



TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Andreia do Rocio Prestes Sbrissia (PROINC)¹
José Osório do Nascimento Neto (ORIENTADOR)²

Resumo

Com a crescente evolução das políticas neoliberais que pregam por uma maior descentralização das responsabilidades da Administração Pública, juntamente com as recentes alterações legislativas sobre a prestação de serviços por terceiros e que ampliaram a terceirização de serviços para a atividade fim, vem à tona o debate sobre a possibilidade de terceirização da atividade fim pela Administração Pública. O Decreto 200/67 regulamenta a descentralização da Administração Pública, através da descentralização por serviços e por colaboração. Com a Constituição Federal de 1988 foram estabelecidos princípios que regem as relações dos entes da Administração Pública com as entidades privadas, protegendo tais relações com um regime jurídico próprio. Foram editadas leis que visam esta proteção dos contratos administrativos, mas com o fortalecimento dos liberais também foram criadas leis que facilitam as parcerias público privadas. E recentemente, com a reforma trabalhista que apresenta esta possibilidade da terceirização da atividade fim, sem apresentar limites no que se refere a Administração Pública. A presente pesquisa visa interpretar os impactos das alterações legislativas sobre a terceirização com a possibilidade de terceirização da atividade fim pela Administração Pública com enfoque nos limites constitucionais existentes. O objetivo do presente trabalho é exatamente interpretar essa nova a dimensão jurídica do uso da terceirização na Administração Pública, no Brasil, cotejando os limites constitucionais existentes na Constituição Federal, que zelam pela concretização da aplicação dos princípios da eficiência, economicidade e moralidade. 4) Neste estudo será abordado o novo conceito de terceirização criado com as alterações da Lei 6.019/1974, que até então tratava somente do trabalho temporário, decorrentes da aprovação das leis 13.429/2017 e 13.467/2017. A pesquisa em tela, ocorrerá fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem lógico dedutivos de caráter descritivo, tendo por linha de fundo analisar o tema da terceirização na Administração Pública com enfoque nas recentes alterações e sua adequação aos princípios constitucionais e legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Terceirização; Administração Pública; Eficiência; Moralidade; Economicidade.

Abstract

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Brasil - Unibrasil. Analista Judiciária (área administrativa) do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

² Professor de Direito Administrativo da UFPR, Estácio e UNIBRASIL. Pós-doutorando em Direito Político pela MACKENZIE. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC Paraná, com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid. Advogado. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB Paraná.

With the growing development of neoliberal policies that advocate a greater decentralization of Public Administration responsibilities, together with recent legislative changes to third-party service delivery that have expanded outsourcing of services to the end activity, the debate on the possibility of outsourcing the activity by the Public Administration. Decree 200/67 regulates the decentralization of Public Administration through decentralization through services and collaboration. The Federal Constitution of 1988 established principles governing the relations of Public Administration entities with private entities, protecting such relations with their own legal regime. Laws were enacted to protect administrative contracts, but with the strengthening of liberals laws were also created to facilitate public-private partnerships. And recently, with the labor reform that presents this possibility of outsourcing the activity end, without presenting limits in what refers to Public Administration. The present research aims to interpret the impacts of legislative changes on outsourcing with the possibility of outsourcing of the final activity by the Public Administration focusing on the existing constitutional limits. The purpose of this paper is exactly to interpret this new legal dimension of the use of outsourcing in the Public Administration in Brazil, comparing the constitutional limits existing in the Federal Constitution, which ensure the implementation of the principles of efficiency, economics and morality. 4) This study will address the new concept of outsourcing created with the amendments of Law 6,019 / 1974, which until then dealt only with temporary work, resulting from the approval of laws 13,429 / 2017 and 13,467 / 2017. The screen survey will take place using a methodology of qualitative analysis, using the methods of deductive logical approach of descriptive character, having as background the analysis of the topic of outsourcing in the Public Administration focusing on the recent changes and their suitability to the constitutional principles and infraconstitutional legislation.

