



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

VINICIUS GONÇALVES

**A POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

GUARAPUAVA

2018

VINICIUS GONÇALVES

**A POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia do Curso de Direito apresentada à Faculdade
Campo Real, como requisito para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador(a): Pedro A. Nunes

GUARAPUAVA

2018

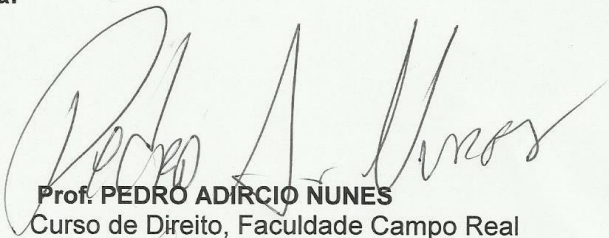
TERMO DE APROVAÇÃO

ALUNO: VINICIUS GONÇALVES

"A POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA"


100 (D62) Trabalho de Curso aprovado com nota como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade Campo Real, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientador (Presidente):



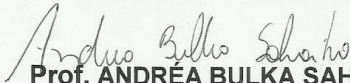
Prof. PEDRO ADIRCIO NUNES
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Membros:



Prof. ARLI PINTO DA SILVA
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Membros:



Prof. ANDRÉA BULKA SAHAIKO
Curso de Direito, Faculdade Campo Real

Guarapuava, 12 de julho de 2018.

A minha Mãe, A minha esposa e as minhas duas filhas que foram a minha base, que sempre estiveram presentes em todos os momentos da minha vida, que não me deixaram desistir, mesmo diante das dificuldades que a vida nos impôs. A minha vó (*in memoriam*), por todo o carinho, amor e educação a mim dedicados ao longo de sua vida.

AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO a Deus, pela Vida, Saúde e força que me sustentaram ao longo dessa jornada.

Ao meu orientador pelo auxílio, incentivo e apoio que foram de fundamental importância na elaboração deste trabalho.

A todos que de uma forma especial contribuíram para que este trabalho se concretizasse.

Esposa e Filhas, obrigado por tudo valeu a pena todas essas renúncias durante esses cinco anos. Essa vitória eu dedico a vocês.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar o que é terceirização sob um aspecto geral, abordando de forma específica suas principais características, que até então não era regulamentado por lei específica, e sim, apenas, pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Posteriormente com o advento da Lei 13.429/2017, uniformizou-se o entendimento sobre a terceirização na empresa, no entanto em relação ao ente público, deixou pontos obscuros que de forma implícita abrir-se-ia precedentes para a possibilidade da terceirização da atividade especializada, gerando, assim, reflexos tanto positivos no ponto de vista dos empregadores e gestores públicos devido a economicidade e a segurança jurídica e pontos negativos na visão da classe trabalhadora por temerem uma precariedade nas garantias trabalhistas. Quando o ente público terceiriza sua atividade-fim ou suas atividades funcionais presentes no plano de cargos, é configurado a terceirização ilícita, que viola os direitos trabalhistas, os princípios aplicados a administração pública e a constitucionalidade da realização do concurso público.

Palavras-Chave: Terceirização. Atividade-fim. Administração Pública. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this research is to demonstrate what outsourcing is under a general aspect, specifically addressing its main characteristics, which until now were not regulated by law, but only by the Supreme Court's Summary 331. Subsequently, with the advent of Law 13.429/2017, the understanding about outsourcing was standardized for companies, although it left obscure points in relation to public entities, that implicitly would open precedents for the possibility of outsourcing core activities, and therefore generating both positive effects from the point of view of employers and public managers – due to the economy and legal certainty – and negative points in the perspective of the employees because they fear precariousness in labor guarantees. When the public entity outsources its core activity, or its functional activities in the job plan, illegal outsourcing is configured, which violates labor rights, the principles of public administration and the constitutionality of the public tender.

Keywords: Outsourcing. Core activity. Public administration. Unconstitutionality

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

CF Constituição Federal da Republica

CLT Consolidação das Leis Trabalhistas

PL Projeto de Lei

TST Tribunal Superior do Trabalho

STF Supremo Tribunal Federal

MPT Ministério Público do Trabalho

DIEESE Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos

Sumário

1. INTRODUÇÃO	10
2. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	11
2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO	12
2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO	13
2.3 PONTOS CONTROVERSOS SOBRE A TEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO... ..	15
3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	18
3.1 LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	20
3.2 O CRITÉRIO DA ATIVIDADE MEIO E ATIVIDADE-FIM COMO PARÂMETRO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	23
3.3 PRINCÍPIOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	26
3.3.1 Princípio da Legalidade	27
3.3.2 Princípio da Impessoalidade	27
3.3.3 Princípios da Moralidade.....	28
3.3.4 Princípio da Publicidade	28
3.3.5 Princípio da Eficiência.....	29
4. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
4.1 SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	34
4.2 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS	38
5. CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

Busca-se demonstrar com este trabalho conceitos breves sobre as formas de alteração nas relações de trabalho, destacando a terceirização e, acima de tudo, fazendo uma análise da terceirização no âmbito da administração pública.

O fenômeno da terceirização da mão de obra modifica a relação empregatícia, porquanto, a relação de trabalho deixa de ser bilateral entre empregado e empregador, e passa a ser trilateral, inserindo um terceiro nessa relação, que será o prestador de serviços.

O cenário nacional vem sendo marcado por uma forte crise econômica e política, além de recentemente ter sido aprovada a reforma trabalhista. Muitas são as discussões acerca do assunto que até então não possuía regulamentação através de lei, e sim entendimento de tribunais através da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Mesmo com a regulamentação da terceirização, há certas controvérsias entre a tomadora e a prestadora de serviços, e no que tange a administração pública, há particularidades que, por sua vez, possuem tratamento diferenciado daquele dispensado as entidades privadas.

Nesta ideia, reside o tema central do trabalho no qual se realiza uma análise quanto a possibilidade da terceirização da atividade-fim no âmbito da administração pública. Quanto à metodologia utilizada, foi realizado estudo histórico e comparativo, através de doutrinas e posicionamentos de tribunais a respeito do tema, sendo o presente trabalho dividido em três capítulos, os quais seguem descritos.

No primeiro capítulo realizou-se uma abordagem da origem e evolução histórica da terceirização no Brasil e dos seus fatores positivos e negativos. No segundo capítulo foi abordado sobre as formas de terceirização no setor público, bem como os critérios de atividade meio e atividade-fim. E por fim, no terceiro capítulo foi abordado sobre a inconstitucionalidade da atividade-fim na administração pública e a aplicação da Súmula 331 do TST e os posicionamentos dos tribunais superiores acerca do tema.

2. TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

A terceirização no Brasil foi implantada nos meados dos anos 50, onde as empresas multinacionais produziam apenas o seu produto final e terceirizavam todas as demais atividades como os setores de limpeza e manutenção. Essas foram as primeiras atividades desse modelo de intermediação da mão de obra, diferente de hoje que pode ser terceirizado quase todos os tipos de tarefas (MARTINS,2009 p. 40).

Segundo Zaluar (2015 p.13) “a implantação do fenômeno da terceirização no Brasil é resultado de processo periódico gradual e incisivo de inserção do modelo toyotista de produção no país, sobretudo a partir dos anos 1990”.

Vale ressaltar dois modelos parecidos, porém com bases distintas que são o modelo toyotista e o modelo taylorista/fordista. Sendo que O primeiro se baseia pela ideia de horizontalizarão da empresa e o segundo pela verticalização.

Segundo (CORTEZ, 2015, p.14) a terceirização no Brasil resultou:

“não só da economia globalizada, das inovações e dos avanços tecnológicos (informática, robótica, microeletrônica, Microinformática, telecomunicações etc.), mas da necessidade de se encontrar uma resposta para o contexto macroeconômico de baixo crescimento do país, tudo isso somado ao abrandamento da rigidez de nossa legislação laboral pela Constituição Federal de 1988.(CORTEZ, 2015 p.14).

Até então, nota-se que o sistema de intermediação de mão de obra, foi um procedimento econômico fundamental para o desenvolvimento de vários países, inclusive no Brasil, que resultou em um maior crescimento das pequenas e médias empresas, aumentando a competitividade e reduzindo os custos de produção.

O professor Arion Sayão Romita crê que a intermediação da mão de obra é um fato irreversível, que acarretou muitos benefícios ao desenvolvimento da economia, sendo um caminho sem volta, pela forma que se desenvolveu ao longo do tempo e devido a sua universalização (ROMITA 2015, p.14).

No ramo do direito do trabalho, a terceirização no Brasil surgiu com o Decreto-lei nº. 5.452/43, que deu origem a CLT, que tem como previsão em seu artigo 445, caput, o contrato de subempregada. Houve a publicação da Lei 6.019/74,

que discorria sobre o trabalho temporário, como previsões específicas que fortaleceu a conceito de contratação de serviço temporário, sem vínculo direto empregatício, verticalizando essa terceirização.

