

Terceirização na Administração Pública: panorama geral, responsabilidade do Estado, novas tendências e possíveis soluções¹

Outsourcing in the Public Administration: overview, state liability, new trends and possible solutions

Francisco Sérgio Oto Souza Bonelli

Mestre em Direito pela PUC-SP e bacharel em Relações Internacionais pela FAAP.
Advogado e Internacionalista.

Resumo: A principal ambição do texto é debater a Terceirização na Administração Pública, uma das novas modalidades de parcerias adotadas pelo Poder Público, surgida e implantada, em grande parte, devido às mudanças ocorridas no modelo de Estado, as quais são apresentadas juntamente com a definição do próprio Instituto e, como não seria possível olvidar, com suas particulares nuances na seara trabalhista, bem como, propriamente, na Administração Pública. Colocam-se, ainda, a questão da responsabilização do Estado, mais especificamente quanto às culpas *in eligendo* e *in vigilando*, e as novas tendências da Terceirização na Administração Pública. Traçado, assim, um panorama geral do Instituto, são apresentadas e discutidas possíveis soluções para responder às problemáticas que a Terceirização na Administração Pública enfrenta hodiernamente.

Abstract: The objective of the text is debate Outsourcing in the Public Administration, one of the new forms of “partnerships” adopted by the Government, enabled and implanted largely due to changes in the state model, which are presented along with the definition of the Institute itself, and with its particular nuances in labor law, and, properly, in the Public Administration. It is also presented the state liability, more specifically the fault *in eligendo* and *in vigilando*, and some new trends according to Outsourcing in Public Administration. Thus tracing an overview of the Institute, are presented and discussed possible solutions to address the problems that Outsourcing in Public Administration faces in our times.

Palavras-Chave: Terceirização – Administração Pública – Responsabilidade do Estado – Culpa – Novas Tendências.

Keywords: Outsourcing – Public Administration – State Liability – Fault – New trends.

¹ Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC, Ano 2, nº 5, fev. 2014, p. 153-177.

Terceirização na Administração Pública: panorama geral, responsabilidade do Estado, novas tendências e possíveis soluções

Francisco Sérgio Oto Souza Bonelli

Mestre em Direito pela PUC-SP e bacharel em Relações Internacionais pela FAAP.
Advogado e Internacionalista.

1. INTRODUÇÃO

Ao se tratar do tema em foco, isto é, da Terceirização, bem como de qualquer outra nova modalidade de parceria² adotada na Administração Pública, das quais são exemplos notórios a Franquia, o Credenciamento, o Arrendamento Portuário, além de muitos outros, imperioso seja trazido à baila, preliminarmente, as mudanças ocorridas no modelo de Estado, as quais tornaram possível o surgimento e a implementação dessas novas figuras de parceria no âmbito do Poder Público.

Uma vez demonstrado, por meio das transformações dos modelos de Estado, o surgimento das parcerias na Administração Pública, caberá, propriamente, pontuar o instituto da Terceirização, recorrendo às suas origens e traçando os seus contornos, assaz distintos, na seara trabalhista e, posteriormente, dentro da Administração Pública, com estrita observância à Lei de Responsabilidade Fiscal e ao limite com despesas de pessoal.

Passo seguinte, a fim de concluir o panorama geral da Terceirização na Administração Pública, serão analisados alguns aspectos da responsabilidade do Estado frente à inadimplência das obrigações das contratadas.

Finalmente, serão abordadas algumas novas tendências da Terceirização, com a apresentação de determinados serviços públicos que foram ou estão em vias de ser objeto de Terceirização, dentre eles: o serviço “190” da Polícia Militar, e o dos terceirizados que atuam nas áreas de emissão de passaporte e controle de imigração em aeroportos, ambos na área da segurança; e o Programa “Mais Médicos”, na área da saúde.

Ao fim e ao cabo do panorama geral e das novas tendências da Terceirização, serão colocados dois novos posicionamentos a respeito da utilização dessa forma de parceria na Administração Pública, o que permitirá serem traçadas algumas conclusões e considerações sobre todo o estudo a ser desenvolvido.

² Por “parceria”, adota-se para definição do termo o conceito “vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores”, de Odete Medauar. (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2003, p. 213).

2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SURGIMENTO DAS PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No decorrer do século XX, que há pouco mais de uma década se encerrou, percebe-se que o Estado passou por três transformações marcantes, as quais deixaram para a História três modelos de Estado com dinâmicas completamente distintas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

No entendimento de Luís Roberto Barroso, referidos modelos compreendem três fases diversas, a saber: a “*pré-modernidade*”, a “*modernidade*” e a “*pós-modernidade*”.³

A primeira fase, a da “*pré-modernidade*”, configurando, portanto, o modelo de Estado Liberal, como o próprio nome sugere, teve por peculiar uma maior liberdade garantida aos cidadãos, a qual restou traduzida na redução da ingerência do Estado na vida dos particulares, limitando-se a zelar tão somente pela segurança, justiça e alguns poucos serviços tidos como essenciais: trata-se do denominado Estado mínimo.

Possuindo como marco histórico inicial a Revolução Francesa, de 1789, o Estado Liberal girou em torno dos famigerados ideais revolucionários das “*liberté, égalité, fraternité*”, levados a efeito pelos girondinos (alta burguesia) que, então, sobrepunham-se ao Absolutismo (*Ancien Régime*) e davam início ao Constitucionalismo (com a limitação dos poderes do governante).

Todavia, ao revés da retórica revolucionária empregada o que se pôde verificar foi que apenas os ideais de liberdade e de igualdade foram consagrados, ainda que apenas formalmente, ao passo que o ideal revolucionário da fraternidade foi olvidado por completo.

Com efeito, o que a alta burguesia pretendia ao proclamar mencionados ideais, era ver garantidas a liberdade, a igualdade e a propriedade privada, ou seja, que o indivíduo fosse colocado como senhor de si e de suas terras. E conforme bem assevera Paulo Bonavides, tal liberdade do indivíduo não passava de uma liberdade formal, destinada a atender meramente aos auspícios da própria Burguesia. De acordo com o Autor, “a burguesia triunfante ao soar esse ensejo histórico, enfeixava todos os poderes e se justificava socialmente como se fora o denominador comum de todas as classes, por cuja liberdade – uma liberdade que de modo concreto, só a ela aproveitava em grande parte – havia terçado armas com despotismo vencido”.⁴

³ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Tratado de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-24.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 67.

