

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

**A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DO TRABALHO**

UBERLÂNDIA
2018

MATHEUS FELIPE SOUZA CARVALHO

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, como requisito básico pra a conclusão do Curso de Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Juliane Caravieri Martins

UBERLÂNDIA
2018

MATHEUS FELIPE SOUSA CARVALHO

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado na
Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, como
requisito básico pra a conclusão do Curso de Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Juliane Caravieri Martins
Orientadora

Professora Doutora Shirlei Silmara de Freitas Mello
Membro

Cicília Araújo Nunes
Membro

Primeiramente a Deus que concedeu o dom da racionalidade, em segundo aos meus pais por conceder oportunidade de estudar em toda e qualquer dificuldade, em terceiro a Prof^a. Dr^a. Juliane por me orientar, e a Alvina, que por diversas vezes ouviu pacientemente minhas lamentações, além de me mostrar a luz no fim do túnel.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a terceirização na administração pública, analisando os diálogos entre o Direito Administrativo e o Direito do trabalho. Enfoca-se nas mudanças ocasionadas pela Lei 13.429/17 (lei de terceirização) e os reflexos da regulamentação da terceirização da atividade fim na Administração pública e sua constitucionalidade, bem como a necessidade da realização do concurso Público.

PALAVRAS-CHAVES: Terceirização; Administração Pública; atividade meio e fim; Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze outsourcing in the public administration, analyzing the dialogues between Administrative Law and Labor Law. It focuses on the changes brought about by Law 13.429 / 17 (outsourcing law) and the consequences of the regulation of the outsourcing of the final activity in the Public Administration and its constitutionality, as well as the need to carry out the Public tender.

KEYWORDS: Outsourcing; Public administration; middle and end activity; Labor Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO	8
1.1 O surgimento do trabalho assalariado no capitalismo industrial.....	8
1.2 Conceito e limites da terceirização.....	12
1.3 Origens da terceirização.....	14
1.4 Evolução legislativa da terceirização no Brasil.....	17
2 A TERCEIRIZAÇÃO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	25
2.1 Os princípios da Administração Pública	26
2.1.1 Princípio da Legalidade	26
2.1.2 Princípio da Impessoalidade	29
2.1.3 Princípio da Moralidade.....	30
2.1.4 Princípio da Publicidade	31
2.1.5 Princípio da Eficiência	32
2.2 Funcionalidade do Serviço Público	34
2.3 Responsabilidade da Administração Pública sobre o Inadimplemento das Verbas Trabalhistas dos Trabalhadores Terceirizados	35
2.4 Da Inconstitucionalidade da Terceirização da Atividade Fim na Administração Pública	40
3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA.....	43
3.1 A Diferenciação entre Atividade Meio e Atividade Fim na Terceirização e as Alterações Oriundas da Reforma Trabalhista	44
3.2 O Contrato de Terceirização na Administração Pública	47
3.2.1 Características dos Contratos Administrativos	48
3.2.2 Formalização do Contrato Administrativo.....	49
3.2.3 Licitação	50

3.3 Licitação de Empresas Terceirizadas em Face da Necessidade de Contratação dos Servidores por Meio de Concursos Públicos	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Iremos analisar na presente pesquisa as condições da triangulação da terceirização na administração pública, no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho. Como objetivo principal, verificaremos a necessidade da terceirização da atividade fim na Administração Pública sob a ótica dos princípios administrativos e dos direitos fundamentais do trabalhador com a recente Lei 13.429/2017.

O primeiro capítulo trata dos aspectos históricos da terceirização. Esse tema foi um anseio de tempos do autor desta pesquisa em desvendar as origens da terceirização no mundo capitalista, iniciando sobre as relações de trabalho e o surgimento do assalariamento no capitalismo industrial. A pesquisa identificará os conceitos e limites da terceirização e toda a evolução legislativa sobre o tema no Brasil a partir do Decreto-Lei nº 200/1967 que foi o marco legal da descentralização e flexibilidade na Administração Pública brasileira.

O segundo capítulo aborda a terceirização em face dos princípios do Direito Administrativo que orientam os atos da Administração Pública, sendo analisada a funcionalidade dos serviços públicos, a responsabilidade da Administração Pública sobre o inadimplemento das verbas trabalhistas dos trabalhadores terceirizados e a constitucionalidade da terceirização no âmbito público.

Por fim, o terceiro capítulo abordará a terceirização da Administração Pública em face da reforma trabalhista, pontuando a triangulação entre a terceirização, a Administração Pública e o Direito do Trabalho. Esse capítulo abordará também os aspectos dos direitos sociais trabalhistas - direitos fundamentais – previstos na Constituição brasileira de 1988 com diversas opiniões de doutrinadores a respeito da terceirização na seara administrativa e nos órgãos públicos, bem como os contratos de terceirização na Administração Pública.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1 O surgimento do trabalho assalariado no capitalismo industrial

Durante toda a história da humanidade, as relações de trabalho sempre foram ponto chave para as grandes transformações sociais. O desenvolvimento político e sociológico influenciou na regulamentação das relações de trabalho, inclusive na quantificação monetária do salário, conforme a Lei da Oferta e Procura.

Trabalho pode ser definido como “qualquer atividade física ou intelectual, realizada por ser humano, cujo objetivo é fazer, transformar ou obter algo” ¹. Logo “Eis porque a prestação de trabalho e a contraprestação salarial constituem o binômio que o Direito do Trabalho leva em conta sob um duplo aspecto: aquela, de um ponto de vista social; esta econômico.”²

A princípio, o surgimento das relações de trabalho, juntamente com o pagamento de salários, foi determinado por razões econômicas e jurídicas, sendo seu marco a Revolução Industrial do século XVIII, com o conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia.

A expansão industrial e do comércio ocasionou a total substituição do trabalho servil pelo trabalho assalariado em larga escala, da mesma forma que o produto fabril sobrepôs à manufatura. Assim, fica explícito a interconexão entre economia e o trabalho desde o início do capitalismo.

Desta forma, o capitalismo considera o trabalho como qualquer outro produto ou mercadoria, tendo por si um valor expresso em moeda, que será acrescentado no valor final da mercadoria.

¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed., São Paulo: Forense, 1995. p. 199.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. – 26º ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

Quando o obreiro vende sua força de trabalho ao capitalista e recebe determinada soma de dinheiro, sob o aspecto de salário, a quantia recebida tem-se o pagamento do trabalho prestado. A força de trabalho será monetariamente avaliada, conforme a Lei de Oferta e Procura do sistema econômico, sendo totalmente proporcional ao valor de venda do produto final.

O Capitalismo Industrial alavancou grandes alterações sociais, fomentadas pelo fenômeno do êxodo rural, no qual, os indivíduos se deslocavam para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida.

O fenômeno de êxodo rural sem planejamento acarretou na superlotação dos centros urbanos que, até então, não possuíam estrutura física nem muito menos econômica para absorver todo esse novo contingente populacional.

O deslocamento exagerado de multidões aos centros urbanos no período da Revolução Industrial impulsionou grande desemprego que foi reforçado pelo Liberalismo Econômico da época.

Durante o referido período, a ordem social e econômica liberalista adotada pelo Estado não interferia nas relações de trabalho estabelecidas pelo capitalista ao trabalhador. Desta forma, a grande massa de trabalhadores, não possuindo alternativa para manter sua subsistência, agrilhoou-se ao regime de trabalho determinado pelos donos do capital.

Devido a abundante oferta de mão de obra, os capitalistas aproveitaram a situação para fixar salários irrisórios, que eram determinados de acordo com a jornada de horas trabalhadas, sendo que o capitalista efetuava o pagamento dos salários em períodos mensais.

Em face de tais fatos, surgiu o proletariado como classe social. Estes enfrentavam jornadas de trabalho de até 16 horas, recebiam salários de mínima relevância monetária e não possuíam nenhuma garantia trabalhista. Tal situação evidenciou o desenvolvimento da chamada questão operária.

Os proletários eram trabalhadores que prestavam serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tinham oportunidades de desenvolvimento intelectual,

habitavam em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tinham uma prole numerosa e ganhava salário em troca disso tudo³.

O surgimento dos sindicatos, neste período, revolucionou a luta por direitos trabalhistas, adquirindo forças políticas para buscar as totais mudanças almejadas neste período. Ademais, as conquistas auferidas na Europa se espalharam pelo mundo, tendo como exemplo a Constituição do México de 1917 e posteriormente a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919 após o fim da Primeira Guerra Mundial.

A partir de 1930, o Estado de Bem Estar Social, trouxe a ideia de que os indivíduos são dotados de direitos sociais, atuando em prol da garantia dos serviços públicos da proteção à população, fortalecendo, conseqüentemente, os direitos trabalhistas.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesta declaração consagrou valores básicos universais, a titularidade que toda pessoa humana possui de direitos iguais e inalienáveis.⁴

Nesta Declaração houve a incorporação do trabalho, enquanto direito humano, ao patrimônio jurídico da pessoa humana trabalhadora, in verbis:

- a) direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, inclusive com a proteção em caso de desemprego (artigo XXIII,1)
- b) direito a igual remuneração por igual trabalho sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, ainda, uma remuneração justa e satisfatória capaz de assegurar ao trabalhador e à sua família uma existência compatível com a dignidade humana (artigo XXIII, 2 e 3);
- c) toda pessoa tem direito a organizar e a ingressar em sindicatos (artigo XXIII, 4);
- d) além do trabalho, toda pessoa tem o direito ao repouso, ao lazer e às férias periódicas remuneradas, limitando-se de modo razoável as horas trabalhadas, no intuito de se garantir uma vida saudável e adequada (

³ NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*, p.36.

