



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

MAYARA MAGNA OLIVEIRA TAVARES

**ANÁLISE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

**Campina Grande/PB
2011**

MAYARA MAGNA OLIVEIRA TAVARES

**ANÁLISE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado à coordenação do Curso de
Graduação em Direito UEPB como exigência
parcial para obtenção do título Bacharel em
Direito,

Orientadora: Professora Especialista Renata
Maria Brasileiro Sobral

**Campina Grande/PB
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

T231a Tavares, Mayara Magna Oliveira.
Análise da terceirização na administração pública
[manuscrito] / Mayara Magna Oliveira Tavares.– 2011.
50 f.

Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2011.
“Orientação: Profa. Esp. Renata Maria Brasileiro
Sobral, Departamento de Direito Público”.

1. Administração pública. 2. Legislação trabalhista. 3.
Terceirização. I. Título.

21. ed. CDD 351

MAYARA MAGNA OLIVEIRA TAVARES

ANÁLISE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

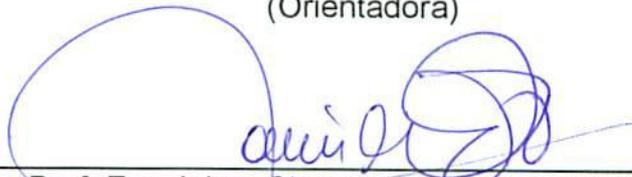
Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado pela aluna Mayara Magna Oliveira Tavares, do Curso de Bacharelado em Direito, tendo obtido o conceito de 9,5 (nove e meio), conforme a apreciação da Banca Examinadora.

Aprovado em: 16 / 06 / 2011

BANCA EXAMINADORA



Profa. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral (UEPB)
(Orientadora)



Prof. Esp Jaime Clementino de Araújo (UEPB)
(Membro)



Prof. Ms. Herry Charriery (UEPB)
(Membro)

Campina Grande/PB
2011

Dedico este obra:

Dedico esta obra ao grande Arquiteto do Universo – **o Deus que eu acredito** – associada aos meus querido e especialmente amados pais, por acreditar em mim e permitir que eu construísse minhas escolhas, tornando-se peças essencialmente necessária para minha formação, ao mesmo tempo em que estendo minha gratidão a todos os demais familiares, amigos e colegas que **“souberam mim enxergar melhor do que sou, foram capazes de me olhar devagar, já que nessa vida muita gente já me olhou depressa demais”**.
(Pe. Fábio de Melo).

AGRADECIMENTOS

Se eu não existisse, ninguém perceberia minha ausência. Mas, uma vez que existo que nasci sem merecimento meu, cabe-me a responsabilidade de administrar bem esse dom que recebi gratuitamente.

É nesta condição que agradeço a Deus por ter me dado forças e iluminado meu caminho a ponto de alcançar meu sonho desejado, pois a vida é um dom, e como tal deve ser respeitada desde o seu início, desde o ventre materno, até o seu existir.

Não poderia jamais esquecer de Painho e Mainha, pois disseram sim para a vida, a vida me formou tecendo-me desde o seio materno; muito obrigado, por todo amor e dedicação, pelo apoio, incentivo, por todos os momentos de alegria, paz, sofrimento, angustia, porém, de muito amor.

Aos meus inseparáveis irmãos todo o carinho, conforto, aconchego, solicitude, amabilidade.

Parentes, tios, primos, avôs (saudades) e avós, em especial a minha estimada e inesquecível avó Cristina que tão bem cuidou de mim, são em especial minha estrutura familiar.

Aos amigos que fiz durante o curso, pela sincera amizade que construímos, principalmente, aos que sempre me apoiaram e depositaram confiança em mim.

A minha querida, professora Renata Maria Brasileiro Sobral pelo ensinamento e dedicação dispensados na construção desta monografia.

A todos os professores do curso de Direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, cada um de forma especial contribuiu para a conclusão deste trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional.

Por fim, dedico uma parte do meu tempo para expressar meu agradecimento pela minha trajetória de vida, sem fazer generalizações e comparações, por poder partilhar um pouco de luz e calor que emana do mais íntimo do meu íntimo, **pois de todas as minhas certezas eis a mais bela... Sou metade incompleta que só a eternidade poderia preencher!** (Pe. Fábio de Melo).

RESUMO

O modelo atual de se gerir as atividades públicas carece de uma maior dinâmica e flexibilidade em seus procedimentos, para que assim possam atender as demandas sociais de forma mais efetiva. A partir dos “Tempos Modernos”, considerada, exatamente, como uma época de "revolução social", cujo fundamento é composto na "substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista", que os administradores analisavam e pensavam formas de obter maior eficiência em uma atividade, como também, melhorar a capacidade de gestão organizativa, participativa a fim de que seus resultados se transformassem de satisfatórios a excelentes. Apesar de todos os ensaios realizados, nem sempre os contentamentos adquiriam situações favoráveis e sustentáveis ao processo em vista. Neste cenário de transição dos modelos tradicionais de se gerir a coisa pública, surge como alternativa novos instrumentos de gestão descentralizada, como forma de possibilitar a prestação de serviços públicos mais eficientes. É a partir deste contexto que surge a Terceirização, colocando-se como objeto de mudança e transformação do “modos operandi”, sob o prisma administrativo, das empresas na busca excelente por melhor produção, com melhor qualidade e menor custo. É, a partir deste cenário informativo que a presente peça monográfica, oferece a exame uma vasta dissertação de todo o processo de formação de “terceirização”, levando-se em conta a legislação pertinente às causas trabalhistas, sem perder de vista o pensamento doutrinário, a jurisprudência e a legislação suas causas e modificações ao longo do tempo.

Palavras-chave: Gestão Descentralizada; Serviços Públicos; Terceirização; Legislação Trabalhista.

ABSTRACT

The actual model to manage public activities needs a bigger dynamicity and flexibility in the procedures, so they could serve as social demands in a more effective way. From the "Modern Times", considered, exactly, as a "social revolution" period which fundamental is composed in the "substitution of feudal mode of production by the capitalist mode of production", that administrators analyzed and thought ways to obtain a better efficiency in the activity, as well as to improve the organizational and participatory management capacity, aiming the transformation of their results from satisfactory to excellent. Besides all the performed tests, not always the contentment acquired favorable and sustainable situations to the process in question. In this transition scenario of traditional models to manage the public thing, it appears as an alternative to the new decentralized management instruments, as a way to make it possible the provision of more efficient public services. It is from this context that the outsourcing appears, as an object of changing and transformation of "modus operandi", under the management prism, of companies in search of excellence in better production, with high quality and low costs. It is, from this informative scenario that the present monograph offers to exam a broad thesis of the entire training process of " Outsourcing", taking into account the legislation relevant to labor claims, without losing sight of doctrinal thought, jurisprudence and legislation, as well as their causes and modifications through time.

Keywords: decentralized management; Public services; outsourcing; Labor legislation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PANORAMA HISTÓRICO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO	11
1.1 PRELIMINARES A CERCA DA CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	11
1.2 CAUSAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO EVOLUTIVO	13
2 TERCEIRIZAÇÃO	14
2.1 CONCEPÇÃO E FUNDAMENTO	15
2.2 OBJETIVO	18
2.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS FATORES POSITIVOS E RESTRITIVOS	19
2.4 EMBATES DO PROCESSO: O QUE É PERMITIDO POR LEI OU CONTRÁRIO AO DIREITO	22
3 ARCABOUÇO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO	25
3.1 O CERNE DAS QUESTÕES JURÍDICAS E TRABALHISTA.....	25
3.2 . A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST.....	29
4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	33
4.1. PERSPECTIVAS DAS IDEIAS	33
4.2. A TERCEIRIZAÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS.....	35
4.3. RESPONSABILIDADE – SUBSIDIÁRIA/SOLIDÁRIA – DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	38
4.4. A TERCEIRIZAÇÃO E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O padrão de administração das atividades públicas não é mais suficiente para atender as demandas sociais existentes. A administração pública a cada dia é levada a superar gigantescos desafios. Ao estimular seus setores produtivos surge a necessidade premente de se descentralizar a execução direta de algumas atividades direcionadas ao longo dos tempos.

Cabível, portanto, tal medida tem cunho, unicamente, para desobstruir o fluxo de atribuições que se aglomeram e emperram seu funcionamento. De outra maneira, atenderia os constantes protestos da sociedade que se insurge na cobrança de melhoramentos na execução das políticas públicas e, principalmente, dos serviços de sua natureza.

Hoje, mais do que nunca, é imprescindível a participação popular na gestão da coisa pública, visto que, é garantia na Carta Magna, que por sua vez fez aparecer novos instrumentos de descentralização das atividades e serviços públicos.

Nesse contexto, surgem no ordenamento jurídico brasileiro alguns mecanismos de descentralização das atividades públicas, que vêm sendo nos últimos anos bastante difundidos dentre os quais, o processo da “Terceirização”.

A história nos revela que em conseqüência dos conflitos gerados pela Primeira Guerra Mundial, o processo de transferência de serviços para terceiros, tomou impulso no setor público, pois, levou o Estado a tomar para si, o rumo da economia, modificando as relações de instabilidade motivadas pelo conflito. Atualmente, o processo terceirizante é uma modalidade usada nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

Os motivos investigatórios que tornou possível o processo de formação da terceirização se relacionam com a intervenção do Estado, em procurar harmonizar as teorias do liberalismo e da socialização, visando proporcionar à sociedade um estado favorável de subsistência, com provável mediação do Estado na boa administração das relações econômicas e a propriedade privada dos meios de produção.

