, e sua eficácia prática pode ser medida tanto pelos meios e procedimentos de trabalho dos agentes públicos como pela utilização dos recursos.

Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da eficiência é “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”.

Segundo Ubirajara Custódio Filho:

Aqui, eficiente seria a Administração que obtivesse os resultados que dela se esperam, pelo menor custo e no melhor tempo. Por outro lado, preferindo-se o sentido científico, o princípio da eficiência imporia ao agente administrativo somente o dever de se preocupar com o ótimo cumprimento de metas. Nessa hipótese, Administração eficiente seria aquela que utilizasse os recursos disponíveis racionalmente, com economicidade, mas descomprometida com a questão das metas e resultados, pois metas e resultados não se incluem na acepção científica de resultados.⁷

⁶ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214.

⁷ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 27, p. 209, abr./jul. 1999.

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe uma nova roupagem a prestação do serviço público, visando atender o interesse público através da melhor utilização dos recursos públicos, menos onerosa, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social, extraindo dos recursos empregados a melhor qualidade na prestação dos serviços. Grotti assevera que a eficiência pode ser caracterizada como:

Um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento *ótimo* de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. [...] A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação.⁸

Além de observar os princípios da eficiência e economicidade, a Administração Pública deve seguir os parâmetros de moralidade administrativa, devendo o administrador sujeitar-se aos princípios éticos-jurídicos que a legislação estabelece, impondo-se o dever de melhor administrar os recursos públicos e atuando nos limites da ética, boa-fé e honestidade.

A constitucionalização do princípio da moralidade administrativa trouxe consigo a busca pela máxima efetivação na consecução da realização do interesse público, almejando administradores que prezam pela probidade. Corroborando com tal entendimento, Mazzilli assevera que:

Então, o que quis a Constituição? Quis que o administrador observasse não a moralidade filosófica, nem a suposta moralidade jurídica, e sim a *moralidade administrativa*, como vem instituída pela ordem jurídica. Em outras palavras, a Constituição supõe que o administrador fique sujeito aos princípios ético-jurídicos que a legislação descreve, e cuja violação sanciona, entre os quais a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Isso decorre do art. 37, *caput*, da Constituição, e do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que, ao sancionar comportamentos que recrimina, está, *ipso facto*, definindo que é a *imoralidade administrativa*, com contraposição ao princípio constitucional da moralidade administrativa.⁹

⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298-299.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194.

Evidente que não é apenas simbólica, ou simplesmente informativa, a constitucionalização do princípio da moralidade administrativa no sistema constitucional brasileiro, mas é fruto do anseio popular, com vistas à necessidade de moralização da conduta do administrador, comprometido com os fins e os interesses sociais que regem a gestão da coisa pública e a própria Administração Pública.

Nesse sentido, Anjos Neto, esclarece que “entendida a Constituição como a ‘norma, por excelência’, a consequência lógica é transferir igual importância aos princípios que nela guardam assento”.¹⁰

Segundo Meirelles o agente administrativo deve ponderar sua conduta, efetuando escolhas corretas, não apenas ditadas pela legalidade, mas também pela honestidade, oportunidade e justiça, uma vez que está adstrito à lei ética da própria instituição em face do princípio da moralidade administrativa.¹¹ Ainda, segundo o autor, a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública,¹² respeitando-se, assim, o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Di Pietro lapida que a escolha do administrador público deve ser guiada tanto pelo direito, quanto pela moral, de modo que seja garantido o “mínimo ético” da instituição.¹³ E, que a moral administrativa “corresponde àquele tipo de comportamento que os administrados esperam da Administração Pública para a consecução de fins de interesse coletivo, segundo uma *comunidade de valores*, expressos por meio de *standards*, modelos ou pautas de conduta”.¹⁴

Atualmente, no Brasil, está se vivenciando um nível exorbitante de corrupção e desmandos no exercício da atividade administrativa na sociedade brasileira, um problema sócio-jurídico de proporção alarmante, com posturas que não guardam quaisquer obediência com as orientações legais e éticas.

¹⁰ O autor segue o raciocínio citando os ensinamentos de ESPÍNDOLA: “[...] evidencia a Constituição como norma jurídica, como normas das normas, como *lex superior*, como fonte suprema da produção normativa, como *norma normarum*, como ‘norma’ dotada de efetiva ‘normatividade’, como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e a operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessa a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de norma constitucionais. ‘Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária’. [...] seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares”. ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da probidade administrativa: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212 e segs.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e segs.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 116.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 116.