De igual forma, a igualdade conclamada pelos revolucionários não passou do plano formal, sendo possível se vislumbrar que a saída dos monarcas absolutistas apenas cedeu espaço a uma nova classe dominante, a da alta burguesia, para a qual se lhe importava, apenas, a sua igualdade e não a de todos, a do povo – pelo contrário, abominava-a. Tamanho descalabro não passou despercebido nas preciosas anotações de Cláudio De Cicco, sobre o Liberalismo ao afirmar que “ficava adiada para depois a problemática da igualdade, e o Código Penal Francês de 1810 punia como delito contra a ordem pública qualquer reunião por melhores condições salariais dos operários das fábricas cada vez mais prósperas e em aumento de lucros como de mão de obra”.⁵

Assim, desvendava-se uma sociedade extremamente individualista, assaz distante dos ideais de fraternidade, a qual culminou, grosso modo, num período de penumbras e de grande miséria, pelo qual ficou marcado o período da Revolução Industrial.

É este o modelo de Estado que vigorou desde o século XVIII até a virada do século XX, cuja tônica ensejou a mudança para o modelo de Estado Social, uma vez que o modelo de Estado Liberal fracassou, principalmente, por não ter conseguido ver aplicados os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, permitindo, ao contrário, que se instalasse um capitalismo selvagem, desumano e escravizador.

Destarte, no que tange à segunda fase, a da “*modernidade*”, ou do modelo de Estado Social, também denominado de *welfare state* (Estado do Bem-Estar Social), ou de Estado Providência, iniciado na segunda década do século passado, percebe-se que o Estado passa a tomar para si o desempenho de alguns papéis de cunho econômico, de modo a fomentar tanto o desenvolvimento quanto a distribuição igualitária, no intuito de, justamente, suprimir as desigualdades e tentar equiparar àqueles que ficaram à mercê dos altos lucros e do progresso conquistados no modelo de Estado Liberal (individualista).

É nesse período que passam a ser prestados, em grande parte, os serviços públicos tidos por essenciais, bem como é quando surgem os denominados “direitos sociais”, com vistas a garantir melhores condições de trabalho e emprego aos trabalhadores.

Ainda nessa fase, como ressalta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “surgem as noções de Estado-empresário, porque estatiza empresas, participa, com o capital privado, de empresas mistas e cria empresas com capital público, mas sob forma

⁵ DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 175.

jurídica privada; e a de Estado-distribuidor, porque distribui bens econômicos e sociais, para a realização da justiça social. O desempenho dessas duas funções leva que o Estado, paralelamente à manutenção da economia de mercado, assuma a regulação, a fiscalização e a direção do processo econômico”.⁶

Com efeito, foi nessa fase (a partir de 1920) que o Brasil passou a organizar a prestação de seus serviços públicos por meio de diversificadas modalidades. Inicialmente, apenas se conhecia a sua prestação por meio do Estado, o que era feito através dos próprios órgãos que integravam o aparato estatal. Já nos primeiros anos da década de 1920, tem início o processo de descentralização do Estado, quando são criadas as primeiras autarquias (que crescem em ritmo acelerado após a Revolução de 1930), as quais passam a desempenhar funções não apenas de cunho administrativo, senão também de natureza comercial e industrial.⁷

Nessa mesma época, segundo Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “[...] teve grande voga a concessão a favor de pessoas privadas (nacionais e estrangeiras), seguida, após a segunda grande guerra, da criação de pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas. Em setores como transporte ferroviário, energia elétrica, telecomunicações, por exemplo, a presença estatal é quase exclusiva na segunda metade do século XX”.⁸

Contudo, o Estado Social ao intervir de forma mais marcante nos campos econômico e social, pecou por colocar em risco a liberdade individual ao não conseguir assegurar uma maior igualdade entre as grandes camadas sociais, bem como por não ter garantido a devida participação popular nos negócios do Estado.

A isso se deve somar, ainda, a grande problemática do agigantamento do Estado. A partir da década de 1960, mais especificamente após a instauração do Golpe Militar de 1964, e no curso de toda a década seguinte, de acordo com atento levantamento feito por Luís Roberto Barroso, “[...] foram criadas mais de trezentas empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás etc. Foi a era das empresas “brás”. Em setembro de

⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 9-10. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte I. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 95, p. 176-203, 2013. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 10. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte I. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 95, p. 176-203, 2013. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais”.⁹

Demonstrou-se, assim, tanto que o Estado era incapaz de conseguir atender às demandas de maior participação democrática, quanto que estava inchado e que havia se perpetuado num mau administrador.

Entra-se, diante desse contexto histórico, político, econômico e social, na chamada terceira fase, ou seja, a da “*pós-modernidade*”, ou noutros dizeres, no modelo de Estado Democrático de Direito, surgido na quadra final do século XX.

No cenário internacional a crise do agigantamento do Estado também foi motivo de discussões e mudanças políticas, como é o caso notório do movimento por privatizações levado a efeito pela premier britânica, Margareth Thatcher, *A Dama de Ferro*, conforme apontou Jacques Chevallier: “Lançado em 1979, com a chegada de Margareth Thatcher ao poder da Grã-Bretanha, o movimento de privatizações se propagou ao conjunto dos países ocidentais, antes de se estender nos anos 1990 aos países em transição e em desenvolvimento. O desmantelamento do setor público econômico abalou a concepção de um Estado erigido como produtor de bens e serviços. Fora a economia, o movimento de retrocesso foi genericamente bem mais modesto – salvo algumas exceções, como a Grã-Bretanha e outros países anglo-saxões. Entretanto, as dificuldades financeiras, às quais os Estados foram confrontados, impuseram a reorganização das ações públicas ou o recurso a formas de externalização, constituindo outro indício de retrocesso”.¹⁰

No quadro nacional, não há como se olvidar os acontecimentos vistos na Inglaterra e que se propagaram para muitos outros países ocidentalizados, como é o caso do Brasil, onde encontrou apoio com os fatores seguintes: o enfraquecimento do Regime Militar, e a alta cobrança da sociedade pelo combate à corrupção, ao excesso de burocracia, à morosidade dos órgãos estatais, bem como à ineficiência do Estado e o desperdício de recursos.

A década de 1980, no Brasil, ficou marcada pelo início do movimento de combate ao agigantamento do Estado. Foi quando um sem número de empresas que até então haviam sido absorvidas pelo Estado, foram transferidas para o setor privado.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Tratado de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. Tradução de Ana Carolina Wanderley Teixeira. *Revista Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, v. 10, n. 51, p. 1-9, set./out. 2008, p. 3.