Desta forma, a iniciativa privada passa a existir como vocação para mudança da execução direta de práticas de serviços contratadas pelas empresas privadas,

através da troca do servidor público pelo terceiro contratado. Fica claro e evidente que o termo terceirização fica introduzido na seara pública, constituindo, em princípio, serventia para o tomador de serviços, visto que se transfere a outrem o papel de empregador.

É óbvio que a intenção da administração pública, portanto, em reduzir o tamanho da máquina estatal, conceder serviços públicos, contratar obras e prestação de serviços, através do instituto da terceirização.

O objetivo principal deste estudo é trazer à baila o conceito premente da terceirização, no intuito de investigá-lo, através da apresentação de seu funcionamento e principalmente dos aspectos fundamentais que orientam sua contratação, sua implantação na esfera da Administração Pública e seu ordenamento jurídico.

Entretanto, urge esclarecer que o tema ora abordado carece de profundas reflexões, considerando a ausência de legislação específica a não unanimidade entre os autores que dissertam sobre o assunto, razão porque sua adoção afrontaria o regramento constitucional.

Resta, portanto, acreditar que disponibilizo um humilde instrumento de pesquisa aos leitores desta peça, contribuindo assim, para melhor compreender sobre o instituto da Terceirização.

1. PANORAMA GERAL SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

O presente estudo visa trazer a tona, os aspectos fundamentais do processo de surgimento da terceirização, relatando as condições de trabalho da Idade Média, o regime preponderante, o aparecimento de novas estratégias de gerenciamento e os diferentes modos de organização social e político, colaborando para a transformação das sociedades em defesa de seus direitos

1.1. PRELIMINARES A CERCA DA CONSTRUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O caminho para a compreensão dos fenômenos passa pelas ciências sociais que surgem trazendo mudanças na vida social de indivíduos e grupos humanos. Portanto, qualquer processo que modifique o cenário das relações humanas, necessita de acompanhamento, pesquisa e estudo de modo que seja capaz de compreender o processo de sua formação na história, a fim de que se determine sua importância para o desenvolvimento das sociedades. Para tanto, é prudente observar alguns ingredientes, a partir do seu emprego: as vantagens e possíveis desvantagens. É desta forma que nos debruçaremos para contemplar o aparecimento da terceirização.

Historicamente, ao contemplar a legislação que leva em consideração o Direito do Trabalho, verifica-se que o homem utilizava a prática do trabalho sob as mais variadas formas, criando relações que, estudada sob a luz dos tempos modernos jamais poderiam ser consideradas relações de emprego. Portanto, é a partir desse estudo que se examina a transformação das sociedades em defesa de seus direitos.

Em tempos passados, preponderava o regime de escravidão, imposta aos prisioneiros de guerra pelos povos vencedores, não existindo de hipótese alguma relação de trabalho, vez que era prestado sob forma de exploração humana e sem qualquer tipo de benefício ou recompensa.

A partir da evolução histórica das sociedades humanas surge, na Era Medieval, o feudalismo que foi um modo de organização social e político baseado nas relações servo-contratuais (servis). A concentração do poder estava nas mãos dos senhores feudais, a produção era de subsistência, a principal fonte de renda era o feudo, ou seja, a terra, nenhum investimento era patrocinado em favor dos servos. E estes, por sua vez, podiam usar da terra, mas não de maneira livre, pois deviam pagar os tributos.

Com o fim da Idade Média, surge na história um novo regime de governo, o absolutismo monárquico, regime político surgido na Europa no final da Idade Média, que se caracterizava pelo totalitarismo monárquico, ou seja, o poder sem limite, absoluto, uma espécie de governo no qual somente aos reis cabiam as vantagens políticas e a dominação social era praticamente absoluta. Neste sistema, os menos favorecidos – ditos burgueses – nada podiam contestar, nem havia espaço para imposição junto ao rei, tal era seu poder. Assim sendo, só lhes restou, então, o refúgio em outras cidades fora do controle dos reis, unindo-se para formar os burgos, que eram os centros de comércio dos burgueses. Esta reação acabou prosperando a ponto de criar o chamado modo de produção capitalista.

Assim, como forma de integrar nosso conhecimento, é fundamental afirmar que capitalismo é um sistema social econômico construído no reconhecimento dos direitos do indivíduo, incluindo o direito à propriedade, em que toda propriedade é privada, ou seja, seu ideal está concentrado em quantificar os lucros, sem perder de vista a exploração da força do trabalho, por considerar a baixa desvalorização dos salários pagos aos operários sujeitos a continuadas horas de trabalhos reduplicados.

A partir dos constantes investimentos realizados nos meios de produção, surgiram como resultado, as indústrias, para mais ainda, fortalecer o sistema capitalista.

Nesse meio-tempo da história nasceu o Estado Constitucional Liberal, predominando o ideal de liberalismo, que enquanto doutrina política emerge no feudalismo contribuindo para a derrocada do mesmo.

No caso em exame, observa-se, que a consolidação do processo de composição das atividades industriais fez aparecer na esteira da economia dois renomados modos de produção: fordista e toyotista.

Importa dizer que modo de produção é um sistema em que torna a sociedade produtora dos seus bens e serviços, definindo a forma de utilização e distribuição. O

fordista, idealizado pelo empresário estadunidense Henry Ford (1863-1947), fundador da Ford Motor Company, se caracteriza por ser um método de produção notabilizado pela produção em série, sendo um aperfeiçoamento do taylorismo. Por outro lado, o toyotismo é um modelo japonês de organização da produção capitalista, resultante da situação desfavorável do país. Entretanto, só veio a ser concebido como filosofia orgânica da produção industrial na década de 70, proporcionando evolução global.

Foi a partir destes processos de produção, da introdução de novos conceitos, que a terceirização desenvolve uma verdade histórico-cultural, com reflexos vitais nas relações de trabalho.

1.2. CAUSAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO EVOLUTIVO

As experiências revelam que a prática terceirizante no capitalismo moderno teve seu ápice durante a 2ª Guerra Mundial nos Estados Unidos. A razão do enredo foi tomada pelo movimento das indústrias bélicas voltado para a produção em massa, concentrando-se na finalidade principal do negócio e nas que se assemelham em suas atividades.

A partir do desenvolvimento desse regime que aconteceram profundas transformações nas relações de trabalho, seja na atividade privada, como também, no setor público, como por exemplo, as contratações realizadas pela Administração Pública.

Entretanto, foi durante o período entre os anos 50 e 60 que o processo em tela das grandes empresas tomou forma. A partir dos anos 80, é que no Brasil a tendência se formalizou com a promulgação de normas autorizativas de contratações de mão-de-obra por intermédio de terceiros no setor privado. No período dos novos investimentos na área de engenharia, as empresas com o propósito de baratear custos, tiveram que analisar os conceitos do que é sua atividade-fim e sua atividade-meio. A partir daí, grande parte das empresas introduziu o processo de terceirização, sendo utilizados em setores que não trouxesse complicações, como serviços gerais ou segurança.

É importante destacar que algumas empresas terceirizaram setores inteiros, que participavam indiretamente da produção. Nesse primeiro impulso, muitos trabalhadores alcançaram a condição de micro ou pequenos empresários, com parte de apoio da empresa que trabalhavam antes.

Entretanto, mesmo não se tornando algo universal, a prática foi merecedora de pomposas críticas, visto que operários estavam sendo privados dos seus direitos. No ordenamento jurídico, o processo deve ser permeado pelos direitos trabalhistas que assiste o trabalhador, em nosso caso mais precisamente, os direitos previstos na CLT.

Ao abordar o estudo da terceirização e seu surgimento, o autor Rubens Ferreira de Castro (200,p.78) destaca que:

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

A partir da consolidação das estruturas dos grandes conglomerados formados através das multinacionais, surgiu a noção de terceirização, pois, era grande a preocupação e o interesse dos administradores com a substância do seu empreendimento.

Na atualidade, o uso do processo é uma ação percebida e visível para os diversos setores lucrativos da comunidade social. É percebido a presença de organizações empresariais em diversas áreas da comunicação à informática, de consultoria ambiental ao serviço de refeições.

A estrutura do processo terceirizante está, no entanto, bem mais intenso na história.

2. TERCEIRIZAÇÃO

Ao propor este tema, discute-se o conceito de terceirização do ponto de vista de renomados autores, acelerando em justificar os objetivos que o processo

proporciona, todavia, dentro de um contexto de mutação que envolve a sociedade, prevenindo os entraves e conflitos no âmbito do Direito do Trabalho e o que a experiência tem mostrado com as vantagens e desvantagens do processo.

2.1. CONCEPÇÃO E FUNDAMENTO

Existem diversos pseudônimos empregados pela doutrina e pela jurisprudência para indicar o processo de formação da terceirização. Como se não bastasse o termo fazer parte do conjunto das normas do Direito, no pretérito, a sentença **"terceirização"** sequer aparecia nos manuais de verbete da língua portuguesa.

Muitos historiadores usando da manifestação do pensamento atribuíam ao termo diversos títulos: terceirização, subcontratação, filialização, recontração, desverticalização, exteriorização do emprego, focalização, parceria etc.

O termo "terceirização" foi utilizado pela ciência da Administração, como estratégia das grandes empresas para melhor reorganizar sua estrutura administrativa, a partir da qual se beneficiam transferindo tarefas secundárias a outras empresas especializadas.

Para o renomado autor Sérgio Pinto Martins (2005.p.19):

Terceirização deriva do latim tertius, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos.

