

# CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS

# CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA

MICHELLE GONÇALVES LIMA E MELO

# A TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO NA GESTÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

CAMPINA GRANDE 2010

# MICHELLE GONÇALVES LIMA E MELO

# A TERCEIRIZAÇÃO DE TRABALHO NA GESTÃO PÚBLICA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Gestão pública da CESREI, como exigência para a obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Área de Concentração: Direito Administrativo

Orientador: Paulo de Tarso L. Garcia de Medeiros

CAMPINA GRANDE 2010

Ficha Catalográfica Elaborada pela Biblioteca da CESREI

M528t

Melo, Michelle Gonçalves Lima e

A terceirização de trabalho na gestão pública: aspectos constitucionais / Michelle Gonçalves Lima e Melo. – Campina Grande: CESREI, 2011.

41 f.

Monografia (Especialização em Gestão Pública) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientador: Prof. Ms. Paulo de Tarso Garcia de Medeiros.

Gestão Pública 2. Trabalho - Terceirização 3.
 Inconstitucionalidade - Terceirização do Trabalho I. Título

CDU 35:331(043)

Faculdad	de Cesrei		The second second second
Biblioteca	"Min. Dem	ócrito Ramo	s Reinaldo"
Reg. Biblic Compra: [6	****	CB: 村	000061
Doação: [	Doador:	and the second of the second	The State of the S
Ex.: Data: 19	Obs:	nega i repla-casci in erabase ele ancie.	
Data: 19	1_00	1 2011	- SE TATA A CONTRACTOR

## MICHELLE GONÇALVES LIMA E MELO

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Especialização em Gestão Pública da CESREI, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

A DDOLADA	7 7	NOTA:	1	1
APROVADA	1 1	NOTA.	1	1

#### **BANCA EXAMINADORA**

Prof. Ms. PAULO DE TARSO GARCIA DE MEDEIROS
Orientador

Prof. Ms.CARLOS ALBERTO XIMENES C. DA CUNHA

Examinador

Profa. Esp SABRINA DE SOUSA CORREIA.

Examinadora

"Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça."

(Rui Barbosa)

"Seja qual for o país, capitalista ou socialista, o homem foi em todo o lado arrasado pela tecnologia, alienado do seu próprio trabalho, feito prisioneiro, forçado a um estado de estupidez."

(Simone de Beauvoir)

"O capital é o resultado da exploração, o trabalho tem o dever e o direito de reconquistar essa riqueza roubada."

(Karl Marx)

Aos meus pais, pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos, pela amizade sincera e amor fraternal

A Aécio, pelo amor e incentivo.

À Mirela, por ter dado sentido a minha vida.

# <u>SUMÁRIO</u>

1 INTRODUÇÃO	9
2 TERCEIRIZAÇÃO	11
2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO	11
2.2 CONCEITO/DENOMINAÇÃO	13
2.3 DEFINIÇÃO	14
2.4 ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO	16
2.5 VÍNCULO EMPREGATÍCIO E TERCEIRIZAÇÃO	19
2.6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA	21
2.7 DA PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO TERCEIRIZADO	)22
3 TERCEIRIZAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA	25
3.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TERCEIRIZAÇÃO NA G	SESTÃO
PÚBLICA	27
4 METODOLOGIA	35
5 ANÁLISE DE DADOS	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	40

#### **AGRADECIMENTOS**

A Deus, a quem recorro através da oração, nos momentos mais difíceis.

A minha família, que sempre foi meu alicerce, àqueles em quem posso realmente confiar, referencial pra tudo na minha vida. A eles dedico tudo, por eles tudo! Voinha Edite, painho, mainha, Wellington Filho, Diogo, Nanci, Aécio, Mirela, muito obrigada por fazerem parte da minha vida.

. 4o Professor Paulo de Tarso pela ajuda e orientação.

À minha sogra, Dona Rosirene, por estar me ajudando na criação da minha filha, e me propiciar tempo e tranquilidade para a realização deste trabalho.

Aos meus queridos colegas da turma de Gestão Pública, especialmente às componentes do nosso grupo de trabalho: Belquice (Bel), Ceiça, Neuma e Sônia, pela amizade sincera e ajuda mútua.

#### **RESUMO**

A terceirização é uma prática através da qual uma empresa repassa para outra uma etapa da produção ou serviço que não constitui sua atividade-fim. Para a Gestão Pública, a Constituição Federal é taxativa quanto à forma de investidura em cargo público, qual seja, concurso público, trazendo inclusive suas exceções. No entanto, tem-se praticado a terceirização de serviços no setor público de maneira desmedida, fora das exceções previstas na Carta Magna, desrespeitando normas e princípios constitucionais basilares como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a moralidade e a legalidade.

Palavras-Chaves: Terceirização, Gestão pública, Inconstitucionalidade.

#### **ABSTRACT**

Outsourcing is a practice through which a company passes on to another a production stage or a service which is not part of its normal activity. Such practice is very much used within the private sector, and in Brazil there have been outsourced workers in various types of services. For public administration, the Federal Constitution is firm as to the way a person should obtain a position in a public sector, which is through a kind of civil service exam, and the Constitution even states the exceptions. The infraconstitutional laws and rules must be in harmony with the Federal Constitution. Thus, every juridical order has to be in keeping with the that Constitution, the supreme law, or otherwise be considered inconstitutional. However, outsourcing has been practiced in an irregular manner, contradicting the precepts of the Federal Constitution, disregarding basic rules and principles, such as human dignity, isonomy, morality and legality. What we want to show is the inconstitutionality of outsourcing in the realm of Public Administration, as a practice which is impossible to be accepted in the light of constitutional principles, and its disservice according to a social point of view, although it is constantly carried out in a number of public activities in all areas of public service.

Key-Words: Outsourcing, Public Administration, Inconstitutionality.

# INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços no setor público é uma questão que tem gerado muita polêmica no Brasil. Diante da relevância do tema, há premente necessidade de uma análise apurada.

A Constituição Federal de 1988 ao tratar da Administração Pública traz em seu art.37, incisos I e II, o seguinte texto:

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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Logo, a Constituição Federal é clara e taxativa quanto a forma de ingresso de trabalhador em cargo público, qual seja, concurso público. No entanto, tem-se adotado no Brasil a prática irregular e constante de contratação de pessoal terceirizado para compor os quadros de servidores do Estado.

As implicações de tal instituto fora das exceções previstas pela Constituição são inúmeras, em especial aquelas referentes ao não cumprimento das obrigações trabalhistas e a não observância de princípios constitucionais basilares como a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, para não citar muitos outros.

O debate do ponto de vista do direito é recente. As normas que regulam a terceirização tanto na esfera pública, como também na esfera privada ainda deixam inúmeras lacunas e favorecem a exploração desordenada da mão-de-obra de trabalhadores do Oiapoque ao Chuí.