Keywords: Outsourcing; Public administration; Efficiency; Morality; Economicity.

INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços públicos no âmbito da Administração Pública é autorizada pela legislação e tem a finalidade do atendimento das necessidades coletivas, com eficiência, descentralizando e privatizando atividades de modo a provocar a limitação e redução da atuação do Estado que passa a executar atividades de auxílio, coordenação e fomento, ou seja, as suas atividades-fim. O Estado faz uso deste instituto para proporcionar a redução da máquina estatal, para diminuição de custos e obtenção de produtos mais aperfeiçoados, promovendo o aumento de produtividade e a racionalização da sua estrutura.

A terceirização da mão-de-obra na Administração Pública, em uma acepção restrita, é uma forma de inserção do particular na prestação do serviço público, que se faz por meio de contrato administrativo. O terceiro apresenta-se como um mero executor material, destituído de qualquer prerrogativa com o Poder Público.

Recentemente, as leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 trouxeram alterações na Lei de Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/2017, que passou a tratar também do tema de prestação de serviços a terceiros e que passa a autorizar a terceirização da atividade principal, como também prevê a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços.

O estudo que será realizado sobre os impactos das alterações legislativas sobre a terceirização com a possibilidade de terceirização da atividade fim pela Administração Pública com enfoque nos limites constitucionais existentes.

O objetivo do presente estudo é compreender as recentes alterações legislativas que tratam da terceirização no que se refere a possibilidade de terceirização da atividade fim pela Administração Pública e os limites existentes sobre o tema na Constituição Federal. Como também, descrever o conceito de Terceirização trazido pela reforma trabalhista e seu impacto na Administração Pública com os limites constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro e interpretar criticamente as recentes alterações legislativas sobre a terceirização na Administração Pública e quais os limites constitucionais envolvidos.

MATERIAL E MÉTODO

Nesta pesquisa foi utilizado o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, com análise das recentes alterações legislativas sobre a terceirização com enfoque na Administração Pública.

A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e

infraconstitucionais, sendo que a pesquisa foi realizada no período de novembro de 2017 a junho de 2018.

RESULTADOS

AS NORMAS JURÍDICAS DE TERCEIRIZAÇÃO VOLTADAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As primeiras referências diretas na legislação brasileira sobre a terceirização, ainda que não com este nome, surgiram na década de 60, no segmento estatal das relações de trabalho, no âmbito das entidades estatais da União, através do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública e a Reforma Administrativa, mencionando no seu artigo 6º os princípios que devem nortear a Administração Pública, tendo entre eles no inciso III a descentralização.

Sendo assim, percebe-se com este dispositivo que a intenção era de induzir a administração estatal a isentar-se da realização de tarefas executivas, e tendo como alternativa a execução indireta, através de um contrato. Diante disso, surgiu a dúvida quanto à abrangência da terceirização autorizada pela Administração Pública, qual o grupo de tarefas, atividades e funções que seriam objeto de um contrato terceirizante. (DELGADO, 2016, p. 491)

Em atendimento à dúvida acima retratada, foi sancionada a Lei nº 5.645/70 que regulamentava a descentralização administrativa por meio de autorização da contratação de trabalhadores para a realização de serviços de apoio, as chamadas atividades-meio, como transporte, conservação, limpeza, entre outras no setor público.