Vários outros autores adotam o título "terciarização" para precisar melhor a condição adotada na contratação do serviço. Tal condição traz a tona apenas o fato das empresas procurar distinguir os setores terciários, primário e secundário, já que o primeiro se correlaciona com a atividade produtiva, o primário à atividade agrícola e o secundário à indústria. Para os administradores de empresas, preferem associar o termo a "horizontalização" da atividade econômica, para deixar claro a modalidade

de transferência de serviços e funções a outras empresas, como condição para melhor agilizar os processos organizacionais.

Para se opor aos autores que usam o termo "terciarização", **Gabriela Neves Delgado** (2003, p.136), discorre que:

A terceirização não se confunde com a terciarização. Enquanto a primeira refere-se a um modo de gestão empresarial e de contratação da força de trabalho, inclusive com respaldo justrabalhista, a segunda designa apenas um segmento da economia – o setor terciário, onde se destacam, inclusive, os trabalhos terceirizados.

Concluí-se que o modo de considerar ou pensar da renomada autora exprime o fato da relação de trabalho que nasce com o uso da terceirização, e não com seus propósitos vitais.

Percebe-se que a designação é vital para análise e apreciação do direito jurídico, em decorrência dos vários sentidos que se apresenta, e principalmente na relação com o trabalho. A oposição doutrinária a respeito do nome é muito entusiasta, e para melhor demonstrar a veracidade da proposição, transcrevo o pensamento do autor José Augusto Rodrigues Pinto (1997, p.144/145):

[...] o neologismo, embora tenha sido aceito com foros de irreversível, não expressa por via nenhuma das derivações a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviços de apoio empresarial, que examinará, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.

Verifica-se uma discordância do autor ao uso do termo, e conseqüentemente, uma contraposição aos argumentos da autora.

Existem diversos outros doutrinadores que dão a entender que o mecanismo diz respeito à formalização de um contrato, cujo fim, busca a otimização organizacional da empresa, através da concretização de resultados e ajustes internos, por isso imputam-lhe o título de "contrato de fornecimento" à terceirização.

Sérgio Pinto Martins (2005, p42), entretanto, discorda desse posicionamento argumentando que:

Entendo que não se poderia utilizar a expressão contrato de fornecimento para o tema em estudo, pois significaria um contrato de Direito Comercial, e, no caso da terceirização, apesar de existir o referido contrato, temos que o que vai nos interessar é a relação do trabalhador e do terceirizado com a empresa que recebe a prestação de serviços. A isso não poderíamos dar o nome de contrato de fornecimento, pois estaria muito mais próximo da subcontratação, da locação de serviços ou da empreitada.

O certo é que, as relações de trabalho vivem constantes transformações, seja por conta da revolução tecnológica, seja por conta das crises econômicas que desestruturam os mercados, proporcionando a inserção de novos processos tecnológicos, a fim de melhorar a qualidade dos produtos e serviços, reduzindo custos e agilizando os processos organizacionais.

Para corroborar com tal assertiva, trago à luz o pensamento de Rubens Ferreira de Castro (2000, p.78), que assim define a terceirização:

[...] uma moderna técnica de administração de empresas que visa ao fomento da competitividade empresarial através da distribuição de atividades acessórias a empresas especializadas nessas atividades, a fim de que possam concentrar-se no planejamento, na organização, no controle, na coordenação e na direção da atividade principal.

No mesmo seguimento impele registrar o pensamento do mestre Rodolfo Pamplona (2002, p.36) que conceitua a terceirização como sendo a “transferência do segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outros de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida”.

É importante afirmar, que a terceirização criou raízes profundas no seguimento empresarial, e que cada vez mais cria sua própria estrutura de gestão.

De sorte que, quando o processo for dirigido à Administração Pública, devem-se observar os princípios harmônicos que norteiam o direito público, razão porque o Direito do Trabalho se preocupa sempre com a proteção do trabalhador e seus direitos garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2.2. OBJETIVO

O incentivo as novidades implantadas, tem construído verdadeiras discussões junto aos setores políticos e acadêmicos, especialmente pela capacidade na amplitude das idéias e na competitividade de empresas, regiões e nações. O mundo empresarial está sempre em volto na busca da perfeita produção e prestação de serviços, com isso, acaba delegando a terceiros as atividades afins, mesmo não sendo o foco principal da instituição.

Na esteira do crescimento da interdependência dos países, na análise dos resultados, só resistem às organizações que se especializam no seu produto, em decorrência da condição imposta pelo mercador consumidor e a concorrência avassaladora presente nos diversos ramos da economia.

Uma das alternativas construída pelo mundo comercial foi a Terceirização, como ação planejada para melhorar a gestão empresarial, através do desenvolvimento de práticas de trabalho para terceiros executarem. Hoje mais do que nunca, é um processo de predisposição entre nações e comum ao tempo presente, sobretudo pelos resultados que se formam e se constroem. Em muitos casos é prudente para muitos setores empresariais terceirizar atividades não peculiares ou que acarretem danos e que exijam um emprego maior de capital.

Segundo alguns historiadores a terceirização foi implementada levando em consideração a crise econômica que se alastrava no mundo. É possível que esta assertiva tenha fundo de verdade, pois, a grande meta do instituto da terceirização consiste na formação de um serviço de atendimento altamente qualificado e com menores custos, sem que haja perda de foco em sua atividade principal.

A terceirização veio para proporcionar melhor definição, qualidade e desenvolvimento operacional das empresas, possibilitando novos investimentos e diversificações, tais como: redução de custos, maior especialização da mão-de-obra, otimização de mão-de-obra, concentração na especialização do negócio, redução da estrutura organizacional, investimento em novas tecnologias, aumento da qualidade, produtividade e lucratividade.

Do mesmo modo, a prática requer constantes cuidados e análises pelos envolvidos com o processo organizacional das empresas, antes da sua execução, mesmo com levantamentos concretos que ela proporciona redução nos custos

praticados e riscos operacionais, podendo inclusive, gerar um aperfeiçoamento do desempenho das tarefas de apoio, melhor qualidade, maior competência operacional, eficiência organizacional e a simplificação dos trâmites legais.

Entretanto, o instituto da terceirização pode trazer alguns riscos para a empresa, caso não se construa uma boa proposta e não seja bem acompanhada pode colocar em risco a atividade meio da empresa.

2.3. ANALISE CRITICA DOS FATORES POSITIVOS E RESTRITIVOS

Comumente é importante destacar que a Terceirização como qualquer protótipo de administração apresenta vantagens e desvantagens para a empresa. Ela permite que a empresa volte sua atenção para a atividade central, ou atividade-fim, ou seja, focalização dos negócios da empresa na sua área de atuação. Desta forma, elas não necessitam se aperfeiçoar em atividades técnicas ou científicas, que não tem a ver com seu negócio principal.

São inúmeras as vantagens da Terceirização, como leciona o ilustre Martins (2001, p.42), "Sob o aspecto administrativo, a principal vantagem seria a de se ter alternativa para melhorar a qualidade do produto ou serviço, obtendo um controle de qualidade total dentro da empresa".

A terceirização tem sido empregada como meio de ação para processos mais robustos de descentralização, cujo fim se destina à reorganização da sua capacidade de gestão, isto é um fator preponderante na organização interna das empresas. Traz como benefício e impulsão, o treinamento e a qualificação de pessoal.

Ao terceirizar uma atividade, contratante e contratado tem como meta para suas organizações a redução de custos baseada no princípio da eficiência. Há um conjunto de benefícios que pode advir com o processo da terceirização, principalmente, se os administradores tiverem como meta a melhoria na capacidade de gestão, a redução dos custos, maior competitividade, simplificação da estrutura da empresa e qualidade dos seus produtos ou serviços.

Não obstante isso, a terceirização promove desburocratização nos meios organizacionais da empresa e maior capacidade na tomada de decisões, como modelo de gestão pode afirmar que ela proporciona alguns proveitos significativos:

- As empresas não precisam se especializar em atividades que não tem a ver com ser negócio principal;
- A empresa pode se concentrar em melhorias na sua atividade-fim;
- Maior mobilização para crescimento da própria empresa, já que não há contrato de exclusividade, a princípio;
- Diminuição dos desperdícios, redução das atividades – meio, aumento da qualidade, ganhos de flexibilidade, aumento da especialização do serviço, aprimoramento do sistema de custeio, maior esforço de treinamento e desenvolvimento profissional;
- Maior agilidade nas decisões, menor custo, maior lucratividade e crescimento, favorecimento da economia de mercado, otimização dos serviços, redução dos níveis hierárquicos, aumento da produtividade e competitividade, redução do quadro direto de empregados;
- Diminuição da ociosidade das máquinas, maior poder de negociação, ampliação do mercado para as pequenas e médias empresas, possibilidade de crescimento sem grandes investimentos, economia de escala, diminuição do risco de obsolescência das máquinas, durante a recessão.

A prática em questão, também tem suas desvantagens, focada justamente na criação de empregos com pouca estabilidade e duração, trazendo risco de desemprego e precariedade da mão-de-obra. Como resultado gera maior insegurança no emprego, fomentando a rotatividade de mão de obra e a dissolução de vínculos empregatícios.

Uma das causas observadas diz respeito aos salários oferecidos aos terceiros, pois, o objetivo é a redução da carga dos encargos trabalhistas e previdenciários, conseqüentemente, haverá uma redução dos benefícios, precariedade na segurança do trabalhador e das prestadoras de serviço, causando insatisfação e perda de motivação para produzir um bom serviço.

Com a Terceirização há uma diminuição do controle operacional, pois haverá sempre o risco da possibilidade do não cumprimento das obrigações contratada, sendo, portanto, o ponto negativo a ser observado.