No tocante à Administração Pública a exploração é ainda mais grave, levando-se em consideração que a Constituição Federal, fora as exceções, não

autoriza tal prática, deixando ao cargo do concurso público a forma única de ingresso em cargo público.

O que se quer demonstrar nesse trabalho é a inconstitucionalidade da terceirização no Setor Público, fora das exceções legais, como prática impossível de ser aceita à luz dos princípios constitucionais, e seu desserviço do ponto de vista social, apesar de ser corriqueiramente implementada nas mais diversas atividades públicas, seja no âmbito municipal, estadual e até mesmo federal.

## 2 TERCEIRIZAÇÃO

#### 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é um fenômeno que teve início durante a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos uniram-se aos países europeus para combater as forças nazistas e o Japão. As empresas bélicas, diante da crescente demanda, encontraram dificuldades no fornecimento de armas e munições, e para abastecer o mercado a contento resolveram se concentrar em sua atividade-fim, transferindo para terceiros as atividades de suporte.

No pós-guerra, em um mundo industrializado e altamente competitivo, as empresas, para sobreviverem no mercado, precisavam atender as inúmeras exigências que surgiam e o foco no produto final foi a saída encontrada. Houve então uma crescente utilização de mão-de-obra especializada. A concentração industrial voltou-se para a produção e as atividades-meio passaram a ser executadas por terceiros.

No Brasil, na década de 50, as empresas automobilísticas multinacionais foram as primeiras a aderir à prática da terceirização, procedendo apenas à montagem final dos veículos, deixando a produção de peças a cargo de outras indústrias. Na área de serviços, as empresas de limpeza e conservação são consideradas as pioneiras, existindo desde a década de 60.

Segundo os Autores Milton Hiroshi Kamiya e Evandro Lúcio Pereira de Souza:

Muitas empresas automobilísticas mundiais, que vêm praticando a terceirização há algum tempo, propiciaram com essa prática a criação, em torno de si, de estruturas empresariais complexas envolvendo fornecedores de peças e demais componentes utilizados para a fabricação dos seus produtos comerciais, também de serviços, gerando mais empregos e alavancando a economia local.

Nas últimas décadas, a constante revolução tecnológica, que interfere sobremaneira no processo produtivo e também no setor de serviços, e as sucessivas crises financeiras pelas quais passou e tem passado o mundo, têm modificado as relações de trabalho. As empresas têm procurado novas maneiras de

se manterem competitivas, apostando na terceirização como forma de alcançar a eficiência nos seus processos produtivos, qualidade de produtos e, com isso, lucratividade.

As transformações que se operaram rapidamente no mundo moderno geraram efeitos na atividade produtiva, de forma a tornar inviável a competitividade da empresa no mercado sem a necessária especialização. E daí a necessidade de maior concentração na atividade-fim, a qual traduz o objetivo social, nada obstando a que as atividades-meio (embalagem, manutenção de máquinas, limpeza, vigilância etc.) sejam entregues a outras empresas, as quais fazem dessas outras atividades suas respectivas atividades-fim.(MARTINS, Adalberto. 2006, p. 142).

Sérgio Pinto Martins (2009) assinala: "Surge a terceirização a partir do momento em que há desemprego na sociedade (...) quando passamos por crises econômicas, em que o empresário procura diminuir seus custos, principalmente com mão-de-obra."

Até os dias de hoje tal prática é usada em larga escala não só pelas indústrias como também pelo setor de serviços em todo o mundo.

A Terceirização é um fenômeno que se apresenta com maior ou menor intensidade em quase todos os países. Num mundo que tende para a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as, para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução dos serviços em que não se especializaram. Constitui-se a terceirização numa realidade que o Direito do Trabalho tem que analisar. (MARTINS, 2009, p. 1).

Em um mundo complexo e de economia pujante, por razões de eficiência nos processos produtivos, menores custos e maior lucratividade, muitas empresas contratam serviços externos para a realização de tarefas especializadas e complementares. Baseando-se nessa justificativa, muitas empresas se utilizam da subcontratação em suas atividades, no entanto, da mesma forma que existem aquelas que praticam a terceirização de maneira correta, há aquelas que usam desse instituto para se escusar das responsabilidades trabalhistas ou de previdência social.

A terceirização é um fenômeno que vem se solidificando rapidamente e crescendo em larga escala nos meios empresariais. Diante disso, a clássica e objetiva relação de emprego vem sofrendo interferência, uma vez que há uma transferência de execução de atividades para outras empresas e a relação anteriormente bilateral passou a ser "trilateral", com vistas ao incremento da competitividade, através da alta produtividade, redução de custos e aumento na qualidade de produtos ou serviços.

#### 2.2 CONCEITO E DENOMINAÇÃO

O termo terceirização é o mais comumente empregado, mas muitos outros são utilizados, dentre os quais *subcontratação*, *parceria*, *recontratação*, *desverticalização*, *terciarização*, *filialização* e *descentralização*. No entanto, há pouco tempo, a expressão terceirização não podia ser encontrada nos mais diversos dicionários da língua portuguesa, mesmo sendo largamente utilizada no âmbito jurídico.

O termo Terceirização empregado no Brasil ainda não consta na maioria dos dicionários nacionais. Surgiu por derivação sufixal do vocábulo "terceiro" e é adotado com o sentido hoje conhecido a partir do seu significado jurídico: "pessoa estranha a uma relação ou ordenação jurídica". (KAMIYA, 2003, p. 23)

O dicionário Aurélio (Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. Editora Nova Fronteira, 1ª. Ed., p.1368, Rio de Janeiro), já traz o vocábulo terceirização nas mais recentes versões: [De terceirizar + -ção] – S. f. – Ato ou efeito de terceirizar. 1. Transferir a terceiros (atividade ou departamento que não faz parte de sua linha principal de atuação).

O Dicionário Compacto do Direito de Sérgio Sérvulo da Cunha conceitua terceirização como o "1. Ato ou efeito de terceirizar, que é transferir a terceiro. 2. Subcontratação com que se transferem a outrem despesas e riscos de uma determinada atividade. V. empreitada, locação (prestação) de serviço."

Segundo Adalberto Martins preceitua "A terceirização é um fenômeno econômico que aos poucos vem sendo assimilado pelos operadores de Direito. Trata-se da entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa, a fim de que possa se concentrar na sua atividade-fim."

Por terceirização tem-se entendido o fato de a empresa contratar serviços de terceiros para as suas atividades-meio. 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 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. (MARTINS, 2009, p. 6).

Embora denominadas de atividades-meio, não se pode dizer que aquelas não sejam necessárias e até mesmo fundamentais para a atividade de determinadas empresas. Segundo César Reinaldo "Terceirizar significa atribuir a terceiros a realização de uma atividade fundamental ou útil ao interesse comum de determinada comunidade ou aos fins sociais de uma empresa."