Pontua Dinorá Adelaide Musetti Grotti que “no bojo da chamada globalização e da Reforma do Estado ganha vulto a ideia de Estado baseado no princípio da subsidiariedade. De acordo com esse princípio, de um lado, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e, com seus próprios recursos; de outro, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de sorte a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos”.¹¹

De igual forma, nessa época (anos 1980) o regime de exploração de serviços públicos também passou por transformações, sendo admitida sua exploração no regime privado, através das autorizações e não mais, apenas, por meio das clássicas concessão e permissão.

Nesse diapasão, as modalidades de prestação de serviços públicos foram sendo diversificadas à medida que a colaboração do setor privado foi crescendo.

Destaca-se, por oportuno, que isso apenas foi possível com a implementação de planos políticos que privilegiaram a privatização e a desregulação, levando a cabo esses dois importantes componentes do chamado Neoliberalismo, como foi o caso notório do Programa Nacional de Desestatização, o qual foi incluído pela Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 (a qual passou por inúmeras modificações até ser revogada e substituída pela Lei nº 9.491/97, que também sofreu modificações, e ser regulamentado pelo Decreto nº 2.594/98, alterado pelo Decreto nº 7.380/2010, que tem dentre suas metas “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”, a teor do disposto em seu art. 1º, inciso I), durante o governo do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, quando as privatizações ganharam considerável impulso.

Dentre as modificações normativas em prol da redução do tamanho do Estado e maior transferência da execução de atividades pelo particular, merecem destaque as Leis nº 8.987/95 e 9.074/95, que tratam sobre concessões e permissões, e a Lei nº 11.079/04, alterada pela Lei nº 12.766/12, que institui novas normas gerais para a licitação e a contratação de parcerias público-privadas (estas, um verdadeiro resultado da evolução

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 1. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte I. Governet. Boletim de Convênios e Parcerias*, Curitiba, v. 95, p. 176-203, 2013. *Parcerias na Administração Pública - Parte II. Governet. Boletim de Convênios e Parcerias*, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

do processo de privatização no Brasil, pois foi editada com vistas a solucionar o grande déficit de infraestrutura no País).

Paralelamente às inovações colocadas a par das concessões, permissões e autorizações, e juntamente com os objetivos de se enxugar o elastecido aparato estatal e, notadamente, os gastos com a máquina pública, transferindo-se à iniciativa privada a exploração de serviços públicos, é que surgem as demais modalidades de parceria na Administração Pública: os consórcios públicos, os convênios, as franquias, os arrendamentos portuários, as cooperativas prestadoras de serviços públicos etc., bem como a terceirização.

Feitas essas fundamentais considerações, entende-se possível abarcar o tema em foco do presente artigo, partindo-se, portanto, da sua raiz, passando-se por seus contornos e problemáticas, bem como tratando da responsabilização do Estado, e chegando-se às novas tendências da Terceirização de serviços públicos no Brasil, o que, ao final, quando ainda se colocará alguns novos posicionamentos quanto à utilização desse tipo de parceria, permitirá seja visualizado seu panorama geral, bem como discutido se, ao longo dos anos, a Terceirização foi uma boa escolha para a Administração Pública.

3. TERCEIRIZAÇÃO

Trata-se de um instituto cuja raiz remonta à seara da ciência da Administração, o qual compreende a redução de custos de uma empresa e a conseqüente maximização de sua qualidade de produção.

A Terceirização, ou *Outsourcing*, como também é conhecida, implica, portanto, no pressuposto de que uma empresa conseguirá ter uma maior e melhor produção caso ela concentre suas ações na sua atividade principal, deixando ao encargo de outras companhias a serem por ela contratadas, a produção de todas as demais atividades acessórias, instrumentais ou de apoio, mas que também são necessárias à atividade principal.

Com efeito, transferir para um terceiro especializado a execução de determinada atividade acessória, que não seja o objeto nuclear da atividade empresarial, permite diminuir os focos de dispersão que uma dada atividade múltipla possa ter, de modo a possibilitar que a empresa consiga envidar todos seus esforços e potenciais no desenvolvimento e aperfeiçoamento do seu objeto principal.

A Terceirização, portanto, perfaz-se numa forma de gestão empresarial, a qual tem por objetivo não apenas a redução de custos para a empresa – que traz consigo,

entre outros, as vantagens de se ter uma folha de pagamentos mais enxuta e a conseqüente diminuição de encargos trabalhistas –, como também permite o aperfeiçoamento da atividade empresarial, ao passo que se consegue maximizar o tempo para se focar na execução de seu objeto social, tornando-se mais célere, produtiva e sem perder a qualidade, a qual, inclusive, tende a ser melhorada, uma vez que a própria empresa terceirizada contratada também é especialista no fornecimento da atividade acessória, de apoio.

As origens da Terceirização remetem aos Estados Unidos da América, em estrita relação ao desenvolvimento do modelo gerencial conhecido por Fordismo e, posteriormente, ao do Toyotismo, este do Japão, haja vista o aumento da competição global deflagrada a partir da denominada Terceira Revolução Industrial (anos 1960), que colocou em cheque o futuro das indústrias automobilísticas.

O Toyotismo japonês que tem por máxima o conceito de *just in time* (que compreende a implantação de um modelo gerencial de produzir apenas o necessário, na quantidade necessária e no tempo necessário), assimila com perfeição as novas regras impostas pelo fenômeno da globalização de modo a confiar a empresas terceirizadas especialistas diversas etapas da cadeia de produção de um determinado bem, através de uma estrutura empresarial enxuta, voltada ao aprimoramento do seu produto, com exímio controle de qualidade final e na combinação das atividades de logística e de fornecimento de peças.

No Brasil, a Terceirização aporta, justamente, por meio das empresas multinacionais, em especial através das indústrias do setor automobilístico, já na década de 1970. Logo em seguida, o conceito passa a abranger vários segmentos produtivos, bem como abarca a contratação de empresas especializadas em conservação e limpeza.

A ideia central passada pela Terceirização, em grande parte positiva, principalmente, sob o prisma econômico, foi logo abraçada por um sem número de empresas e, conseqüentemente, não deixou de atrair a Administração Pública, que viu na Terceirização – num primeiro momento – a possibilidade de levar a efeito alguns dos objetivos da política neoliberalista que se instalou no País: a redução da máquina estatal, juntamente com a desregulação, a desestatização e, conseqüentemente, a diminuição dos muitos encargos, até então, reservados exclusivamente ao Estado.