É importante destacar que, os Sindicatos de trabalhadores não têm afinidade com a Terceirização. Contrapõem-se, pois, alega à possibilidade do trabalhador ter seus direitos trabalhistas, benefícios e reflexos da contratação e suas bases abaladas em termos de negociação.

Também se deve destacar os riscos na operação terceirizada, diz respeito à contratação de empresa desqualificada para executar serviços, sem competência e idoneidade financeira, dentre tantos, podemos elencar:

- Desconhecimento da administração e da filosofia da empresa pelo terceirizado pode atrapalhar.
- Muitas vezes há dificuldade para encontrar a empresa parceria ideal.
- Sempre existe o risco de não cumprimento de contratos.
- Empresa deve arcar com custo de manutenção e dos encargos trabalhistas.
- Risco de desemprego e não absorção da mão-de-obra na mesma proporção;
- Resistências e conservadorismo;
- Falta de parâmetros de custos internos;
- Demissões na fase inicial;
- Falta de cuidado na escolha dos fornecedores;
- Conflito com os sindicatos;
- Mudanças na estrutura do poder;
- Perca do vínculo para com o empregado;
- Desconhecimento da legislação trabalhista;
- Dificuldade de aproveitamento dos empregados já treinados;
- Perda da identidade cultural da empresa, em longo prazo, por parte dos funcionários.

A experiência tem mostrado que os fatores restritivos refletem uma realidade, o desemprego, como consequência de uma má escolha de parceiros, má qualidade nos serviços prestados, da qual nem sempre se pode escapar, e também, de certa forma refletem uma característica própria da cultura, uma situação incontornável.

2.4. EMBATES DO PROCESSO: O QUE É PERMITIDO POR LEI OU CONTRÁRIO AO DIREITO

Na esfera da Terceirização é decidido afirmar a necessidade de se produzir um rico debate por meio da argumentação e de exemplos reais, quanto à regulamentação dessa modalidade de contratação. Ressalta-se, portanto, que hoje a terceirização é executada no caso de prestação de um serviço técnico especializado. Isto em uma atividade meio, e não na atividade fim da empresa.

Para o magistrado, Otávio Calvet,¹ Juiz do Trabalho “são duas as linhas de argumentação para a prática, a humanista e a econômica. “Do ponto de vista econômico, a justificativa é a internacionalização do capital, por conta da simetria internacional. Do ponto de vista humanista, há uma crítica ao modo como a terceirização vem sendo empregada”.

A prática cotidiana prova que, as organizações se favorecem do processo de atendimento aos desejos empresarias e de mercado, por falta de uma jurisprudência legal, que oriente propostas corretivas, a fim de cessar a burla nas relações de trabalho e possa proteger os direitos legais dos operários.

Nas lições de Vieira (2006, p. 123), terceirizar serviços não significa apenas contratar mão-de-obra, mas, acima de tudo distinguir entre o contrato de fornecimento de mão-de-obra e o de prestação de serviços.

Nesse ponto, Di Prieto² questiona: “quando é que um serviço passaria a ser considerado fornecimento de mão-de-obra e, portanto, ilícito?” Para Christian Beurlen (2007), apesar da pequena distância entre os contratos de fornecimento de mão-de-obra com os de prestação de serviços, não podem ser distinguidos, pois, no caso da contratação de mão-de-obra seu objeto é construído ao redor de sujeitos, ao passo que, a contratação da prestação de serviços a atividade realizada pelo contratado.

¹ CALVET, Otávio. **Responsabilidade subsidiária na Terceirização**. Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Responsabilidade%20Subsidi%C3%A1ria%20na%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20%20Otavio%20Calvet.pdf>

e http://origin.revistavocerh.abril.com.br/noticia/conteudo_490478.shtml - Revista VocêRH.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Terceirização Municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, n.7, jan/mar.2003. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br>.

Perfaz-se, portanto, que a contratação de fornecimento de mão-de-obra, descrita pelas suas exigências legais, de uma relação de subordinação e pessoalidade, é prática vedada tanto no setor privado como na Administração Pública, haja vista as disposições constantes do Enunciado nº 331/1993 e dos incisos II e IV do art. 4º do Decreto nº 2.271/1993, sendo que, nesse caso, a terceirização é considerada ilícita.

Via de regra, a contratação de serviço de natureza indireta pelo serviço público, no tocante ao objeto contratual, será definida de forma expressa no edital de licitação e no contrato, exclusivamente, como prestação de serviços, conforme disciplina o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, em seu art. 3º.

Já no art. 4º, II, o citado Decreto veda a “inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra”, sob pena de a terceirização ser considerada ilícita, segundo entendimento do Poder Judiciário. A posição também é sustentada por Beurlen: “o contrato de fornecimento de mão-de-obra é ilícito, e não pode ser firmado pela Administração Pública” (2007, p. 3).

É por demais interessante distinguir o que seja atividade-meio e atividade-fim no âmbito do Direito Administrativo. Para Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 123), analisando o assunto, assim se posicionou:

Há quem identifique a atividade-fim do setor público como a prestação de serviços públicos. Dessa forma, as atividades diretamente direcionadas aos administrados são atividades-fim da Administração Pública, em justaposição às atividades-meio, relativas à organização interna da Administração, que são instrumentais à realização das primeiras.

Conclui-se que, atividade-fim são aquelas que “visam desenvolver prestações diretamente aos administrados, tais como o serviço de tratamento de água” (Duarte, 2005, p. 5046), enquanto que atividade-meio são as direcionadas ao atendimento de serviços administrativos do próprio ente público.

De positivo, sob a égide da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.666, de 1993, o Tribunal de Contas da União, dispôs consideração sobre a prática em questão no setor público, em apreciação apresentada por Luciano Ferraz (2006/2007, p.5):

Efetivamente, a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular para o desempenho de atividade inerente à categoria funcional

(...), abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (Processo TC-475.054/95 - publicado no DOU de 24/7/95).

Corroborando com a posição da corte de contas, discerne o escopo do Decreto n° 2.271, de 7 de julho de 1997, em que definiu quais as atividades seriam preferencialmente executadas de forma indireta, e dispôs, ainda, o seguinte em seu art. 1º, § 2º:

Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo se expressa disposição em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Portanto, é lícita a terceirização para execução de atividades ligadas a área-meio do órgão ou entidade da Administração Pública observada os requisitos da não-pessoalidade e não-subordinação.

A Súmula 331, inciso III do TST, dar acesso a uma gama de possibilidade do que é possível ser aplicada nas áreas da empresa definida como atividade-meio, como por exemplo: serviços de alimentação, serviços de conservação patrimonial e de limpeza, serviço de segurança, serviços de manutenção geral predial e especializada, engenharias, arquitetura, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, frota de veículos, transporte de funcionários, serviços de mensageiros, distribuição interna de correspondência, serviços jurídicos, serviços de assistência médica, serviços de telefonistas, serviços de recepção, serviços de digitação, serviços de processamento de dados, distribuição de produtos, serviços de movimentação interna de materiais, administração de recursos humanos, administração de relações trabalhistas e sindicais, serviços de secretaria e em serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador de serviços, dentre outros.

No escopo de adicionar subsídios à matéria em questão, impende trazer a colação o ensinamento de Delgado (2009), que afirma toda e qualquer atividade acessória pode ser terceirizada, não podendo existir uma relação entre as empresas de personalidade e a subordinação direta, com um distanciamento entre as empresas contratadas.

Portanto, é notável a ilegalidade da terceirização ligada diretamente ao produto final, ou seja, a atividade-fim. A atividade-fim é a constante no contrato social da empresa pela qual foi organizada.

Não obstante a afirmação é importante considerar os preceitos do art. 581, § 2º, da CLT, quando discerne por atividade-fim, ou seja, “a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades converjam, exclusivamente em regime de conexão funcional”.

Entretanto, é bom salientar que a disposição do enunciado não se estabelece regra. A jurisprudência do TCU, órgão que exerce controle sobre as contas públicas, para evitar a burla à norma constitucional que prevê a obrigatoriedade do concurso público, declina em favor que somente são passíveis de terceirização pela Administração Pública as atividades que não estiverem incluídas dentre aquelas especificadas como sendo atribuição de cargos de carreira e que não venham a caracterizar atividade-fim do órgão ou entidade contratante. Nesse sentido, cita-se a exemplo, a Decisão nº 680/95-Plenário e os Acórdãos nºs 243/2002-Plenário e 1.672/2006-Plenário.

3. ARCABOUÇO JURÍDICO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

No decorrer deste tratado, convém esclarecer a necessária formação da base de um sistema jurídico que discipline satisfatoriamente a prática do processo e suas implicações jurídicas, mesmo abastecidas por leis e normativos que orientam e direcionam os caminhos da terceirização no setor público, a fim de moralizar as relações de trabalho vindouras.

3.1. O CERNE DAS QUESTÕES JURÍDICAS E TRABALHISTA

O Ministério Público do Trabalho é uma instituição de caráter social, sendo responsável pela função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa dos

valores sociais do trabalho, a proteção dos interesses da sociedade, onde haja vestígio ou sinal de dano aos direitos sociais assegurados na Constituição Federal para assim, manter a ordem jurídica trabalhista.

Ilustrando esse entendimento, o ordenamento jurídico que regulamenta a organização e atribuições do Ministério Público do Trabalho, estabelecendo sua competência, está consagrada na Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, donde se extrai:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;

II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do Juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;

Sob a ótica da jurisprudência é prudente afirmar que, o direito social ao trabalho digno contribui para o crescimento e desenvolvimento da sociedade, assegurando constitucionalmente, direitos e deveres que valorize a superioridade da dignidade humana, promovendo o equilíbrio e a convivência pacífica dos fatores de produção: empresa, capital e trabalho. Para isso, deve acompanhar as mudanças decorrentes da globalização, mas sempre tendo como foco preservar a função social da empresa e observar a importância do trabalhador como fator de produção. É nesse contexto, que os magistrados dos tribunais trabalhistas passaram a julgar os processos decorrentes da terceirização, surgindo então, o desejo de celebrar entendimentos sobre fatos recorrentes.