Diante os fatos notados, as leis citadas acima fortaleceram, de forma indireta, a terceirização da atividade meio nas empresas, tornando-se licita a intermediação da mão de obra que visasse atender as funções horizontais da empresa. (MARTINS, 1997 p.20)

A jurisprudência seguiu por uma mesma linha. Inicialmente, com a Súmula 256 do Tribunal Superior do Trabalho que dispunha somente sobre o contrato de trabalho temporário e de vigilância, os quais poderiam ser terceirizado, e as demais formas de trabalho seriam ilícitas. Mais tarde houve revisão da súmula, e notou-se que a interpretação taxativa e restritiva caminharia para o retrocesso e freiamento dos ramos empresarias, o que resultou na edição da atual Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

2.1 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Após breve explanação de como a terceirização veio até o Brasil, vamos conceituá-la. Para (DIEESE 2007, p. 05): “Terceirização é um processo pelo qual uma empresa deixa de executar uma ou mais atividades realizadas por trabalhadores diretamente contratados e as transfere para outra empresa”.

De acordo com (FILHO 2015, p.16) se pode definir a terceirização como um método através do qual uma empresa que presta serviços (podendo ser denominada como terceirizada, contratada ou interposta), firma um contrato com outra empresa ou com a administração pública (essa denominada como empresa mãe, contratante ou tomadora de serviços), se comprometendo a executar os serviços nominados no contrato.

O mesmo autor ainda explica que, que nesse caso a empresa mãe pode transferir suas atividades não essenciais, as quais são chamadas de atividade-meio, e assim poder dedicar maior atenção a atividade principal, denominada como

atividade-fim. Portanto, o principal objetivo da terceirização é não precisar gastar tempo com atividades que não são tão essenciais e concentrar-se no resultado final do produto.

A terceirização, característica do capitalismo, pode variar em seu modo desenvolvimento, de acordo com o lugar onde acontece. No Brasil, em razão do atual contexto de globalização das economias, é contratada uma outra empresa para que esta realize serviços que antes eram feitos pela empresa mãe.

A terceirização é um termo brasileiro de nascença e sua utilização demonstra a real intenção do empresariado brasileiro no repasse à “terceiro”, no sentido de “outro”, da posição de empregador na relação empregatícia (e conseqüentemente da responsabilidade sobre os encargos e direitos trabalhistas) com seus empregados (CARELLI, 2014, p. 57).

Dessa forma, o autor destaca que o conceito de terceirização é utilizado pelo Direito do Trabalho para a verificação da existência da mesma, ou da mera intermediação de mão de obra, por este não ser permitida como regra.

Queiroz (1998) afirma que existe uma diferença entre a terceirização de serviços e a terceirização de mão de obra. Na primeira, empresa mãe compra pacotes de serviços previamente determinados de fornecedores especializados. Na segunda são adquiridas ou alugadas horas de horas de trabalho.

2.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização originou-se na década de 1940, momento em que os Estados Unidos fizeram aliança com os países europeus a fim de combater as forças nazistas e, mais tarde, o Japão. No decorrer da Segunda Guerra Mundial, houve a necessidade de aumento da capacidade de produção por parte das indústrias bélicas americanas, estas então passaram a transferir suas atividade para terceiros. Essa prática se fortaleceu na década de 1950, quando as lacunas deixadas pela Segunda Guerra Mundial fortaleceram o desenvolvimento da indústria (GIRARDI, 2006, p. 16).

No entanto, percebe-se que para alguns autores, a terceirização é um fenômeno que sempre existiu e nesse período ampliou sua utilização:

Na Europa, entre os séculos XVI e XVII, praticava-se o “putting-out system”, sistema de subcontratação onde o comerciante fornecia a lã, o tecido de lã ou o metal, e às vezes até as ferramentas, a trabalhadores habitantes no meio rural, retornando estes o material acabado ou semiacabado. E que a subcontratação teve como móvel contornar as regras da organização tradicional das profissões (Corporações de Ofício), já que os subcontratados (ou terceirizado da época) eram camponeses, fora do âmbito da estruturação urbana dos ofícios (CARELLI, 2014, p. 58).

Antes da Segunda Guerra Mundial já existiam atividades terceirizadas, mas não podemos conceitua-las como tal, uma vez que apenas passou a influenciar diretamente na sociedade após esse marco histórico e passou a fazer parte de estudos do Direito Social (MATIAS, 2016, p. 12).

Os primeiros passos do trabalho terceirizado no Brasil vieram juntamente com as empresas multinacionais por volta do ano de 1950, uma vez que estas se preocupavam apenas com o espírito do seu negócio. A indústria automobilística recebe os componentes dos veículos que fabrica, de outras fábricas, sendo assim considerado um exemplo de terceirização (SILVA, 2011, p. 97).

Iniciando com as empresas automobilísticas, a terceirização se fortaleceu com o aparecimento de empresas que prestavam serviço no ramo de conservação, limpeza e vigilância, levando assim esse modo de atuação para outros setores (SEKIDO, 2010, p. 10).

Até o início da década de 1960 a mão de obra terceirizada não era vista com bons olhos, mas em 1966, foram criados os Decretos-Leis nº 1.212 e 1.216 autorizando o serviço terceirizado para a segurança bancária, o que foi fundamental para o crescimento desse modelo de trabalho, se tornando amplamente conhecido no direito com a Lei nº 6.019/74, Lei do Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, sendo a primeira norma da terceirização.

Na década de 1970, com a terceira Revolução Industrial, a terceirização da produção e de prestação de serviço teve um grande crescimento, prolongando-se até os dias de hoje.

No final de 1980 e início da década de 1990, com a Constituição Federal de 1988 e a grande expansão da economia para o exterior, a qual passou a existir sem grande planejamento político, industrial e agrícola, foi aberto um campo ideal para a terceirização, uma vez que houve uma grande necessidade de aumentar a produção a fim de garantir a competitividade (SOARES, 2017 p.469).

2.3 PONTOS CONTROVERSOS SOBRE A TEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, prevê como direito fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa “III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Nessa mesma linha o artigo 7º da CRFB, dispõe acerca dos direitos sociais, quando diz: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (BRASIL, constituição 1988, p.11).

Como o trabalho é um direito da pessoa garantido por lei, é fundamental para a diminuição das desigualdades sociais, combatendo a pobreza, diretamente ligado ao desenvolvimento econômico da sociedade. A proteção ao trabalhador, como direito constitucional garante a essas pessoas o exercício da cidadania.

A Constituição de 1988 foi muito além, ao “fundamentalizar” os direitos sociais destinados ao homem trabalhador, concebendo-os como pressuposto ideológico e existencial do Estado Democrático, ao largo da reforma constitucional, e elevando-os a veículos de realização de valores fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como o “princípio do valor social do trabalho” e o princípio da “cidadania” (AMORIM, 2009, p.186).

Nesta lógica de raciocínio,(CACCIAMALI, 2015 p.4) acredita que:

“A ausência de regulamentação legislativa a respeito dos serviços que podem ser terceirizados aumenta a prática da terceirização na forma ilícita - não contidas na súmula 331 do TST, que pode ser considerada como a única ferramenta do empregado para garantia dos seus direitos. A segurança jurídica é um grande avanço para as empresas privadas e trabalhadores. As primeiras porque não se inibirão em subcontratar serviços, pois deixarão de correr riscos de serem processadas na JT por práticas consideradas indevidas; os segundos porque terão seus direitos garantidos, idênticos aos da CLT. Dois pontos merecem ser considerados. O primeiro é como se dará na prática a representação sindical dos trabalhadores terceirizados. O segundo é como a fiscalização (DRT) será exercida. Resultados positivos sobre essas possíveis restrições dependerão da organização dos trabalhadores terceirizados e do apoio que receberão das Centrais Sindicais.”(CACCIAMALI, 2015 p.4).

Observa-se que na opinião do empregador, há mais pontos positivos do que negativos alusivos à terceirização das atividades, em relação ao

que já foi mencionado, a diminuição de custos e o consecutivo aumento da produção são fatores essenciais para proteger o sistema da terceirização no ponto de vista do empregador.

A questão econômica foi a principal causa que influenciou a relação triangular da intermediação da mão de obra, interligado a necessidade da sociedade. Alguns acreditam que o modelo discutido irá tornar escassos os direitos fundamentais dos trabalhadores, contudo, outra parte acredita que a terceirização é de fundamental importância para o desenvolvimento, obtendo mais empregos e oportunidades a todos (SILVA 2015, p.73).

Em relação à perda de direitos dos trabalhadores terceirizados, se partirmos do princípio onde a intermediação da mão de obra é utilizada para diminuir custos, obviamente teremos violação dos direitos dos trabalhadores. Vale lembrar que a terceirização no Brasil jamais teve como propósito o aumento da qualidade da produção e muito menos da eficiência (CARELLI, 2014, p. 124).

Explica o autor abaixo, que o modelo de produção não teve preocupação com o bem estar do empregador, mas sim com o objetivo da diminuição de custos.

Que a subcontratação, no sistema toyotista, é feita com base na busca de melhoria da produção, o que se dá, portanto, em nível de reforço do modelo produtivo. Assim, a mera execução de uma tarefa, alheia à produção, se dá por contratação direta ou por empresa interposta, que serve somente para o fim de redução do custo daquela mão de obra, sem implicação alguma na capacidade produtiva, sequer tem a ver com o modelo Toyota de produção ou qualquer outro. Trata-se, unicamente, de técnica que potencializa a exploração da mão de obra (MAIOR, 2015, p. 12).