Segundo Rodolfo Pamplona conceitua a terceirização é a "transferência do segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outros de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida".

Terceirizar é, então, repassar para terceiro uma ou mais etapas de produção ou serviço que não constituam atividade principal da empresa. A relação é composta por: empresa terceirizadora, tomadora de serviços e o trabalhador terceirizado. O objetivo é a redução de gastos, qualidade dos produtos e ampliação da competitividade.

## 2.3 DEFINIÇÃO

A terceirização é uma prática através da qual uma empresa transfere uma etapa de sua produção para um terceiro, portador de uma maior experiência no processo transferido, objetivando agregação de valor ao produto final, minimização

de gastos e competitividade. As empresas contratadas geralmente executam atividades secundárias, de suporte, as chamadas atividades-meio, ficando a empresa contratante concentrada apenas em sua atividade principal ou atividade-fim.

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS 1, 2009, p. 176).

A terceirização configura-se, então, pela relação de três sujeitos: A empresa terceirizadora, o empregado terceirizado e a empresa tomadora dos serviços. O serviço contratado deve ser sempre relacionado a atividade-meio da empresa contratante da mão-de-obra.

Um exemplo típico, já citado neste trabalho, são as empresas automobilísticas, mais conhecidas como montadoras. Não é a toa que grandes multinacionais como FIAT, FORD, GENERAL MOTORS, VOLKSWAGEN, entre outras tantas, são chamadas de montadoras. Assim ocorre porque elas apenas "montam" os carros, a maior parte das peças é fabricada por empresas terceirizadas.

A lógica da terceirização é tão somente minimizar custos e otimizar ganhos. É raro encontrar atualmente empresas ou indústrias que executem todas as etapas de produção. A transferência de serviços para terceiros, distribuídos em países e regiões em todo o mundo, é hoje prática constante da globalização e, para muitos, constitui uma marca de modernidade, qualidade e concorrência, já que para sobreviver no mercado, é preciso ser eficiente e essa eficiência se dá através de preços cada vez mais baixos e mão-de-obra cada vez mais qualificada e barata.

A contratação deve obedecer a alguns critérios legais, entre os quais: a prestação de serviços terceirizados não deve ser utilizada para a atividade-fim da empresa contratante; e não podem haver elementos caracterizadores da relação de emprego que são: prestação de serviço de natureza não eventual, sob a dependência de um empregador e mediante salário (Art. 3° da CLT).

#### 2.4 ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO

A terceirização só pode ser utilizada para os casos de serviços ou etapas de produção que não constituam atividade-fim da empresa. As atividades-fim são aquelas que constituem a razão de ser da organização, o objetivo principal da empresa.

Atividade-fim é a que diz respeito aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a comercialização, etc. É a atividade central da empresa, direta, de seu objeto social. Para o Direito Comercial, atividade-fim é a que consta do objeto do contrato social. É a atividade principal. Atividade necessária é a útil à atividade-fim. (MARTINS, 2009, p. 132).

A CLT, no Art. 581, § 2º, define como atividade-fim aquela que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente em regime de conexão funcional. Portanto, de acordo com a CLT, não pode um dono de restaurante contratar mão-de-obra terceirizada de cozinheiro, uma vez que a comida é sua atividade principal. Da mesma forma, não pode uma confecção contratar costureiras terceirizadas, já que a costura é o objetivo principal de uma empresa de confecção. Para as atividades-fim, há a obrigatoriedade de contratação direta e cumprimento de todos os direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores.

As atividades-meio, por sua vez, são aquelas acessórias, constituem mero suporte para a finalidade da existência da empresa, não representam sua especialização.

A atividade-meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objetivo central. É uma atividade de apoio ou complementar. (MARTINS, 2009, p. 133).

Segundo César Reinaldo, "Atividade-meio pode ser compreendida como aquela útil para a realização do objeto social, enquanto atividade-fim será a fundamental, sem ela o resultado social não seria alcançado."

Caso haja vinculação pessoal do empregado ao trabalho (pessoalidade) e ele ficar sujeito às determinações da empresa tomadora de serviços (subordinação direta), restará evidenciado o vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora de serviços.

O mais comum no Brasil é se falar de terceirização de mão-de-obra para os serviços de limpeza e vigilância, que são denominados, pela maior parte dos doutrinadores, como serviços de apoio. Para estes, os autores são quase unânimes em afirmar que poderão ser contratados pelo gestor público através de terceirização.

É possível afirmar não haver necessidade de contratação direta de pessoal de limpeza, vigilância e assemelhados nos bancos, salvo em relação aos serviços de digitação, que não podem ser considerados, à primeira vista, atividade-meio, visto que há necessidade permanente de processamento de dados na atividade bancária, como nos caixas, terminais de consulta, etc., aplicando-se assim a Súmulas 239 do TST. (MARTINS, 2009, p. 133).

Também a jurisprudência consubstanciou seu entendimento através da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual dispõe:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

- II A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
- III Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Consagrada pela Súmula 331 do TST, a terceirização de atividademeio será mais freqüente nas áreas de limpeza, vigilância (Lei n. 7.102/83) e conservação, o que se verifica, em larga escala, nas funções de servente, segurança, porteiro, zelador, jardineiro etc. (REINALDO, César, 2010. p. 78).

Resta-nos as seguintes reflexões: A vigilância e o pessoal de limpeza são dispensáveis ao cotidiano das repartições públicas? Pode uma instituição abrir mão da limpeza de seus ambientes? Não constituem eles necessidade permanente para as instituições públicas? Como pode numa só repartição pública existir aqueles que se submetem à CLT e outros que são submetidos a um regime jurídico diferenciado? Como podemos falar em respeito ao princípio da isonomia onde o próprio Estado discrimina seus trabalhadores?

É óbvio que uma atividade eventual, que atenda a uma necessidade pontual, não comporta uma contratação para o quadro permanente de qualquer empresa e até mesmo do setor Público como um todo. No entanto, a atividade-meio não é eventual, tão pouco circunstancial. Ela é necessária para o bom andamento de toda e qualquer instituição pública.

A Constituição Federal em nenhum momento fala em atividade-fim ou atividade-meio para permitir ou não a terceirização na Administração Pública, logo, apenas esse critério não é suficiente para sustentar a legalidade de tal instituto. O que a Constituição determina é o concurso público, com ressalva para as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Logo, a definição de atividade-meio e atividade-fim, em nosso entendimento, é um aspecto indispensável quando falamos em terceirização de serviços no âmbito privado, onde as relações trabalhistas são regidas pela CLT e há expressa previsão legal. No tocante à Administração Pública, os critérios para contratação de pessoal terceirizado são outros: cargo em comissão ou necessidade temporária. Não deve, então, o administrar ou gestor público usar da subcontratação, porque esta não tem amparo legal, salvo as exceções trazidas de forma explícita na Constituição Federal.