De outra parte, levando em consideração o volume espantoso do instituto da terceirização e suas conseqüências com as relações de trabalho, não há uma lei específica para disciplinar as várias dimensões que o processo alcança, principalmente nas relações trabalhistas.

Percebe-se então que, sobre a prática debatida só encontramos alusão as relações de empreitada e sub-empreitada na norma legislativa brasileira que se refere ao Direito do Trabalho, ou seja, a CLT. Já no setor privado, há apenas dois diplomas legais, a Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário) e a Lei nº 7.102/83, que regula a terceirização dos serviços de vigilância.

Não há dúvida de que a interpretação contida em ambos os textos legais mencionados caracterizam-se pro sua restrita área de incidência, porquanto o

primeiro dispositivo aplica-se tão somente a contratos de pequena duração, produzindo os efeitos transitórios no tempo, e o segundo diz respeito a um específico e restrito conjunto de trabalhadores vinculados ao ramo de segurança.

A urgência em se remodelar o sistema público, introduziu-se mecanismos jurídicos incentivadores da intitulada descentralização administrativa, consolidados no Decreto Lei 200/67 e na Lei 5.645/70, facilitando a contratação de operários através de empresas para a execução de serviços de apoio. Contudo, no âmbito público se há uma permissão, porém esta se limita as atividades-meio, unicamente assessórias.

Concomitante a esse processo, deve-se salientar seu volumoso crescimento, à margem da normatividade estatal, ignorando os princípios e normas que regem a legislação jurídica trabalhista.

Por tais razões, a terceirização tem sofrido grandes restrições por parte da doutrina e jurisprudência pátrias, que nela tendem a enxergar uma modalidade excessiva de contratação.

E foi exatamente sob esta perspectiva que o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu súmula a respeito da questão, incluindo robusta orientação para o caso de contratação de trabalhadores por empresa intermediária. Preliminarmente, socorre-se ao Enunciado 331 do TST, para assinalar que constituem terceirização lícita as demandas empresariais que determinem a contratação de trabalho temporário, atividades de vigilância, conservação e limpeza, e ainda, serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador.

Assim tem-se que, excluídas tais situações, não se encontra no ordenamento jurídico legislação para legitimar a matéria discutida, sem que o respectivo tomador responda, em harmonia com os princípios do direito, pela relação de trabalho estabelecida com o obreiro.

Nunca é demais insistir, uma vez que independentemente da terceirização da atividade-meio ou fim, caso se concretize que o trabalhador colocado para execução da prestação de serviços esteja praticando funções de forma pessoal e continua, posto a dependência de ordens e regras da empresa tomadora de serviços, inegavelmente, será consumada uma relação empregatícia, e oportuna se faz comentar a existência de dolo na atividade terceirizada.

O fato é que, os tribunais trabalhistas não progrediram no estudo de idéias sobre o tema com a rapidez devida, julgando como fraude processos absolutamente

lícitos e que em nenhum momento traria ônus ao trabalhador contratado, opondo-se, deste modo, ao emprego do conjunto de ações como meio de flexibilização das relações de trabalho.

Do mesmo modo, a complexidade dos estudos tem mostrado que nos Tribunais Superiores muitos processos tramitam relativos às ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho, exatamente pelo motivo de que as empresas contratam a prestação de serviços ligados diretamente à atividade-fim da administração ou relacionadas às suas categorias funcionais.

No mesmo plano, apesar de que a empresa prestadora de serviços por ser a principal abonadora pelas obrigações trabalhistas, não cumprindo com os encargos, a empresa tomadora será responsável subsidiariamente pelo cumprimento dos direitos do trabalhador.

Não se pode esquecer que, no ordenamento jurídico algumas atividades possuem legislação específica sobre terceirização, dentre elas relacionamos as de energia elétrica e de telecomunicações, dispostas, respectivamente, na Lei 8987/95, art.25 e a Lei 9472/97, art. 92, entretanto, está prática vem sendo combatida, insistentemente pelo TST, tudo por conta da celeuma jurídica existente no caráter genérico do conceito de atividade-meio e de outra maneira por compreender que são leis administrativas e não podem se colocar por cima às leis trabalhistas protegidas pela lei maior – a Constituição.

É de conhecimento que tramita no Congresso Nacional projetos de lei, cuja finalidade é a regulamentação da prática em debate, inclusive estando no rol de discussões a responsabilidade solidária na empresa tomadora.

Por derradeiro, muitos esforços devem ser aplicados no enfrentamento do tema, a fim de que se possa usá-la dentro de um regime jurídico que atenda a legislação e não vá de encontro aos direitos do trabalhador e nem proporcione motivo para ação trabalhista contra a empresa tomadora dos serviços.

Nunca é demais insistir que, as empresas tomadoras de serviços devem acautelar-se quanto ao processo de terceirização, para se conter que contratos firmados possam ser considerados dolosos perante o Poder Judiciário, bem como simplificar eventuais transtornos de obrigação trabalhista com empregados da contratada.

3.2. A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST

É de importância vital para a Administração e necessário a discussão do tema, visto que são constantes as fraudes e ações trabalhistas em que os trabalhadores disputam na justiça o pagamento de verbas trabalhistas e demais encargos previstos na legislação, mas as empresas terceirizadas, prestadoras de serviços, não têm capacidade financeira para saldá-las.

Do mesmo modo, os prejuízos decorrentes do descrédito de muitas das terceirizações e a urgente necessidade de sua moralização para responsabilizar todos os envolvidos no sistema produtivo e de benefícios da atividade, é que restou ao Tribunal Superior do Trabalho editar o Enunciado nº 256, “in verbis”:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.011, de 3 de janeiro de 1974 e 7.102, de 20 de Junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatícios diretamente com o tomador de serviços.

Ressalte-se que, o Enunciado n.º 256 surgiu com a finalidade de opor-se a contratação através de agentes de negócio, situação em que o trabalhador estaria sob a responsabilidade da empresa intermediária, sem examinar as condições em que ocorre a prestação de serviço do trabalho realizado.

Os renomados Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão (1976-1981, p.40), ao dissertar sobre o assunto, com muita propriedade, se manifestaram em contraposição afirmando que o enunciado confundiu merchandage com prestação de serviços entre empresas.

Na mesma Linha de raciocínio referindo-se ao Enunciado, Amauri Mascaro Nascimento (1996, p.796), preleciona que:

O critério taxativo que procurou estabelecer não foi seguido nem mesmo pelo TST, que passou a admitir a terceirização em outras atividades e a coibi-la apenas nos casos em que ficasse manifestada a fraude na contratação, assim considerada a contratação formal sem correspondência com a realidade e com o objetivo deliberado de impedir ou frustrar a formação de vínculos de emprego.

Quanto ao dever está posto o voto do Min. José Vasconcellos:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade. Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no Enunciado 256 da Súmula desta Colenda Corte há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador de serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. (TST. RR 226/89.3 – Ac. 1ª T. 2.608/89)

A par disso, o Enunciado nº 256 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho acabou sendo substituído pelo nº 331, que incluiu outras hipóteses de terceirização além das já previstas, estabelecendo que:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário.

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, 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 na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Seguindo a procura legal do tema, a terceirização encontrou amparo jurídico no Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho - TST, em dezembro/93, que modificou a substância do anterior, que colocava impedimento quanto à terceirização. Estabelece, por sua vez, que os serviços ligados a atividade-meio do tomador, e mais, os serviços de vigilância não compõem dolo se não houver o caráter pessoal da submissão direta. Deliberou igualmente a obrigação subsidiária do tomador pelos encargos trabalhistas em decorrência de inadimplência da empresa executora contratada.

Outro aspecto importante do Enunciado nº 331, veio para estabelecer que a empresa contratante dos serviços deve selecionar, com extrema segurança, aquela que irá prestar os serviços, acompanhando e fiscalizando a atuação da contratada, de forma que sua qualidade e seus serviços sejam por excelência destacados, como

também, se apropriar do conhecimento da máquina estruturante da empresa prestadora, de sua capacidade econômico-financeira, sob pena de a contratante responder por má seleção.

Sob esse enfoque, doutrinam os críticos sobre análises de perspectivas extremamente divergentes: Primeiro, que não se pode responsabilizar a contratante da obrigação trabalhista em razão de que a contratada pratique desmando contratual e locupletamento ilícito; Segundo, que mesmo diante do ordenamento estabelecido por este Enunciado, para as empresas o que está em disputa é a redução dos custos. Assim sendo, a prática em debate, continua tendo ampla propagação por todos os meios econômicos, o que diretamente determina o aumento da intensidade da capacidade de trabalho, concentração de tarefas e responsabilidade, advinda então a desestabilização das circunstâncias de trabalho e de emprego.

No entanto, mesmo com um conjunto de disposições para disciplinar o melhor caminho aos julgamentos jurisprudências, percebe-se uma forte inclinação cada vez mais crescente a admitir o fenômeno em tela.

Como antes já se explicitou, no âmbito do poder público brasileiro a Súmula nº 331 do TST ordenou diretrizes jurídicas para o instituto da terceirização, sendo que de um lado ela igualou: "[...] a disciplina das empresas estatais à das entidades da administração pública central, admitindo como lícitas as contratações de serviços de limpeza e outras atividades de apoio (manutenção, portaria, telefonia etc.)". De outra maneira, inibiu a exigência de concurso público para as funções de apoio. Por sua vez, admitiu precisamente que a ilicitude do processo terceirizante na administração pública não reconhece vínculo de emprego, tudo por conta da exigência constitucional do concurso público.