Nessa linha de pensamento, nota-se que a terceirização, não se atendo as necessidades básicas dos trabalhadores tampouco o seu bem estar, acabou por ser um modelo de exploração da mão da obra.

Em razão disso, acredita-se que esse fenômeno, deve ser mais bem discutido do ponto de vista social econômico e fazendo com que se tenha um equilíbrio no que tange a legalidade e licitude entre empregado e empregador. (CORTEZ, 2015, p 20).

Quando se fala em terceirização na Administração Pública, está sendo cada vez maior e mais notável a convivência de servidores concursados e estáveis ao lado de trabalhadores terceirizados, na maioria das vezes exercendo as mesmas

funções no trabalho, mas em questão de direitos e remuneração totalmente desiguais (MAIOR, 2015, p. 7).

Essa diferença no tratamento entre servidores efetivos e terceirizados, que exercem a mesma função, pode ser claramente vista na estabilidade. Enquanto o servidor público efetivo passa a ter estabilidade após três anos de efetivo exercício, podendo ser exonerado somente se sofrer sanção em processo administrativo disciplinar, o funcionário terceirizado, regido pela CLT e tem as mesmas garantias que qualquer empregado de uma empresa privada, ou seja, não possui estabilidade alguma (ABDALA, 2008, p. 20).

Dentre os prejuízos que os trabalhadores terceirizados possuem, um deles é a exclusão que sofrem em seus ambientes de trabalho. Enquanto os efetivos exaltam seu “status” de concursados, os terceirizados sofrem esse preconceito, ficando muitas vezes na mesma função no papel, mas na prática desempenham os trabalhos de menor importância (AMORIN, 2009, p.183).

O termo “terceirizado” é, algumas vezes, utilizado com menosprezo, na tentativa de rebaixar ou diminuir o trabalhador contratado por empresa interposta (MATIAS, 2016, p. 23).

Se quisermos mesmo buscar trazer cidadania pelo trabalho, não podemos deixar que haja tais tipos de segmentação dentro do ambiente laboral. O trabalho é o meio próprio para alcance da cidadania, e o seu tratamento cada vez mais longe desse sentido de entendimento do labor provoca a consciência da exploração que o trabalhador vem sofrendo pela forma de trato do trabalho atual (CARELLI, 2014, p.163).

Uma das consequências da terceirização é o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio-ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Ou seja, o trabalhador não consegue sentir-se parte integrante do seu local de trabalho (ARAGÃO, 2005, p. 107).

No serviço público existem atividades-fim que são de exclusiva responsabilidade dos servidores efetivos, pelo fato de exigirem grande comprometimento e responsabilidade. Com a terceirização, muitas vezes essas atividades são desenvolvidas por funcionários contratados, o que pode colocar em risco o desenvolvimento dessas tarefas e caracterizando exercício ilegal (AMORIN, 2009, p. 269).

Já para as empresas a terceirização pode ter o lado positivo, pois poderá concentrar seus recursos e esforços na sua própria área produtiva, na área em que é especializada, aprimorando a qualidade do produto e sua competitividade no mercado, tendo uma boa redução de custos, aumento do lucro, evitando desperdícios (MARTINS, 2001, p. 3).

Entre outros benefícios para a empresa, se pode destacar também a ocupação de menor espaço, já que parte do que fazia fora terceirizado, saindo da sede da empresa, diminuindo gastos com folha de pagamento, uma vez que não há mais a necessidade do mesmo número de funcionários. Ocorre a criação de novos empregos na terceirizada, conseqüentemente aumenta a arrecadação de impostos na área de serviços (GUIMARÃES, 2000, p. 74).

Ao se contratar uma empresa para desenvolver determinado trabalho é necessária a empresa está apta para realizar os serviços com competência. Nem sempre a terceirização é apenas vantagem para reduzir custos, se esta não realizar um bom trabalho pode afetar o prestígio e prejuízos para a empresa contratante (MARTINS, 2001, p. 6).

Desse modo se percebe que a terceirização beneficia as empresas e prejudica os trabalhadores. Enquanto as empresas buscam lucros privatizando a mão de obra e serviços, o trabalhador sofre com a falta de estabilidade, baixos salários, preconceito e até maiores jornadas de trabalho, redução de seus direitos trabalhistas (MACIEL, 2008, p. 136).

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Durante a década de 80, deu-se início a um processo de reforma na Administração pública no Brasil, com a finalidade de descentralizar a máquina pública administrativa, fazendo com que houvesse melhoria na eficiência e no atendimento à população. O surgimento da privatização teve como intuito a quebra no monopólio das atividades inerentes ao poder público e a delegação de serviços e a terceirização, como uma forma de escape das atividades acessórias relacionadas ao poder público (DI PIETRO, 2008, p.28).

A administração pública entendia que essa cooperação a economia não era a principal justificativa para o implemento da terceirização, mas também o rendimento pelo capital investido ao se procurar mão de obra especializada fora do âmbito interno do setor público e a redução de custos com a gestão dos serviços prestados (SOUTO, 2001, p.373).

Ramos (2001, p.40) trata de forma concisa o conceito da privatização colocando a terceirização no ramo do controle estatal.

Genericamente pode-se englobar no conceito amplo de privatização todo um conjunto de medidas adotadas com o objetivo de diminuir a influência do Estado na economia, ampliando a participação da iniciativa privada em uma série de atividades antes sob controle estatal. Essa concepção ampla abrange a venda de ativos do Estado, notadamente com a transferência do controle acionário de empresas estatais (desnacionalização); a desregulamentação, diminuindo a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a flexibilização das relações trabalhistas e a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão, permissão ou autorização de serviços públicos e a adoção, cada vez mais freqüente, de contratações externas (*contracting out*), com a celebração de ajustes para que a iniciativa privada desempenhe atividades no âmbito do setor público. Essas contratações têm sido, no direito brasileiro, denominadas de terceirização.

A gestão do serviço público ocorre de três formas, sendo elas, gestão estratégica, gestão operacional e execução material. A primeira é o gerenciamento de todos os recursos de uma organização para se alcançar objetivos e metas. A gestão operacional refere-se ao objetivo que cada departamento da organização deve desenvolver para a realização da atividade e a última ocorre pela forma de execução da atividade desenvolvida.

A descentralização por colaboração é realizada por concessão ou permissão de serviço, sendo que o poder público mantém a titularidade do serviço público, cujo exercício é repassado ao prestador. Na descentralização por serviços o poder público cria uma pessoa jurídica e indica a titularidade e a execução de serviço público mediante lei, como exemplos clássicos há a criação de entes da administração indireta, isto é, autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas.

No que tange a terceirização em sentido estrito, ela não é delegável a gestão estratégica nem operacional, apenas repassa a execução material da atividade a ser prestada.

Constata-se então que, acerca da terceirização, a Administração pública realiza a intermediação dos serviços para a sua devida execução material, mantendo, no entanto, a titularidade do serviço público, a qual é licita e legalmente atribuída ao setor público (RAMOS, 2001, p.44).

3.1 LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Como visto no capítulo anterior, a terceirização surgiu numa tentativa de solucionar o modelo de produção, na necessidade de redução de custos e uma emergencial necessidade de adaptação às novas necessidades do mercado. Sendo já uma prática utilizada no passado em grande número de atividades e passou a ser implantada no sistema de governo da Administração Pública (ABADALA, 2008, p. 27).

A terceirização teve seu desenvolvimento no decorrer dos anos no mercado de trabalho, na esfera pública e privada, mesmo sem uma regulamentação específica, inicialmente aplicada às atividades de conservação e limpeza (AMORIN, 2009, p. 187).

No ano de 1986, através do Tribunal Superior do Trabalho foi editada a Súmula nº 256 a qual buscava uniformizar a jurisprudência sobre essa prática, sendo que essa súmula foi revista e atualizada pela Súmula nº 331 no ano de 1993. No ano de 2011, a Súmula 331 teve revisão e alteração mais uma vez pelo Tribunal Superior do Trabalho. A Súmula 256 do TST tratava da terceirização como possibilidade excetiva de contratação de trabalho, e caso existisse algum problema na terceirização, de imediato se estabelecia vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

No decorrer do tempo a Súmula 256 do TST passou a ser insuficiente na prática da terceirização na realidade, sendo um exemplo é a sua aplicação na Administração Pública, uma vez que o artigo 37 da CF/88 diz que o acesso a cargos e empregos públicos só é possível através da realização de um concurso público.

Como resposta a essa insuficiência veio a Súmula 331 do TST determinando a responsabilidade subsidiária também aos “órgãos da administração

pública direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” no caso de irregularidade na prática da terceirização. Assim, a Súmula 331 “incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70”, em conformidade com a CF/88.42 Além disso, a Súmula 331 acrescentou a diferença entre atividade-meio e atividade-fim do tomador do serviço para caracterizar a licitude da terceirização.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou mudanças quanto ao entendimento da Súmula 331 a qual regulamenta a terceirização, essa regulamentação atingiu o trabalhador, uma vez que reduziu as garantias do trabalhador terceirizado que presta serviços ao Poder Público. Mais tarde, o Tribunal Superior do Trabalho modificou também as diretrizes da Súmula 331 reduzindo mais ainda as garantias do trabalhador.