Na verdade, o que nos importa não é a definição de atividade-meio ou atividade-fim, o que se espera é que os direitos dos trabalhadores sejam respeitados e cumpridos, seja no âmbito privado, seja no âmbito público, independente de exercerem atividade-fim ou não dentro de seu ambiente de trabalho.

#### 2.5 VÍNCULO EMPREGATÍCIO E TERCEIRIZAÇÃO

Em primeiro lugar cumpre esclarecer que o vínculo empregatício só poderá ser caracterizado através da relação entre uma pessoa jurídica ou uma pessoa física (na condição de contratante) e uma ou mais pessoas físicas (na condição de contratado). Logo, entre duas empresas ou pessoas jurídicas não poderá existir relação de emprego.

O vínculo empregatício ocorre, então, através da relação entre empregado e empregador. Segundo a CLT "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Martins acrescenta que "empregado poderia ser considerado, num sentido amplo, o que está pregado na empresa, o que é por ela utilizado". Ainda segundo Martins, temos que analisar o empregado segundo cinco requisitos, quais sejam, pessoa física, não-eventualidade na prestação de serviços, dependência, pagamento de salário e prestação pessoal de serviços.

Empregador é, de acordo com o Art. 2° da CLT, "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços". No mesmo artigo, no § 1°, a lei equipara a empregador, "para os efeitos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados".

A empresa tomadora de serviços não poderá dar ordens diretamente aos empregados terceirizados, como por exemplo, exigir o fiel cumprimento de horário,

ou designar tarefas a um determinado trabalhador terceirizado. À contratante restará o direito de exigir o fiel cumprimento do que consta no contrato de prestação de serviços. A empresa contratada é quem determina o funcionário a executar determinada tarefa e do modo que melhor lhe convier, respeitando, repita-se, as cláusulas estipuladas em contrato.

Segundo César Reinaldo"...não basta estarmos diante de uma terceirização de atividade-meio para que ela seja lícita. Devemos observar, também, a total ausência de pessoalidade e subordinação direta." Logo, o simples critério de atividade-meio não é suficiente para dar legalidade a contratação de serviço terceirizado.

Nesse sentido, ainda que tenhamos um serviço terceirizado de limpeza, em sendo exigido especificamente um determinado trabalhador pelo contratante, que, de forma direta, também organiza a atividade, controla horários de início e término da prestação e ainda adverte disciplinarmente quando necessário, estaremos diante de uma terceirização ilícita. Terceirização ilícita consiste, pois, na interposição irregular de mão de obra, envolvendo atividade-fim de uma empresa ou atividade-meio, quando exigida pessoalidade e subordinação direta. (BASILE, César. 2010. p. 79).

Quando configurada a terceirização ilícita, o vínculo empregatício com a empresa interposta será descontinuado e se configurará relação jurídica com a empresa tomadora dos serviços, a qual restará a coobrigação de cumprir com todos os direitos trabalhistas do empregado.

A CLT rege apenas a relação entre empregado e empregador, figurando o Código Civil como regulador das relações entre contratante (tomadora de serviços) e contratada (terceirizada). Nestas relações, caso haja a constatação de elementos que configurem relação de emprego, quais sejam, prestação de serviço de natureza não eventual, sob a dependência de um empregador e mediante salário (Art. 3° da CLT), a relação sairá na esfera civil para a esfera trabalhista.

Observa-se, desde logo, que não pode ser empregado a pessoa jurídica — e isto significa afirmar que os serviços prestados por pessoa jurídica são regidos pelo direito civil, e não pelo direito do trabalho. Empregado é, pois, o sujeito de uma relação de trabalho subordinado, protegÇido pelo direito do trabalho. (MARTINS, Adalberto. 2006. p. 120).

A terceirização de serviços tem sido uma maneira encontrada por muitos empresários para burlar a lei trabalhista. Alguns funcionários são demitidos e obrigados a abrir uma nova empresa (de fachada) para prestar serviços através de contrato. Dessa forma, a empresa que os "demitiu" não arcará com obrigações trabalhistas.

#### 2.6 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade solidária é aquela em que não há fracionamento de obrigações, ou seja, cada titular, isoladamente, possui direito ou responde pela totalidade da prestação. Solidariedade é, então, co-responsabilidade.

Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor. (MARTINS, 2009, p. 135).

A solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes, segundo determinação do código civil, em seu Art. 265. Não será ela, pois, presumida. Ao contrário, a subsidiariedade não tem previsão legal, caso a empresa não arque com sua dívida, esta deverá ser quitada pelo responsável secundário.

Subsidiária vem do latim subsidiarius, que significa secundário. Responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de ou em substituição de. É uma espécie de benéficio de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços). A lei não prevê expressamente a responsabilidade subsidiária, que decorre da orientação do inciso IV da Súmula 331 do TST. (MARTINS, 2009, p. 137).

Uma grande parcela das contratações de serviços terceirizados ocorre porque os empresários tentam livrar-se das obrigações trabalhistas decorrentes da contratação que gera vínculo empregatício. No entanto, caso a empresa contratada deixe de cumprir as obrigações trabalhistas, poderá a empresa contratante (tomadora de serviços) ser condenada a pagar todos os direitos trabalhistas aos trabalhadores terceirizados.

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (Súmula 331, IV, do TST).

Logo, deverá a empresa tomadora de serviços terceirizados ter muita atenção na hora de contratar a empresa terceirizadora, uma vez que sendo ela inidônea e não cumprindo com os débitos trabalhistas de seus empregados, ficará aquela subsidiariamente obrigada a adimplir os direitos dos trabalhadores terceirizados.

Observamos, pois, que o entendimento jurisprudencial cristalizado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho restringe a validade da terceirização às atividades-meio do tomador de serviços, e desde que inexistam pessoalidade e subordinação direta. De qualquer sorte, o tomador de serviços jamais poderá sustentar sua absoluta irresponsabilidade no que respeita ao cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa contratada, já que responderá subsidiariamente na hipótese de inadimplemento desta última. A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços justifica-se em face da culpa in eligendo, à luz dos arts. 186 e 927 do novo CC (art. 159 do CC de 1916). Assim, torna-se oportuno asseverar que uma terceirização bem-sucedida deve contar com cuidadosa averiguação da idoneidade financeira da empresa que se pretende contratar. (MARTINS, Adalberto. 2006, p. 144).

## 2.7 DA PRECARIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO TERCEIRIZADO

A terceirização de serviços tem sido largamente praticada por ser uma alternativa de redução de custos para as empresas. Os empreendimentos sejam

eles de pequeno, médio ou grande porte, sejam eles comércios, indústrias ou prestação de serviços, seguem a mesmo objetivo: LUCRO!