⁴ MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempo de globalização: perspectivas para a América Latina*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 62.

artigo XXIV);

e) toda pessoa tem direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios subsistência, garantindo-se um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis (artigo XXV, 1).⁵

Na segunda metade do Século XX, o Neoliberalismo tomou força, sendo a Inglaterra o primeiro país Europeu a deixar o Estado de Bem Estar Social. Foi implantada nova concepção entre capital e trabalho, tendo como prioridade o desenvolvimento tecnológico e econômico. Neste sentido, a Globalização e o neoliberalismo introduziram a política para flexibilização das relações de trabalho, no sentido de dar maior liberdade aos empregadores, sobrepondo o negociado *in pejus* sobre o legislado.

A flexibilização econômica e social, parece ser a mais importante questão das economias européias atingidas pela crise internacional. No conjunto das formas institucionais e jurídicas, relativas às relações de trabalho, é o meio privilegiado de lutar contra os sistemas rígidos que engendram custos insuportáveis na competição internacional.⁶

As políticas neoliberais ocasionam o crescimento exorbitante de determinadas empresas, que passam a atuar em grande parte do mercado internacional, utilizando a mão de obra de países subdesenvolvidos para reduzir os custos de produção. As conquistas sociais e trabalhistas anteriormente alcançadas perdem a cada dia mais força, pois o neoliberalismo fortalece as grandes empresas tornando os Países em desenvolvimento dependentes deste capital externo que impõem degradantes condições de trabalho.

Os ataques aos direitos trabalhistas retornam, embalados pelo neoliberalismo. Logo após a promulgação da Constituição 1988 teve início um processo de destruição desta Constituição pela via da interpretação. A Constituição passou por um processo de “depuração”

⁵ MARTINS, *Trabalho digno e direitos humanos em tempo de globalização: perspectivas para a América Latina*, p. 63.

⁶ BARROS JR. Cássio Mesquita. *Impacto das novas tecnologias no âmbito das relações individuais do trabalho*. Revista LTr 51-9/1.045-1.056.

neoliberal, pelo qual se tentou extirpar o conteúdo social da Constituição, notadamente no que se refere à eficácia e o alcance dos direitos trabalhistas.⁷

Os Neoliberalistas, baseados na bandeira da diminuição de custos para geração de empregos, fortaleceram-se e criou-se políticas para a flexibilidade das normas trabalhistas, o que culmina em aprofundamento do desemprego e desigualdades sociais, sendo extremamente complexo sopesar os prós e contras das mudanças ora trazidas.

A terceirização se insere no âmbito dessas políticas neoliberais de flexibilização das condições de trabalho, como será demonstrado a seguir.

1.2 Conceito e limites da terceirização

Inicialmente, ressalta-se que a terceirização é muito mais ampla do que aparenta ser. Seu conceito está ligado diretamente à contratação de serviços por uma empresa tomadora, a empresa intermediária (interposta), mediante um contrato de prestação de serviços. A relação de emprego se dará entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, não estando o trabalhador ligado diretamente ao contratante (tomador de serviços).

Segundo Godinho Delgado "pela ótica do Direito do Trabalho, a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente".⁸ A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro prestador de serviços que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este

⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *De novo a falácia da redução de direitos trabalhistas*. São Paulo, 22 de Maio de 2016. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/de-novo-a-falacia-da-reducao-de-direitos-trabalhistas>>. Acesso em: 17/04/2018.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr80, 2016. p. 487.

obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes. A empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido ⁹.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, a terceirização consiste “em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”¹⁰. Com isso, a empresa tomadora de serviço visa reduzir seus custos e aumentar sua produtividade, uma vez que também transferirá, para a entidade interveniente, a posição de empregadora, com, inicialmente, todas as responsabilidades trabalhistas decorrentes daquela relação.¹¹

Comungam do mesmo pensamento, Francisco Ferreira Jorge Neto e Gilberto de Quadros Pessoa Cavalcante tendo em vista que definem a terceirização como “o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las [...]”¹², tendo como aspecto positivo “a modernização da administração empresarial, com a redução de custos, aumento da produtividade e com a criação de novos métodos de gerenciamento da atividade produtiva” ¹³.

Alguns autores rechaçam a ideia de que a terceirização é a redução de custos para a empresa tomadora de serviço.

Segundo Rubens Ferreira de Castro cita sobre os custos da empresa tomadora de serviço.

A empresa prestadora de serviços terá a mesma quantidade de custos que a empresa tomadora, dentre os custos o treinamento de empregados, os encargos sociais, com mobilização de patrimônio e etc, desta forma, todos os custos da empresa prestadora deverão integrar o valor final a ser pago pela contratação de serviços, sem contar que a nova empresa irá estabelecer

⁹ *Ibidem*, p. 487.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed –São Paulo: LTr, 2009. p. 452.

¹¹ *Ibidem*, p.452.

¹² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 4 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1408.

¹³ *Ibidem*, p. 1408.

a margem de lucro dentro do preço final pago.¹⁴

Atualmente, a execução da atividade tida como finalística, ou seja, aquela atividade que a empresa para qual foi constituída, poderá ser transferida. Isso se deve à Lei nº13.467 aprovada em 2017, que considera a terceirização da atividade fim lícita.

A diferença entre a terceirização da atividade-meio e atividade-fim aparenta ser totalmente inteligível. Contudo, os critérios da distinção se mostram insuficientemente definidos, gerando ainda grandes margens para discussões acaloradas. Desta forma, quando tal discussão é trazida ao Poder Judiciário, o Magistrado deve adotar um critério objetivo para analisar o caso concreto e definir o que seria a atividade fim e a atividade meio, havendo muitas reformas sobre esta questão.

1.3 Origens da terceirização

O surgimento da terceirização ocorreu nos Estados Unidos da América após a eclosão da Segunda Guerra Mundial devido a necessidade das indústrias bélicas se concentrarem na produção de armamentos, acarretando na designação de determinadas atividades para empresas externas.

A Terceirização, assim entendida como a transferência a terceiros de atividades acessórias do processo produtivo das empresas, teria surgido nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, notadamente na indústria bélica, em decorrência da grande demanda por armamentos. Ainda no século XX, nas décadas de 50 e 60, a técnica teria sido introduzida no Brasil, por meio das empresas do setor automobilístico¹⁵.

¹⁴ CASTRO, Rubens Ferreira. *A terceirização no Direito do Trabalho*. – São Paulo: Malheiros, 2000. p.81.

¹⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. – São Paulo: LTr, 2001.

Tendo como fundamento a técnica de gestão administrativa e operacional, a terceirização continuou sendo adotada no pós-guerra. Foi aplicada por empresas mais atentas ao mercado em que atuavam, buscando maior eficiência no que produziam, a ampliação do seu público alvo, bem como a satisfação dos antigos e novos clientes.

As fábricas, seguindo o modelo Toyotista, se pulverizaram. A produção não mais se faz, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo a terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização apresenta-se, assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da grande empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas ¹⁶.

As empresas globalizadas, em sua maioria, possuem um grande número de obreiros com vários níveis hierárquicos, o que acarreta a demora na tomada de decisões. Desta forma, foi introduzido "*downsizing*", que é a redução dos níveis hierárquicos, enxugando o organograma e reduzindo o número dos cargos dentro das empresas.

Ademais, os empresários entenderam que a técnica de transferir atividades secundárias para outras empresas, seria a solução para evoluir sua atuação no mercado e reduzir, de forma significativa, os custos com mão de obra, focando os seus esforços nas atividades principais da empresa. O resultado dessa prática ficou conhecido como *outsourcing*, ou terceirização da empresa.

Atualmente, a terceirização está mais associada ao fenômeno da globalização da economia, marcada pela presença de grandes empresas multinacionais e por uma acirrada disputa por mercados consumidores. Nesse

p. 48- 49.

¹⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.70, p.119 - 129, 2004. Disponível em:< http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_terceiriza%C3%87%C3%83o_so_b_uma_perspectiva_humanista..pdf >. Acesso em: 17/04/2018. p. 1.

contexto, a busca por maior eficiência e a redução dos custos de produção tem sido fatores determinantes para as empresas na manutenção ou na conquista de novos mercados. Assim, ganha espaço o modelo empresarial baseado na racionalização do processo de produção e na redução da estrutura administrativa e de estoque, com a utilização de novas técnicas de produção e de administração, nas quais se insere a terceirização de atividades secundárias. Os avanços tecnológicos nas áreas de produção, transporte e comunicação têm contribuído para impulsionar a aplicação desse modelo no ambiente econômico presente.¹⁷

Para Marques "a terceirização é a transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa". Essa descentralização das atividades da empresa, segundo referidos autores, "decorre da necessidade de especialização e aperfeiçoamento das atividades, da redução de custos e do desenvolvimento de novas técnicas de administração para melhor gestão de negócios e aumento de produtividade".¹⁸

Na administração pública, a terceirização também está associada à eficiência e economia de recursos, refletindo possíveis mudanças que acontecem na sociedade. O agigantamento do Estado e das despesas públicas, a partir de meados do século XX, foi apontado como a causa dos principais males econômicos, tais como: inflação, estagnação e desemprego.

A partir da década de 1980, foram introduzidas reformas com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado, diminuindo sua presença em atividades econômicas, sobretudo por meio de privatização de empresas estatais e da concessão de serviços públicos à iniciativa privada. No esteio da desestatização, ganha impulso a terceirização na administração pública, caracterizada pela contratação de empresas privadas para a prestação de serviços, em substituição à execução direta por parte do setor público.¹⁹

No Brasil, o debate sobre a necessidade de reforma do Estado foi intenso na

¹⁷ RAMOS, *Terceirização na Administração Pública*, p. 32-39.