O inciso IV da Súmula 331, TST, trazia a seguinte redação:

TST, Súmula 331, 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 n. 8.666 de 21-6- 1993). Redação determinada pela Resolução n. 96, de 11 de setembro de 2000.

Assim, a responsabilidade subsidiária era do tomador de serviços, mesmo que este pertencesse à Administração Pública, porém, o órgão tomador dos serviços deveria ter participado da relação processual e constasse no título executivo judicial. Isso fazia como que o trabalhador terceirizado que prestava serviços à Administração Pública tivesse seus direitos trabalhistas garantidos.

Posteriormente foi dada uma nova interpretação para a Súmula 331, a qual trouxe grandes discussões no TST, sendo então alterada a redação do inciso IV e acrescentados os incisos V e VI, sendo tal redação divulgada em maio de 2011.

TST, Súmula 331, IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento

das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Com a alteração da redação, o inciso IV da Súmula 331 do TST atribui à responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços. Assim, a Administração Pública não responde pelo simples inadimplemento do contrato frente às obrigações trabalhistas, mas sim, subsidiariamente, quando ela deixa de fiscalizar o contrato administrativo e, devido a isso, gera malefícios ao trabalhador.

Em relação a isso, inserido o inciso V da presente Súmula com a finalidade de tratar da responsabilidade dos entes da Administração Pública, como é mencionado pelo autor abaixo:

Os entes integrantes da Administração Pública só respondem subsidiariamente nas mesmas condições do inciso IV, caso tenham atuado com culpa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, com especial destaque para a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços na condição de empregadora (BORGES, 2006, p. 56).

Assim sendo, a simples inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada não acarreta responsabilidade a Administração Pública.

O inciso VI veio apenas para esclarecer até onde vai a responsabilidade subsidiária, em relação aos débitos trabalhistas do período da prestação dos serviços.

Nesse sentido se pode verificar que a crítica antes atribuída à antiga redação da Súmula 331, pode ser também aplicada à nova redação, uma vez que para a redução de custos da Administração Pública, foram reduzidas as garantias do trabalhador terceirizado.

A realização das tarefas pela Administração Pública pode ocorrer com seus próprios instrumentos, como previsto no artigo 6º, VII, da Lei 8.666/93, ou através da celebração de contratos administrativos com empresas privadas que fornecerão a mão-de-obra, os bens, os serviços e as obras necessárias para a realização do determinado trabalho, previsto no artigo 6º, VIII, da mesma lei, nessa segunda possibilidade ocorre a terceirização. (RAMOS, 2001, p.132).

O artigo 37, II, § 2º, CF/88, diz que o ingresso em cargo ou emprego público deve ser através de concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos em comissão que são de livre nomeação e livre exoneração. Para regularizar os trabalhos terceirizados, veio o inciso II da Súmula 331 do TST, a qual determina que a terceirização não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. Ainda, esse dispositivo estabelece que todo vínculo trabalhista direto firmado com a Administração Pública somente ocorre mediante a prestação de concurso público, e que não se admite nenhum vínculo definitivo na prestação de serviços terceirizados. (MARTINS, 2005, p.148).

Para Di Pietro (2008 p. 215) a terceirização nos serviços da Administração Pública recebe atenção do artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, no sentido de burlar os limites de despesas na folha de pagamento dos funcionários, previsto no artigo 169 da Constituição Federal.

Sobre a terceirização na Administração Pública, ainda não existe uma norma concreta na jurisprudência e na doutrina. Apenas existem entre os magistrados três posições interpretativas na doutrina.

A primeira posição diz que na ocorrência da terceirização ilícita em uma entidade estatal, não haverá caracterização de nenhum vínculo trabalhista com a Administração Pública e esta não será responsabilizada por qualquer dano sofrido pelo trabalhador.

A segunda posição ultrapassa a determinação da Constituição de 1988, quando não favorece demasiadamente a Administração Pública, ao dizer que a Administração Pública já está sendo beneficiada com o trabalho terceirizado.

A terceira posição é a que dá um maior equilíbrio comparando as duas anteriores. Com essa visão, a empresa que contratou o trabalhador é a principal responsável pelas obrigações trabalhistas contratadas e, em segundo plano a entidade da Administração Pública que tomou o serviço prestado. (RAMOS, 2001, p.134).

3.2 O CRITÉRIO DA ATIVIDADE MEIO E ATIVIDADE-FIM COMO PARÂMETRO DA TERCEIRIZAÇÃO.

A distinção entre atividades “meio” e “fim” é de fundamental importância para o Direito do Trabalho, eis que preme a si a licitude da terceirização e as responsabilidades do tomador de serviços.

Distingue-se a terceirização lícita da ilícita, segundo o autor a terceirização lícita é aquela que respeita as normas legais sem fraudar os direitos trabalhistas. A terceirização ilícita faz a locação permanente de mão de obra trazendo prejuízos nos direitos dos trabalhadores, ocorre quando o tomador de serviços contrata na atividade-fim, o que gera vínculo empregatício direto entre o trabalhador e o tomador (NASCIMENTO, 2013, p. 34).

O inciso I da súmula 331 do TST deixa claro que na terceirização ilícita, o responsável por todos os encargos trabalhistas que decorrem da contratação ilegal do trabalhador terceirizado é o tomador de serviços. Porém, “na realidade, tais conceitos de atividade-fim e atividade-meio não são jurídico-trabalhistas”. Ou seja, estas não surgiram do Direito do Trabalho (CASTRO, 2003, p. 5).

Atualmente se utiliza a atividade meio e a atividade-fim como critério para diferenciar a terceirização ilegal da legal.

A atividade meio pode ser considerada como aquela atividade que não compõe a atribuição principal da pessoa jurídica, ou seja, é necessário ao seu funcionamento, porém não tem relação direta com a atribuição principal da pessoa jurídica.

Garcia (2014, p. 357) define a atividade meio como: “é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe”.

Já a atividade-fim é aquela que se caracteriza como objeto principal da pessoa jurídica, geralmente consta na lei de criação da pessoa jurídica, no estatuto ou no contrato social.

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica

empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (DELGADO, 2005, p. 462).

Assim sendo a terceirização legal, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante permite admitir sejam contratadas pessoas jurídicas para a realização de atividades-meio, ou seja, atividades que não fazem parte da atividade principal da pessoa jurídica contratante.

De acordo com a Súmula 331 do TST a licitude da terceirização depende de dois requisitos que não podem se desprender, sendo o primeiro, a contratação de especializados ligados à atividade-meio do tomador, como limpeza e vigilância, e em segundo não pode haver pessoalidade e subordinação direta ao tomador.

Mesmo assim ainda existe um grande problema no Direito do Trabalho que é a dificuldade de distinção dos conceitos de atividade-fim e atividade-meio, pelo fato da grande complexidade e variedade dos processos de produção e prestação de serviços.

As atividades-fim são definidas como aquelas que constituem o núcleo do ramo de atividade do tomador de serviços, e as atividades meio como aquelas que servem de apoio à atividade principal, como exemplo, a alimentação aos empregados, transporte, limpeza entre outras. (DELGADO, 2004 p.51)

O que ocorre na prática das empresas é uma grande obscuridade na definição exata entre a atividade-meio e a atividade-fim, isso facilita as terceirizações ilícitas e dificulta até os processos judiciais decorrentes desse tipo de terceirização. (ABDALA, 1996 p.68) diz que não existe uma definição exata do que seja atividade-fim e atividade-meio, muitas vezes nos processos em juízo, ambas são confundidas, ficando a sua definição a critério do juiz.

Neste sentido, olhando pelo âmbito do trabalhador, podemos analisar a seguinte colocação:

[...] além da perda de direitos – por poucos que sejam os direitos de um contrato formalizado no Brasil – e da perda material-financeira, há uma perda moral, à medida que eles reconhecem, na condição de terceirizado, a ‘perda de respeito’, ‘perda de autoestima’, e ‘é muito sofrimento (DRUCK e BORGES, 2002, p. 122).

Até então, a terceirização era regulamentada sob a redação da súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho que, entre outras coisas, vetava o

desempenho de atividades fim, permitindo a sua atuação apenas nas atividades meios. Mas agora com o advento da Lei 13.429/2017 houve muitas discussões a respeito do assunto. Além disso, também há muitos questionamentos sobre as novas formas de contratação, pois se permite que o empregador atue de forma mais intensiva no mercado de trabalho (GARCIA, 2017 p.13).

Assim, a terceirização é compreendida como um fenômeno de avanço nas questões trabalhistas, onde a terceirização da atividade meio se solidificou com a súmula 331 do TST, que até então, tinha esta apenas como terceirização lícita, posteriormente com o advento da Lei 13.429/2017 passou-se então a ser possível a terceirização da atividade-fim no ramo empresarial. Onde é visto com bons olhos pelos empregadores e como um retrocesso para os empregados. E no que tange a administração pública, é necessário uma valoração dos interesses públicos envolvidos destacando os princípios relacionados a administração a fim de se otimizar os meios e obter resultados, além de dar transparência aos atos realizados.