O rol elencado por este diploma legal era exemplificativo, como se pode concluir, como também é indiscutível que as atividades relacionadas dizem respeito a atividades de apoio, instrumentais, conhecidas como atividades-meio. Desta forma, existe limitação à terceirização no âmbito das entidades estatais, que deve ocorrer exclusivamente nas atividades-meio, de apoio. Não existindo permissão legal, até então, para terceirização das atividades-fim. (DELGADO, 2016, p. 491)

Porém, cabe ressaltar, que o referido rol de atividades e suas exigências desapareceram quando, por meio da Lei nº 9.527/1997, o parágrafo único, do artigo 3º, da Lei 5.645/70, foi revogado. Observa-se que, com essa alteração ocorrida no âmbito estatal e de iniciativa do Estado, já vislumbrava momentos futuros de redução do Estado e privatização, que fazem parte da ideologia neoliberal. (CASTRO, 2014, p. 121)

Com a promulgação da Lei 8.987/95, em seu artigo 25, observa-se que o legislador autoriza a terceirização da atividade-fim em setores específicos, em que a terceirização do serviço ou atividade, não se foca na mão de obra específica do trabalhador, mas sim no resultado do trabalho (PEREIRA, 2016, p. 237-242). Conforme abaixo:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Entretanto, existem limites trazidos pela Constituição Federal de 1988 ao processo terceirizante, estes limites encontram-se no conjunto normativos de regras e princípios, entre eles o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), da valorização do trabalho e do emprego (artigo 1º, *c/c* com artigo 170 *caput* da Constituição Federal), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I da Constituição Federal), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III da Constituição Federal), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal). Sendo assim, é incompatível com a Constituição Federal de 1988 a existência de uma terceirização sem limites.

Estes limites devem ser observados pela Jurisprudência para atender ao comando normativo constitucional. (DELGADO, 2016, p. 498)

Anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 1º, da Lei de Licitações nº 8.666/93, trouxe a disposição sobre a contratação de obras e serviços, inclusive os contratos de prestação de serviços terceirizados e disciplina sua aplicabilidade à Administração Pública Direta e Indireta federal, estadual, distrital e municipal.

Foi na década de 90, que no Brasil, estabeleceu-se o procedimento de privatização através do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e logo após foi publicada a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, específica para os serviços de telecomunicações. Nas duas leis há dispositivo legal que garante a possibilidade de contratação de terceiros, pela concessionária, para o exercício das atividades inerentes. (CASTRO, 2014, p. 122)

Nesta mesma linha, outras hipóteses de terceirização surgiram, como a descrita na Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, que aborda as atividades relativas ao transporte de gás natural, e ampliou a terceirização, aquecendo o debate sobre a terceirização da atividade-fim e atividade-meio, que chegaram a decisões do Tribunal Superior do Trabalho. (CASTRO, 2014, p. 123)

Em 2017, foram aprovadas as leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, que provocaram alterações na Lei nº 6.019/1974 que, até então, tratava somente do trabalho temporário e com as mudanças agora passou a tratar também sobre a prestação de serviços a terceiros de uma forma mais ampla. Tais alterações legislativas provocaram uma grande modificação no que diz respeito à atividade que pode ser terceirizada, incluindo a possibilidade da terceirização da atividade principal da contratante, inclusive para Administração Pública, conforme já citado.

Observa-se que, anteriormente as recentes alterações legislativas sobre a terceirização, era lento o processo de regulamentação legal sobre esse tema, e existia a ideia de que nem todas as atividades poderiam ser terceirizadas, mas somente as atividades-meio das quais a tomadora de serviço necessitasse para prestação da atividade-fim, tendo em vista que a

finalidade é prestar os serviços com maior eficiência, focando a atenção para atividade principal.

Devido a vedação constitucional expressa de admissão de trabalhadores pelo Estado, sem a prévia aprovação em concurso público, disposta na Constituição Federal de 1988 (artigo 37, inciso II e parágrafo 2º), a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu inciso II previu que “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).”