Um exemplo disso tem sido a Operação Lava Jato, denominada maior investigação conduzida no Brasil, que descobriu um vasto esquema de corrupção na Petrobras, superfaturando contratos de terceirizadas para permitir o desvio do dinheiro dos cofres da estatal para os políticos, funcionários públicos e as maiores empreiteiras do país envolvidos no esquema, e até o momento o Ministério Público Federal estima que foram desviados R\$2,1 bilhões de reais dos cofres da Petrobras.¹⁵

Visando alcançar os fins propostos pelos princípios administrativos da eficiência, economicidade e moralidade, no que concerne à terceirização, torna-se necessário uma maior transparência nos contratos de prestação de serviços terceirizados pela Administração Pública, exigindo-se, por exemplo, a publicação de planilhas de custos e formação de preços de contratos, comprovantes de efetuação de pagamento de fatura, nomes e CPFs dos empregados terceirizados e lotação, evitando-se a contratação de funcionários fantasmas ou duplicação de nomes em contratos firmados, de forma a evitar que a prática de contratar terceirizadas potencialize a possibilidade de desvio de dinheiro público, crie procedimentos desnecessários e burocratize a prestação e serviço público ou substitua os concursos públicos.

3 Da acessibilidade dos cargos públicos e a terceirização

A Constituição de 1988 exauriu as formas de ingresso nos cargos da Administração Pública, sendo elas: concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, inciso II); nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II); e contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX).

A respeito do concurso público, Di Pietro afirma:

Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão.¹⁶

¹⁵ Segundo informações fornecidas pela Folha de São Paulo: “No balanço de 2014, publicado com atraso em maio deste ano, a Petrobras estimou em R\$6,1 bilhões as perdas provocadas pela corrupção. Para fazer essa estimativa, a estatal examinou todos os contratos com as empresas sob investigação e aplicou sobre o seu valor o percentual de 3% indicado por Paulo Roberto Costa como a propina cobrada em sua área”. Fonte: Balanço da Petrobras, nota Explicativa 3. Disponível em: <<http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>>.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 523.

O amplo acesso aos cargos públicos é garantido a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros na forma da lei (art. 37, inciso I). Nesse sentido, José Afonso da Silva:

A Constituição estatui que os cargos, empregos e funções são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I). Esta está limitada pela própria regra constitucional, de sorte que os requisitos nela fixados não poderão importar em discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa.¹⁷

A terceirização apesar de ser utilizada de forma corriqueira na Administração Pública para contratos de serviços de atividades-meio, não tem previsão constitucional, motivo pelo qual há inúmeras discussões doutrinárias a respeito de sua constitucionalidade.

Pode-se assegurar que a contratação de terceirizados para exercerem atividades-meio restringe, ainda que parcialmente, a realização de concursos públicos. Entretanto, tal possibilidade pode ser justificada em face da eficiência e economicidade. Mas a contratação de terceirizados para realização de atividades-fim, poderia, em suma, reduzir drasticamente o número de concurso realizados, ferindo, assim, princípios como a isonomia (art. 5º, *caput*), moralidade e impessoalidade (art. 37, *caput*).

Considerando a contratação de atividades-fim inconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 772.241- MG (2005/0129312-3), interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, de relatoria do ministro Luiz Fux, reconheceu como ato de improbidade administrativa a contratação de funcionários para trabalharem em instituição bancária estadual – BEMGE S/A – sem a realização de concurso público, por meio de contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. 1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, p. 654.

funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. 2. A Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, explicitou o cânone inserto no artigo 37, §4º, da Constituição Federal de 1988, tendo por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) causem prejuízo ao erário público (artigo 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. [...]” 4. *O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. [...] 7. Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se auferire pela proibição de para contratar com a Administração Pública. [...] 11. Recurso especial parcialmente provido para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas. (REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007) (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/04/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA) (Grifos nossos)*

Assim, não se pode permitir a contratação de terceirizados para o exercício de atividades-fim na Administração Pública, sob pena de inviabilizar a realização de concursos públicos, abrindo portas para o nepotismo e os denominados “apadrinhamentos” políticos, já que a seleção de contratação de funcionários pela empresa terceirizada não passa por controle administrativo.