Nesse sentido, temos que examinar as relações de trabalho ocorridas na terceirização. A empresa que terceiriza a mão-de-obra, para conseguir se tornar competitiva, precisa oferecer bons serviços a um custo reduzido. O problema é que o trabalhador é que terá seus direitos reduzidos na mesma proporção que se reduzem os custos da empresa.

A consequência da terceirização de serviços é a flexibilização dos direitos trabalhistas. A justificativa é a necessidade de adaptação as novas realidades e a crescente competitividade no mercado mundial. Não obstante, a delegação a terceiros de etapas de produção ou serviços, preconizando o desenvolvimento econômico, acaba por deixar o desenvolvimento humano em segundo plano.

A pressão econômica tem sido no sentido da redução das normas de proteção e a relativização da força sindical. Depois de anos de lutas e direitos trabalhistas conquistados não pode o interesse privado sobrepor-se às garantias dos trabalhadores consagradas na Constituição Federal.

O grande problema é que a legislação pertinente ao tema ainda é bastante lacunosa. Não resta dúvida de que o direito deve acompanhar as constantes mudanças sociais, porém deve preservar os direitos que foram conquistados durante séculos.

A Constituição não poderia ser mais clara: "E livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão" (artigo 5°). A postergação por mais de década de legislação para modernizar a terceirização e consagrar as garantias do trabalhador terceirizado colide frontalmente com o preceito constitucional. E está em desacordo com sábio provérbio popular: não se briga com os fatos.

A terceirização é um fato: no Brasil e no mundo. A diferença é que, nas maioria dos países, a legislação já se ajustou à realidade. Aqui, as intermináveis discussões sobre o tema, muitas vezes motivadas por interesses corporativos não raro inconfessáveis, condenam à informalidade milhões de trabalhadores, desprotegidos de direitos e da oportunidade de alcançar o mercado formal de trabalho, justamente por falta de instrumento legal. E que puna, de fato, empresas ou cooperativas de trabalho inidôneas.

Ao contrário da maioria dos empreendimentos que se propõe a realizar a terceirização séria, essas entidades fantasmas, no meio urbano ou rural, hoje se locupletam porque amparadas no vácuo

legislativo. (Folha de S. Paulo, A3 Opinião, 21/01/2009, Jan Wiegerinck, sob o império da incerteza).

As lacunas legais pertinentes a terceirização dificultam de certa forma a modernização de tal prática e impedem a consagração das garantias do trabalhador terceirizado.

A postergação da aprovação de um marco regulatório para esse mercado contribui para que empregados e empregadores do setor fiquem desamparados juridicamente, perdidos numa selva onde só ganham aproveitadores e oportunistas Nos ciclos de incertezas, como o que estamos vivendo, empresas ineptas prejudicam as idôneas ao oferecer serviços a preços aviltados. Isto, sim, pode contribuir para precarizar o trabalho.

Ampliar a competitividade das empresas e, ao mesmo tempo, assegurar direitos trabalhistas é uma necessidade reconhecida pelos mais respeitados juristas, como o ministro Vantuil Abdala, expresidente do TST, e defensor de uma lei para a terceirização, para quem o Direito obrigatoriamente tem de acompanhar a realidade, sob o risco de ser "atropelado" por ela. (Folha de S. Paulo, A3 Opinião, 21/01/2009, Jan Wiegerinck, sob o império da incerteza).

O grande problema é fazer com que os interesses da sociedade prevaleçam sobre os interesses do capital na prática da terceirização. Para tanto é fundamental que a legislação vigente seja obedecida pela empresa contratada e pela empresa contratante. Com o intuito de escusar-se de encargos sociais, muitas contratações não respeitam o que determina a Lei trabalhista. A precarização do trabalho é um fator constante, já que trabalhadores terceirizados têm salários, benefícios e condições de trabalho inferiores aos demais contratados diretamente pela empresa.

## 3 TERCEIRIZAÇÃO NA GESTÃO PÚBLICA

A terceirização que ocorreu primeiramente no setor privado foi pouco a pouco incorporada pela Administração Pública, utilizando-se das mesmas justificativas, quais sejam: a eficiência, qualidade nos serviços e diminuição de custos. Ocorre que os gestores públicos devem obedecer os critérios legais na contratação de pessoal, notadamente o que determina a Constituição Federal Brasileira.

No Brasil o processo de terceirização não está restrito somente ao fornecimento de serviços ao segmento privado, ele vem aumentando o seu campo de atuação até mesmo nos diversos setores da administração pública direta ou indireta, sejam eles pertencentes às esferas federal, estadual ou municipal, mormente após os estímulos à terceirização lançados a partir da Lei nº 8.666/93, modificado pela Lei nº 8.883/94, e Lei nº 8.987/95. (SOUZA, Kamyia, 2003. p. 25).

Para dar legalidade à prática da terceirização no setor público, vários atos normativos, como Leis Ordinárias e Decretos-Lei foram editados. Mas a Reforma Administrativa, que ocorreu, sobretudo, através do Decreto-Lei nº 200 de 25 de julho de 1967 que estabeleceu diretrizes para a reforma Administrativa "permitiu" que a Administração Pública utilizasse sempre que possível e necessário a execução indireta de algumas atividades mediante contratação de serviço terceirizado. Tal condição encontra razão de ser no Art. 10, § 1º, alíneas "a", "b", "c", e § 7º do referido decreto, abaixo transcrito:

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

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

 a) dentro dos quadros da Administração Federal distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;

 b) da Administração Federal para a das Unidades Federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

 c) da Administração Federal para a órbita privada mediante contratos ou concessões.
 (...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a

Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Aqueles que defendem a terceirização na Administração Pública geralmente falam em subcontratação para os casos de atividades-meio e não para as atividades-fim.

As contratações que sejam para área-fim do órgão e as atividades desenvolvidas por servidor público não são procedimentos corretos, portanto, combatido pelos órgãos de controle e pelo Ministério Público do Trabalho, sendo firmados acordos com cronograma de substituição dessa mão-de-obra por servidores concursados. (VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha, 2007, p. 27).

O grande problema é definir e diferenciar atividade-fim e atividade-meio dentro da Administração Pública. Os serviços ditos de apoio são atividade-meio ou são indispensáveis para o cotidiano das repartições e, portanto, de forma indireta, são atividade-fim?

Além do mais, os critérios de atividade-fim e atividade-meio são relevantes para a contratação de trabalhadores na iniciativa privada. No âmbito público, pelo princípio da legalidade e para não contrariar o que determina a Constituição Federal, o gestor público deve proceder a contratação utilizando o concurso público como regra e as contratações terceirizadas como exceção, de acordo com o que dispõe a Lei Maior.