4. A TERCEIRIZAÇÃO NA ÁREA TRABALHISTA

Antes de se abordar, propriamente, o tema da Terceirização na Administração Pública, importante sejam traçadas algumas considerações sobre a Terceirização e sua relação com o Direito do Trabalho, haja vista daí terem surgido diretrizes que passaram a dar contornos específicos à Terceirização.

Conforme já exposto, a Terceirização compreende uma das alternativas encontradas pelo setor produtivo para responder ao avanço tecnológico e a alta velocidade com que se propagou o fenômeno da globalização, de modo a permitir que bens e serviços fossem produzidos de forma mais célere, embora aperfeiçoada, e com grande redução de custos para as empresas.

A busca por tais alternativas resultou num processo de especialização pelo qual passou a ser configurada a Terceirização, através da contratação de terceiros especializados que se encarregariam da produção de atividades acessórias, instrumentais ou de apoio para a empresa, a qual passaria a focar em sua atividade principal, de modo a aumentar a sua produtividade, aperfeiçoar e aprimorar o seu produto, bem como ver seus gastos com folha de pagamento e encargos trabalhistas reduzidos. Isto posto, passou a ser possível para os empresários conseguirem reduzir sua estrutura organizacional e, no mesmo instante, aumentarem sua área de atuação, uma situação até então inimaginável.

Nesse sentido, a Terceirização passou a assumir diversas formas, dentre elas o fornecimento de mão de obra, a locação de serviço, ou ainda a empreitada de obras e serviços.

No que concerne à empreitada de obras e serviços, tem-se por certo que seu objeto contratual compreende a realização de determinada atividade por parte da empreiteira, com vistas ao fornecimento, seja de uma determinada obra, seja de um determinado serviço, ou, ainda, o fornecimento de determinados bens para o contratante.

Já no que tange ao objeto da locação de serviços, tal compreende o fornecimento (terceirização) de mão de obra ao contratante, e sua contratação será tida por válida apenas se celebrada nos termos da Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974, a qual disciplina o trabalho temporário, ou a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que “dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares de vigilância e de transporte de valores”.

Com efeito, na Justiça do Trabalho a terceirização de mão de obra foi objeto do Enunciado nº 256, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – atualmente cancelada –,

nos seguintes termos: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”. Verifica-se, nesse sentido, que era aceito pela Justiça do Trabalho a contratação de empresa terceirizada para atender a necessidades transitórias do tomador de serviços.

Importante ressaltar nesse ponto que mencionada terceirização de mão de obra não pode ser confundida com a previsão elencada no art. 37, IX, da Constituição Federal, a qual prevê a contratação de pessoal para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público: “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Nesse caso específico, tratam-se de servidores investidos de função pública, submetidos diretamente ao órgão contratante.

Com o passar do tempo, verificou-se necessário que fosse definido o que seria tido por terceirização lícita e ilícita – esta última, havida como o fornecimento de mão de obra –, situação que fomentou que o TST, em 17 de dezembro de 1993, editasse o Enunciado nº 331, que também abrangia as terceirizações no âmbito da Administração Pública, nos seguintes termos:

“I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II – A contratação 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).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei n. 8.666/93)”.

Da leitura atenta do Enunciado nº 331, do TST, infere-se que terceirização lícita é aquela que não mascara uma determinada relação de emprego, na qual não estão presentes os elementos de relação de emprego (art. 3º, da CLT): hierarquia, subordinação, não eventualidade etc., sendo certo que o contratante almeja, apenas, o resultado e o produto contratados.

Do contrário, ficou estabelecido que a terceirização ilícita é aquela intermediada por terceiros, na qual o trabalho perfaz-se no único objeto de contratação, sem que a ele sejam somados outros bens, produtos ou serviços que demandem uma especialização mínima, configurando-se, portanto, numa mera alocação de mão de obra a fim de se diminuir encargos trabalhistas (o que passou a ser combatido com veemência, em consonância com o próprio art. 9º, da CLT – pelo desvirtuamento das relações de emprego).

Observa-se, outrossim, que referido Enunciado foi responsável pela criação dos conceitos de “atividade-fim” e de “atividade-meio”, ao sancionar o tomador de serviços com o reconhecimento do vínculo empregatício quando este contratar por meio de empresa interposta, terceirizada, mão de obra de terceiro que execute as mesmas atividades que compõem o objeto social de sua empresa.

Tal situação não é espelhada à Administração Pública, uma vez que não há como se lhe atribuir vínculo de emprego sem, para tanto, enfrentar o óbice das contratações se darem, apenas, mediante aprovação em concurso público. No entanto, isso não quer dizer que a Administração Pública não seria “sancionada”, ao revés, há que se reconhecer a possibilidade de sanção ao gestor público que celebrar contratações irregulares, por meio da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), bem como a previsão de ressarcimento aos prejuízos que, porventura, forem causados ao Erário.

A respeito do item IV do Enunciado nº 331, do TST, é possível se verificar que foi prevista a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços frente ao inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, inclusive quanto aos entes da Administração Pública direta, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem, também, do título executivo judicial. Na parte final desse Item é feita menção ao art. 71, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), o que nos primeiros anos que se sucederam à edição do Enunciado, ensejou grandes discussões por parte da doutrina no tocante a um possível conflito entre o Enunciado e o artigo da Lei.

Todavia, conforme bem assinalou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de uma análise apurada entre ambos os dispositivos legais é possível se afastar aparente conflito, “tendo em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra (que é ilegal), enquanto o art. 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei n. 8.666, dentre os quais não se insere o fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial”.¹²

A bem da verdade, ao longo do tempo foi gerado um grande impasse entre a Administração Pública e a Justiça do Trabalho o que fomentou uma decisão final por parte do Supremo Tribunal Federal. Dinorá Adelaide Musetti Grotti salienta que “a verdade é que todo esse descompasso vinha gerando enormes disputas entre a Administração Pública e a Justiça do Trabalho, até que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo governador do Distrito Federal, em que se objetivava a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, decidiu, em sessão plenária do dia 24-11-2010, por votação majoritária, que o referido dispositivo legal é constitucional. Apenas houve consenso no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não pode impedir o Tribunal Superior do Trabalho de, com base em outras normas examinadas em cada caso, reconhecer a responsabilidade do poder público, especialmente quando haja omissão culposa no exercício da fiscalização. Em face dessa decisão, o plenário deu provimento a várias Reclamações ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331.