Nesse sentido, Amorim afirma:

Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista da relação entre os governos e as elites econômicas.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 776.070 – MA, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, entendeu

¹⁸ AMORIM, Helder Santos. *A terceirização no serviço público à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.

que se houver contratação de terceirização de atividades durante o prazo de validade de concurso público para realizarem as mesmas funções, faz nascer para os concursados o direito a nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV da Constituição. Vejamos:

Nesses termos, aplica-se ao caso a jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício do cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazer nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados: SS-AgR 4196 Rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 27.8.2010; AI-AgR 777.644, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; AI-AgR 440.895, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 20.10.2006. (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental (AgR) no Agravo de Instrumento (AI) nº 776.070, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 22.03.2011)

A terceirização deve ser utilizada com caráter excepcional da Administração Pública, apenas para o exercício de atividades-meio, visando uma maior eficiência e economicidade, atentando o administrador a agir dentro dos limites da moralidade administrativa, sob pena de tornar ilícita a contratação.

4 Do Projeto de Lei nº 4.330/2004

Dos diversos projetos de lei que trata sobre terceirização (são quase trinta projetos de lei) o que se encontra mais adiantado em sua tramitação é o Projeto de Lei nº 4.330/2004, do deputado federal Sandro Mabel, o qual fora apresentado no dia 26 de outubro de 2004.

O respectivo projeto sofreu diversas emendas, sendo sua culminância no mês de abril de 2015, com as pressões dos mais diversos segmentos da sociedade e dos debates acalorados, nas diversas sessões de plenária da Câmara dos Deputados, tendo sido sua versão final aprovada na plenária do dia 22 de abril de 2015, com a denominação de Projeto de Lei nº 4.330-1/2004, sendo remetido ao Senado Federal pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados por meio do Ofício nº 140/2015.

O cerne normativo trazido nesse projeto de lei, se aprovado no Senado Federal e sancionado pela Presidente da República, seria a autorização que liberaria de forma generalizada uso da terceirização, no âmbito das empresas privadas e equiparadas, independentemente da prestação de serviços está relacionada as atividades-meio ou atividades-fim da atividade econômica organizada, como se extrai da redação do art. 4º do respectivo projeto:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Grifos nossos)

No próprio conceito de terceirização dado no projeto de lei, supra, não é feita qualquer distinção entre a atividade-meio e a atividade-fim, deixando de ter relevância normativa para traçar os limites da terceirização: “Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - terceirização: a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei.”

Em evento da ANAMATRA, o professor Mauricio Godinho criticou o respectivo projeto, tendo em vista que o mesmo deveria restringir a já epidemia que é a terceirização, no Brasil, a qual precariza o trabalhador, causando redução de salários, aumento dos acidentes de trabalhos, fragilizando a organização sindical, comprometendo até mesmo a existência de categorias profissionais:

Eu nunca vi um projeto de precarização do trabalho tão impactante como esse, de tamanha amplitude e efeitos danosos, que desrespeita dezenas de milhões de pessoas que vivem do trabalho. [...]

[...]. É como se o brasileiro fosse o problema do Brasil. Trata-se de uma visão retrógrada, com saudades do século XIX ou embevecida pela precarização de certas realidades asiáticas. É como se o trabalhador fosse uma matéria-prima que tem de ser cada vez mais barata, ao invés de ser um partícipe e co-construtor das empresas e do Brasil. [...]

A terceirização, ao reverso do que o projeto faz, tem de ser restrita. O projeto teria de restringir a terceirização, pois ela já se tornou uma epidemia; epidemia restringe-se e se controla; ou seja, coloca-se o fenômeno dentro de margens de segurança, ao invés de se instigar a sua generalização. O PL não regulamentava, restringindo, a terceirização; ele, na verdade, desregulamenta, liberaliza, generaliza o fenômeno da terceirização.¹⁹

O Projeto de Lei nº 4.330/2004 excluiu a aplicação dos seus dispositivos nos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública, entretanto estendeu os direitos nele previstos aos terceirizados da administração direta e indireta. Assim, manteve-se a aplicação da Súmula nº 331 do TST, sendo possível a contratação de serviços terceirizados apenas para as atividades-meio na Administração Pública,

¹⁹ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/mauricio-godinho-afirma-que-regulamentacao-da-terceirizacao-vai-esvaziar-o-papel-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

sendo o concurso público a entrada para o desenvolvimento de atividades-fim, respeitando-se os princípios da impessoalidade e do amplo acesso aos cargos público através de concurso público de provas e de provas e títulos (respectivamente, art. 37 *caput*, e inciso II).