O Art. 3°, parágrafo único, da Lei n° 5.645/70 diz que: "As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7°, do Decreto-lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967".

O Decreto-lei n° 2.300/86, ainda admite a contratação de obras e serviços com terceiros, conceituando como serviço:

- 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

Diante do texto acima transcrito da Constituição Federal Brasileira, a conclusão é óbvia: o requisito fundamental para o ingresso de trabalhador em cargo público é o CONCURSO PÚBLICO. Ocorre que nos últimos anos tem-se evidenciado uma tendência de contratações no setor público para preenchimento do quadro de pessoal através da terceirização de serviços. A questão primordial é que a Lei Maior é taxativa quando o assunto é investidura em cargo público, trazendo, inclusive, as exceções. O Art. 37, inciso II, repita-se, dispõe que "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, <u>ressalvadas</u> as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". (grifo nosso).

Conforme o pensamento do Doutrinador Romeu Felipe Bacellar Filho "O concurso público de provas ou de provas e títulos, com prazo de validade de até 2 anos, prorrogável, uma vez, por igual período, segundo o Art. 37, III, da CF, constitui condição inafastável para a admissão de servidor efetivo ou aspirante a emprego público." (grifos nossos).

No mesmo artigo, em seu inciso IX, a Constituição Federal determina que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (grifos nossos). Resta evidenciado que o legislador tanto fez para que o concurso público fosse a forma única e exclusiva para ingresso em cargo público, que trouxe de maneira clara e explícita as suas exceções. Não resta dúvida, a terceirização na Administração Pública deverá obedecer aos preceitos, normas e princípios constitucionais, sob pena de nulidade do ato e até mesmo sanção para os infratores, como dispõe o § 2º:

A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Em suma, segundo Alexandre de Moraes assinala, são três os requisitos obrigatórios para a utilização da exceção ao concurso público, sob pena de flagrante inconstitucionalidade: excepcional interesse público, temporariedade da contratação e hipóteses previstas em lei.

O Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as exceções constitucionais, é intransigente em relação à imposição à efetividade do princípio constitucional do concurso público, como regra a todas as admissões da administração pública, vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido.

Dessa forma, as autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no Art. 173, § 1°. Exceções ao princípio, se existem, estão previstas na própria Constituição. Assim, apesar de o regime de pessoal das entidades paraestatais ser o mesmo dos empregados de empresas privadas, sujeitos à CLT, às normas acidentárias e à justiça trabalhista (CF, art. 114), permanece a obrigatoriedade do postulado do concurso público, mesmo para as empresas que exerçam atividades econômicas, salvo, obviamente, para os cargos ou funções de confiança, por serem instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da isonomia e a impessoalidade.

Os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, igualmente, encontram-se vinculados em face de explícita previsão constitucional (art.37, *caput*), aos princípios que regem a administração pública, entre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II). Além disso, quando contratarem servidores sob o regime da legislação trabalhista, sujeitar-se-ão às regras de reajuste salarial estabelecidas pela própria União. (MORAES. Alexandre de, 2008, p. 343-344).

Além do Art. 37 da Constituição Federal é indispensável falar dos princípios constitucionais que permeiam o assunto em pauta. Entre vários princípios violados pela terceirização na Administração Pública temos: legalidade, moralidade, não discriminação, isonomia, cidadania e dignidade da pessoa humana. Dentre estes,

destacamos a preocupação com a observância do princípio da moralidade como norte para os demais princípios e fundamental para a Gestão pública.

Segundo Carvalho (2008) assinala "Mesmo independentemente de qualquer positivação da moralidade administrativa na Constituição... já se encontravam no Direito Público elementos suficientes à sustentação de tal princípio como vinculante da Administração Pública".

A moralidade administrativa é, antes de tudo, o cumprimento à legislação vigente e o respeito aos direitos alheios.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (MORAES, Alexandre de. 2008, p 321).

A doutrinadora Raquel Melo Urbano de Carvalho resume a contento a importância do princípio da moralidade na Administração Pública quando afirma que "é mister que, seja no exercício de competência vinculada, seja na seara discricionária, o agente público paute sua atuação de acordo com a ética vigente na instituição, a qual implicará sempre o exercício leal das suas atribuições..."

O dispositivo que serve de ponto de partida para a construção do princípio da moralidade está contido no art. 37 da Constituição Federal, que põe a moralidade como sendo um dos princípios fundamentais da atividade administrativa. A Constituição Federal, longe de conceder uma palavra isolada à moralidade, atribui-lhe grande importância em vários dos seus dispositivos. A sumária sistematização do significado preliminar desses dispositivos demonstra que a Constituição Federal preocupou-se com padrões de conduta de vários modos. (ÁVILA, Humberto. 2007, p 94).

Todo cidadão brasileiro que preencha os requisitos para um determinado cargo ou função pública deverá ter o direito ao acesso a estes via concurso. O Autor Romeu Felipe Bacellar Filho resume o princípio da acessibilidade como aquele que "alcança cargos e empregos públicos, em homenagem aos princípios da igualdade e moralidade administrativa, condiciona-se à prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos..."

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da EC nº 19, em 4 de junho de 1998, aos estrangeiros na forma da lei, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade. (MORAES, Alexandre de. 2006, p. 124).

Se alcançada as condições necessárias para o desempenho de cargos, empregos e funções públicas e existindo expressa previsão legal, a acessibilidade deve ser possível para todos os brasileiros que preencham os requisitos.

O princípio da legalidade se confunde com a própria Administração Pública, quando, ao contrário dos demais ramos do Direito onde tudo que a lei não proíbe é permitido, no direito administrativo os gestores estão, obrigatoriamente, vinculados as previsões legais. Logo, para a devida observância de tal princípio, temos, antes de tudo, que seguir os mandamentos constitucionais, sob pena de nulidade dos atos praticados *contra legem*.

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5 °, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo o que a lei autoriza. (MORAES, Alexandre de. 2008, p 321).

Se na Administração Pública o princípio da legalidade deverá ser aplicado de forma mais rigorosa e especial, igualmente a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro deverá ser respeitada a risca. Logo, a Constituição Federal encontra-se no topo da pirâmide hierárquica jurídica e toda e qualquer lei que venha a ser editada deverá estar em consonância com aquela sob pena de ser declarada inconstitucional, perdendo sua validade. Há que ser respeitado tal princípio, caso contrário estaremos pondo em risco a ordem jurídica.

Dessa forma, se a Constituição determina o concurso público como forma de ingresso de trabalhador em cargo público, as normas infraconstitucionais que

contrariem tal determinação, de acordo com o princípio da legalidade, não têm validade e não podem servir de argumento jurídico para a contratação de servidores terceirizados na Administração Pública.