Esse julgamento mitigou de forma significativa a aplicação do Enunciado n. 331 do TST, instaurando contradição e insegurança nos julgamentos dos juízes e Tribunais da Justiça do Trabalho, forçando um “novo” posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho”.¹³

Com efeito, passo seguinte, o Tribunal Superior do Trabalho, a fim de evitar maiores impasses, modificou, através da Res. nº 174/2011, o teor do Enunciado nº 331,

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

¹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 52-53. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013. *Parcerias na Administração Pública - Parte II. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

dando nova redação ao item IV, especificamente para excluir o trecho que fazia menção à Administração Pública, e sendo acrescentados os itens V e VI.

Não obstante, a nova redação dos mencionados Itens seguiu prevendo a responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços, porém privados, nos seguintes termos:

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Nessa nova redação, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu diferenças quanto à responsabilização dos contratantes de âmbito privado dos da Administração Pública, respondendo esta, subsidiariamente aos encargos trabalhistas, nos casos em que restar configurada sua conduta culposa, especificamente no que tange à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais de seus contratados: trata-se de uma teoria da responsabilização baseada no risco, a qual atribui culpa à Administração Pública nos casos de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*.

Posto isto, tem-se por certo que a discussão, doravante e atualmente, passou a focar os elementos que podem caracterizar, ou não, a atuação ou omissão culposa da Administração Pública, seja pelo fato de ser escolhida uma empresa inidônea (que não honre com os encargos trabalhistas), seja pela extensão e limites do seu dever de fiscalizar.

Na Justiça do Trabalho, se computados os pareceres emitidos pelo Ministério Público do Trabalho nos casos de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, perceber-se-á que essa é, majoritariamente – para não dizer pacificamente –, condenada, notadamente, por lhe ser atribuída conduta culposa com base nos critérios *in eligendo* e/ou *in vigilando*.

Note-se, contudo, que recentemente a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, foi absolvida na Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da responsabilidade subsidiária de pagar a um vigilante os encargos trabalhistas devidos por uma empresa contratada por ela.

Trata-se do processo nº RR-325-12.2011.5.03.0153, no qual a ECT conseguiu demonstrar que não poderia ser responsabilizada subsidiariamente com base na teoria da culpa *in vigilando*, haja vista ter fiscalizado com diligência a sua contratada, de quem, com frequência, cobrava a exibição de comprovantes de recolhimentos de todos os encargos e obrigações sociais, para só então efetuar o seu pagamento. Ademais, restou demonstrado que a ECT chegou, inclusive, a aplicar multa à contratada por esta ter descumprido determinadas obrigações trabalhistas.

Esse singular caso da ECT se perfaz num dos primeiros casos nos quais o TST vota de forma contrária ao estabelecido no item V do reformulado Enunciado nº 331. Com essa novel decisão, tem-se por certo que toda a discussão sobre a matéria será reacendida e ampliada no bojo da Justiça do Trabalho.

5. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Terceirização na Administração Pública não implica numa prática recente. Ao revés, tem-se que a celebração de contratos de prestação de serviços com empresas terceirizadas mediante licitação é uma prática antiga, para a qual, contudo, não se empregava o termo “Terceirização”.

Com efeito, na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), o art. 10 já permitia tanto a contratação de terceirizada para a realização de obras, quanto para a prestação de serviços, os quais poderiam ser realizados por meio de regimes de empreitada ou de tarefa.

A doutrina, contudo, foi responsável pela elaboração do conceito de terceirização na Administração Pública. Para Marcos Juruena Villela Souto, essa “envolve uma atividade-meio do Estado, isto é, atividades instrumentais da Administração para realização de seus fins, caracterizando-se, basicamente, pela contratação de serviços, disciplinada pela Lei nº 8.666/93”. [...] “A Administração moderna, que busca o “enxugamento” da máquina Administrativa, não pode ser compelida a criar cargos e estruturas burocráticas se puder ser atendido o interesse público com técnicas mais eficientes e menos onerosas, através da contratação de prestadores de serviços, fornecedores de mão-de-obra; não cabe, no entanto, a

transferência da gestão da atividade, permanecendo a responsabilidade com o Estado, que se vale de insumos privados (bens, pessoal, tecnologia, capital)”.¹⁴

Por sua vez, Dora Maria de Oliveira Ramos entende que a terceirização cuida, “na verdade, de mera transferência de atividade material acessória, cuja execução esteja a cargo da própria Administração direta. É uma forma de introduzir a participação do particular no exercício da atividade administrativa, sem lhe transmitir a gestão dessa atividade”.¹⁵

No âmbito federal, possui fundamental importância o Decreto nº 2.271/97, o qual preceitua as hipóteses nas quais a contratação por meio de terceirização pode ser levada a efeito pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, a saber: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações (art. 1º, § 1º), restando claro, ainda, que referidas contratações indiretas não constituem fornecimento de mão de obra, senão mera prestação de serviços por intermédio da empresa contratada terceirizada (art. 3º).

Cumprе salientar, nesse tocante, que a Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, a qual regulamentou o art. 169, da Constituição Federal, previu o estabelecimento de limites com as despesas de pessoal. Logo, a Terceirização que, até então, estava tendo sua ideia central “comprada” em massa pela Administração Pública, passou a constituir-se numa solução enganosa para o problema.

Isso porque as contratações que estavam sendo feitas por meio de Terceirização para se “burlar” os gastos com despesas de pessoal, extrapolando, em muito, o seu teto – na realidade, servidores e empregados eram cortados para se “respeitar” o teto orçamentário, ao passo que outros profissionais eram contratados por meio de terceirizadas, para exercer idêntica função –, também passaram a ser incluídas por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, a teor do art. 18, § 1º da mencionada Lei, “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘outras despesas de pessoal’”.

Cabe enfatizar, todavia, que a norma legal previu que fossem contabilizados como “outras despesas de pessoal” apenas os contratos de prestação de serviços de terceirizados que assumissem esse caráter de substituição, não podendo ser aplicado

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Lumen Juris, 2001, p. 31.