¹⁸ MARQUES, Fabíola. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas. 2007. p.24.

¹⁹ RAMOS, *Terceirização na Administração Pública*, p. 39-47.

primeira metade da década de 1990, quando as experiências dos países mais desenvolvidos já permitiam notar que nem sempre a retirada do Estado das atividades produtivas acarretava uma redução no tamanho do Estado, mas tão somente uma mudança em suas prioridades.²⁰

1.4 Evolução legislativa da terceirização no Brasil

O Decreto-Lei nº 200/1967 é apontado como marco legal da descentralização e flexibilidade da administração pública brasileira. Instituído durante o regime militar, o Decreto visava reduzir a burocracia estatal e o crescimento desmesurado do Estado. De acordo com o art. 10 do Decreto, “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, inclusive para a órbita privada, mediante contratos ou concessões (alínea “c” do § 1º). As décadas seguintes ao Decreto, no entanto, foram marcadas pela expansão da atuação do Estado na atividade produtiva do país, através da excessiva regulamentação da economia e pela forte proteção do mercado interno.²¹

Posteriormente, foi editada a Lei nº 5.645/1970 que especificou em atenção ao disposto no art.10 do Decreto-Lei nº 200/1967, as atividades a serem executadas preferencialmente de forma indireta.²²

O § 7º do art. 10 do Decreto-Lei n. 200/67 dispõe:

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,

²⁰ REZENDE, Fernando Antônio. *Finanças Públicas*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30-35.

²¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte. Fórum, 2017. p. 18

²² *Ibidem*, p. 18

na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.²³

O art. 3º da Lei 5.645/70, Parágrafo único dispõe:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.²⁴

Em 03 de janeiro de 1974, o governo federal sancionou a Lei 6.019, que trata do trabalho temporário no âmbito privado.

Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 1o O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2o O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1o deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 3o (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 4o Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação

²³ BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

²⁴ BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).²⁵

Essa lei estabelece uma nova relação de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, uma relação trilateral, da qual participam o empregado, contratado por tempo determinado, a empresa de trabalho temporário²⁶ e a empresa tomadora de serviços.

Através da Lei 7.102/83 foi introduzida, no âmbito privado, a hipótese de terceirização permanente de serviços.²⁷

Segundo Delgado os efeitos dessa lei, no entanto, foram bastante restritos, na medida em que, no começo, autorizava apenas a terceirização de profissionais da categoria dos vigilantes do setor bancário da economia. Posteriormente, com o advento da Lei n. 8.863/94, alargou-se o âmbito de atuação da segurança para pessoas físicas na hipótese de terceirização.²⁸

²⁵ BRASIL. Lei nº 6019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6019.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

²⁶ O trabalho temporário não deixa de ser uma forma de terceirização, pois nele interagem três agentes. Porém ele distingue-se desse instituto por ser de caráter determinado, não contínuo.

²⁷ BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em: 10/06/2018.

²⁸ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, p. 431.

Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.²⁹

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da livre concorrência na economia, baseada na livre iniciativa (art. 170), e estabeleceu que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173). No entanto, o mercado continuou fortemente regulado e protegido pelo Estado.

Os limites da Carta Magna ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórias da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1, III, combinado com o art. 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3, IV).³⁰

Além disso, nas atividades econômicas em que já atuava, o Estado continuou presente; pelo menos até o início da década de 1990, quando foi iniciado o Programa Nacional de Desestatização pelo governo de Fernando Collor de Mello.

A Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, ou Lei de Licitações, disciplinou as normas gerais de licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos entes públicos.³¹

²⁹ DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 431.

³⁰ *Ibidem*, p. 431.

³¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição

Tal lei dispôs que toda compra de bens e serviços no serviço público seria por licitação pública, inclusive a contratação de serviços terceirizados, ou seja, todas as contratações de empresas prestadoras de serviços se dariam mediante o procedimento licitatório pertinente, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes e a lisura da contratada.

O momento vivido pelo país era de crise política agregada à crise econômica persistente até que, em 1994, no governo de Itamar Franco, foi implantado o Plano Real que propiciou a estabilização monetária. Em 1995, já no governo de Fernando Henrique Cardoso, foi aprovado e implantado o Plano Diretor da Reforma do Estado. Essa reforma visava solucionar quatro problemas: delimitar o tamanho do Estado; redefinir o papel regulador do Estado; recuperar a capacidade financeira e administrativa do governo e assegurar a governabilidade.³²

Na delimitação do tamanho do Estado estavam previstas ações envolvendo a privatização de empresas estatais e a terceirização das atividades consideradas auxiliares ou de apoio, tais como os serviços de limpeza, vigilância, transporte, serviços técnicos de informática e processamento de dados, etc. Segundo este Plano Diretor, tais serviços deveriam em princípio ser terceirizados, ou seja, seriam contratados com terceiros mediante licitação pública, pois, sendo serviços de mercado, passariam a ser realizados competitivamente, com substancial economia para o setor público.³³

As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeirarem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. E que não poderão ser objeto de execução indireta as atividades

Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

³² RIBEIRO, Fernando José da S.P (organizador); BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier; et al. Economia brasileira no período 1987-2013: relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea – Brasília : IPEA, 2015. p.107 a 130.

³³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 1990: lógica e mecanismos de controle. In: Cadernos MARE da Reforma do Estado. vol. 1. Brasília, Ministério da Administração e da Reforma do Estado: 1997. p. 6, 21 e 28.

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.³⁴

O Plano de Reforma do Estado também propôs uma nova política de recursos humanos. Pela nova política, o recrutamento de novos servidores seria orientado para a priorização do provimento de cargos nas áreas de formulação de políticas e nas funções típicas de Estado, evitando-se o preenchimento de vagas para atividades de menor qualificação e em áreas de apoio administrativo.³⁵

A principal justificativa era que o avanço da informatização e a revisão de rotinas e procedimentos em algumas atividades permitiam a extinção de cargos ou exigiam a reestruturação de atribuições.

É válido ressaltar, que a Instrução Normativa n.18/MARE, de 1997, além de dispor que os serviços contratados deveriam ser executados de forma indireta e contínua, definiu regras bem específicas para a contratação dos serviços de vigilância, limpeza e conservação.³⁶

O crescimento da terceirização no setor público brasileiro foi notado por Vieira, ao reconhecer que, embora já fosse possível desde 1967, com o Decreto-Lei nº 200, a terceirização cresceu mais rapidamente na década de 1990, após a aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. A nova política de recursos humanos também mereceu a atenção da autora. Vieira comenta que o Plano teve como política de pessoal a criação de novas carreiras de nível superior e a extinção de cargos de nível médio e intermediário, sendo que a demanda pelos serviços inerentes aos cargos extintos passou a ser suprida por meio de contratos

³⁴ Art. 1, § 1º e § 2º do decreto nº 2271. BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 18/05/2018.

³⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. A Nova política de recursos humanos. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 46.

³⁶ JACOBY FERNANDES, *Terceirização*: Legislação, doutrina e jurisprudência, p.18.

de terceirização.³⁷

O avanço da terceirização na administração pública foi alvo de críticas dos doutrinadores do direito administrativo. Di Pietro faz ressalva às contratações de serviços envolvendo a alocação de mão-de-obra. Segundo ela, tais contratos são celebrados como sendo de prestação de serviços técnicos especializados, de modo a assegurar uma aparência de legalidade, quando, na realidade, não há a prestação de serviços por parte da empresa contratada, que se limita apenas a fornecer mão-de-obra para o Estado. Para Di Pietro, esses contratos são manifestamente ilegais, por corresponderem a uma falsa terceirização, com a intenção de burlar a exigência constitucional de concurso público, favorecendo o apadrinhamento político e contrariando o interesse público.³⁸

Em 2002, foi aprovada a lei 10.520, que institui no âmbito dos municípios, dos Estados e da União, até então uma nova modalidade de licitação, sendo denominada de pregão, para aquisição de bens e serviços:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.³⁹

É válido ressaltar que o pregão é um aperfeiçoamento do regime de licitações para a Administração Pública Federal. Pregão pode ser adotado para os mesmos tipos de compras e contratações realizadas por meio das modalidades concorrência, tomada de preços e convite. Podem ser adquiridos por meio de pregão os bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente

³⁷ VIEIRA, Antonieta Pereira et al. *Gestão de Contratos de Terceirização*: na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 119

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 11.ed. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 177-178.

³⁹ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10520.htm.

definidos por edital, por meio de especificações de uso corrente no mercado. Incluem-se nesta categoria as peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, combustíveis, material de escritório e serviços, tais como limpeza, vigilância, conservação, locação e manutenção de equipamentos, agenciamento de viagem, vale-refeição, bens e serviços de informática, transporte e seguro saúde.

Com o fim do governo de Fernando Henrique Cardoso, o Poder Executivo Federal passou a ser chefiado, a partir de 2003, por Luiz Inácio Lula da Silva. Desde então, ocorrendo o maior período de eclosão da Terceirização. Segundo estudos da própria CUT (Central Única dos Trabalhadores), adveio o crescimento de 300% entre 2003 à 2013, sendo de 3,8 milhões de terceirizados no início de 2003 e alcançando a incrível marca 12,8 milhões ao final de 2013.⁴⁰

Aos devidos fins, em 2004 que a Administração Pública PL 4330/2004, que propôs a licitude da terceirização da atividade fim no meio público e privado. Deve ser ressaltado que a referida PL não prosperou.⁴¹

Em maio de 2008, foi publicada a IN nº 02/2008, tendo por objetivo regulamentar a contratação de serviços pela Administração Pública, sendo tais serviços continuados ou não. A IN supriu a ausência de regras específicas sobre a organização e o acompanhamento das contratações dos serviços terceirizados pelo poder Público.⁴²

Com o Governo de Michel Temer, foi aprovada a Lei 13429/2017 que alterou de forma significativa a Lei 6.019/73 já supracitada. A nova lei que regulamente a terceirização coloca fim a ilicitude de se terceirizar a atividade fim no meio público e privado.⁴³

⁴⁰CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES . Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. – São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

⁴¹BRASIL. Projeto de Lei nº 4330, de 26 de outubro de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 18/06/2018.