O princípio da isonomia e, consequentemente, o da não-discriminação são outros gravemente "feridos" se levarmos em conta a situação dos trabalhadores envolvidos na questão. Se por um lado temos aqueles que não puderam pleitear as vagas em consequência da não observância do princípio constitucional do amplo acesso ao concurso público, por outro temos os que, por consequência da terceirização, têm salários, benefícios e condições de trabalho muito inferiores aos dos concursados, caracterizando um quadro de precarização laboral.

O fator sócio-econômico por si só já constitui um entrave para a concretização do princípio da isonomia no tocante ao concurso público, pois a grande maioria dos brasileiros não tem acesso à educação, enquanto muitos outros não dispõem, sequer, de condições básicas de sobrevivência. Tal princípio comporta, então, uma relativização inerente a ele. Para alcançá-lo temos que tratar os desiguais na medida de sua desigualdade e os iguais na medida de sua igualdade, este é o velho debate da igualdade formal *versus* a igualdade material real, proporcional ou substancial.

A idéia de igualdade foi incorporada ao discurso jurídico pelo Iluminismo, podendo—se indicar como marco a declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, de 1789. É Oscar Vilhena Vieira quem afirma que, a esta época, tem-se "uma igualdade não só compatível com a liberdade, mas a ela inerte. O que se pretendia desde o início era que o Direito fosse aplicado SEM DISCRIMINAÇÕES. Que os responsáveis pela aplicação do Direito o fizessem de olhos vendados, como a estátua que represente a justiça na mesa de tantos juízes e na porta de muitos tribunais". O que fato é que a máxima aristotélica segundo a qual "tratar desigualmente os desiguais significa assegurar a igualdade" assumiu, à época do liberalismo, os contornos de conceito ideal de igualdade abstrata e apriorística.

Atualmente, contudo, tem-se interpretado este princípio como a proibição de tratamento desigual entre os iguais, sendo necessário examinar, em cada caso, os aspectos específicos aptos a caracterizar a desigualdade ou igualdade fática justificadora, respectivamente, da desigualdade ou igualdade jurídica.

Não se trata de consagrar apenas a isonomia formal como o fez a Revolução francesa. Não se trata de considerar possível teórica e faticamente, em qualquer caso, a igualdade absoluta. Cuida-se de atentar para a necessidade de as pessoas empiricamente equivalentes serem isonomicamente tratadas pelo ordenamento. Elimina-se uma visão idealista que postula um igualitarismo absoluto entre os homens e se retoma a idéia segundo a qual é necessário observar as diversidades concretas que, conforme os valores fundamentais do ordenamento podem ser consideradas quando da normatização jurídica. (CARVALHO, Raquel Melo Urbano. 2008, p. 148-149)

Outro aspecto a ser questionado é a observância dos direitos dos trabalhadores terceirizados. A terceirização dá-se através de licitação e a empresa vencedora é geralmente aquela que dá o menor preço, o que nos leva a crer que quanto menor o salário do terceirizado, maior a chance da empresa vencer a licitação. As conseqüências práticas do mau uso desse instituto são evidentes, na contabilidade final, o prejuízo recairá, então, sobre o trabalhador.

Contudo, sempre serão efeitos perversos: a redução dos postos de trabalho; a contratação de trabalhadores por valores mínimos e sem concessão de diversos benefícios e vantagens (ignorando o piso e os demais dispositivos da convenção coletiva da categoria econômica a que pertencer a empresa contratante); a marginalização dos prestadores de serviços terceirizados em relação aos demais empregados e na escala de importância dentro da empresa, além da maior dificuldade na fiscalização do trabalho. (REINALDO, César. 2010. p. 77).

Também o princípio da dignidade da pessoa humana é fatalmente atingido pelo simples fato de se ter vários trabalhadores dividindo e trabalhando num mesmo espaço com condições de vida e salários absoluta e profundamente desiguais. Enquanto alguns retornam para suas casas em bons e novos veículos, outros tantos acumulam-se nas paradas de ônibus e metrôs mais próximos à espera de coletivos.

É inadmissível tal discriminação, e pior ainda partindo ela de um ente estatal. A proteção da pessoa humana é responsabilidade do Estado e da sociedade como um todo. Mas cabe ao primeiro encontrar mecanismos que reduzam as contratações precarizantes para que se assegure aos trabalhadores terceirizados todos os direitos previstos pela Constituição Federal, CLT e demais leis esparsas, e que os brasileiros tenham acesso aos mais diversos cargos da Administração Pública de maneira isonômica, como intencionou o legislador constituinte originário.

Cabe ao Estado e à sociedade preservar a dignidade da pessoa humana no trabalho, dando efeitos concretos ao direito fundamental da valorização do trabalho, rejeitando formas não isonômicas e precárias de labor. Esse é um objetivo a ser perseguido por todos nós. (Folha de S. Paulo, A3 Opinião, 06/02/2010, Luciano Athayde Chaves, Contra a Precarização do Trabalho).

Pedro Lenza trás entre os princípios da interpretação constitucional, alguns de máxima relevância para o tema em pauta, quais sejam: o princípio da máxima efetividade, princípio da força normativa e o princípio da interpretação conforme a Constituição.

De acordo com Lenza o princípio da máxima efetividade é aquele que, em caso de dubiedade, deverá ser escolhida a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. No caso da terceirização na Administração Pública, diante da precarização das relações de trabalho terceirizado, resta evidente que a regra do concurso público é aquela que dá maior amplitude a efetivação dos direitos sociais.

O princípio da força normativa é aquele que atribui à Constituição a prevalência normativa sobre as demais normas. Segundo Lenza " os aplicadores da Constituição, ao solucionarem conflitos, devem conferir a máxima efetividade às normas constitucionais." É o respeito a hierarquia das normas. A Constituição federal é a Lei Maior, aquela que está acima das demais e que, portanto, todo o ordenamento jurídico deve se ajustar.

## **4 METODOLOGIA**

Para o presente trabalho foi utilizada a pesquisa do tipo descritiva, expondo opiniões de doutrinadores sobre a matéria apresentada, analisando-se, dessa forma, a bibliografia existente sobre o tema debatido. Quanto à estratégia, a pesquisa foi bibliográfica e empírica. A legislação/normatização é a delimitação do objeto de pesquisa. Em relação ao instrumento de coleta dados, a análise de documentos, entre eles doutrinas, Legislação e artigos em jornais, foi a base da pesquisa. Já o tratamento de dados foi exclusivamente o qualitativo.

# **5 ANÁLISE DE DADOS**

Uma análise de dados numa pesquisa bibliográfica pode parecer algo naturalmente redundante. Porém, ainda assim, chega-se a algumas constatações incipientes a partir da ampliação dos serviços terceirizados na administração pública: relativização de direitos do trabalhador, o debate infindável sobre o conceito de "atividade-fim" e "atividade-meio", o eterno confronto entre as políticas liberaiscapitalistas e as garantias constitucionais do trabalhador no Estado de bem-estar social, etc. Boa parte da doutrina que analisa tal temática também reconhece, quase em uníssono, algumas dessas conseqüências.