5 A responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas oriundos dos contratos de terceirização

5.1 As alterações na Súmula nº 331 do TST

A edição da Súmula nº 331 do TST foi uma resposta ao art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, que isentava a Administração Pública da responsabilidade de adimplir as obrigações fiscais e contratuais acessórias ao objeto do contrato.

Em sua redação original,²⁰ a Súmula nº 331/93 instituía genericamente a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, ficando implícita a inclusão da Administração Pública. Em 2000, houve a alteração do inciso IV e tornou-se explícito o Poder Público entre os tomadores de serviço, o que aconteceu através do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) RR 297751-31.1996.5.04.5555, de relatoria do Ministro Milton de Moura França, tal decisão foi publicada em 20 de outubro de 2000, modificando a redação da Súmula pela Resolução nº 96/2000, e manteve-se a mesma redação na sua republicação em 2003.

Ao incluir a Administração Pública no inciso IV da Súmula nº 331, o TST demonstrou que, na prática, já considerava o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, inconstitucional, e embora não tenha explicitado tais palavras no texto sumulado, demonstrou que quando o assunto de terceirização versasse sobre Administração Pública, constatada sua culpa na fiscalização do contrato, haveria sua responsabilização; caso contrário, aplicar-se-ia o dispositivo legal vigente.

Portanto, diante da ausência de um firme posicionamento do TST, a discussão a respeito da responsabilidade da Administração Pública nas relações de trabalho terceirizados continuou gerando controvérsias nos tribunais trabalhistas.

Evidencia-se que a Justiça do Trabalho defende que o Juiz do Trabalho deverá decidir, no caso concreto, se aplica o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 ou se afasta sua incidência para aplicar o inciso IV da Súmula nº 331 do TST, verificando se houve culpa da Administração Pública no seu dever *in vigilando*.

Ressalta-se aqui uma formação jurisprudencial falha e ineficiente pela Justiça do Trabalho, porque se afirma que a Administração deve observar seus deveres *in*

²⁰ A primeira redação do inciso IV da Súmula nº 331 era a seguinte: “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

eligendo e in vigilando, e que a sua inobservância gera culpa da Administração e as consequências serão por ela suportadas, utilizando-se do art. 37, §6º da Constituição incorretamente para fundamentar tais decisões, já que o dispositivo constitucional é de responsabilidade extracontratual; assim, nota-se uma dificuldade na correta fundamentação jurisprudencial da responsabilização da Administração.

5.2 O entendimento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

Em 2007, o Governo do Distrito Federal ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, tendo como objeto da ação o pronunciamento da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, visto que o TST negava sua vigência diante da aplicabilidade da Súmula nº 331. Por interessar a diversos órgãos públicos, a União, os governos de vários estados e muitos municípios pediram para aderir o feito na qualidade de *amicus curiae*.

Ajuizada em março de 2007, e em maio do mesmo ano, o relator, ministro Cezar Peluso, negou o pedido de liminar, por entender que a matéria era complexa demais para ser decidida individualmente. Assim, foi colocada em pauta para julgamento em setembro de 2008, o ministro Menezes Direito pediu vista dos autos, quando o relator não havia conhecido da ação. Em novembro de 2010, a matéria foi retornou ao Plenário pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, uma vez que o ministro Dias Toffoli, sucessor do ministro Menezes Direito, declarou-se impedido de participar do julgamento por ter atuado no processo como Advogado Geral da União. Momento em que o então Presidente do STF, e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria, segundo o qual não havia controvérsia a ser julgada, já que o TST na edição da Súmula nº 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da nº Lei nº 8.666/93.