Conforme citado, o inciso II dispõe que a contratação irregular de trabalhador por empresa interposta não gera vínculo com a administração pública, acolhendo assim a vedação constitucional. Desta forma, mesmo que o empregado preste serviços para administração pública através de empresa interposta e exerça uma atividade típica de cargo ou emprego público, não ocorrerá a existência de vínculo entre o trabalhador e a Administração Pública. (TOURINHO, 2011, p. 24)

Entretanto, as efetivas modificações foram introduzidas com os incisos III e IV, da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Sendo que, no inciso III é abordada a diferença entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços, autorizando a terceirização somente no primeiro caso, desde que inexista pessoalidade e subordinação de forma direta do trabalhador diante do tomador. (TOURINHO, 2011, p. 24)

A terceirização era admitida como exceção na Administração Pública, limitada a certas atividades no setor público não coincidentes com atribuições típicas de cargos ou empregos públicos. Conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

O que a Administração Pública pode fazer, licitamente, é celebrar contratos de empreitada, seja para a realização de obra pública (conforme definida no artigo 6º, I, da Lei nº 8.666), seja para prestação de serviço (tal como conceituado nos artigos 6º, II, e 13 da mesma lei). Nesses tipos de contrato, a empresa é que é contratada e o vínculo contratual se forma com ela e não com seus empregados. (DI PIETRO, 2016, p. 403)

Pode-se conceituar como atividades-fim as funções e tarefas empresariais e laborais ajustadas ao centro da dinâmica empresarial do

tomador de serviços, fazendo parte da essência dessa dinâmica com contribuições para definir seu posicionamento e classificação no âmbito empresarial e econômico. São identificadas como as atividades centrais e que definem a essência e dinâmica da empresa tomadora de serviços. (DI PIETRO, 2016, p.503)

Por conseguinte, tem-se como atividades-meio as funções e tarefas da empresariais e laborais que não estão ajustadas ao centro da dinâmica da empresa tomadora de serviços, nem fazem parte da essência dessa dinâmica ou influenciam o seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico amplo. Identificam-se por serem as atividades periféricas à atividade empresarial central da empresa tomadora de serviços. (DI PIETRO, 2016, p.503)

Acontece, porém, que na prática é difícil fazer a diferenciação entre a atividade-meio e a atividade-fim de uma empresa, tendo em vista que o exercício de uma determinada atividade econômica traz também outras atividades acessórias, que podem se confundir com a atividade principal, cabendo ao Judiciário identificar a ilicitude ou não nos casos de litígios.

É importante ressaltar que com a alteração da Lei nº 6.019/74, por meio da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/17, atualmente é permitida a terceirização da atividade-fim, não sendo mais considerada terceirização ilícita a partir do advento da nova lei, para as entidades privadas, contudo para os entes públicos existem limites que devem ser considerados.

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização abordada neste trabalho não se refere as situações de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. Situações estas que também se referem à execução indireta de serviços, tal como a terceirização, porém para atividades econômicas, de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, que possui um entendimento que difere da terceirização.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO considera possível a terceirização, no âmbito da Administração Pública, como contrato de prestação de serviços, que

na verdade, sempre foi realizada, sem a utilização do termo “terceirização”, e que a autora considera uma invasão, no direito administrativo moderno, de termos novos para designar nomes para termos já preexistentes, com a diferença que estes vem carregando uma nova ideologia. (DI PIETRO, 1999, p.168)

Assim, para a corrente doutrinária que defende a terceirização na Administração Pública, o problema da prestação do serviço público sem qualidade, poderia ser resolvido por meio da contratação de empresa prestadora de serviços, sem que isso seja a configuração de uma transferência de uma atividade habitualmente típica do Poder Público para uma empresa privada, que tem como seu objetivo o lucro. (CARNEIRO, 2016, p. 69-70)

Apesar da existência de vários entendimentos que buscam criar critérios para identificar os serviços que seriam naturalmente públicos, mas somente as normas jurídicas existentes podem direcionar para um entendimento a ser interpretado; e essas normas, no atualmente, demandam um debate político como pré-condição. (SANTOS, 2014, p.50).