3.3 PRINCÍPIOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Os princípios fundamentais que servem como base da Administração Pública, estão dispostos na Constituição República Federativa do Brasil de 1988 (art. 37) e demais leis do nosso ordenamento jurídico, de forma expressa ou implícita.

Segundo o Art. 37 da CRFB/88, como nota-se abaixo:

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.

Já a Lei nº 9.784/1999 versa sobre os processos administrativos no setor público federal, e traz no seu art. 2º um rol de princípios que norteiam a administração, tais como: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Em razão disso, diz que:

Os princípios administrativos são de observância obrigatória para todos os poderes, no exercício de atividades administrativas e em todas as esferas de governo: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, alcançado a Administração Direta e a Indireta (FRAGA, 2017, p. 4).

Pode ser mencionado também que a legislação acerca da terceirização não esgota totalmente o instituto, sendo necessária para o entendimento de sua utilização no setor público, uma análise conjunta dos princípios da administração pública, conforme será exposto abaixo.

3.3.1 Princípio da Legalidade

Este princípio é definido com um dos princípios base e é elencado genericamente no artigo 5º da Constituição Federal, que versa de direitos e garantias fundamentais: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Entretanto para o direito administrativo a legalidade é muito mais restrita e específica que a geral imposta pela Constituição.

O princípio da legalidade representa a consagração da ideia de que a administração pública só pode ser exercida conforme a lei, sendo a atividade administrativa conseguinte, sublegal ou infralegal, devendo restringir-se à expedição de comandos que assegurem a execução da lei” (PAULO & ALEXANDRINO, 2013 p. 190).

3.3.2 Princípio da Impessoalidade

Segundo Marcelo Alexandrino Vicente Paulo:

“A impessoalidade da atuação administrativa impede que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se a vontade da lei. Dessa forma, impedem perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados.

Qualquer ato praticado com o objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade” (ALEXANDRINO & VICENTE, 2013 p.192).

Em razão disso, afirma-se que o princípio da impessoalidade os atos praticados pelo Poder Público não irão priorizar interesses individuais, mas sim o interesse da coletividade, realizando o tratamento igualitário a todos onde a meritocracia prevalece.

3.3.3 Princípios da Moralidade

Segundo Fernanda Marinela o princípio da moralidade:

“Exige que a Administração Pública e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente. Esse princípio se relaciona com a ideia de honestidade, exigindo a estrita observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública” (MARINELA, 2015, p.73 e 74).

Pelo exposto acima, nota-se que os atos públicos devem seguir uma conduta ilibada de moral e boa-fé. E todo ato realizado com o propósito de causar dano ou deslealdade a moral e boa-fé, presume-se que violará a conduta deste princípio.

3.3.4 Princípio da Publicidade

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira o Princípio da Publicidade:

“ Impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2.o da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1.o da CRFB): o povo, único e verdadeiro titular do poder, deve conhecer os atos dos seus representantes. Quanto maior a transparência pública, maior será o controle social sobre os atos da Administração Pública e das entidades privadas que exercem atividades delegadas ou de relevância pública. ” (OLIVEIRA, 2013 p. 101, 102).

Assim, todo o ato administrativo deve ser tornar público, para que seja dada toda a transparência necessária para que se alcance todos os envolvidos.

3.3.5 Princípio da Eficiência

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira o princípio da eficiência:

“ Foi inserido no art. 37 da CRFB, por meio da EC 19/1998(...)A ideia de eficiência está intimamente relacionada com a necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere. Os agentes públicos tem o dever-poder de desempenharem a função pública de forma eficiente, com o intuito de satisfazerem as necessidades da população” (OLIVEIRA, 2013, página 112,113).

O princípio acima tem a sua função de demonstrar que a máquina pública deve prestar seus serviços com qualidade, empenho, buscando não realizar gastos desnecessários do dinheiro público, procurando sempre satisfazer o interesse público.

Diante disso, pode-se dizer que estes princípios são aplicáveis a terceirização na administração pública.

E assim, o concurso público evidencia a aplicação dos princípios da moralidade e impessoalidade, fazendo com que o pretendente ao ingresso na carreira pública tenha oportunidades através de seu mérito, diminuindo, assim, as chances de apadrinhamento daqueles que estão à frente da gestão do órgão público, subtraindo, portanto toda subjetividade, e tomando como parâmetro a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. (MELLO, 2013 p.120).

O princípio da impessoalidade veda que o setor público faça discriminações entre os administrados, com a finalidade de nem prejudicar tampouco beneficiar. Exaltando o princípio da igualdade, na forma de que o Estado observará a isonomia no trato com seus administrados que se enquadrem em iguais situações jurídicas.

Nesse sentido, a celebração de contratos com o objetivo de se obter mão obra, existe uma violação à norma prevista na carta magna de que a realização de concursos públicos devem ser através do meio buscado pelo estado que é oferecer serviços públicos de qualidade para seus administrados. (MEIRELLES, 2006 p.32).

Portanto, quando existe a interposição de concurso público através da administração, é constatado a violação de pelo menos três princípios constitucionais, os da legalidade, impessoalidade e moralidade, configurando a forma ilegal e inconstitucional do acesso ao cargo público, podendo incorrer no crime de improbidade devido ao ato ilícito de violação de boa-fé, ética e moral, cometido pela gestão pública (DI PIETRO, 2014 p.902).

Assim, temos os ensinamentos do referido autor:

A ideia de probidade (*probitate*) encontra-se arraigada à de ética e moral. Refere-se à possessão de certas qualidades morais e ao agir em harmonia com preceitos éticos-morais. Significa integridade de caráter, honradez e pundonor. Probo (*probu*) qualifica o que é honesto, justo, reto, honrado; é aquele que apresenta caráter íntegro, que cumpre seus deveres e é criterioso ao agir. Improbidade é o contrário, de sorte que a ação ímproba é desvestida de honestidade, de bom caráter, de boa-fé, de justiça, de retidão, enfim, de licitude (GOMES, 2012, p.56).

Consoante a isso, o art. 37, II da CF que prevê que a investidura em cargos públicos deve ser mediante aprovação em concurso público, sendo a terceirização uma alternativa de auxílio às atividades do Estado é de que os cargos públicos têm de ser providos mediante concurso, e até mesmo o Tribunal Superior do Trabalho já ratificou que a administração pública fica vedada de terceirizar seus serviços quando existe concurso em aberto para o completamente de vagas, mesmo que seja cadastro reserva, pois sendo de relevância a ementa julgada a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LIMINAR INDEFERIDA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO. Conforme vem decidindo está 1ª Turma, em sintonia com a jurisprudência do STF, não há falar em -cadastro reserva- quando o ente da administração pública mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, em detrimento da regra constitucional do concurso público. A concessão de liminar para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento em recurso de revista pressupõe a verossimilhança da alegação do autor e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do que dispõe o art. 558 do CPC, requisitos não demonstrados na espécie, autorizando o julgamento antecipado da medida cautelar. Agravo regimental a que se nega provimento, julgando improcedente o pedido formulado na medida cautelar.” (TST - AgR-Caulnom: 43242820115000000 - 4324-28.2011.5.00.0000, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 11/10/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011).

Diante disso, ao mesmo passe de Ramos, (2001, p.160) “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” mesmo que as previsões da Lei nº 8.666/93 sejam cumpridas com afinco e regularidade no processo de licitação.

Devido a isso, a terceirização afronta a obrigatoriedade da realização de concurso público, principalmente após a reforma trabalhista, em que a terceirização da atividade-fim passou a ser considerada licita na iniciativa privada e assim, abriu precedentes para se consumir na administração pública. No entanto, como há hierarquia entre as normas, deve ser respeitado a constituição federal e ser considerado que a via principal para o lotação das vagas no setor público, será o concurso.

4. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A carta magna de 1988 em seu artigo 37^o, inciso II, traz que:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1998).

No entanto, o ente público muitas vezes, precisando de mão de obra para atender serviços relevantes e urgentes, e não tendo como esperar a realização de um concurso público, utiliza-se do mecanismo da terceirização do serviço prestado.

Nessa linha, a Súmula 331, inciso II do TST, dispõe que: “a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional” (BRASIL, 2011).

Diante disso, Casar (2014, p.539) analisa que:

Desobedecido ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988 que dispõe que é nula a contratação do trabalhador, com base no parágrafo 2^o do

mesmo dispositivo constitucional. A administração pública pode terceirizar serviços, isto é, contratar terceiros, através de concessão e permissão.

Por meio da concessão a administração pública delega o serviço mediante um contrato de prazo estipulado e através de licitação na modalidade de concorrência, onde a concessionária/ empresa vencedora vai executar o serviço no setor público. Por meio do processo licitatório (edital, habilitação, classificação, homologação, adjudicação) a empresa demonstra a sua habilidade para o desempenho do serviço. O estado, por sua vez, fará suas exigências, e as empresas que farão o serviço, assumirão os seus riscos.

O artigo 2º, inciso IV, da Lei 8.987/1995 que versa sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos define permissão de serviço público como: “A delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o desempenho, por sua conta em risco” (BRASIL,1995). Pode-se afirmar que é precária, uma vez que há uma certa instabilidade de período de tempo de contrato firmado para o uso.