Nesses termos afere-se a decisão supra:

Verifica-se que em nenhum momento o Tribunal cogitou de declarar inconstitucional o art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, apenas afirmou que a sua aplicação, relativamente aos contratos de terceirização de mão-de-obra firmados pela Administração Pública em geral, empresas públicas e sociedades de economia mista, está submetida, também, à regência de outros dispositivos constitucionais e legais.²¹

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso a respeito da controvérsia, sob seu ponto de vista existia controvérsia, visto que o

²¹ Decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=16&classe=ADC&origem=AP&recurso=O&tipoJulgamento=M>>.

enunciado do TST embasou várias de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e decisões do próprio TST, além de uma série de Reclamações junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito, seguindo o voto do ministro Marco Aurélio.

O ministro Marco Aurélio observou que houve uma declaração branca de inconstitucionalidade da Lei nº 8.666/93, evidenciando que o TST editou um verbete que passou a ser usado pelas demais instâncias dos tribunais trabalhistas, ignorando o disposto no art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93.

Ressalta-se que o único que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo foi o ministro Ayres Britto, nas seguintes balizas:

[...] a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. [...] A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, uma mão de obra que vai servir não a empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador de serviço que é a Administração. É uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição.

No voto-vista a ministra Cármen Lúcia, discorre:

[...] A aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não exige a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas. Entendimento diverso resultaria em duplo prejuízo ao ente da Administração Pública, que, apesar de ter cumprido regularmente as obrigações previstas no contrato administrativo firmado, veria ameaçada sua execução e ainda teria de arcar com consequência do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada. [...]. Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do §1º do art. 71 por contrariedade ao art. 37, §6, da Constituição da República. Pelo exposto, voto no sentido da declaração de constitucionalidade do §1º, do art. 71, da Lei 8.666/93.

Vencido o voto do ministro Ayres Britto, conforme se observa na Ementa da decisão de mérito proferida na ADC nº 16, a Suprema Corte seguiu o voto da ministra Cármen Lúcia.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente.

Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (ADC 16, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011).

Verifica-se que mesmo diante do julgamento da ADC nº 16 pelo STF, o conflito sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada continuou sem solução, permeando, assim, as discussões através dos órgãos de defesa da Fazenda Pública.

6 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923 tramitava desde 1998, tendo sido proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) que questionavam a Lei nº 9.637/1998, e o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (Lei das Licitações), tendo sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 16.04.2015, que por votação majoritária julgou parcialmente procedente, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Corroborar-se, aqui, com o entendimento do Ministro Marco Aurélio que, em seu voto restou vencido, tendo sido acompanhado pela Ministra Rosa Weber. Vejamos:

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte. A extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada – característica central do chamado “Programa Nacional de Publicização”, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.637/98 –, configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988. *O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação,*

pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado. (Grifos nossos)

Não se divergiu do posicionamento do ministro Marco Aurélio que firma no positivismo de Konrad Hesse, em seu voto, já que a intensidade da força normativa da Constituição mostra-se como uma questão de vontade normativa da Constituição, que quanto mais intensa, menos serão os limites e restrições impostos a sua força normativa,²² devendo os aplicadores da Constituição conferir máxima efetividade às normas constitucionais.

Ainda, compactua-se com Barroso ao afirmar que a atribuição à norma constitucional de *status* de norma jurídica traz consigo o reconhecimento de sua força normativa, de caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.²³

Ora, se a Constituição preconiza que os serviços na cultura (CF, art. 215), na saúde (CF, art. 199, *caput*), na ciência e tecnologia (CF, art. 218), na educação (CF, art. 209, *caput*), no desporto e lazer (CF, art. 217), e no meio ambiente (CF, art. 225) são serviços públicos e que “são deveres do Estado e da Sociedade”, é razoável dizer que o constituinte originário quis que as empresas privadas que atuassem nesses setores não visassem apenas ao lucro, estando obrigadas a buscar em primeiro lugar a satisfação dos interesses da sociedade e, cumprindo ao Estado, a obrigação de impedir a mercantilização desses serviços e efetivar políticas públicas para a sua execução e não somente transferir sua responsabilidade para o setor privado.

Para o Ministro Marco Aurélio, o modelo estabelecido na Constituição Federal para a execução de serviços públicos sociais não dispensa a atuação direta do Estado, “de maneira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte”, não havendo “como se admitir a transferência integral da execução direta dessas atividades para a iniciativa privada, assumindo o Estado o papel de mera indução e coordenação”.