⁴² JACOBY FERNANDES, *Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência*, p. 19.

⁴³ 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

2 A TERCEIRIZAÇÃO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar de a Administração Pública buscar cumprir seu papel de reduzir o tamanho da máquina administrativa, este tipo de contratação com essas condições vai de encontro aos Direitos fundamentais preceituados na Carta Magna. Porém são normas imperativas que devem obrigatoriamente ser obedecidas por todos os Estados. Fere também o princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido preceitua a doutrina de Di Pietro que cita em sua obra: “*Nem tudo que é legal é honesto*”. Conforme a autora percebe-se que o Estado torna legal aquilo que é desonesto.⁴⁴

Desta forma, é indispensável os devidos esclarecimentos sobre o que é Estado, mesmo seja impossível encontrar um devido conceito que satisfaça todas as correntes doutrinárias.

A denominação de Estado (do latim status = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada a sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, statodi Firenze. Durante os séculos xvi e xvii a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, é indicado uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não reduz uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome de Estado só pode ser aplicado como propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas. A maioria dos autores, no entanto admitindo

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>. Acesso em: 05/06/2018.

⁴⁴ DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, p. 75.

que a sociedade ora denominada Estado é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora como nomes diversos, dá essa designação a *todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fizeram as regras de convivência de seus membros.*⁴⁵

O Estado por ser um ente extremamente complexo, é abordado em inúmeros aspectos, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza. Desta forma, a palavra Estado pode ser usada em tantos sentidos, que sem o devido conceito esclarecedor, fica inviável a descoberta de qual o seu verdadeiro sentido.

Desta forma, o Estado aqui se refere como uma institucionalização de poder, que é regulada e limitada pelo Direito integrada a um território.

2.1 Os princípios da Administração Pública

Para analisar a terceirização na Administração Pública, faz se necessário o estudo dos princípios que a regem a fim de verificar sua correlação (ou não) com aquele instituto recém regulado no direito do trabalho.

2.1.1 Princípio da Legalidade

Inicialmente, este princípio deve ser ressaltado como o mais importante da Administração Pública, sendo a representação da vontade popular frente a mesma. Segundo Alexandre Mazza, o princípio da Legalidade deriva vários outros princípios tais como: finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.⁴⁶

O Princípio da legalidade pode ser considerado simultaneamente como garantia e limite, visto que limita a atuação da Administração Pública em razão de só poder atuar com base na lei, ao mesmo tempo será uma garantia ao popular, em

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24. ed – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51.

⁴⁶ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo* – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76

razão de que a Administração Pública deve cumprir as exigências que estão expressamente previstas na Lei. Ademais, se as exigências não estiverem em conformidade com as normas jurídicas, tais obrigações serão inválidas e, portanto, estarão sujeitas a um controle externo, seja do Tribunal de Contas, do Poder Judiciário, etc.

O princípio da legalidade estabelece que o exercício da função administrativa não pode ser regulada pela vontade do Administrador ou dos agentes públicos, mesmo que sua vontade seja do interesse público, ou seja, todos os atos públicos devem agir segundo a lei, em conformidade com o que estipula a lei. Outrossim, o particular está autorizado a praticar qualquer ato, desde que, tal ato não esteja proibido em lei.

Hely Lopes Meirelles define:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.⁴⁷

Celso Ribeiro Bastos define:

Este princípio entronca-se com a própria noção de Estado de Direito. Embora este não se confunda com a lei, não se pode negar, todavia, que constitui uma das suas expressões basilares. É na legalidade que os indivíduos encontram o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. – São Paulo: Malheiros, 2013. p. 90.

à proteção do administrado em relação ao abuso de poder. O princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar.⁴⁸

Na Administração Pública, não há espaço para liberdades e vontades particulares, o agente público deve sempre agir com a finalidade de atingir o bem comum, os interesses públicos, e segundo àquilo que a lei lhe impõe, só podendo agir *secundum legem*. Enquanto no âmbito das relações entre particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da autonomia da vontade), na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades, ou seja a lei define como ele deve agir.

José dos Santos Carvalho Filho define:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita

[...]

O princípio da legalidade é considerado pelo Direito Constitucional como uma das maiores conquistas do povo, porque a legalidade é, na verdade, uma barreira protetora que os particulares têm em relação à Administração. É de se notar que a Administração atua em nossas vidas com poderes muito grandes, e se não houvesse o princípio da legalidade, a máquina administrativa poderia ser utilizada sem qualquer controle e sem a devida atenção que o interesse público merece. Assim esse princípio representa um escudo para que a Administração não abuse dos seus poderes.⁴⁹

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

⁴⁹ CARVALHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

2.1.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade exalta o interesse público, pois estabelece a imparcialidade, impedindo promoções pessoais de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. A relação da impessoalidade com a noção de finalidade pública é indiscutível.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal". E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal .⁵⁰

De acordo com Alexandre Mazza a impessoalidade possui outro aspecto importante. A atuação dos agentes públicos é imputada ao Estado, significando um agir impessoal da Administração. Assim, as realizações não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas à pessoa jurídica estatal a que estiver ligado. Por isso que, em regra, a responsabilidade pela reparação de danos causados no exercício regular da função administrativa é do Estado, e não do agente que realizou a conduta.⁵¹

O princípio da impessoalidade no ordenamento pátrio objetiva trazer à sociedade a segurança jurídica em relação à administração pública, procurando sempre colocar em primeiro lugar o interesse público da população, tendo diversas garantias garantindo a igualdade e deixando impedido qualquer tipo de imparcialidade. O princípio da impessoalidade busca, portanto, coibir qualquer tipo de atuação arbitrária do administrador assim como o dos seus agentes, deixando sempre em primeiro lugar o atendimento ao interesse público.

⁵⁰ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.93.

⁵¹ MAZZA, *Manual de Direito Administrativo*, p. 83.

2.1.3 Princípio da Moralidade

Existe grande diversidade de teorias que buscam explicar o Princípio da Moralidade, inter-relacionando-o com as normas morais e jurídicas. Dentre as várias teorias, a teoria do mínimo ético defendida pelo inglês Jeremias Bentham é a mais conhecida, em razão de defender que as regras jurídicas tem a função principal de reforçar a exigibilidade de preceitos éticos básicos, isto é, o Direito seria parte de um profundo e amplo conjunto de normativos sociais pertencentes a moral.⁵²

Por sua vez, Hans Kelsen defendia a teoria dos círculos independentes, sustentando a desvinculação total entre Direito e Moral, estabelecendo conjuntos diferentes de regras sociais. Ao criar novas regras jurídicas, o legislador não estaria obrigado a compatibilizá-las com os padrões da moralidade vigente na sociedade.⁵³

Na constituição de 1988, há em no mínimo três oportunidades, a imposição aos agentes públicos do dever da aplicabilidade da moralidade administrativa.

O art. 5º, inciso LXXIII, autoriza a propositura de ação popular contra qualquer ato lesivo à moralidade administrativa, pois:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.⁵⁴

Ademais, o art. 37, *caput*, exalta a moralidade como princípio fundamental aplicável à Administração Pública, in verbis: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

⁵² REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

⁵³ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁴ BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04/03/2018.

Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".⁵⁵

Ainda o art. 85, inciso V, prevê o crime de responsabilidade do Presidente da República para os atos que atentarem contra a "probidade na administração". Desta forma, está devidamente contatado que a moralidade administrativa possui requisito de validade do ato administrativo.⁵⁶

Conforme indica Helly Lopes Meireles, "O Agente administrativo... ao atuar não pode desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto...mas também entre o honesto e o desonesto".⁵⁷

Deste modo, é entendido como preceito básico ao agente da administração pública agir moralmente, seguindo os padrões de conduta que sejam considerados moralmente honestos e justos, em razão da relevância coletiva de qualquer ato. Assim, é de fundamental importância respeitar não somente a legalidade, mas também haver embasamento moral nos atos administrativos.

2.1.4 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade pode ser definido como a divulgação oficial dos atos administrativos. Deste modo, ele se enquadra no contexto geral de livre acesso dos indivíduos as informações relativas à Administração Pública, evidenciando a transparência dos atos administrativos.

As doutrinas nacionais evidenciam que o Princípio da Publicidade é dever de aplicação hodierna no Direito Administrativo, pois os agentes públicos atuam na defesa dos interesses da coletividade, proibindo condutas sigilosas e atos secretos.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 95.

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.⁵⁸

“A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes [...]”.⁵⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta a importância do asseguramento, pelo dispositivo constitucional, do direito de informação do cidadão (com base no art. 5º, incisos XIV e XXXIII da CF/88) não só em face de interesse particular, mas, igualmente em face dos interesses coletivos ou gerais, de modo a operar uma forma mais eficiente de controle popular da Administração Pública⁶⁰.

De acordo com Odete: "O tema da transparência e visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral da democracia administrativa".⁶¹ Afinal, é a partir da publicidade dos atos públicos que o cidadão tem acesso a forma com que os administradores e agente conduzem a máquina estatal.

2.1.5 Princípio da Eficiência

Por fim, o princípio da eficiência também corresponde há um dos pilares da reforma Administrativa, em virtude da implementação do modelo de administração

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17 ed. rev. – São Paulo: Malheiros, 2000. p. 653.