Dessa maneira, a lei acima mencionada dispõe em seu artigo 25, parágrafo 1º, que é permitido a concessionária contratar terceiros para a execução de atividades acessórias, desde que ausente qualquer relação jurídica entre o ente público e o trabalhador terceirizado.

Carvalho Filho (2017, p. 149/150) considera que:

No que concerne aos contratos de serviços, é oportuno tecer breve consideração sobre a terceirização de atividades pela Administração. É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas atividades-meio, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de terceirização lícita. Vedado se afigura, entretanto, que delegue atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão de obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores (terceirização ilícita).

Em relação a contratação de trabalhador terceirizado para exercer a atividade-fim na administração pública é vista como ilícita, como pode ser observada na jurisprudência abaixo:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE 1.

Entidade da Administração Pública que contrata empresa interposta para a prestação de serviços relacionados à sua atividade-fim promove terceirização ilícita. 2. Uma vez que é juridicamente inviável o reconhecimento de vínculo empregatício com o ente público tomador dos serviços (art. 37, II, da CF/88), responde ele solidariamente pelas obrigações decorrentes do contrato de trabalho havido entre o empregado e a empresa prestadora dos serviços, para a realização de atividades-fim. Incidência dos arts. 9º da CLT e 942 do Código Civil. 3. A constatação de fraude afasta a aplicação da Súmula nº 331 IV e V, do TST para efeito de responsabilidade meramente subsidiária, pois se cuida de hipótese diversa e muito mais grave que o mero inadimplemento contratual. 4. A existência de condenação subsidiária pelo TRT de origem e ausência de irresignação pela parte reclamante, entretanto, em observância à vedação da reforma para pior, impõe a manutenção da decisão recorrida. 5. Recurso de revista da Reclamada CEMIG de que não se conhece. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ISONOMIA 1. Conforme entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SbDI-1 do TST, a contratação de empregado, mediante empresa interposta, não enseja a formação de vínculo de emprego com entidade integrante da Administração Pública, mas não impede o reconhecimento de diferenças salariais decorrentes do princípio da isonomia, em virtude da aplicação, por analogia, do art. 12 da Lei nº 6.019/74, desde que presente a igualdade de funções. 2. Acórdão regional que se revela em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência do TST. Incidência da Súmula nº 333 do TST. 3. Recurso de revista da Reclamada ESEC de que não se conhece. (TST – RR: 16016820125030145, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 25/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015)

Entretanto, se tratando de terceirização na administração pública, o contrato deverá ser realizado com a prestadora de serviços, sempre prosseguindo de processo de licitação, formando assim o vínculo empregatício do empregado diretamente com a prestadora de serviços.

Para Moura (2014, p. 195):

A administração pública direta e indireta faz uso indiscriminado da terceirização de serviços, predominantemente pelas cooperativas de trabalho, como forma de burlar a exigência constitucional de realização de concurso público para a ocupação de cargo ou emprego público (art. 37, II, da CF).

Cassar (2014 p.550) considera que é regular a terceirização quando envolver a administração pública desde que contrate por licitação em caso de necessidade, sem que haja concurso público.

Com a entrada em vigor da Lei 13.429/2017, fica autorizada a terceirização da atividade-fim nas empresas, contudo a lei não traz nenhuma ressalva a respeito da terceirização da atividade no setor público, gerando assim várias discussões e interpretações em relação ao tema, destacando-se a questão

do concurso público, pelo fato da violação constitucional, as funções mais complexas e as de menor complexidade no âmbito público e o fato da diminuição de custos com a implementação da terceirização.

Por conseguinte, no que tange a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas, o ente público responde subsidiariamente se for comprovada a sua conduta culposa (culpa “*in eligendo e in vigilando*”) na fiscalização das obrigações contratuais e trabalhistas. Pois, se a administração pública comprovar que houve fiscalização por sua parte em relação a prestadora de serviços, ela se ausentará de sua responsabilidade.

Garcia (2015, p.199) diz que:

[...] é possível defender que a exclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública apenas se aplica quando esta tenha cumprido todos os preceitos das licitações e contratos administrativos, inclusive fiscalizando a empresa ou o ente prestador dos serviços contratados quanto ao regular adimplemento dos direitos trabalhistas. Nessa linha, conforme o caso em concreto, ainda se torna possível a responsabilização do ente público tomador dos serviços terceirizados, quando incorrer em dolo ou culpa na contratação e fiscalização da empresa prestadora, notadamente se demonstrada a omissão da Administração Pública no acompanhamento e na exigência da demonstração de regularidade e de quitação das verbas trabalhistas devidas aos empregados da empresa contratada

Assim, quando o tomador público contrata um intermediador de mão de obra, deve se atentar sobre sua idoneidade e fiscalizar o contrato, sob pena de ser responsabilizado pelo adimplemento trabalhista do intermediador.

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

4.1 SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em 1993, o TST editou nova súmula, a 331, que perdurou por muito tempo como sendo a única legislação que tratava sobre a terceirização no Brasil.

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 n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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 nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).

Entretanto, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do Art 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) com base na redação da súmula 331 do TST, no qual os ministros do tribunal Pleno do TST alteraram o texto do inciso IV e foi incluído os incisos V e VI, fazendo com que a aplicação da súmula fosse mais rigorosa nos casos referentes à Administração Pública, passando a ser da seguinte forma:

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 n. 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), 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 de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

A súmula 331 do TST veio com a finalidade de regular a terceirização de forma legal e contrapor alguns pontos em relação a terceirização ilícita, ou seja, a terceirização da atividade-fim até então, dispondo essencialmente sobre quatro

casos, sendo o trabalho temporário que é aquele prestado por uma pessoa a uma empresa para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou o acréscimo extraordinário de serviços, ou seja, a terceirização da atividade-fim fica permitido excepcionalmente no caso de trabalho de temporário, como nos serviços de vigilância, limpeza e demais serviços especializados (ALVES, 2015 p.26).

No entanto, as empresas responsáveis pela prestação de serviços especializados devem ter a capacitação específica naquele ramo de serviço, não podendo ser uma forma de simples contratação ou locação de mão de obra, mas sim de forma especializada.

Neste sentido, Godinho (2010 p. 442) traz o seguinte:

Excluídas as quatro situações-tipo que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro, quais sejam, a) contratação de trabalho temporário; b) atividades de vigilância; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts 2º, caput e 3º, caput, CLT) sem que esse tomador responda juridicamente, pela relação laboral estabelecida. (GODINHO, M. Delgado. Curso de Direito do Trabalho. 4º ed. P.442)

A falta de subordinação e pessoalidade são elementos essenciais para a terceirização ser lícita. E esses vínculos serão dos trabalhadores com a empresa prestadora de serviços, jamais com a tomadora. Uma vez que, se forem identificados esses elementos de subordinação e pessoalidade com a tomadora, será estabelecido o vínculo empregatício, desta forma ficaria caracterizado o vínculo empregatício com o funcionário e incidiriam as normas relacionadas à categoria de trabalho.

Para Moraes, (2003, p.101) a exigência de serviços especializados é como uma forma de filtrar a mera intermediação da mão de obra.

A exigência de serviços especializados impõe-se justamente para coibir a fraude. Dela decorre que a prestadora de serviços tem que ser uma empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha uma capacitação e uma organização para a realização do serviço que se propõe e, no caso de contratação indireta bipolar, que seja o prestador de serviços um especialista naquele mister. Disto decorre que o objeto do ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada e não o mero fornecimento de mão-de-obra. (MORAES, 2003, p.101).

Após a Súmula 331 do TST, se viu a necessidade de regular outra legislação que tivesse a finalidade de fiscalização e uniformização das questões de trabalho, com isso o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Instrução Normativa nº 3 de agosto de 1997.

Conforme a instrução acima, no seu art. 2º, § 1º, a prestadora de serviços:

A empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

Já a tomadora de serviços será empresa física ou jurídica de direito público ou privado com o objetivo de contratar os serviços da prestadora, sendo estabelecido que a tomadora e a contratada devem realizar tarefas diferentes e ter fins diferentes, e os empregados da primeira não estão subordinados ao poder diretivo, técnico e disciplinar da empresa contratante, e devem prestar a atividade específica para a qual foram contratadas (SILVA, 2002 p.65).

Não obstante, a regulamentação do enunciado 331 do TST é, muitas vezes, utilizado de forma irregular, com o objetivo de violar o preceito disposto na súmula, prejudicando a situação dos trabalhadores ligados a ele.

Segundo Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2006, p. 428), muitos são os malefícios da terceirização ilegal, na atividade-fim, dentre eles: violação ao princípio da isonomia, impossibilidade de acesso pelo trabalhador ao quadro de carreira, além da possibilidade fajuta de crescimento profissional.

E se for configurada a intensão da utilização desvirtuada da legislação trabalhista, o vínculo trabalhista será considerado diretamente com o terceirizado, conforme prevê o art. 9º da CLT, o qual menciona o princípio da primazia da realidade, fundamental no direito do trabalho. (BARROS, 2006, p. 428),

Tal princípio, as vezes, é retorcido, uma vez que o empregador se utilizam de má-fé tentando camuflar a o vínculo empregatício direto com a finalidade de se recusar dos encargos trabalhistas, gerando assim uma precariedade e uma pratica configurada ilícita.