O Ministro ainda assevera que:

Estou convencido de que as normas das Leis 9.637/1998 e 9.648/1998 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos à entidades qualificadas como organização social sem observância do regime jurídico público aplicável à administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme.

²² HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 09, 2007.

Assim, em sua exposição o Ministro Marco Aurélio considerou inconstitucionais os art. 4º, inciso X, art. 9º, art. 10, *caput*, da Lei nº 9.637/1998, de modo a afastar toda e qualquer interpretação no sentido de que os órgãos de controle interno e externo, em especial o Ministério Público e o Tribunal de Contas, estejam impedidos de exercer a fiscalização de forma independente e o art. 1º da Lei nº 9.648/1998, na parte em que inseriu o inciso XXIV ao art. 24.

Por fim, votou pela procedência parcial da ADI para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º; 2º, inciso II; 4º, incisos V, VII e VIII; 5º e 6º, cabeça e parágrafo único; 7º inciso II; arts. 11 a 15; arts. 17, 20 e 22 da Lei nº 9.637/1998, tendo sido voto vencido.

O voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria, no sentido de “que o poder público e a iniciativa privada podem exercer essas atividades simultaneamente porque ambos são titulares desse direito”. A ministra Cármen Lúcia considerou que o particular pode prestar tais serviços, observando-se os princípios e regras da Administração Pública, visando ao “ganho ao usuário do serviço público”. O ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de controle por tribunal de contas e de fiscalização pelo Ministério Público, visto que os recursos continuam sendo públicos.

O ministro Celso de Mello enfatizou a necessidade de redefinição do papel do Estado para “viabilizar de políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado”, o que a nosso ver, o voto evidencia o reconhecimento da falência da administração dos recursos públicos e projetos sociais desenvolvidos pelo Estado brasileiro.

Não há como prever uma melhoria na prestação dos serviços públicos através da “terceirização” e/ou “privatização”, vez que esse modo de execução é mercantilizado, visando, primeiramente, ao lucro da prestadora de serviços por ser voltado para lógicas do mercado econômico, bem como não se pode sacrificar o interesse público em nome de uma suposta eficiência utópica.

Nota-se que pela decisão do Supremo permitiu-se a terceirização da atividade-fim no setor público, mediante a “terceirização” da própria administração, ultrapassando os limites das hipóteses previstas no art. 175 da Constituição, quais sejam, a concessão e a permissão de serviços públicos. Além disso, um ente público poderá transferir para uma Organização Social (OS), *verbi gratia*, uma atividade de educação, que recebendo dinheiro e bens públicos poderá prestar esses serviços por intermédio de professores contratados sem concurso público de provas ou provas e títulos, ferindo, dessa forma, o princípio do livre acesso aos cargos públicos através de concurso.

Por se tratarem de serviços públicos, ainda que por meio das OS, estes não poderão ser cobrados da população e, conseqüentemente, o lucro das organizações sociais só concretizar-se-á com a precarização das condições de trabalho dos

profissionais contratados, confirmando-se, tal afirmativa, pelo voto do relator Ministro Luiz Fux, ao afirmar que:

Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em práticas através de um procedimento objetivo e pessoal.

Portanto, ao prever a contratação de pessoal sem concurso público, estar-se-á negando que as garantias jurídicas dos estatutários sejam estendidas a estes, e, ainda, deixando margem para estabelecer remunerações fora dos limites da legalidade.

Por serem receptoras de recursos públicos, as Organizações Sociais não poderiam deixar de observar as regras da licitação, conforme o art. 175, art. 22, XXVII, e 37, XXI da CF. Ocorre que os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, preveem que as Organizações Sociais editarão regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com dinheiro público. E o art. 12, §3º, do mesmo dispositivo legal, prevê a permissão de uso de bem público poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação.

Ainda, o art. 1º da Lei nº 9.648/98, alterou o art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93 instituindo a dispensa de licitação para o Poder Público contratar Organização Social para prestação de serviços relacionados às atividades contempladas no contrato de gestão, quebrando, assim, a lógica isonômica do certame licitatório.

Apesar do voto do Ministro estabelecer que “impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público e impessoal e pautado em critérios objetivos”, abre-se uma imensa margem de liberalidade dos “rigores formais da licitação, tal como concebida pela Lei nº 8.666/93, em concretização do art. 37, XXI, da CF”, o que poderá favorecer a corrupção e o desvio de verba pública.