¹⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 116.

indiscriminadamente a todo e qualquer contrato de terceirização. Tal entendimento não é partilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que critica esse dispositivo “porque praticamente está admitindo a possibilidade de contratos de terceirização de mão de obra. Para afastar esse entendimento, a norma deve ser interpretada no sentido de que, mesmo sendo ilegal, se celebrado esse tipo de contrato, a despesa a ele correspondente será considerada como despesa de pessoal para os fins do limite estabelecido pelo artigo 169 da Constituição”.¹⁶

Ainda a respeito da Terceirização na Administração Pública deve ser colocado que os serviços públicos também são objeto de terceirização, entendendo esses como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.¹⁷

A esse respeito, Dora Maria de Oliveira Ramos assevera que: “Em sentido ampliado, sempre que o serviço público seja prestado com o auxílio de terceiro estranho aos quadros públicos, fala-se, genericamente, em terceirização”.¹⁸

Segundo a Autora, a concessão de serviços públicos também se constituiria numa forma de terceirização. E citando exemplo na área da saúde, pontua: “É o caso, ainda, das diferentes técnicas que as transformações do Estado têm introduzido, como a gestão de serviços públicos pelas organizações sociais ou as cooperativas de saúde implantadas no Município de São Paulo sob a denominação PAS – Programa de Apoio à Saúde. Em todos esses exemplos, o Poder Público transfere a gestão do serviço a um gestor operacional, circunstância que a diferencia da terceirização no conceito restrito que é o objeto deste estudo”.¹⁹

Ainda quanto à área da saúde, vale a recordação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao pontuar que a Constituição Federal “permite a participação de instituições privadas de ‘forma complementar’, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 363.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 679.

¹⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 122.

¹⁹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 122.

por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço”.²⁰

Na área da educação, o entendimento é o mesmo: o particular pode prestar o serviço de forma complementar caso prestado pelo Estado, em regime de colaboração, sendo certo, conforme entendimento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que “o ensino será serviço público quando prestado pelo Estado e não será serviço público quando desempenhado pelos particulares em contexto de exploração de atividade econômica, sob regime de direito privado”.²¹ Já Eros Roberto Grau considera que, no que tange aos serviços públicos sociais, como o são os de saúde e de educação, estes sempre deverão ser tidos por serviços públicos (tal como restou decidido nas ADI nº 1007 e 1266).²²

Diante desse contexto, percebe-se de forma nítida que nada obsta a que hospitais e universidades (exemplos notórios nas áreas da saúde e educação, respectivamente) possam terceirizar suas atividades-meio, v.g. transporte de enfermos ou de alunos, limpeza e conservação de quartos de internação e salas de aula, serviços de segurança entre outros. Contudo, o que é vedado tanto para hospitais, quanto para universidades públicas, é que ambos não podem “terceirizar a gestão operacional desses serviços, que envolveria a terceirização do próprio serviço público de saúde ou de ensino”.²³

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 232.

²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 57. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet. Boletim de Convênios e Parcerias*, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

²² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123-125.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (STF, Adin nº 1.007 - PE, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 31/08/2005, m.v., DJ 24/02/2006).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584 /94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (STF, Adin nº 1.266 – BA, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 06/04/2005, DJ 23/09/2005).

²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora] p. 57. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet. Boletim de Convênios e Parcerias*, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

E exemplos outros, que não apenas das áreas da saúde e educação não faltam. Todavia, o que deve ser observado é se todo serviço público ou atividade pode ou não ser passível de terceirização.

Por enquanto, tem-se por certo que a resposta deve-se nortear tanto pela delimitação “atividade-fim/atividade-meio”, quanto observar estritamente aos princípios da legalidade, economicidade e eficiência, pautando-se ainda pelo respeito à finalidade e interesse públicos.

6. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Com as modificações ocorridas no bojo do Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, ficou delimitado, como se viu, que o Estado responderá subsidiariamente pelo inadimplemento das empresas terceirizadas contratadas quanto aos encargos trabalhistas, caso seja observada sua conduta culposa, ainda que omissiva.

Tem-se por certo, portanto, que foi adotada, no caso, a responsabilização do Estado pautada na teoria do risco, pelo reconhecimento e apuração, caso a caso, tanto da culpa *in eligendo*, quanto da culpa *in vigilando*.

Embora polêmica e passível de grandes discussões, ainda em voga, no que concerne às, ainda precárias, caracterizações do “se” e do “quando” pode ser reconhecida a culpa, omissiva ou não, da Administração Pública, certo está que, com a nova redação do Enunciado, os entes públicos passaram a ter o dever de demonstrar grande diligência na fiscalização de suas contratadas, bem como apresentar que escolheram empresas idôneas, que honram com todas as obrigações sociais, dentre elas, que são adimplentes com todos os encargos trabalhistas.

Trata-se de medida bastante inflexível que impinge ao Estado o dever de zelar pelo bom desempenho de suas terceirizadas, tarefa não tão simples – inclusive de ser demonstrada – a qual deve ser levada em conta na hora de o Poder Público optar por uma contratação por meio da Terceirização.

Vale, nesse sentido, a prudente observação feita por Dora Maria de Oliveira Ramos no sentido de que “a responsabilização do Estado, enquanto tomador de serviços terceirizados, em caso de inadimplemento da contratada, é um potencial de incremento ao risco aos cofres públicos gerado pela terceirização, duplamente onerados em caso de

descumprimento de contrato. Essa questão deve, em consequência, ser ponderada pelo administrador público quando da decisão de terceirizar”.²⁴

7. NOVAS FORMAS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Recentemente, temas assaz polêmicos surgiram quanto à terceirização de serviços públicos, dentre os quais cabe destacar: a) a terceirização do serviço “190” da Polícia Militar, no Estado de São Paulo; b) a terceirização do serviço de emissão de passaportes e controle de imigração nos aeroportos; e c) o combate às terceirizações ilícitas por meio da implantação do programa “Mais Médicos”.

No que respeita à terceirização do serviço “190” da Polícia Militar do Estado de São Paulo, trata-se de uma medida a ser levada a cabo pela Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo, com o objetivo de transferir para a iniciativa privada o atendimento de emergências por telefone da Polícia Militar.

O escopo dessa terceirização seria otimizar o trabalho de parte dos 700 policiais militares que, atualmente, se ativam no teleatendimento do “190”, de modo a liberá-los para o trabalho nas ruas do Estado, atividade para a qual receberam treinamento e formação (ou seja, são especializados).²⁵

O projeto de terceirização do teleatendimento do “190” bandeirante divide opiniões, principalmente, quanto ao fato de a atividade ser considerada fim ou meio, haja vista a atividade poder ser interpretada como uma extensão da atividade policial, eis que a “apuração” do chamado telefônico pode demandar certa expertise (recentemente, no Sergipe, onde o serviço já é terceirizado, um comerciante faleceu, muito embora tivesse contatado o “190”, em razão de a atendente terceirizada não ter processado seu pedido).²⁶

Outra terceirização já levada a cabo e assaz polêmica implica na terceirização de atividades antes exercidas exclusivamente por agentes da Polícia Federal. Trata-se da terceirização dos serviços de emissão de passaportes e de controle de imigração nos aeroportos brasileiros.

²⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na administração pública*. São Paulo: LTr, 2001, p. 152.

²⁵ Diário do Litoral. *Governo de SP pode terceirizar atendimento do 190* [on line]. Disponível em: <<http://www.diariodolitoral.com.br/conteudo/17306-governo-de-sp-pode-terceirizar-atendimento-do-190>>. Acesso em 20 nov. 2013.

²⁶ Diário do Litoral. *Governo de SP pode terceirizar atendimento do 190* [on line]. Disponível em: <<http://www.diariodolitoral.com.br/conteudo/17306-governo-de-sp-pode-terceirizar-atendimento-do-190>>. Acesso em 20 nov. 2013.

Segundo dados da Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, existe, ao todo, cerca de mais de 400 terceirizados atuando nos serviços de emissão de passaportes e de controle de imigração nos aeroportos.²⁷

As principais polêmicas que envolvem a terceirização em tela possuem a seguinte tônica: a) as atividades objeto dessa terceirização envolvem matéria de segurança nacional, a qual exige grande treinamento, para o qual, aliás, são preparados os policiais federais; e b) implica numa “burla” ao concurso público, uma vez que policiais federais sempre exerceram essas atividades e que por questões, supostamente, políticas e orçamentárias, optou-se por contratar terceirizados “mais baratos” ao invés de serem abertas novas vagas a serem preenchidas mediante concurso público, porém com novos policiais federais “mais caros”.

Por último, cita-se o programa do Governo Federal, “Mais Médicos” que ao revés das duas polêmicas terceirizações anteriormente apresentadas, de início desperta dúvidas quanto ao fato dessa política pública ser, ou não, uma forma de terceirização.

Na imagem passada à sociedade por parte do atual Governo da Presidenta Dilma Rousseff o “Mais Médicos”, ao contrário, teria a vantagem de extirpar dos pequenos municípios interioranos o grande mal das terceirizações ilícitas, à medida que essas municipalidades poderiam cancelar dispendiosos contratos de terceirização de médicos intermediados por entidades privadas para passarem a receber médicos estrangeiros custeados pela União Federal.

No entanto, o que esse recente programa social – que pretendia levar médicos estrangeiros às populações carentes de municípios do interior do Brasil, rincões onde, supostamente, não existiria interesse da classe médica nacional exercer seu ofício – demonstrou nos seus poucos meses de existência foi: a) constituir-se numa “burla” aos concursos públicos; b) apresentar uma interpretação distorcida dos conceitos “temporário” e “urgente”, previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal, haja vista os contratos de trabalho serem celebrados por, no mínimo, três anos; e c) evidenciar a precariedade da relação de emprego desses médicos estrangeiros que laboram (alguns) em regime ainda não muito claros (notadamente no caso dos de nacionalidade cubana, onde há o repasse de seus “salários” para o governo cubano), situação que, inclusive,

²⁷ Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal – CONDSEF. *Sindicalistas criticam terceirização de serviços nos aeroportos* [on line]. Disponível em: <<http://www.condsef.org.br/notas-topmenu-27/destaques-da-midia/4977-sindicalistas-criticam-terceirizacao-de-servicos-nos-aeroportos>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

ensejou a abertura de Inquérito Civil por parte do Ministério Público do Trabalho onde serão apuradas possíveis fraudes.²⁸

Trata-se, por ora, de apenas uma pequena ponta de um grande iceberg a ser desvendado, e que muitas polêmicas ainda fomentará, o que permitirá no futuro descobrir se o “Mais Médicos” é, ou não, (como pretende o Governo divulgar) uma medida social benéfica que, além de auxiliar às populações carentes, também permite terminar com as terceirizações ilícitas ocorridas há anos no interior do Brasil.

8. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

No intuito de dar resposta aos problemas que se levantaram com a utilização da Terceirização na Administração Pública, seja na contratação intermediada de mão de obra ou de serviços, seja na prestação (colaborativa) no âmbito dos serviços públicos, novas posições quanto à Terceirização na Administração Pública surgiram.

Uma delas navega em prol de uma maior regulamentação, e específica, da Terceirização, no intuito de melhor definir o instituto e estabelecer regras claras tanto para os contratantes, quanto sobre as relações de trabalho dela decorrentes, prevendo, contudo, que a terceirização seja levada a cabo em “qualquer” das atividades da contratante, bem como que ficariam excluídas da possibilidade de terceirizar a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional – ao contrário do disciplinado/permitido pelo Decreto Lei nº 200/67.

Trata-se da corrente adepta ao Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, o qual ambiciona a regulamentação dos “contratos de terceirização”, permitindo a terceirização de “qualquer” das atividades da contratante.

Importante ressaltar que mencionado Projeto de Lei recebeu recentemente severas críticas de várias centrais sindicais, bem como por parte dos Ministros do Superior Tribunal do Trabalho, os quais, por meio de carta aberta, datada de 27 de agosto de 2013, opinaram, entre outros, que “o Projeto de Lei esvazia o conceito constitucional e legal de categoria, permitindo transformar a grande maioria de trabalhadores simplesmente em ‘prestadores de serviços’ e não mais ‘bancários’, ‘metalúrgicos’, ‘comerciários’ etc.”, bem como que essa pretensa política extremada acabaria “aprofundando, generalizando e descontrolando a terceirização no País, não apenas reduzirá acentuadamente a renda de dezenas de milhões de trabalhadores

²⁸ Ministério Público do Trabalho. *MPT instaura inquérito civil para investigar programa “Mais Médicos” do governo federal* [on line]. Disponível em: <<http://www.prt23.mpt.gov.br/sga/sitioInternet/conteudo/Conteudo.seam?noticiaId=3423&cid=10526>> . Acesso em: 21 nov. 2013.

brasileiros, como também reduzirá, de maneira inapelável, a arrecadação previdenciária e fiscal da União no País”.²⁹

Importante seja ressaltado, todavia, que o Projeto de Lei em comento, até o presente momento, não menciona a extinção do Decreto Lei nº 200/67, o que, de toda sorte, caso aprovado, colocará em cheque se vigorará a disciplina anterior (o Decreto) ou a nova, e com isso, se estabelecer se continuará sendo permitido que a Administração Pública direta, autárquica e fundacional se valha da Terceirização.