É de registrar-se, ainda, que esta inclinação é inclusive fortalecida pelo inciso II da Súmula nº 331 do Superior Tribunal do Trabalho ao estabelecer que "[...] a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)".

A luz da jurisprudência do direito trabalho, pelo viés constitucional é importante destacar que em seu art. 37, II, § 2º, da Carta Magna, o ingresso em emprego público, ressalvada as nomeações para cargos em comissão, declarados

em lei de livre nomeação e exoneração, será mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Mas se não fora por tudo que já se analisou, não se pode esquecer que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 24/11/2010, declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. A sentença foi prolatada no despacho da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em face da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo item IV da referida súmula, responsabiliza subsidiariamente a Administração pública direta e indireta pelos débitos trabalhistas, quando contrata serviço de terceiro.

É certo que, o dispositivo constitucional tem auxiliado aos empregados das empresas terceirizadas, contratadas pelos entes públicos a ter seus direitos trabalhistas assegurados em caso de inadimplência da prestadora de serviços.

É de bom alvitre trazer à luz a posição do Ministro Cezar Peluso que na ocasião ressaltou sobre o resultado do julgamento: "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade com base nos fatos de cada causa"

Já se vê, pois, destas disposições normativas, os ministros do TST, pela totalidade dos votos, decidiu alterar o texto da súmula e, o item IV passou a constar do seguinte teor:

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

A esta circunstância, derrotado os votos de Aloysio Corrêa da Veiga, Rosa Maria Weber, Vieira de Mello Filho e Dora Maria da Costa, o TST ainda adicionou o item V à Súmula nº 331:

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 nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

E, à unanimidade, o Pleno aprovou também o item VI que prevê que “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

Parece, assim, mesmo com a inclusão de novos incisos, o entendimento da Justiça do Trabalho não deve ser violentamente modificado, daí porque grande parte das infrações acontece por falta de fiscalização do poder público.

Alerta-se, por fim, na esfera pública constitucional só há previsão de contratação de pessoal, por concurso, por nomeação para cargo em provimento de comissão e por contratação por tempo determinado.

4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao cabo final, relata-se a busca do setor público em proporcionar a sociedade mecanismos de gestão para reduzir, drasticamente, a burocracia nos seus diversos setores, usando assim, o fenômeno da Terceirização. Contudo, esbarra na jurisprudência constitucional do concurso público na hora das contratações. Pode o Estado Terceirizar? Há impasse na contratação de mão-de-obra? De quem é a responsabilidade subsidiária do encargo inadimplido?

4.1. PERSPECTIVA DAS IDEIAS

A gestão pública pode ser considerada como uma ação de governo que engloba atividades de incentivo, polícia administrativa, serviço público e intervenção, sendo que a execução deste conjunto será de competência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também, em alguns casos por terceiros devidamente autorizados, como é o caso dos permissionários e concessionários de serviços públicos.

Com relação aos princípios que norteiam a Administração Pública, leciona a ilustre Di Pietro (2004, p. 101):

“... a prestação de serviços públicos é regida por princípios próprios, dentre eles, a igualdade dos usuários perante o serviço, a continuidade do serviço público, a mutabilidade do regime jurídico, a generalidade e a eficiência.”¹³

Durante os anos 60 o serviço público se deparava com um problema generalizado, tinha dificuldades latentes e evidentes em manter um serviço público bom, eficaz e eficiente, resultando em má qualidade e, descrédito de uma boa administração, ao ponto que necessitou introduzir de forma discreta da mão-de-obra terceirizada.

Importante que se diga que, a prática contínua do processo favoreceu a uma evolução crescente, fato esse registrado por volta dos anos 90, tendo a demanda sido expandida para os setores de competência do poder público, com resultados acima do planejado, como bem demonstrou essa conexão dos fatores Martins (2009). Esse modelo de repartição das tarefas deu maior liberdade de entendimento ao governo, e acima de tudo, independência na forma gerir a coisa pública.

Comumente, é importante destacar que a terceirização enquadra-se no repasse da execução material do serviço a terceiros. O contratado, neste caso, não possui atribuição jurídica para administrar o bem público, considerando que sua execução é em nome do gestor operacional, que tem função controladora para conduzir favoravelmente o serviço.

A guisa de ilustração vê-se imediatamente que o ensinamento do Decreto-Lei nº 200/67, orienta no sentido de que a execução de atividades acessórias ao setor público, deve ser posta em prática através da contratação de terceiros. Do mesmo modo, é o disciplinamento da Lei nº 5.645/70, que institui para as atividades com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes, será de preferência, objeto de execução indireta.

Com o passar do tempo, dado a necessidade da implementação de um processo de reforma, visando reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, tornando-o mais flexível, eficiente e voltado para o atendimento ao cidadão, o ente público, institui a Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que suscitou uma lista de contratação de serviços, tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais, nos moldes do art. 6º, II. O processo de

descentralização desses serviços carece de licitação pública, nos termos legais, sob pena de nulidade.

Entretanto, como se trata de uma lista de serviços meramente ilustrativo, a Administração Pública cada vez mais tem se utilizado de contratos terceirizados para a execução de uma infinidade de atividades.

Sob o impulso do processo, o poder público envolveu atividades, que, ainda que acessórias, perdem o caráter próprio da especialização, gerando dúvidas sobre a legalidade na contratação. É prudente afirmar que há uma gama de serviços que o poder público pode dirigir sem que os execute diretamente. Entretanto, nem todas as atividades materiais acessórias podem ser terceirizadas, principalmente na estrutura organizacional da Administração Pública existir cargos criados para atendimento àquelas necessidades.

Assim sendo, o poder público, sofre sanções, tanto legais, quanto de outros princípios inerentes a sua atuação, exemplificando, como o princípio da eficiência.

Nesse contexto, a decisão pela terceirização deve se regular por uma série de estudos, passando pela estrutura funcional e, principalmente se o serviço a ser prestado pelo terceiro irá atender satisfatoriamente a todos os princípios públicos, a fim de que proporcione uma grande valoração para a sociedade, tornando-se um valor cristalizado, pois, a melhor utilização dos meios e recurso necessários, proporcionará bons resultados e eficácia dos atos administrativos.

4.2. A TERCEIRIZAÇÃO NAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

Entende-se por último, que o processo de transferência das tarefas da atividade-meio da gestão pública para um empreendimento privado, a fim de que seja realizado como sua atividade-fim, conceituamos como sendo terceirização.

Este processo é visto por alguns críticos como condição que possibilita a fraude pelo contratante, da responsabilidade da realização de concurso público. Como já argumentado no Capítulo II, se o órgão terceirizante alocar o pessoal contratado em atividade-fim, certamente estará desviado a finalidade da contratação e, por conseqüência, passível de irregularidade. Existem da mesma forma outros críticos que defendem a terceirização da atividade-fim. É o caso de Sérgio Pinto

Martins (1996, p.99/100) que diz “não se poder afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se a atividade-meio”. A discussão tem foco na definição do que é atividade-fim e atividade-meio dentro do órgão terceirizante para que o gestor público não incorra em risco de erro.

Tomando por base os preceitos constituídos no inciso II do art. 37 da Constituição, que estabelece:

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

Logo, pode-se afirmar que o acesso ao serviço público para os setores da administração, seja direta ou indireta, só através de concurso público. A partir daí, emerge um conjunto de questionamentos quanto à licitude da terceirização; é lícito ou ilícito, o que só foi possível estabelecer condições através da promulgação do Decreto-Lei 200/67, art. 10, §7º, de 25/02/1967, nas circunstâncias, a saber:

Capítulo III – da descentralização

Art.10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

Ao analisar o processo de descentralização, a norma demonstrava suas possibilidades e seus objetivos, permitindo que a Administração Pública focasse em suas tarefas e impedisse o crescimento excessivo da máquina administrativa e que, desencarregada das atividades acessórias, desenvolvesse suas atividades-fim com eficiência, eficácia e economicidade.

Comentando sobre a questão da vedação de serviços que o poder público executa de característica própria e de marca “institucional” o renomado Marrtins (2009), entende que não podem ser terceirizados, como é o caso da fiscalização,

da segurança pública, da justiça entre outros serviços idênticos, mas verifica-se que essa regra não é atendida integralmente em muitos casos.

Por outro lado, o desenvolvimento contínuo de distintas formas de atuação, possibilitou a substituição do Estado pela instituição privada nas atividades acessórias. Em seguida, em face da promulgação da Lei nº 5.645/70 estabeleceu-se as funções a ser exercidas por terceirizados na Administração Pública.

A partir da normatização da prática em questão, instituíram-se os deveres dos entes públicos, que vão desde a escolha da empresa prestadora de serviço aos cuidados destas com o cumprimento da jurisprudência trabalhista.

Para escolher uma empresa prestadora é necessário submetê-la ao processo da licitação, a fim de que a Administração Pública contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para execução do objeto contratual, sendo, impreterivelmente, respeitados os direitos aos contratados expressos na legislação trabalhista.

Observe-se sobre o tema, e como já ressaltado anteriormente, na administração pública, o processo em tela pode receber distintas formas, ou diferentes modalidades. Como exemplo, Di Pietro (2003, p. 2), afirma que a terceirização pode assumir distintas modalidades, como segue:

(...) pode adquirir a forma de empreitada, seja empreitada de obra, seja empreitada de serviço. ... A empreitada de serviços não tem por objeto a prestação de um serviço contínuo, a ser prestado como se fosse por um empregado da empresa tomadora. Ela visa um serviço, um resultado.