⁵⁹ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 98.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. – São Paulo: RTs 1998. p. 139.

pública gerencial, direcionada para o controle de resultados na atuação estatal.

Por muitos autores, ele é considerado um princípio instrumental, contudo nenhum princípio do direito administrativo tem maior valor substancial do que o outro, desta forma nenhum princípio se sobrepõe ao outro. Todos os princípios administrativos são normas que demandam ponderação, concordância, prática, aplicação tópica e complementação. Assim, o princípio da eficiência não possui propriedades absolutas, mas irradia seus efeitos para as demais normas administrativas do sistema judiciário.

O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁶²

Além disso, “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração [...]”.⁶³ O Estado não deve atuar somente conforme a legislação vigente, mas é fundamental que no serviço público o agente atue da maneira mais eficiente possível visando o interesse público. Neste sentido, a Administração Pública necessita a organização e a estrutura mais adequada para de produzir os resultados positivos e satisfatórios para a sociedade, em especial o atingimento do bem comum.

Para o Alexandre Mazza, o princípio da eficiência se relaciona com a lógica presente da iniciativa privada, mesmo quando aplicada na de administração pública. Entretanto, o Estado não é uma empresa e não possui o objetivo de alcançar lucros. Desta forma, o princípio da eficiência, deve ser aplicado em consonância com os demais princípios do Direito Administrativo. Ademais, a busca pela eficiência nunca poderá ser usada com pretexto para violar outros princípios, tendo, como exemplo, o Princípio da Legalidade, logo, a eficiência não pode ultrapassar os limites da Lei.

⁶² MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 100.

⁶³ *Ibidem*, p. 100.

Assim, o princípio da eficiência, sempre buscará os melhores resultados do interesse público seguindo a aplicação da Lei.⁶⁴

Apesar do referido princípio possuir grande relevância da atuação da Administração Pública, por muitas vezes, ele se apresenta como letra morta de nossa Constituição (art. 37, *caput*), uma vez que, são necessários mecanismos de fiscalização dos agentes públicos, tornando este princípio mais efetivo nos órgãos públicos. Deste modo, a capacitação dos agentes públicos possui grande relevância para que fatores impeditivos de qualidade e produtividade não afetem o serviço público, bem como a devida execução dos atos administrativos.

2.2 Funcionalidade do Serviço Público

A funcionalidade consiste em dar primazia à áreas, mais consideradas de atuação prioritária do Estado, oferecendo condições condignas a toda população e garantindo a execução mais eficiente de todas as funções primordiais do Estado. Assim, o Estado deve estabelecer educação de qualidade, saúde pública que atenda de maneira a satisfazer as reais necessidades da população, garantia de segurança a todos, habitação digna a todos os cidadãos etc., em atenção aos direitos garantidos pela Carta Magna.

Enfim, essa é a finalidade do Estado: atendimento ao bem comum. A funcionalidade do serviço público, deve se coadunar o interesse público, que de acordo com por Celso Antônio Bandeira de Mello é o, “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.⁶⁵

Mais adiante o autor enfoca a noção de interesse público, afirmando que:

⁶⁴ Mazza, *Manual de Direito Administrativo*, p. 95- 96.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58

[...] tal como expusemos, impede que incida no equívoco de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo(isto é, O Estado e demais pessoas de Direito Público interno). Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente do Estado), nisto incluindo o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do estado e demais pessoas de Direito Público.⁶⁶

O Estado não se baseia em interesses pessoais de seus administradores, pois deve oferecer seus serviços públicos para atender a sociedade em geral, primando pela caracterização do interesse público nos atos administrativos praticados.

2.3 Responsabilidade da Administração Pública sobre o Inadimplemento das Verbas Trabalhistas dos Trabalhadores Terceirizados

A responsabilidade do Estado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da empresa prestadora de serviços é disciplinada no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, cuja atual redação foi dada pela Lei nº 9.032/95, *in verbis*:

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

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

⁶⁶ *Ibidem*, p. 62.

edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.⁶⁷

O Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que prevê:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, 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.

⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.032/95 de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm>. Acesso em: 26/06/2018.

⁶⁸ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 26/06/2018.

A partir da edição da Lei nº 8.666/93, iniciou-se a discussão sobre qual seria a responsabilidade do Estado na terceirização, tendo em vista que o inciso IV da Súmula nº 331 do TST estabelecia a responsabilidade subsidiária. Surgiram, então, três correntes.

A primeira corrente defende que o Estado tem responsabilidade subsidiária pelo pagamento das obrigações trabalhistas dos contratados terceirizados, em caso de inadimplência da prestadora de serviços, seguindo o entendimento da Súmula nº 331, IV do TST.

A segunda corrente assevera que há litisconsórcio necessário entre o Estado e a empresa prestadora de serviços, sendo a responsabilidade do Estado extracontratual e a da empresa contratual.

A terceira corrente, com fundamento no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, afirma que não há qualquer responsabilidade do Estado, pois o artigo 71, § 1º isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade, pois houve a incidência de normas referente à licitação.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, de 24 de outubro de 2011, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, pronunciou sobre a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93.

Os Ministros entenderam que o referido artigo não fere a Constituição Federal, e devendo ser aplicado pela Justiça Trabalho. Desse modo, não pode ser imputada a responsabilidade subsidiária ao Estado de forma automática, unicamente se ocorrer o inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada.

Porém, os Ministros também afirmaram que a constitucionalidade desse artigo não afasta sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar a execução do contrato, inclusive quanto ao pagamento de obrigações trabalhistas. Por consequência, se no caso concreto ocorrer a violação desse dever fiscalizatório, poderá ser imputada a responsabilidade subsidiária à Administração

por culpa *in elegendo* ou *in vigilando*. (fazer nota de rodapé).

Posto isso, o Plenário do STF declarou o artigo 71, § 1º constitucional, destacando que ele deverá ser compatibilizado com outros dispositivos legais e constitucionais, principalmente com aqueles que impõem ao ente público contratante o dever de fiscalização do contrato, sendo possível, a partir do cotejo desses dispositivos, o reconhecimento de culpa e a responsabilização do Estado.

Devido a essa decisão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o inciso IV e acrescentou o inciso V à Súmula nº 331, que dispõe:

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.⁶⁹

Desse modo, a Súmula nº 331 do TST foi compatibilizada com os termos da decisão tomada pelo STF na ADC nº 16.

Por fim, vale destacar-se que a Administração Pública deve fiscalizar eficientemente os seus contratos de terceirização quanto ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. Se o ente público fiscalizar os contratos de modo superficial e insuficiente, estará caracterizado o descumprimento do dever de

⁶⁹ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 26/06/2018.

fiscalização.

No âmbito da Administração Pública Federal foi publicada a Instrução Normativa (IN) nº 02/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) que regulamenta a fiscalização dos contratos de prestação de serviços. Esta norma traz regras e procedimentos para a fiscalização eficaz sobre os referidos contratos. Para a Administração Federal, estará caracterizado o descumprimento do dever de fiscalização se não forem observadas as regras previstas nessa Instrução Normativa.

Ao tratar da IN nº 02/08 do MPOG e do dever de fiscalização, Viana, Delgado e Amorim sustentam.

Esta responsabilidade não se esgota com a demonstração de uma simples verificação superficial da formalização dos vínculos de emprego, pois o padrão fiscalizatório acima retratado exige o envolvimento direto e diário da Administração com a rotina das práticas trabalhistas da empresa contratada.

A Administração só se desincumbe deste seu dever quando demonstra a promoção eficaz de todos os procedimentos legais de controle, além daqueles que, embora não previstos expressamente na lei, sejam indispensáveis à eficiência da fiscalização na obtenção dos seus resultados, em respeito ao princípio da *eficiência administrativa* que rege a Administração Pública. (Constituição, art. 37).

A leitura teleológica das normas em apreço sinaliza para a busca de um resultado fiscalizatório concreto, consistente num controle capaz de impor à empresa contratada o cumprimento dos direitos laborais dos seus empregados, levando-a a adimplir todos os encargos sociais e trabalhistas decorrentes do contrato administrativo, com vistas, inclusive, a atrair de forma plena e iniludível o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.⁷⁰

Logo, cabe ao juiz, no caso concreto, analisar se o ente público fiscalizou

⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais: A última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: Novos enfoques*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 1, p. 83, jan./mar. 2011.

eficientemente o contrato de terceirização, declarando a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* da Administração em caso de ausência de fiscalização ou de fiscalização insuficiente ou inadequada.

2.4 Da Inconstitucionalidade da Terceirização da Atividade Fim na Administração Pública

A atual Constituição Federal do Brasil 1988 prevê em seus artigos 7º a 9º os direitos chamados sociais, que visam à melhoria da condição social dos trabalhadores, garantindo o mínimo legal de dignidade do trabalhador, isto quer dizer que o Estado intervém nas relações jurídicas privadas de trabalho, assegurando que o empregador observe patamar mínimo de dignidade ao trabalhador, freando a liberalidade entre as partes, devido aos dissabores históricos relatados de sofrimento e indignidade suportados pelos trabalhadores na época da Revolução Francesa e Industrial. Essa época chamada de liberalismo clássico tinha como principal premissa a não intervenção do Estado nas relações privadas e de mercado, com o pensamento que a economia se auto regulariza.