Para ser válida a contratação de prestação de serviços pelo ente da Administração Pública deve atender ao princípio da eficiência administrativa. A Administração Pública deve estar atenta na definição das condições do contrato e otimizar meios, com eficiência, e resultados, para ter eficácia, devido os recursos orçamentários e financeiros a serem utilizados, sem desconsiderar a economicidade. Assim, a terceirização é imposta para sustentar a norma do princípio da eficiência, sob o enfoque da relação custo-benefício, no que tange à execução de serviços. (OLIVEIRA, 2014, p. 388)

O Decreto nº 2.271/1997, que está em vigor e que revogou o Decreto nº 2.031/1996 (artigo 11), dispõe sobre a possibilidade de contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providência e progride consideravelmente neste sentido: o *caput* do artigo 1º dispõe, sobre a esfera da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, a execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem

área de competência legal do órgão ou entidade, relacionando as atividades permitidas para terceirização. (ZWICKER, 2014, p.93-94)

Assim, no parágrafo 1º do mesmo artigo 1º foi elencado um rol meramente exemplificativo e não taxativo de atividades que “serão, de preferência, objeto de execução indireta, sendo elas: “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”.

Ademais, o parágrafo 2º, ainda do artigo 1º do Decreto nº 2.271/1997, é direto, por sua vez, quando dispõe sobre a vedação da terceirização na atividade-fim. Sendo assim, no caso da Administração Pública, cabe ressaltar que, se assim não o fosse, ocorreria uma inconstitucionalidade evidente, tendo em vista que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, inciso II, a regra de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito para investidura em cargo ou emprego público.

Desta forma, há um evidente obstáculo, desde a promulgação da Constituição Federal, em 5/10/1988, ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da Administração Pública, mesmo que caracterizada a ilicitude da terceirização. (DELGADO, 2016, p.508)

Esta limitação imposta pela Constituição, por consequência, apresenta-se como um obstáculo intransponível a uma possível intenção da Administração Pública da tentativa de substituição do servidor público por empregado terceirizado, mesmo sendo sob a alegação de escassez de mão-de-obra para realização das atividades típicas do ente estatal. Ademais, qualquer ação nessa linha é considerado um ato nulo de pleno direito, decorrente da caracterização de contratação irregular de mão-de-obra. (CARNEIRO, 2016, p. 70)

Sendo assim, não é permitida a contratação de terceirizados para o exercício de atividades-fim na Administração Pública, sob pena de violar a exigência de realização de concursos públicos, dando oportunidade para ocorrências de nepotismo e os chamados “apadrinhamentos” políticos, uma vez que a seleção de contratação de empregados pela empresa terceirizada

não passa por controle administrativo. Portanto, a terceirização deve ser aplicada pela Administração Pública em caráter excepcional, restringindo-se para o exercício de atividades-meio, objetivando uma maior eficiência e economicidade, devendo o administrador estar atento para que aja dentro dos limites da moralidade administrativa, sob pena de ser caracterizada ilícita a contratação. (BRAGA, 2017, p. 123)

O art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, alterado pela Lei nº 13.467/2017, traz o entendimento que a prestação de serviços a terceiros implica a transferência da empresa contratante da execução de quaisquer de suas atividades para a empresa contratada, até mesmo de sua atividade principal. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 23)

No que se refere à Administração Pública, a contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados representa diversos proveitos. Dentre os quais, se sobressai o não endurecimento das finanças e do orçamento do respectivo ente estatal. Na oportunidade em que a Administração Pública tivesse que realizar concurso público para a admissão, em seu quadro funcional de atividades de limpeza e conservação, vigilância, entre outros, a garantia constitucional da estabilidade provocaria a sobrecarga do quadro de pessoal, o que poderia provocar o desrespeito dos limites com as despesas de pessoal regulamentados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, como exemplo. Com esse ponto de vista, a contratação, realizada por licitação, de empresa de intermediação da prestação de tais serviços desponta como sendo uma boa solução para o controle das finanças públicas. (PAMPLONA FILHO, 2017, p. 23)