Não se pode jamais esquecer que o poder público, se sujeita ao princípio da legalidade, ou seja, ao império da lei, obrigando ao gestor à obediência à lei, ao contrário das pessoas jurídicas de direito privado.

É mister salientar que em algumas regiões do Brasil, o processo de terceirização triplicou, provocando crescimento nos município de pequeno porte, com isso, acarretou prejuízos ao cumprimento da responsabilidade estatal, causados pelas desprofissionalização do serviço público, o desaparecimento de funções ou supressão do plano de carreira.

Diante desta situação, é preciso analisar se o processo de terceirização traz realmente benefícios ao poder público, pois, muitas alegam que, mesmo com a melhora da agilidade do Estado seu processo de atuação está causando perdas no

longo prazo. Isso decorre da má qualidade na execução de tarefas e atividades pelos terceirizados, fragilizando o coletivo organizacional. Tal atitude pode causar uma separação entre servidores públicos e terceirizados, o que deixa claro delimitar os limites na terceirização.

Os doutrinadores do direito do trabalho afirmam que o Estado, no que diz respeito a sua obrigação como gestor público tem oferecido o mínimo de segurança ao trabalhador que executa atividade por meio da empresa terceirizada, permanecendo a mercê das condições legislativas no tocante à responsabilidade entre as partes e necessitando fiscalizar ativamente se os créditos trabalhistas estão sendo realizados de maneira correta.

Assim, as instituições públicas que deixar de cumprir o objetivo da terceirização, descentralizando atividades características de sua produção, a Corte de Contas da União ordenou, a imediata, substituição dos servidores terceirizados por outros aprovados em concurso público.

Sob esta perspectiva, o volume de atos em desacordo quanto aos terceirizados se deu em virtude que a dependência das parcerias se tornou tão volumosa que a observância legal e total da jurisprudência promoveria uma suspensão na execução do Estado.

Desta forma, a melhor maneira encontrada foi um acordo firmado que resultou num conjunto de metas anual de trocas por servidores concursados.

4.3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA/SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É fundamental ressaltar que, a jurisprudência trabalhista sempre se manifesta favorável ao trabalhador nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços, independente dos procedimentos relativos ao processo de licitação. É matéria pacífica nos Tribunais trabalhistas que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública ocorre com o simples inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, sem levar em consideração os princípios de legalidade ou não, que norteiam a contratação de serviços terceirizados.

Analisar a existência de responsabilidade da Administração Pública é, antes de tudo, expressar importância vital para o que seja responsabilidade solidária e subsidiária.

O novo Código Civil estabelece no art. 265 (art.896 do código anterior) que:

a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. Para a autora e doutrinadora em Direito Processual Civil Maria Helena Diniz²², a responsabilidade solidária "é aquela em que, havendo multiplicidade de credores ou de devedores, ou uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

A par dos conceitos e definições acima transcritos, a responsabilidade solidária se diferencia porque cada titular, isoladamente, é detentor do direito ou responde pelo conjunto da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão, ou seja, na solidariedade às obrigações colocam-se no mesmo plano, nivelando-se no mesmo paralelo não havendo benefício de ordem.

Traçada a questão nessas bases, a autora esclarece que em nosso Direito jamais será admitida a solidariedade presumida, resultando de lei ou da vontade das partes, pelo motivo que se implica em um agravamento da responsabilidade dos devedores, tornando-se responsáveis pelo pagamento integral da dívida. Portanto, se a legislação não a obrigar, ou o instrumento contratual não a estimular, não haverá solidariedade.

Cumprido ainda esclarecer que, nos vínculos contratuais de terceirização de serviços, o tomador não é solidário com o prestador, conforme dispõe o Enunciado 331 do TST, responsabilizando-se pelos créditos trabalhistas não quitados pelo prestador, ou se o conjunto dos bens do prestador não for suficiente para regularizar a pendência.

Na esfera doutrinária, não será demais trazer a colação o pensamento do autor Wilson Alves Polônio (2000, p.125) "a responsabilidade pelos créditos trabalhistas é, objetivamente, do empregador, não havendo o que se falar em solidariedade (tampouco em subsidiariedade)".

Não se pode esquecer que, num procedimento terceirizante, se o empregador é o próprio contratante, comprovando-se a pessoalidade e a subordinação direta do empregado, existindo, portanto o vínculo empregatício será responsável pelos

créditos trabalhistas, bem como tributários e previdenciários. Tratar-se-á de uma terceirização ilícita, simulada.

Quanto ao entendimento, obrigação solidária compreende-se a que vem reforçar a principal, se levar em conta que esta não é suficiente capaz de atender a imposição da responsabilidade assumida.

Conforme o ordenado pelo Direito Civil, o TST, no Enunciado 331, estabeleceu a responsabilidade subsidiária nas relações de terceirização, ante o reconhecimento de licitude dessas relações, garantindo maior eficácia da norma e o direito do tomador de contratar terceiros para execução de tarefas acessórias sem que incorra no risco de assumir, sem qualquer motivo de ordem legal, a responsabilidade pelos créditos dos trabalhadores empregados da contratada. Está contida na redação do referido Enunciado com o objetivo de garantir a aplicação das normas do Direito do Trabalho.

Levando-se em consideração o inciso II E V do Enunciado 331, cabe a pergunta: existe ou não responsabilidade subsidiária da Administração Pública em relação aos créditos trabalhistas decorrentes dos contratos de terceirização? Com a nova redação da súmula 331 do TST a resposta é depende da situação.

Com a nova redação do inciso V, observa-se que a administração pública só irá responder subsidiariamente nas situações em que se o ente público, ao contratar serviços, não obedecer a legislação que permeia os contratos de prestação de serviços, ou seja, quando existir comprovadamente a culpa da Administração Pública no cumprimento das obrigações impostas pela Lei. 8.666/93. Assim, na hipótese de não existir a culpa comprovada, o ente público não será responsabilizado.

Entretanto, sob este enfoque, doutrina o entendimento majoritário de que o Poder Público deve responsabilizar-se pelos encargos trabalhistas da contratada, isto posto, é natural que os agentes públicos exerçam posição enérgica no sentido de acompanhar a execução do contrato, auditando quando necessário o recolhimento dos encargos trabalhistas e previdenciários dos empregados terceirizados, a fim de se conter as ações judiciais porvir.

Discorrendo também sobre o tema, é prudente atentar para o que leciona Dora Ramos (2001, p.69), em caso de condenação da Administração, a jurisprudência alerta em responsabilidade do gestor na esfera penal, civil e administrativo:

O administrador que der causa à ilegalidade, deverá ser responsabilizado, estando sujeito inclusive aos rigores da lei de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992) e ao ressarcimento dos prejuízos que venha causar aos cofres públicos, notadamente se o Estado for condenado ao pagamento de indenizações a qualquer título.

Importante, ressaltar que a nova redação da súmula 331 do TST já está sendo aplicada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, a 3ª Turma do TST utilizou a nova orientação e excluiu a responsabilidade subsidiária da Petrobrás em processo movido por um empregado de uma prestadora de serviço. Na ocasião os ministros modificaram o julgamento do TRT da 21ª Região, no Rio Grande do Norte, que anteriormente havia condenado subsidiariamente a Petrobrás a responsabilização de pagar os direitos trabalhistas de um empregado da Servimec Engenharia e Manutenção Industrial.

Na decisão o relator, ministro Horácio de Senna Pires, retirou a responsabilidade da Petrobrás embasado no item V da nova súmula. E afirmou que a nova redação esclarece que os entes da administração pública direta e indireta apenas serão responsáveis subsidiariamente, quando existir comprovação de culpa da administração no cumprimento das obrigações ordenadas pela Lei de Licitações.

4.4. A TERCEIRIZAÇÃO E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO

A prática em debate é caracterizada pela formação de terceiros com o propósito de prover um trabalho no qual a empresa poderia por bem executar, mas, por razões diversas transfere para uma especializada. A terceirização não possui regulamentação própria, o que leva a administração a utilizá-la abundantemente de maneira incorreta.

No âmbito do poder público o fenômeno se molda como alternativa na contratação de operários, para executar as atividades consideradas acessórias ao desempenho do equipamento estatal, sem que haja uma seleção com critérios bem definidos pela legislação.

É fato considerável e avassalador o crescimento da prática na esfera pública, motivada principalmente pela dificuldade em contratar mão-de-obra, visto que a Carta Magna determina que a posse em cargos públicos só é possível mediante a aprovação em concurso público, com exceção das nomeações em cargos de comissão.

Traçada a questão nessas bases, traz-se à baila o disposto no art. 37º da Carta Magna Federal, sobre as quais a administração pública deve se conduzir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

[...]

Nunca é demais insistir que, o concurso público tem por fundamento prevenir que a Administração Pública utilize de meios ilícitos e pessoais para contratar servidores. Acerca do assunto é prudente esclarecer que, o uso do processo com a intenção de minimizar gastos, através da contratação de servidores por meio de concurso público é uma forma ilegal de admissão, por desconsiderar a legislação pertinente.

Sob esse enfoque é correto destacar que, a terceirização realizada de forma legal, que não forneça mão-de-obra, mas seja acordada pela celebração de um contrato de serviço ou regime de permissão é considerada uma forma ágil e possível de efetivação pelo poder público na execução das atividades públicas, proporcionando maior agilidade nas rotinas de serviço.