Vale enfatizar que não existem dados precisos ou levantamentos estatísticos sobre as consequências, danosas ou não, da terceirização de serviços públicos. A operacionalização de uma pesquisa dessa magnitude implicaria anos colecionando dados. No entanto, à luz da legalidade e do papel do gestor público, resta evidente o confronto da norma constitucional, defendendo a meritocracia dos concursos e a valorização do emprego, *versus* as normas infraconstitucionais e práticas de gestores "apegados" aos "benefícios" da iniciativa privada.

Diante do exposto, resta-nos afirmar que a terceirização de serviços no âmbito público precisa de uma análise mais profunda e de um debate mais apurado acerca de suas consequências para o bom funcionamento das instituições estatais e para a concretização dos direitos dos trabalhadores terceirizados.

A respeito do aspecto legal, a Constituição Federal foi clara e taxativa quando em seu Art. 37, incisos I e II determinou o seguinte:

- 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, ressalvadas as nomeações para

cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação exoneração.

(...)

Logo, concluímos que o concurso público é regra geral, e por seu caráter constitucional, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico vigente, necessariamente, deverá estar em consonância com aquele, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

A não observância da exigência de concurso público para investidura em cargo público afronta a Constituição Federal tanto em seu texto explícito (Art 37, incisos I e II), como também em sua base fundamental (princípios). Os defensores de tal prática tomam por base normas infraconstitucionais que tratam da matéria e "permitem" com maior amplitude a terceirização de serviços no setor público. No entanto, em nosso entendimento, tais normas, por estarem em dissonância com a Carta Magna, já nasceram nulas.

Um aspecto muito importante é a questão da função do Estado. De um lado ele exerce o papel de protetor da sociedade e do trabalhador e de outro, o mesmo Estado, através de suas instituições e gestores públicos, permite a terceirização de serviços públicos fora das limitações estabelecidas pela Constituição Federal.

As implicações da utilização desmedida da terceirização de atividades inerentes ao serviço público, fora das previsões legais, são inúmeras: afronta à Constituição Federal e aos princípios basilares da legalidade, moralidade e isonomia (entre tantos outros); desrespeito aos direitos dos trabalhadores; favorecimento à iniciativa privada em detrimento do trabalhador; e precarização das relações de trabalho.

Dessa forma, entendemos que a terceirização de serviços na Gestão Pública, excetuando-se as previsões trazidas pela Carta Magna, é uma prática INCONSTITUCIONAL e como tal deve ser combatida em prol da sociedade, do trabalhador brasileiro e do próprio Estado.

# **CONSIDERAÇÕS FINAIS**

A exploração desordenada e injusta da mão-de-obra não pode ser incentivada pelo próprio Estado, pois é dever dele a proteção e tutela dos trabalhadores de uma maneira geral. Seria, então, um paradoxo a própria Constituição, que é a essência e o norte do Estado Brasileiro, determinar taxativamente a forma de ingresso em cargo público e a Administração Pública proceder de maneira diversa. Mas é justamente isso que vem ocorrendo Brasil afora, uma verdadeira violação ao Poder Constituinte Originário, representante primeiro da vontade coletiva do povo brasileiro.

O medo do desemprego, o avanço tecnológico e a sua consequente automação têm incentivado a flexibilização nas relações de emprego e a terceirização é um grande exemplo. O grande problema é que tal prática tem sido usada sobremaneira para burlar as leis trabalhistas, e na Administração Pública não tem sido diferente.

O próprio Judiciário, através de reiterados julgados, vem apoiando tal prática, mesmo estando ela em discordância com os princípios e normas constitucionais, aplicáveis tanto no âmbito federal, estadual e municipal. O verdadeiro interesse público parece estar ficando em segundo plano. O Estado Brasileiro, que deveria proteger seus trabalhadores, está se curvando aos interesses do capitalismo, beneficiando empresas, em detrimento de cidadãos.

As normas infraconstitucionais não devem ir de encontro com o que determina a Constituição Federal, norma que se encontra no topo da "pirâmide" hierárquica da legislação pátria. Logo, os gestores públicos não podem praticar de maneira desmedida a terceirização de serviços, fora das exceções legais, baseandose em leis e normas que, obrigatoriamente, devem estar em consonância com A Carta Magna.

As funções que compõe a dinâmica administrativa não podem ser executadas por trabalhadores contratados pela iniciativa privada, pois se assim fosse possível, a própria Constituição Federal traria tal determinação. Ao contrário, o que podemos constatar é a intenção do legislador de fazer do concurso público uma regra geral, pontuando todas as exceções.

A garantia da efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores passa, antes de tudo, pelo estrito cumprimento dos princípios constitucionais. Há que se fazer cumprir o que determina a Lei Maior, sobretudo seus princípios, base de todo o ordenamento jurídico vigente.

A dignidade da pessoa humana, no tocante ao trabalho, está relacionada a um tratamento digno, respeito à integridade física, psíquica e moral e garantia de direitos. A inobservância dos preceitos constitucionais é inaceitável em qualquer aspecto e qualquer esfera da sociedade, ainda pior se tal atitude partir justamente do Poder Público. Portanto, a terceirização na Administração Pública, excetuando-se as previsões legais, é uma prática que não tem aparo legal e não deve ser utilizada pelos gestores públicos federais, estaduais e municipais.

# **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF.

BRASÍLIA (DF). Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a administração da organização federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BRASÍLIA (DF). Decreto-Lei nº 2.300, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Editora *Jus* PODIVM, 2008.

CHAVES, Luciano Athayde. Contra a precarização do trabalho. Folha de S. Paulo, São Paulo, 06 fev. 2010. Opinião, p. A3.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário Compacto do direito*. 4 ed rev e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

KAMIYA, Milton Hiroshi; SOUZA, Evandro Lúcio Pereira de. *Terceirização de Serviços Advocatícios: Como organizar, manter e ter sucesso com terceirização de serviços advocatícios.* São Paulo: Editora STS, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev e ampl. São Paulo: Eeditora Saraiva, 2008.

MARTINS, Adalberto. *Manual Didático de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo* . 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

PAMPLONA, Rodolfo. Terceirização e Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública. Revista Diálogo Jurídico, nº. 11, Salvador, 2002, p.36.

VIEIRA, Antonieta Pereira; VIEIRA, Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rafaella Rocha. Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: Teoria e Prática. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

WIEGERINCK, Jan. Sob o império da incerteza. Folha de S. Paulo, São Paulo, 21 jan. 2009. Opinião, Tendências/Debates, p. A3.