Entretanto, como vimos nos primeiros capítulos, houve abuso social e econômico da classe empresarial burguesa usufruindo do trabalhador assalariado, porém desrespeitando qualquer norma de segurança, saúde e higiene no ambiente laboral e, conseqüentemente, desrespeitando quaisquer direitos sociais e humanos ao trabalhador, com jornadas diárias de labor estratosféricas, trabalhos infantis, sem direitos a intervalos para descanso e refeições. Foi nesse cenário de abuso e revoluções que o Estado tomou para si a responsabilidade de regulamentar o mínimo garantidor de direitos ao trabalhador, com o escopo de respeitá-lo como pessoa, como ser humano.

Com isso, houve diversas leis e constituições que foram pioneiras a prever direitos mínimos aos trabalhadores como, por exemplo, a Constituição do México (1917), e a Alemã (1919), ambas do século XX, as quais caracterizam o Estado intervencionista.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito, caracterizado como o Estado Social, que visa à regulamentação da economia de mercado e seus agentes, reveste-se de vestígios das características do Estado do século passado, com a evolução política, sendo dever do Estado intervir e garantir os direitos fundamentais sociais aos trabalhadores, melhorando suas vidas economia, social e financeira, observando a base fundamental do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, estamos passando por um grande paradoxo político de grande proporção. Segundo Gabriela Neves Delgado "a ordem jurídica estaria a admitir um modelo de Administração Pública mais flexível em sua relação com o trabalhador do que o modelo de empresa privada, subvertendo a lógica relacional constitucional entre o Estado e a economia."⁷¹

O paradoxo está relacionado ao fato do Estado legalizar e utilizar serviços terceirizados, sendo que era o seu dever intervir e garantir os direitos fundamentais sociais aos trabalhadores.

“Observe-se que a triangulação da relação de trabalho em qualquer instancia, pública ou privada, tende a promover o regime de **emprego rarefeito**, com menor densidade protetiva.”⁷²

Gabriela Neves Delgado, que refuta a terceirização entende que os trabalhadores terceirizados são titulares de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Pátria, porém sofre redução do padrão protetivo, o que acarreta a inconstitucionalidade da triangulação da atividade fim.⁷³

Os trabalhadores terceirizados na administração pública estão parcialmente desamparados dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Com fundamento no artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, afirma que não há qualquer responsabilidade do Estado no inadimplemento das verbas trabalhistas.

⁷¹ DELGADO, Gabriela Neves. Os limites constitucionais da terceirização. 2º ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 126.

⁷² DELGADO, *Os limites constitucionais da terceirização*, p. 129.

⁷³ Ibidem, p.129.

Conforme o STF, o artigo 71, § 1º isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade, já que ela observou as normas referentes à licitação.

Tais fatos, geram a preocupação com a questão social dos trabalhadores, que necessitam de capital para sustento próprio de sua família, o que leva a rechaçar a ideia de implementar a triangulação também na atividade fim da produção.

Desta forma, sob a ótica do Direito do Trabalho a Lei 13.429/2017 e a terceirização da atividade-fim na Administração Pública é inconstitucional, por viola inúmeros princípios da Administração Pública e do Direito do Trabalho.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA

Por muito tempo a terceirização foi debatida na doutrina justralhista na qualidade de Terceirização lítica (atividade meio) e ilícita (atividade fim). Essa nomenclatura foi adotada por grande parte dos doutrinadores.

Ilícito não significa unicamente o que é contrário à lei, mas também aquilo que viola a moral e o direito. Consorte explica De Plácido e Silva:

ILÍCITO. Do latim *illicitus*, de *il*, em vez de *in*, e *licitus*(proibido, vedado por lei), em seu sentido próprio quer exprimir o *que é proibido* ou *vedado por lei*.

Ilícito, pois, *vem qualificar*, em matéria jurídica, todo fato ou ato que importe numa *violação ao direito* ou *em dano causado a outrem*, provenha de dolo ou se funde na culpa.

Ação ou omissão, a *ilicitude* (qualidade de ilícito), em regra, resulta de violação a princípio de lei, expresso ou tacitamente instituído.

[...]

Ilícito. Em sentido genérico, exprime tudo o que se faz ou é feito em contrário à moral e aos bons costumes, o que, embora não proibido ou vedado em lei, é reprovado pela opinião pública.⁷⁴

A Lei 13429/2017, estabelece que a Terceirização, antes considerada ilícita na atividade fim, permitiu sua aplicação lícita no âmbito público e privado, conforme previsão do artigo 9º, § 3º da Lei 13429/17:

O Contrato de Trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividade-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.⁷⁵

⁷⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 18. ed. atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 407.

⁷⁵ 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.

Entretanto, a terceirização fraudulenta e, por consequência, ilícita, mascara a existência da relação empregatícia, pois nesta situação, estão presentes todos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT que caracterizam a relação de emprego. Porém, ela é utilizada a terceirização para impedir o reconhecimento de vínculo empregatício.

O principal modo de descobrir se há fraude na terceirização é observar se existe pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. A terceirização é uma forma de prestação de serviços entre duas entidades empresariais: a empresa prestadora dirige os serviços executados por seu empregado para a empresa tomadora ⁷⁶. Quer dizer, o trabalho não é pessoal e o empregado só está subordinado diretamente ao prestador dos serviços. A autonomia das partes, neste sentido, é essencial para caracterizar a terceirização como lícita.

Portanto, constatadas a pessoalidade e a subordinação, estará caracterizada a fraude e a terceirização será ilícita. De acordo com o princípio da primazia da realidade, os fatos prevalecem sobre a forma empregada, pouco importando o nome que lhe foi atribuído pelas partes. Provados os requisitos do art. 2º e 3º da CLT, configura-se a relação de emprego. Nesta hipótese, será aplicado o art. 9º da CLT, o ato será declarado nulo e haverá o reconhecimento do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador dos serviços. Para o Direito do Trabalho valem mais os fatos do que a forma ou a estrutura utilizada.

3.1 A Diferenciação entre Atividade Meio e Atividade Fim na Terceirização e as Alterações Oriundas da Reforma Trabalhista

Para que se tenha uma análise profunda das alterações que a nova Lei de terceirização trouxe a esfera jurídica, é necessário da definição dos conceitos de atividade fim e atividade meio. À primeira vista, pode parecer que a conceituação doutrinária de atividade-fim e atividade-meio será precisa. Todavia, há um enorme

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 439

embate na definição desses conceitos, acentuada, sobretudo, nos dias de hoje, pelas novas tecnologias que fazem com que a cada dia surjam novos trabalhos e novas formas de organização da estrutura produtiva das empresas.

Mauricio Godinho Delgado define a atividade meio como:

[...] são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos 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 dos serviços [...] São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).⁷⁷

Da mesma forma, ele aponta a atividade fim como:

[...] as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos 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 definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços⁷⁸

Desta forma, a Lei 13429 de 2017 tornou lícita a terceirização da atividade fim, inclusive na Administração Pública, mesmo que a Constituição Federal impõe a necessidade do concurso público para a contratação de servidores.

Vale ser lembrado que a atual Lei de terceirização se teve início com o projeto de Lei 4330, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que buscava regulamentar a

⁷⁷ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 503.

⁷⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, p. 503.

terceirização trabalhista ampliando suas possibilidades.

Por fim, falando de forma mais clara da realidade, o que se almeja com o PL 4.330, que, vale reforçar, está sendo incentivado por segmentos empresariais ligados ao grande capital, não é, e não poderia mesmo ser, a melhoria da condição de vida dos trabalhadores e a efetividade plena dos direitos trabalhistas.⁷⁹

Jorge Luiz Souto Maior⁸⁰ ressalta que o mundo jurídico é bem mais complexo que as vontades dos que detêm as forças do capital, mesmo que estes se considerem os "donos do poder". Entretanto é uma utopia acreditar que a ordem jurídica constitucional conseguira inibir de todas as formas, os interesses puramente econômicos que fossem utilizados como argumentos para reduzir o patamar de civilização historicamente alcançado, mesmo que tal Ordem Jurídica Constitucional tenha sido criada para o prevalecimento dos Direitos Humanos e da proeminência dos Direitos Sociais, desta forma, será um dever dos Magistrados Trabalhistas, impedir que os valores sem qualquer sentido social em forma de uma lei ordinária, votada por pressão da bancada empresarial, fira a Constituição e impeça a eficácia dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais Sociais.

A nova Lei de terceirização regulamentou a terceirização em toda a cadeia produtiva, ou seja, tanto na atividade-fim quanto na atividade-meio. Em segundo lugar, a empresa prestadora de serviços é definida como a sociedade empresária que presta "serviços determinados e específicos", sendo assim adotado o critério da especialização. Em terceiro, é admitida a quarteirização, que é a contratação de uma empresa terceirizada para gerenciar os serviços executados por uma outra empresa. Por último, reparamos que é expressamente vedada a configuração de vínculo empregatício entre a empresa contratante e o trabalhador da prestadora de serviços. Quer dizer, o projeto de lei busca eliminar qualquer risco de reclamação trabalhista

⁷⁹ SOUTO MAIOR, *Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento*. Publicado em 12 de abril de 2015. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>>. Acesso em: 22/06/2018.

⁸⁰ Idem.

para a contratante.

Outros destaques que estão nos demais artigos do projeto são: determinação de requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros; responsabilidade da contratante pelas condições de saúde e segurança do ambiente de trabalho; não obrigatoriedade da contratante estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços os benefícios oferecidos aos seus empregados; menção imprecisa e descuidada à terceirização nos serviços públicos; anistia das penalidades impostas antes dessa lei referentes à terceirização ilícita; recolhimento da contribuição sindical à categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante; e estabelecimento de responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas na relação entre contratante e prestadora de serviços e de responsabilidade solidária na relação de quarteirização.