Sabe-se que as efetivações dos contratos de gestão com as Organizações Sociais podem vir ou não a serem concretizados no plano real, mas torna-se necessária a formação de uma resistência consistente à precarização do trabalho, ao trato com a coisa pública e a busca do interesse público.

7 Das considerações finais

No atual cenário de crise político-econômica, retorna a discussão a respeito das reformas no modelo constitucional de prestações do Estado, e tem-se buscado

a terceirização como uma das formas para diminuir as despesas, diminuindo os custos sociais e, ao mesmo tempo, precarizando as condições do trabalhador, sacrificando todo o aparato de normas infra e constitucionais em detrimento de alcançar maior efetividade dos princípios da eficiência e economicidade.

Ora, evidente que não se pode prever uma melhoria na prestação dos serviços públicos através da “terceirização” e/ou “privatização”, vez que esse modo de execução é mercantilizado, visando, primeiramente, ao lucro da prestadora de serviços por ser voltado para lógicas do mercado econômico, e colocando o interesse público em um plano secundário.

A contratação de terceirizados no âmbito na Administração Pública fere o princípio do livre acesso aos cargos públicos via concurso, além de negar que as garantias jurídicas dos estatutários sejam estendidas a estes, e, ainda, deixando margem para estabelecer remunerações fora dos limites da legalidade. Ressalta-se ainda a falta de tecnicidade da contratação para a ocupação dos cargos públicos, podendo, de certa forma, prejudicar o fornecimento dos serviços ao contratar pessoas despreparadas para o exercício da atividade.

A respeito da responsabilidade da Administração pelos débitos oriundos da contratação de terceirizados, o Projeto de Lei nº 4.330/2004 excluiu a aplicação dos seus dispositivos nos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública, entretanto estendeu os direitos nele previstos aos terceirizados da Administração direta e indireta, mantendo-se a aplicação da Súmula nº 331 do TST, sendo possível a contratação de serviços terceirizados para as atividades-meio na Administração Pública, em que o concurso público seria a entrada para o desenvolvimento de atividades-fim.

Ocorre que, com o recente julgamento da ADI nº 1.923 pelo STF que deu interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde, inseriu-se o desenvolvimento da terceirização nas atividades-fim da Administração Pública.

Entendemos que a terceirização deve ser utilizada em caráter excepcional pela Administração Pública, apenas para o exercício de atividades-meio, visando uma maior eficiência e economicidade, atentando o administrador a agir dentro dos limites da moralidade administrativa, sob pena de tornar ilícita a contratação.

Além disso, torna-se necessário um cuidado maior no combate a precarização do trabalho e transparência nas contratações, para, só assim, a Administração Pública agir buscando, efetivamente, o interesse público.

The Outsourcing in the Field of Public Administration

Abstract: In a growing global economy, with neo-liberal policies that advocate for a decentralisation of responsibilities of public administration, the subject of outsourcing is current matters. The aim of this essay is exactly gauge the legal dimension of the use of outsourcing in public administration, in Brazil, by matching the constitutional limits autorizantes of the Federal Constitution, in the face of social conflict by implementation of the application of the principles of efficiency, economy and administrative morality and the use of outsourcing without barriers. This study will be brought up the proposal of the bill nº. 4,330/04 that offer a new legal issue modeling of outsourcing, the Precedent 331 of the Superior Labor Court and the position of the Supreme Court on Direct Action of Constitutionality nº 16. The research in question, making use of a qualitative analysis methodology, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical character, is the bottom line examine the topic of outsourcing in public administration and proportionality with the constitutional principles and infraconstitucional legislation.

Keywords: Efficiency and Morality. Precedent 331. Bill nº. 4.330/2004. ADC nº 16. Outsourcing on the Public Administration.

Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 09, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 93. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro W. de. *Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2014.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 27, p. 209, abr./jul. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 523.

FRIEDMAN, L. Thomas. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Tradução de Cristian Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Conrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

- LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 214.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.
- OLIVEIRA, Fernanda Sousa. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Prolegômenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. XVI, n. 31, enero-junio, 2013, pp. 189-201. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87628085011>>. Acesso em: 08 jan. 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BRAGA, Cristina Alves da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da terceirização no âmbito da Administração Pública. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 115-135, jan./mar. 2017.