Sem dúvida, a mera menção a tornar ilegal “da noite para o dia” um sem número de contratos de terceirização celebrados com esses entes públicos é um descabro.

Na contramão dessa corrente ocupa lugar a posição daqueles que defendem que a Terceirização pode, sim, ser efetivada pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, porém com algumas ressalvas.

Trata-se de posição defendida, recentemente, em sua tese de doutoramento, por Carolina Zancaner Zockun. A Autora propõe, preliminarmente, que seja delimitada “a possibilidade de terceirização das atividades administrativas para as atividades de:“(i) fomento das atividades privadas de interesse coletivo (salvo o monopólio estatal constitucionalmente assegurado); (ii) intervenção em atos e fatos da vida particular para lhes conferir certeza e segurança jurídica; (iii) serviços públicos (salvo os de prestação exclusiva do Estado); (iv) atividades (serviços) internos e temporários; (v) atividades (serviços) externos e permanentes; e (vi) atividades (serviços) externos e temporários”.³⁰

Em seguida, Carolina Zancaner Zockun entende ser inconstitucional a terceirização de atividades internas e permanentes da Administração Pública “rechaçando a classificação que aparta as atividades administrativas em atividades-fim e atividades-meio e propondo uma nova classificação, baseada em critérios exclusivamente constitucionais, a saber, temporariedade/permanência e intimidade/exterioridade, *afirmamos a inconstitucionalidade da terceirização para atividades internas e permanentes da Administração* e a constitucionalidade da

²⁹ Sindicato dos Bancários e Financeiros de São Paulo, Osasco e Região. *Justiça do Trabalho em peso contra PL 4330* [on line]. Disponível em: <<http://www.spbancarios.com.br/Noticias.aspx?id=5635>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública direta, autárquica e fundacional*. 2013. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 189.

terceirização relativa às (i) atividades (serviços) internas e temporárias; (ii) atividades (serviços) externas e temporárias; e (iii) atividades (serviços) externas e permanentes”.³¹

Sob esse prisma, ter-se-ia, por exemplo, que seria inconstitucional que a Administração Pública terceirizasse os serviços de limpeza e segurança de um hospital público. No entanto, sobre esse aspecto, dúvidas poderiam ser levantadas quanto aos critérios que poderiam ser utilizados para se identificar uma atividade como sendo transitória ou permanente, caso, por exemplo, do serviço de pintura.

De toda sorte, com a colocação dessas novas posições sobre a Terceirização na Administração Pública, o que se pretendeu foi apresentar as discussões e tendências que cercam o instituto da Terceirização hodiernamente, com o fito de dar solução às problemáticas antigas, ou, quiçá, ampliá-las.

9. CONCLUSÃO

A Terceirização, indubitavelmente, da mesma forma que atraiu empresários e industriais ávidos pela redução de gastos, enxugamento de folhas de pagamentos, drástica redução de encargos trabalhistas e com o grande *plus* de se permitir, ao mesmo tempo, otimizar sua produção, focando em sua atividade principal, e deixando a cargo de terceiros especializados a realização de atividades acessórias, foi uma ideia que também foi comprada pela Administração Pública, esta com o escopo de enxugar o aparato estatal, desde há muito agigantado, com o corte de gastos e desperdícios.

No entanto, como foi possível observar, a Terceirização, muitas vezes pode se perfazer num gasto duplo para a Administração Pública, notadamente nos casos em que, tendo escolhido mal o seu contratado, por exemplo, teve que pagar os encargos trabalhistas não adimplidos pelo seu terceirizado, situação a qual, com a terceirização, pretendia ver-se isentada.

Nesse sentido, salienta-se que esse tipo de preocupação e cálculo devem ser levados em conta pelo administrador público ao tomar a decisão de escolher, ou não, essa forma de parceria, a Terceirização.

Ademais, a Lei de Responsabilidade Fiscal com a fixação de limites com despesas de pessoal, acabou por “fechar o cerco” da grande vantagem – a bem da verdade, burla – que a terceirização exercida de forma errada (para não dizer ilícita) permitia.

³¹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública direta, autárquica e fundacional*. 2013. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 191.

Mesmo assim, das pesquisas realizadas foi possível observar que muitos administradores públicos ainda optam por essa antiga forma de parceria da Administração Pública, levando em conta esse “aprendizado” acerca da Terceirização, ou, por vezes, olvidando conceitos básicos como a própria divisão entre atividade-fim e atividade-meio, a qual, na prática, não é tão fácil assim de ser estabelecida (nesse ponto, magistrados trabalhistas concordam haver essa dificuldade) – da mesma forma que não é também absoluta e clara a identificação entre atividade transitória e atividade permanente.

Diante dessas polêmicas e problemáticas, passam a despontar posicionamentos tanto amplíssimos quanto restritíssimos acerca da possibilidade, ou não, de a Administração Pública poder, ou não, contratar por meio de terceirização.

Conclui-se, nesse sentido, que a Terceirização pode e deve ser utilizada pela Administração Pública, em todos os seus níveis, haja vista permitir ao Poder Público reduzir significativamente seus gastos supérfluos e poder focar nas áreas e serviços que demandem maior atuação e proteção aos administrados.

Contudo, nesse atual momento, o que se observa faltar é uma delimitação melhor das áreas e serviços nos quais pode, ou não, se dar a terceirização, bem como uma maior transparência ao seu processo contratual.

Posto isto, por enquanto, a melhor saída aparenta ser a adoção de posturas mais ortodoxas que neguem a possibilidade de se terceirizar inconsequentemente em toda e qualquer área ou serviço público, tal como ambicionam determinados projetos de lei que permitem flexibilização total e livre contratação acabando com os direitos trabalhistas como pretendem alguns, o que deve ser abominado.

10. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Tratado de direito administrativo*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. Tradução de Ana Carolina Wanderley Teixeira. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 10, n. 51, p. 1-9, set./out. 2008.

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora]. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte I. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 95, p. 176-203, 2013.

_____. *Parcerias na Administração Pública* [texto disponibilizado pela Autora]. Também disponível em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública – Parte II. Governet*. Boletim de Convênios e Parcerias, Curitiba, v. 96, p. 276-300, 2013.

_____. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2003.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública direta, autárquica e fundacional*. 2013. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.