3.2 O Contrato de Terceirização na Administração Pública

Preliminarmente é necessário demonstrar alguns requisitos para a realização do contrato de terceirização para a Administração Pública. Conforme dispõe o artigo 21 da IN nº05/2017, antes que se inicie a prestação de serviços, há o procedimento de planejamento da contratação, a saber:

O art. 21 da IN nº 5/2017 estabelece que o procedimento para o planejamento da contratação deve ter início com a elaboração, por parte do setor requisitante do serviço, de um documento de formalização da demanda, o qual deverá contemplar: i) a justificativa da necessidade da contratação e da opção pela terceirização dos serviços, considerando o planejamento estratégico do órgão/entidade, se for o caso; ii) a qualidade de serviço a ser contratada; iii) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e iv) a indicação de servidores para compor a equipe de planejamento da contratação daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços.⁸¹

⁸¹ JACOOBY FERNANDES, *Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência*, p. 84.

O contrato de Terceirização possui as mesmas características que qualquer outro tipo de contrato administrativo, inclusive deve respeitar os princípios constitucionais administrativos previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Segundo Rosa, “o contrato administrativo corresponde ao contrato firmado pela Administração, segundo normas de direito público, com o propósito de solver sua necessidade, sendo, em regra, precedido de licitação”. A Administração Pública contrata com terceiros que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, visando satisfazer o interesse público.⁸²

Segundo a Lei de Licitações, no seu artigo 2º, parágrafo único,

Considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁸³

Desta forma, o contrato de terceirização é deve seguir os mesmos requisitos de qualquer outro contrato da Administração Pública, podendo ser pactuado com pessoa física ou pessoa jurídica.

3.2.1 Características dos Contratos Administrativos

Hely Lopes Meirelles cita cinco características dos contratos administrativos,

⁸² ROSA. Márcio Fernando Elias. Direito administrativo – Princípios básicos da administração. 10. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

⁸³ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21/06/2018.

quais sejam ⁸⁴:

- a) Consenso – porque é um acordo de vontades, um ato bilateral.
- b) Formalidade – porque está escrito.
- c) Onerosidade – porque remunera uma das partes na forma contratada.
- d) Comutatividade – porque compensa ambas as partes.
- e) Realização *intuito persone* – porque quem o executa é o próprio contratado.
- f) Exigência de prévia licitação

3.2.2 Formalização do Contrato Administrativo

Segundo Meirelles, “os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público (...)”. ⁸⁵ Além disso, “o instrumento de contrato administrativo é, em regra, *termo*, em livro próprio da repartição contratante, ou escritura pública nos casos exigidos em lei”. ⁸⁶

Acerca do conteúdo do contrato, aplica-se o que as partes decidirem no momento de sua assinatura, ou no momento de formalização da parceria. Mas, os contratantes devem seguir os princípios administrativos, com fundamento no interesse público.

Neste sentido, a Lei de Licitações, no art. 55, preceitua:

São cláusulas necessárias em todo contrato as que

⁸⁴ MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, p. 200-225.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 224.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 224.

estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.⁸⁷

Desta forma, as cláusulas essenciais ou necessárias são as que fixam de um modo geral o objeto contratado e as condições de execução do contrato.

3.2.3 Licitação

Segundo Meirelles, para contratar serviços, fazer compras e alienar bens, o setor público precisa lançar mão do instrumento licitatório, que é o procedimento

⁸⁷ Brasil. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21/06/2018.

seletivo prévio do objeto contratual.⁸⁸

De acordo com Alexandre Mazza, não há necessidade de prévia licitação somente em hipóteses de contratação direta conforme a legislação. Entretanto nos casos em que é obrigatória a realização do procedimento licitatório, os contratos administrativos firmados sem tal observância, possuem defeito no plano da existência, ou seja, são considerados inexistentes, inválidos e ineficazes.⁸⁹

Aqueles serviços que podem ser terceirizados pela Administração pública são considerados serviços comuns, como assevera Meirelles:

Os serviços comuns são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser executados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de alguma profissão ou categoria profissional (como o serviços técnicos profissionais). (...) Os serviços comuns hão de ser contratados em livre competição entre os interessados, para que a Administração possa obtê-los nas melhores condições de execução e de preço, com o licitante que apresentar a proposta mais vantajosa.⁹⁰

Desta forma, todo contrato de terceirização deve passar pelo procedimento licitatório, sendo executados por qualquer empresa enquadradas nos requisitos específicos da licitação.

3.3 Licitação de Empresas Terceirizadas em Face da Necessidade de Contratação dos Servidores por Meio de Concursos Públicos

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que no século XIX, durante a época do Brasil Império, o desempenho de funções públicas dava-se por meio de delegação, direta ou indireta, do Imperador. Tinha-se tão somente o exercício de cargos sob a modalidade “em confiança”, podendo o Imperador admitir ou exonerar

⁸⁸ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 255- 271.

⁸⁹ MAZZA, Manual de direito Administrativo, p. 366.

⁹⁰ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 58.

funcionários públicos quando julgasse conveniente.⁹¹

A Constituição republicana de 1891 manteve o sistema ilimitado de contratação e exoneração de servidores públicos, que só foi descartado na Constituição de 1932, a qual estabeleceu o processo imparcial para a nomeação de funcionários públicos, surgindo o concurso público no ordenamento jurídico brasileiro.

Até hoje muitos ingressam para desempenhar determinados cargos na administração pública por nomeações, sem passar por qualquer avaliação, o que afronta fortemente a nossa Lei Maior Federal. A Carta Magna garante a todos os brasileiros que preencham alguns requisitos estabelecidos em lei o direito de disputar os cargos oferecidos pela administração pública, além de evitar que o "político" cause danos ao interesse público, como assevera Souto Maior:

Lembre-se que a exigência do concurso público, também, tem a finalidade de evitar que o administrador, raciocinando não como administrador, mas como político, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores após cada 16 término de gestão, o que também há muito se incorporou à história do Brasil. A linguagem política do período imperial consagrou o termo derrubada para designar a remoção de funcionários, quando tal remoção era consequência da vitória eleitoral de uma nova facção – organizada em partido – das classes dominantes escravistas. Essa instabilidade estava, evidentemente, ligada à ausência de critérios de recrutamento segundo a competência individual, aferida de modo suficientemente formalizado.⁹²

Mais adiante, Di Pietro, afirma:

⁹¹ MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 45.

⁹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Revista LTr, v.70, p.1307 - 1317, 2006. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/terceiriza%C3%A7%C3%A3o_na_administra%C3%A7%C3%A3o_p%C3%BAblica-_uma_pr%C3%A1tica_inconstitucional.pdf>. Acesso em: 22/06/2018. p.16.

Quando a Constituição fala em concurso público, ela está exigindo procedimento aberto a todos os interessados, ficando vedados os chamados concursos internos, só abertos a quem já pertence ao quadro de pessoal da Administração Pública. Daí não terem mais fundamento algumas formas de provimento, sem concurso público, previstas na legislação ordinária anterior à Constituição de 1988, como a transposição (ou ascensão) e a readmissão.⁹³

Por se tratar de interesse público, é assegurado a todos os interessados o ingresso no setor público, mediante o concurso de provas e títulos.

[...] É um processo competitivo, em que os cargos são disputados pelos vários candidatos. Os cargos hão de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância. De sorte que o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago e se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, devem-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso.⁹⁴ Pelo o concurso afastam-se os inábeis e os indicados por figuras proeminentes do mundo administrativo, social e político, e prestigiam-se os mais aptos à satisfação dos interesses da Administração Pública.⁹⁵

Sendo assim, evitam-se algumas fraudes e coloca-se em prática o princípio da igualdade, permitindo a participação de qualquer interessado que atenda as condições exigidas na lei e no edital.

Para aqueles que forem aprovados, terão que cumprir as normas estabelecidas pelo órgão ao qual estarão vinculados, além daquelas estabelecidas no ordenamento pátrio em geral.

Caso haja fraude na aplicação do concurso, havendo o benefício de algum candidato, pode ocorrer a invalidação do concurso.

⁹³ DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 523.

⁹⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 179.

Nem sempre a Administração se tem havido com a devida legitimidade na realização de concursos públicos. Ao contrário, é comum ouvir-se reclamações de candidatos quanto a diversos aspectos dos concursos, como favorecimentos pessoais, regras de privilégio para alguns candidatos, critérios discriminatórios em editais, suspeitas de fraude, questões de prova mal formuladas etc. Por isso, têm sido significativa a descrença e a revolta, inteiramente justificáveis, aliás, de pessoas interessadas em ingressar no serviço público em relação à idoneidade e à verdadeira função seletiva de certos concursos.

[...]

Devemos distinguir, porém, a invalidação do concurso antes e depois da investidura dos aprovados. Se a ilegalidade ocorre no curso do certame, a Administração pode invalidar o procedimento sem que esteja assegurado qualquer direito de defesa aos participantes contra a anulação. O mesmo se passa se a ilegalidade é constatada após a sua realização, mas antes da investidura dos aprovados: a invalidação se legitima normalmente pela exclusiva atuação administrativa. A razão é que, como os candidatos e os aprovados têm mera expectativa em relação aos atos de investidura, é incoerente que lhes possa outorgar de opor se ao desfazimento do certame.

Cabem aos órgãos dos concursos a serem realizados, fiscalizar para evitarem fraudes e punindo os candidatos que agir de má-fé.⁹⁶

A problemática contratação de trabalhadores pelo Estado sem concurso público não pode ser interpretada apenas à luz do artigo 37, incisos I e II e § 2º da Constituição, mas deve estar em consonância com o “superprincípio” da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV; artigo 170, *caput* e artigo 193) e os princípios constitucionais administrativos explícitos e implícitos⁹⁷.

⁹⁶ CARVALHO FILHO, *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro. Lumens, 2007. p. 566.