Recentemente com a publicação da lei 13.429/2017, a Súmula 331 perdeu seu espaço no tocante as formas pertinentes à terceirização, e aquela passou a ser a principal legislação reguladora da terceirização no país, contudo há muitas controvérsias no campo jurídico, principalmente no que diz a respeito da possibilidade de pacificação do princípio constitucional do concurso público, e da inaplicabilidade da terceirização na Administração Pública.

4.2 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

No que se diz respeito a divisão da atividade meio e fim no âmbito da terceirização na administração pública, o julgamento do recurso de reconsideração por parte do Tribunal de Contas da União (TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara), tratou da seguinte forma:

No âmbito da administração pública, [a terceirização] é permitida com base no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei 8.666/1993. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, inciso VIII, e 10 dessa lei, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 343). 41. Entretanto, não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública. O decreto-lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, em seu artigo 10, §7º, já previa a possibilidade de terceirização para as tarefas executivas: § 7º para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. 42. A Constituição Federal de 1988, ademais, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (artigo 37, inciso II): (...) 43. A Carta Magna, em adição, determina que a administração pública de qualquer dos poderes e entes federados deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, caput). 44. Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público, em clara afronta aos princípios constantes do **caput**, do artigo 37, da carta política. 45. Buscando coibir a terceirização irregular, o chefe do poder executivo federal editou o decreto 2.271/1997, dispondo sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que, logo em seu artigo 1º, disciplina quais atividades podem ser terceirizadas: Art. 1º no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou

complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. 46. Essa norma regulamentar veda, portanto, a terceirização das atividades que correspondem à área de competência legal do órgão ou entidade e daquelas abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo, neste caso, expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo em extinção. As demais atividades, chamadas de acessórias, instrumentais ou complementares, poderão ser objeto de execução indireta. 47. Para as empresas estatais, apesar da falta de regulamentação, esta corte de contas aplica analogicamente o disposto no decreto 2.271/1997, a exemplo dos acórdãos 3.566/2008 – segunda câmara, 215/2008 – plenário, 1.141/2011 – primeira câmara e 2.132/2010 – plenário.

No mesmo pensamento acima, nota-se que a contratação sem a aprovação em concurso público, é inconstitucional, uma vez que há regulamentação no art. 37, II da CF/88. E mesmo que a prestação de serviços seja relacionado com a atividade meio, se faz necessário a realização do processo de licitação para garantir os pressupostos de impessoalidade pra não ser considerado fraude ao Art. 37, XXI da CF/88.

Um fator interessante quando tratado é o entendimento que o TCU tem em relação a substituição de funcionários concursados por terceirizados nas atividades especializadas, que segundo o Tribunal de Contas da União, e devidos a várias denúncias que ilegalidade, fizeram como que o governo criasse um cronograma de concursos com a finalidade de tentar minimizar o número de terceirizados na administração pública.

O tema abordado do aumento de funcionários concursados e a respectiva diminuição dos terceirizados deve ser tratado de forma a promover um equilíbrio, não somente nas despesas do estado, mas sim nos interesses das melhores condições de trabalho ofertadas e também e procurando a atender as necessidades da população e não do governo (GARCIA, 2010 p.383).

Com o advento da Lei 13.429/2017, há controvérsias em relação a aplicabilidade da terceirização no âmbito da administração pública, pelo que é disposto em seu art. 5º-A, “Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.”

Devido ao fato disposto acima, é que nasce o debate sobre a possibilidade da terceirização da atividade-fim no setor público, pelo fato considerado que qualquer um poderá contratar mediante terceirização, inclusive a administração pública, uma vez que não há vedação expressa na redação da lei (PAMPLONA FILHO, 2018, p.15).

Em contrapartida, a corrente majoritária defende que qualquer forma de interpretação como foi citada no parágrafo acima, seria de inconstitucionalidade, tendo em vista o afrontamento ao artigo 37, II da CF/88, o qual dispõe que é necessária a realização de concurso para a investidura em cargo público (ESTEFAM, 2018, p.10).

Ainda em relação a tocante lei, o que é mais aceito, analisado juntamente com a constituição federal não é principalmente o caso de inconstitucionalidade, mas sim de inaplicabilidade da forma de terceirização da atividade-fim na administração pública.

A Constituição Federal em relação a legislação em pauta é hierarquicamente superior, e somente uma ADI possibilitaria a lei extinguir o princípio do concurso público (ESTEFAM, 2018, p.11).

Além disso, a Lei nº 13.429/2017, além de ser silenciosa quanto a matéria, tem como objetivo a cadeia legal da regulamentação do trabalho temporário e da terceirização das empresas no âmbito privado. Destarte, a referida lei não foi instituída para a aplicação no âmbito do setor público, de forma que interferiria nas estatais na sua forma de ingresso conforme prevê o art. 37, II, da Carta Magna (SANTOS, 2017 p.33).

Perceber de forma diversa provocaria em inverter o princípio da legalidade no âmbito do setor público, visto que sua atuação deve ocorrer no alcance da lei, diversamente das relações privadas, que é admitido fazer tudo que não é vedado pela legislação.

A necessidade na forma de analisar as vedações expressas pela CF/88, e principalmente no que diz respeito ao concurso público ocorre da redação da própria CF, manifesta-se como ocasião anormal cuja explicação, não assemelha àquela mais correta. De forma a entender que acabaria por proceder no qual uma impossibilidade no qual uma regra infraconstitucional, além de ser omissiva, afrontar um preceito constitucional independente e autoaplicável.

A Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho sem confrontar o disposto na redação do art. 37, caput, II e § 2º, CF/88, por ser o ente do estado responsável subsidiariamente, junto da empresa prestadora dos serviços. (DELGADO, 2009 p.122).

A aplicação da Súmula 331, IV, do TST impõe à administração pública a responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas decorrentes da terceirização ilícita, fazendo com a relação do trabalhador terceirizado com o estado seja ínfima, e assim procurando atender as previsões do art. 37, II da CF/88. Dessa maneira, é instituída uma alternativa que acolhe à Constituição Federal e acata aos princípios *jus* trabalhistas, garantindo os direitos do trabalhador.

Helder Santos (2009) entende que, constatada a ilicitude da terceirização praticada pelo ente público em sua atividade-fim, torna-se impossível estabelecer o vínculo de emprego como medida de proteção do valor-trabalho, que é o caso da exigência do prévio concurso público. A impessoalidade no ato da licitação fica inserida na seleção da empresa prestadora quando da escolha do trabalhador. A ilicitude surge da invasão de competência estatal, sendo que a solução que melhor atende à medida proporcional dos princípios conflitantes é a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços entre o Poder Público e o particular. Mas com o reconhecimento da plena legitimidade dos vínculos de emprego mantidos entre o particular e seus empregados, e, por conseguinte, a imputação de responsabilidade patrimonial do Poder Público por eventuais verbas inadimplidas no período contratual (à luz da Súmula n. 331 do TST) não retira o direito de regresso contra o administrador público responsável pela contratação ilegal, em caso de dolo ou culpa (Constituição, art. 37, § 6º).

Este pensamento vem trazendo mais aderentes, sendo vários os posicionamentos que atribuem a responsabilidade pelos encargos trabalhistas resultados da terceirização ilícita. No qual são assegurados ao trabalhador terceirizado às mesmas garantias do servidor do quadro estável, fazendo que se mantenha de forma inalterada o vínculo empregatício com a tomadora e a prestadora de serviços. (AMORIM, 2009, p.231).

Sendo assim, destacam-se algumas ementas julgadas.

EMENTA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. TERCEIRIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, que trata de pessoal contratado por empresa interposta,

prestando serviços de pessoal, não eventual e mediante subordinação, executando tarefas relativas à atividade-fim da empresa tomadora, caracteriza a terceirização ilícita. Entendimento no item I da Súmula 331 do col. TST. Tomadora dos serviços da administração pública indireta é vedada o vínculo diretamente com a mesma (Súmula, 331, II/TST). Devidos a isonomia salarial e os benefícios próprios da categoria na qual o trabalhador presta serviços, aplicando-se analogicamente o art. 12, a, da Lei 6.019/74, fixa salário equitativo para o trabalho temporário, visando alcançar a isonomia consagrada pela Constituição Federal, mormente no art. 7º, XXXII. (MINAS GERAIS, 2009).

O seguinte Acórdão, também do TRT de Minas Gerais, segue a mesma linha de raciocínio.

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA “ISONOMIA” INSTITUIÇÃO BANCÁRIA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA” POSSIBILIDADE, que a locação de mão-de-obra em atividade inerente ao objeto econômico da empresa caracteriza terceirização ilícita, quando a instituição financeira não utilizou em tarefas acessórias. O fato de ser pessoa jurídica integrante da Administração Pública Indireta não causa óbice. O vínculo de emprego com empresa pública continua vinculado à aprovação em concurso, nos termos do inciso II do art. 37 da CLT. A constituição impede o vínculo de emprego, mas mantém ao trabalhador como os devidos benefícios. Incidência do princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, caput, da Constituição da República; do art. 9º da CLT, que visa desconstituir os atos que objetivem fraudar, desvirtuar ou impedir a aplicação dos preceitos trabalhistas e da aplicação analógica do art. 12, a, da Lei nº 6.019/74. (MINAS GERAIS, 2007).