Como regra da conduta, forçoso se faz esclarecer que alguns órgãos da administração pública se serviam da terceirização para contratar fornecimento de pessoal, dissimulados na forma de prestação de serviços, caracterizando burla a regra constitucional que exige a posse de servidor através da aprovação em

concurso público, donde se pode concluir o surgimento de conflitos com a Constituição brasileira.

A propósito, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2001, p. 6), que acentua o perigo de o Poder Público prosseguir se apropriando do processo como forma de burlar o concurso público, senão observa-se:

Tal ocorre, quando se contrata por instituição (privada ou pública, organização social, organização de interesse público, etc) empregados para suprir postos de trabalho permanente, com subordinação direta, mediante remuneração de caráter não eventual. Exemplifica essa irregularidade a contratação de secretária por interposta instituição. Nesse caso, embora não possa o juiz reconhecer o vínculo empregatício, poderá entender que houve burla ao princípio do concurso público – impondo-se a regra do art. 37, § 2º da Constituição Federal, que implica nulidade da contratação e responsabilização de quem lhe deu causa. Em determinados casos, inclusive é possível ao Ministério Público, reconhecendo que a instituição só pratica o merchandising de mão-de-obra – intermediação ilícita – pedir a extinção da mesma.

Sobre este aspecto, deduz-se que, apesar do arcabouço legal vigente, ainda são encontradas situações de desrespeito ao entendimento dominante, especificamente no que diz respeito à forma de contratação, dando ênfase ao ponto de vista de Jacoby.

Cumpre ainda ressaltar que, na investidura sem concurso público, o contrato é considerado nulo (art. 37, § 2º, CF/88) e, por força do inciso II do Enunciado nº 331/1993 do TST, não produz vínculo empregatício com os órgãos do Poder Público. Por sua vez preleciona o insigne Benjamin Zymler (1998, p. 47):

(...) nem mesmos verbas trabalhistas são devidas. Em decorrência da nulidade absoluta do ato de admissão, a prestação devida pela Administração Pública perde o caráter salarial, uma vez ausente o vínculo empregatício. Os valores devidos assumem caráter indenizatório, visto que não há como retornar ao status quo ante, pois os serviços já foram prestados e o nosso ordenamento veda o enriquecimento sem causa de quem quer que seja, inclusive o Poder Público.

Sob esta perspectiva, em tese contrária, tem-se a lição de Maurício Godinho Delgado, citado por Vilja Marques Asse (2004, p. 50), assim se manifesta:

Em relação ao obreiro ilicitamente terceirizado, a isonomia assegurada, garante-lhe todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto, cumpridor da mesma função na entidade estatal

tomadora de serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto à entidade estatal beneficiada pelo trabalho. Verbas trabalhistas, e apenas estas, sem retificação, portanto, em CTPS quanto à entidade empregadora formal – já que esse tópico é objeto de expressa vedação pela Carta Magna.

Por conseguinte, a promulgação da Súmula 363 do Colendo TST, veio colaborar no sentido de solucionar esse impasse, estabelecendo para o caso de nulidade do contrato com o poder público, é concedido ao trabalhador o direito ao recebimento das verbas referentes aos dias trabalhados em consonância com a contraprestação ajustada. Eis o exato teor do seu texto, abaixo transcrito:

Súmula 363 – Contrato nulo – efeitos

A contratação de servidor público, após a CF/88, sem previa aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Pensando assim e seguindo o ordenamento jurídico, quando existir contratação indevida de mão-de-obra, o Judiciário produzirá os efeitos legais no sentido de corrigir os vícios de legalidade, por meio da substituição da imprópria terceirização de serviços pela convocação do candidato regularmente aprovado em concurso público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, neste estudo, que o novo modelo estrutural aqui preconizado é um instrumento de gestão cada vez mais praticado, originário da força de trabalho entre empregado, empregador e tomadora de serviços especializada que exige das empresas profissionais resultados cada vez promissores à atividade primeira do empreendimento seja ele qual for.

Por ser um instrumento flexível e dinâmico, tem patrocinado nos Tribunais Trabalhistas de todo o Brasil, e inclusive dentro do próprio Tribunal Superior do Trabalho, diversos conflitos jurisprudenciais.

No setor privado da economia foi evidente o crescimento e a evolução do processo incorporado, crescentemente de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de regulamento da matéria ao modelo empregatício clássico.

No mundo real, se tem hoje clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país.

Para entendermos melhor a evolução do processo, no âmbito do setor público ela está limitada, exclusivamente, a atividades-merio, atividades simplesmente acessórias. É oportuno comentar que não se encontra no ordenamento jurídico tolerância à terceirização de atividades-fim das empresas contratantes.

A jurisprudência trabalhista vem discutindo calorosamente sobre o tema desde a década de 1970. É tanto, que o TST fixou duas Súmulas jurisprudenciais 256 e 331 a respeito do problema, inculcando orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresas intermediárias.

Na adoção dos procedimentos legislativos um que trouxe grande conteúdo faz reverência à distinção entre atividade-meio e atividade-fim do tomador de serviços. A partir daí, entretanto, foi possível comparar a ilicitude (ou não) do processo praticado.

Na verdade, o ordenamento jurídico admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas organizações empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora.

Com isso, a dependência da obrigação e o caráter pessoal, por via das dúvidas, serão de inteira responsabilidade da organização terceirizante e não da tomadora dos serviços terceirizados.

No que diz respeito ao poder público a jurisprudência permite a transferência de serviços públicos para terceiros, entretanto, não se vislumbra, nem poderá ser reconhecido o vínculo empregatício, visto que se esbarra na proibição constitucional para se admitir, que prevê a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, sendo assim, constatado nulo o ato de empregabilidade realizado sem a observância da legislação pertinente.

Paralelamente a discussão que envolve o tema, o instituto da terceirização, cada vez, tem abrangência em todos os setores da máquina estatal no Brasil, como forma de reduzir, veementemente, a burocracia nos órgãos, cujo propósito fim é a satisfação do interesse público, pois, bem se entende que é direito de todos se apropriarem de uma qualidade máxima em todos os setores do Estado, como também, dever da Administração Pública oferecer os requisitos mínimos.

Todavia, seguindo a mesma linha de raciocínio, para que construa um processo transparente e de acordo com a jurisprudência, o poder público, ao contratar serviços adote uma postura correta e padronizada, a começar pelo instrumento convocatório que deve constar de todas as especificações, voltadas intrinsecamente para a atividade descritiva a ser prestada e para os objetivos a ser alcançados, e jamais para as qualificações profissionais do trabalhador destinado a execução do objeto contratado.

. Além disso, uma boa fiscalização do contrato é essencial, a fim de evitar dano ao erário, com o pagamento de obrigações trabalhistas decorrentes do inadimplemento por parte da contratada, uma vez que, pelo Enunciado nº 331/1993, a Administração responde, subsidiariamente, por esse tipo de encargo.

Por razões prática, a terceirização pode ser um meio eficaz de se construir maior eficiência e flexibilidade às relações de trabalho no setor público, contudo necessita ser acompanhada com a máxima cautela de maneira que não comprometa o ente federativo com os interesses privados das classes políticas.

Enfim, de toda sorte, cabe aos magistrados se digladiar quanto à solução a ser dada a este processo que marca as relações de trabalho no Brasil, construindo uma legislação robusta que ampare contratante e contratado dos danos com o pagamento de obrigações trabalhistas decorrentes do inadimplemento, com uma

realidade bastante positiva, visto que, a ciência do Direito, especialmente a do trabalho decorre dos fatos e acontecimento da sociedade.

REFERENCIAS

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional.**

ASSE, Vilja Marques. **Terceirização no Setor Público.** Periódico: Justiça do Trabalho, ano 21, n° 250, outubro de 2004. HS Editora.

BEURLEN, Christian. **A execução indireta de atividades da Administração Pública. Terceirização – 1269/166/DEZ/2007.** Disponível em <http://www.zenite.com.br>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>.

CALVET, Otávio. **Responsabilidade subsidiária na Terceirização.** Disponível em: <http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/A%20Responsabilidade%20Subsidi%C3%A1ria%20na%20Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20%20Otavio%20Calvet.pdf> e http://origin.revistavocerh.abril.com.br/noticia/conteudo_490478.shtml - Revista VocêRH.

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

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.presidencia.gov.br/legislacao>.

Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. **Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. 2 ed., São Paulo, Ltr, 2003

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed., São Paulo, Ltr, 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo, Atlas 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Terceirização Municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, n.7, jan/mar.2003. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br>.

DINIZ, MARIA HELENA – **CÓDIGO CIVIL ANOTADO**, 2ª ED. SÃO PAULO – SARAIVA 1996.

DUARTE, Fabrício Souza. **A terceirização e sua utilização – a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 4, n° 38, fev/2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade Fiscal na função do ordenador de despesa; na terceirização de mão-de-obra; na função do controle administrativo**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2001.

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

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 <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. 20 edição. Editora NDJ, 2003.

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

_____. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. 9 ed., São Paulo, Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Revista de Direito do Trabalho**. N.º 83, setembro de 1993.

RODRIGUES Pinto, José Augusto. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3º ed., São Paulo, Ltr, 1997.

PAMPLONA, Rodolfo. **Terceirização e responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Revista Diálogo Jurídico, n.º. 11, Salvador, 2002.

POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

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

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. **Pareceres de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 1976-1981, v.4.

Tribunal de Contas da União (TCU). **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República: exercício de 2005/2006/2007**. Brasília: TCU, 2006/2007/2008.

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

ZYMLER, Benjamin. **Contratação Indireta de Mão-de-Obra Versus Terceirização**. Revista do Tribunal de Contas da União n.º 75, jan/mar 1998.