⁹⁷ GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Inconstitucionalidades nas políticas públicas de frentes de trabalho, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 75, p. 11-64, 2011.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento desta monografia teve como propósito refletir e pesquisar sobre a densa discussão a respeito da terceirização na Administração Pública e os diálogos entre o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho à luz da Lei de terceirização 13.429/2017 e, posteriormente, da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que tornou lícito a terceirização da atividade-fim no âmbito público e privado.

Para isso, iniciamos o trabalho analisando a evolução histórica universal do capitalismo e sua repercussão, bem como o surgimento dos primeiros trabalhadores assalariados com a contribuição doutrinária de âmbito jurídico, sociológica, econômica e filosófica.

Com o modelo do capitalismo industrial, a aberturas dos portos e a necessidade de produção em larga escala e o acúmulo de riquezas no século XIX, surge uma nova classe chamada de proletariado que caracterizou a produção em massa. Percebemos que o grande viés da terceirização surgiu a partir desse período, época que a evolução das máquinas foi intensificada, o que acarretou a necessidade de operários para suprir a demanda da produção.

Entretanto, com a forte migração dos camponeses para as cidades, identificamos que não havia trabalho para todos e as más condições e as precariedades sofridas pelos obreiros desencadeou diversos problemas sociais e trabalhistas no contexto da Revolução Industrial.

A pesquisa sobre a Revolução Industrial, bem como o surgimento do trabalho assalariado e os primeiros direitos sociais e trabalhistas, levaram a conclusões relevantes.

Foi identificado que, nessa época, não havia preocupação do Estado e dos donos do capital em relação às condições sociais e de trabalho, sendo o foco adstrito ao desenvolvimento econômico. A produção capitalista estava acima de

qualquer questão social, o importante era o lucro apenas, desta forma, a luta por direitos sociais e trabalhistas ocasionou drásticas transformações que impactaram na sociedade e, inclusive, nas relações de trabalho.

Com o embate entre capital e trabalho, a chamada luta de classes, emergiu o Direito do Trabalho, primeiramente de modo embrionário, em leis esparsas que previam melhores condições de trabalho, principalmente regulando as jornadas de trabalho, configurando oposição ao pensamento do liberal da época. Assim os fatos que impulsionaram o desenvolvimento do Direito do Trabalho se deram no bojo da Revolução Industrial, de cunho liberal, impactando no surgimento das primeiras leis trabalhistas e, por fim, na concepção constitucional de proteção ao trabalho.

Após a pesquisa referente ao surgimento do Direito do Trabalho, ingressamos a identificar as origens da terceirização. Nota-se que em decorrência da Segunda Guerra Mundial surtiu a necessidade da produção em larga escala de armamentos, fazendo com que as fábricas seguissem o modelo Toyotista, passando a não ter a produção integralmente em um mesmo local. Ao passar dos anos o resultado dessa prática ficou conhecida como *outsourcing* ou terceirização. A partir dessa pesquisa, podemos identificar que a origem da terceirização se deve à globalização da economia e a necessidade de competição entre as empresas.

No Brasil, a evolução legislativa sobre a terceirização teve seu marco inicial com o Decreto Lei 200/67 e a Lei 5.645/70, as quais autorizavam a administração pública terceirizar e contratar trabalhador sem concurso público, mas proibia tal prática no âmbito das relações trabalhistas privadas. Ora, as empresas, sem sombra de dúvida, começaram a terceirizar a sua atividade fim, argumentando que até no setor público a prática era permitida. Foi então que governo federal, em 1974, sancionou a Lei 6.019 autorizando o trabalho temporário no âmbito privado.

Com o passar dos anos a legislação da terceirização passou por várias transformações até que o Tribunal Superior do Trabalho viu a necessidade de editar a Súmula 331 que estabeleceu os padrões da terceirização, dentre eles, a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, em caso de inadimplência das verbas trabalhistas; a terceirização só seria ilícita nos casos de trabalho temporário,

exceto no setor de vigilância, conservação e limpeza; nos casos da Administração Pública mesmo que ocorresse qualquer irregularidade, não geraria vínculo empregatício, em respeito ao art 37 da CF/ 88, II em que o emprego público dependerá da prévia aprovação em concurso.

Não obstante, todo contrato de terceirização no âmbito público deve estar de acordo com os princípios administrativos (princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade e princípio da eficiência), que já foram devidamente trabalhados nesta pesquisa. Ademais, os contratos administrativos se lastreiam pelo interesse público, perfazendo a necessidade de cumprir o processo de licitação por pessoas físicas ou jurídicas.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória e Constitucionalidade nº 16, entendeu que o Estado não pode ser imputado de responsabilidade subsidiária caso ocorra inadimplemento dos direitos laborais pela empresa tomadora de serviços. Entretanto, é imposto à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos licitados.

A presente pesquisa evidenciou a inconstitucionalidade da terceirização na Administração Pública, pois a triangulação da relação trabalhista na Administração Pública reduz o padrão protetivo do obreiro, composto pelos direitos fundamentais previstos na Constituição e os princípios que regem o Direito do Trabalho.

Além disso, o concurso público foi uma grande vitória para o cidadão brasileiro, consagrada pela Constituição Federal de 1988, pois dá oportunidade a todos que preencham os requisitos da lei o direito de disputar cargos oferecidos pela Administração Pública, seguindo os princípios da igualdade e da impessoalidade.

Desta forma, a investidura no cargo público ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos nos termos do artigo 37, incisos i e ii e § 2º da constituição. Assim a terceirização da atividade fim implica na burla à realização do concurso público, posto que o terceirizado atuasse diretamente em cargos públicos por tempo indeterminado.

Porém, a contratação sem o concurso público somente seria legítima caso ocorresse por necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme o artigo 37, inciso IX da Constituição nos estritos casos do artigo 2º da Lei nº 8.745/93.

Portanto, a presente monografia conclui pela inconstitucionalidade da terceirização na Administração Pública, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador bem como o dever de se preencher cargos públicos disponíveis com candidatos aprovados por meio de certame público, sendo que a terceirização da atividade fim na Administração Pública é um ato de improbidade administrativa conforme art. 11 da lei nº 8.429/92, por violar os princípios da Administração Pública e burlar a contratação sem a realização do Concurso Público, sendo uma conduta ilícita.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 3. ed. – São Paulo: Boitempo, 2000.

BARROS JR. Cássio Mesquita. *Impacto das novas tecnologias no âmbito das relações individuais do trabalho*. Revista LTr 51-9/1.045-1.056.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 5.ed –São Paulo: LTr, 2009. p. 452.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

BRASIL. LEI Nº 7.102, DE 20 DE JUNHO DE 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04/03/2018.

BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 05/06/2018.

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 18/05/2018.

Brasil. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 21/06/2018.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de

bens e serviços comuns, e dá outras providências.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10520.htm.

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>. Acesso em: 05/06/2018.

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5645.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

BRASIL. Lei nº 6019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6019.htm>. Acesso em: 05/06/2018.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7102.htm>. Acesso em: 10/06/2018.

Brasil. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 21/06/2018.

BRASIL. Lei nº 9.032/95 de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm>. Acesso em: 26/06/2018.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *A Nova política de recursos humanos*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 46.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *A Nova política de recursos humanos*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4330, de 26 de outubro de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 18/06/2018.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Sumula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 26/06/2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 1990: lógica e mecanismos de controle. In: Cadernos MARE da Reforma do Estado. vol. 1. Brasília, Ministério da Administração e da Reforma do Estado: 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro. Lumens, 2007. p. 566.

CARVALHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES . Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. – São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 24. ed – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51.

DELGADO, Gabriela Neves. Os limites constitucionais da terceirização. 2º ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 126.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2016.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 11.ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Inconstitucionalidades nas políticas públicas de frentes de trabalho, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 75, p. 11-64, 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed., São Paulo: Forense, 1995. p. 199.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Terceirização: Legislação, doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte. Fórum, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 4 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1408.

MARQUES, Fabíola. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas. 2007.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempo de globalização: perspectivas para a América Latina*. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 62.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo* – São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. – São Paulo: RTs 1998. p. 139.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. – São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. – 26º ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

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

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

REZENDE, Fernando Antônio. *Finanças Públicas*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Fernando José da S.P (organizador); BASTOS, Estêvão Kopschitz Xavier; et al. *Economia brasileira no período 1987-2013: relatos e interpretações da análise de conjuntura no Ipea* – Brasília : IPEA, 2015. p.107 a 130. GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo – Princípios básicos da administração*. 10. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2009

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. rev. – São Paulo: Malheiros.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.70, p.119 - 129, 2004. Disponível em: <
http://www.jorgesoutomaiormaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_terceiriza%C3%87%C3%83o_sob_uma_perspectiva_humanista..pdf >. Acesso em: 17/04/2018. p. 1.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Revista LTr, v.70, p.1307 - 1317, 2006. Disponível em:

<http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/terceiriza%C3%A7%C3%A3o_na_administra%C3%A7%C3%A3o_p%C3%BAblica-uma_pr%C3%A1tica_inconstitucional.pdf>. Acesso em: 22/06/2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *De novo a falácia da redução de direitos trabalhistas*. São Paulo, 22 de Maio de 2016. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/de-novo-a-falacia-da-reducao-de-direitos-trabalhistas>>. Acesso em: 17/04/2018.

SOUTO MAIOR, *Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento*. Publicado em 12 de abril de 2015. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>>. Acesso em: 22/06/2018.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – aspectos gerais: A última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: Novos enfoques*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 77, n. 1, p. 83, jan./mar. 2011.

VIEIRA, Antonieta Pereira et al. *Gestão de Contratos de Terceirização: na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.