O Tribunal Superior de Trabalho, igualmente vem seguindo o mesmo entendimento no acórdão:

RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ARTIGO 894, II, DA CLT. ISONOMIA SALARIAL ENTRE EMPREGADO DE EMPRESA TERCEIRIZADA E OS INTEGRANTES DA CATEGORIA PROFISSIONAL DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. Não gera vínculo para empresa da administração pública direta, indireta ou fundacional na contratação irregular de trabalhador por empresa interposta e também não afasta o direito do trabalhador terceirizado às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas ao trabalhador, empregado público, que cumpre função idêntica na tomadora, já que não é empregado apenas por força da terceirização. Precedentes da c. SDI-1. Recurso de embargos conhecido e provido (BRASIL, 2009).

Diante disso, é possível afirmar que os entendimentos dos Tribunais seguem a mesma linha de ação no que tange a terceirização no âmbito da administração pública, possivelmente respeitando o art. 37 da CF/88 de que investidura em cargo público se dá somente através de previa aprovação em concurso.

5. CONCLUSÃO

A terceirização é um fenômeno que está cada vez mais presente nas relações de trabalho e compreende, em síntese, na descentralização de serviços a um terceiro, tecnicamente capacitado a executar as atividades a si designadas.

O principal intuito da terceirização é dar uma maior celeridade e eficiência nas tarefas com, conseqüentemente, menor custo ao tomador de serviços, ou seja, o terceirizante.

Por um longo período tempo, esse fenômeno não possuía nenhuma lei que o regulamentasse, pois, desde 1994 tinha suas regras ditadas apenas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, surgiu então a necessidade de uma lei para preencher essa lacuna, com o propósito de trazer maior segurança jurídica nas relações trabalhistas.

E, conseqüentemente, surgiu o projeto de Lei 4.302/1998, que após pendurar por um período de quase vinte anos, foi aprovado e convertido na Lei 13.429/2017, esta veio com a finalidade de passar a ter uma uniformização no que tange a terceirização, passando a gerar reflexos tanto positivos como negativos nas relações de trabalho.

No ramo da Administração Pública, o artigo 10, §7º do Decreto- Lei nº 200/67, estabelece que a Administração Pública procurará desobrigar-se da execução das tarefas meramente acessórias, recorrendo, sempre que possível à execução indireta, desde que exista no âmbito privado alguém tecnicamente capacitado a desempenhar os encargos da execução a fim de impedir o crescimento desmensurado da máquina pública.

Sabe-se, pois, que o objetivo da terceirização no âmbito da Administração Pública é descentralizar suas tarefas não especializadas para um terceiro capacitado realizá-las. No entanto há muitas controvérsias no campo jurídico em relação a omissão na redação a Lei 13.429/2017, que não cuidou de tratar as

peculiaridades inerentes a terceirização no setor público, fazendo com que não haja uma autorização explícita, mas sim implícita.

Muito se tem discutido ainda sobre a precarização dos direitos dos trabalhadores, que por sua vez, na visão dos empregados, conforme já levantado anteriormente, não são respeitados o princípio da igualdade a todos, de forma que os terceirizados recebem menores salários e possuem maior jornada de trabalho além de não possuírem as mesmas garantias trabalhistas dos funcionários efetivos.

Por outro lado, diante da crise econômica e política que o país vivencia em todos os setores, tanto público como privado, os empregadores e gestores notam na terceirização da atividade especializada uma forma de diminuição de custos e maior segurança jurídica.

Nesse parâmetro, a Administração Pública deverá se respaldar na observância aos princípios a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como base primordial ao seu bom desenvolvimento, podendo terceirizar serviços tanto nas atividades meio como na fim quando houver norma explícita autorizando, como é o caso do Decreto Lei nº 200/1967 e o Decreto 2.271//1997 os quais são instrumentos legais que servem de base essa terceirização no âmbito da Administração pública.

Em relação a Possibilidade da Terceirização da atividade-fim, esta é prevista no Projeto de lei 4.330/2004, o qual encontra-se para apreciação do Senado Federal, que em tese é melhor para classe trabalhista em relação a lei 13.429/2017, por trazer benefícios aos trabalhadores e tratar de forma mais clara sobre as peculiaridades no que tange a regulamentação do fenômeno da terceirização.

Em conclusão, entende-se que a implementação do projeto de lei que viabiliza a terceirização, de muito não irá atingir a Administração Pública, uma vez que, esse, afronta o princípio constitucional do concurso público, previsto no Art. 37, II da Constituição Federal de 1988. Além de violar as garantias fundamentais retirando dos trabalhadores muitos de seus direitos, como se tem notado nas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS

____ – **O Processo de Terceirização e seus Efeitos sobre os Trabalhadores no Brasil**. dezembro de 2007 – Convênio SE/TEM nº. 04/2003, Processo nº 46010.001819/2003-27; 68 Disponível em:> <https://www.dieese.org.br/relatoriotecnico/2007/terceirizacao.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2018.

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

ABDALA, Vantuil. **Terceirização, anomia inadmissível**. *Revista do direito trabalhista*, v.15, n.2, p.18, fev., 2009.

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviços**. São Paulo: Revista LTr, 1996.

ALVES, Giovanni apud CORTEZ, Julpiano chaves. **Terceirização trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015, pg. 26.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. Editora Ltda. LTR. São Paulo, 2009.

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

BORGES, Lara Parreira de Faria. ORBIS: Revista Científica Volume 3, n. 1 2006. s.d. Disponível <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/126/126>. Acesso 18 Mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros**. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)>. Acesso em 13/04/2017.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como Intermediação de Mão de Obra**. Edição do autor, Copyright 2014: Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-comointermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>> Acesso em 17/10/2017.

CASTRO, Cláudio Dias. **Terceirização: atividade-meio e atividade-fim.** Jornal Trabalhista Consulex, Brasília, ano 20, n. 964, maio 2003.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Terceirização trabalhista.** São Paulo: LTr, 2015. pg. 16.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** 2.ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 9 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 414.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** Op. cit, p. 447.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIEESE, **A Situação do Trabalho no Brasil na Primeira Década dos Anos 2000.**

São Paulo 2012: Disponível em:

><http://www.dieese.org.br/livro/2012/livroSituacaoTrabalhoBrasil.pdf>> Acesso em: 20 out. 2017.

DRUCK, Graça & BORGES, Ângela. **Terceirização: balanço de uma década.** Cadernos CRH. Salvador, jul./dez., n 37, 2002.

FELIPE FAIWICHOW ,ESTEFAM. **A terceirização na administração pública.**

Disponível em: www.conjur.com.br/2018-mai-12/felipe-estefam-terceirizacao-administracao-publica. Acesso em 10/02/2018.

FURTADO, Ingrid de Souza. **Considerações sobre a terceirização.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 mar. 2012. Disponível em:

><http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35925&seo=1>> Acesso em: 19 dez. 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. **A relatividade da distinção entre atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à administração pública.** Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 383-397, jun. 2010. Disponível em: <http://dspace.xmlui/bitstream/item/13194/geicIC_FRM_0000_pdf .

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIRARDI, Dante. **A Terceirização como estratégia Competitiva nas Organizações.** Disponível em:

http://gelre.com.br/wpcontent/uploads/2016/01/Estudo_Terceirizacao.pdf. Acesso em: 20 out. 2017.

GODINHO, M. Delgado. **Curso de Direito do Trabalho.** 4º ed. P.442

Gomes, José Jairo. **Direito eleitoral**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 532).

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 7 edição São Paulo: Atlas, 2005.

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

MATIAS, Maria Stella Vidal. **Terceirização na administração pública: Reflexos nas relações trabalhistas a partir da década de 90**. Monografia em Políticas Públicas do Instituto de Educação de Angra dos Reis da Universidade Federal Fluminense: Angra dos Reis – RJ, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pg., 34.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2018. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2018-RODOLFO-PAMPLONA-FILHO.pdf . Acesso em 13/04/2018.

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

ROMITA, Arion Sayão apud CORTEZ, Julpiano Chaves. **Terceirização trabalhista**. São Paulo: LTr, 2015. pg. 14.

SANTOS, Lauro. **A terceirização a favor da empregabilidade**. Disponível em acreaovivo.com.br/.../a-terceirizacao-a-favor-da-empregabilidade...lauro...santos/2583> Acesso em: 16/02/2018.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane, **Terceirização na Administração Pública: A gestão e a fiscalização dos contratos**. Monografia publicada em 2010: Disponível em: > http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:61Oy8z_fjg0J:portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-doscontratos.htm+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 24/11/2011.

SILVA, Antônio Álvares. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Patrícia Pinheiro. **Terceirização nos Serviços Públicos**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 95-130: Disponível em: >
https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22336/005_silva.pdf?sequence=4> Acesso em: 12/03/2018.

SOARES, Janaina. **A terceirização ilícita de mão de obra através do desvirtuamento do Instituto das Cooperativas de Trabalho**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em:
www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional**. São Paulo, 29 de março de 2006. Disponível em:>
<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23113-23115-1-PB.pdf>> Acesso em: 15/10/2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
ZALUAR, Alba apud DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constiucionais da terceirização**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2015. pg. 13.