LIMITES CONSTITUCIONAIS IMPOSTOS À TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a expansão da máquina do estatal devido ao Estado Social de Direito, a Administração Pública passou a buscar instrumentos do direito privado para dirigir os negócios públicos, como exemplo disso temos as empresas públicas e sociedades de economia mista. Outro exemplo é a contratação de servidores regidos pelas leis trabalhistas pelo Estado, como também aqueles admitidos pelo regime estatutário. (RAMOS, 2001, p.121-122)

Cabe ressaltar, que como já visto, o marco legal inicial, da Terceirização no Brasil, é o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe que a execução das atividades da Administração Federal deve ser descentralizada.

O que torna complexo o estudo do instituto da terceirização na Administração Pública resume-se na necessidade de obediência aos princípios regentes do Direito Administrativo e ao respeito as regras estabelecidas pelo procedimento licitatório estabelecido pela Lei nº. 8.666/1993 que dispõe sobre as normas para realização das licitações e para os contratos firmados pela Administração Pública (CARNEIRO, 2016, p. 67), concomitantemente regulamenta o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, cujo enunciado é 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:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei nº 8.666/1993 que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, não apresenta nenhuma restrição à terceirização, conforme seu artigo 3º, com redação da Lei nº 12.349/2010 que dispõe:

(...) A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Diferentemente do que acontece na iniciativa privada, a contratação de maneira irregular de um trabalhador, através de um contrato firmado com uma empresa interposta, não gera vínculo de emprego diretamente com a

Administração Pública. Isso decorre da exigência constitucional de realização de concurso público para a contratação de trabalhador pela Administração Pública direta e indireta, conforme dispõe o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que, com o objetivo de estabelecer normas para a contratação de servidor público. (CARNEIRO, 2016, p.67)

A proibição existente na constituição foi contemplada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no inciso II, que fala sobre a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gerando vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional. Mas, ainda não foi pacificado na jurisprudência, pela falta de respostas a indagações sobre os efeitos da terceirização ilícita praticada pelas entidades da administração pública. (DELGADO, 2016, p. 508)

Conforme Rita TOURINHO, o Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se em relação a questão editando a Súmula nº 363, a qual dispõe que após a Constituição Federal de 1988, a contratação de servidor público sem prévia aprovação em concurso não é possível, de acordo o artigo 37, inciso II e parágrafo 2º, somente conferindo direito ao pagamento do que foi contratado em relação às horas trabalhadas. (TOURINHO, 2011, p. 37)

Recentemente, a Lei nº 13.429/17 alterou a Lei nº 6.019/74, que era conhecida como a “Lei do Trabalho Temporário”. Porém, esta alteração não limitou-se somente a regulamentar o trabalho temporário, com a inclusão de 11 (onze) dispositivos, entre artigos e parágrafos, que versam sobre a prestação de serviços a terceiros, complementando, desta forma, a lacuna que estava em branco no ordenamento brasileiro. Deste modo, a referida lei passou a conter definições e regras não somente do trabalho temporário, como, também, para a prestação de serviços a terceiros, devendo ser rebatizada como o nome de “Lei do Trabalho Temporário e da Prestação de Serviços a Terceiros”. (PÉRCIO, 2107, p.35)

Para Antonio João CAPUZZI e Joice de Souza BEZERRA, a aprovação da Lei nº 13.429/17 trouxe o completo desvirtuamento do instituto da terceirização, uma vez que possibilita que seja terceirizado qualquer trabalho,

independentemente da atividade exercida pela empresa contratante ou tomadora de serviços. (CAPUZZI, 2017, p. 12)

Segundo Gabriela PÉRCIO, ainda tramitam no Senado outros Projetos de Lei que se referem ao tema terceirização de serviços e que, se aprovados e sancionados, complementarão ou revogarão alguns ou todos os novos dispositivos. Mas até as novas alterações, as disposições contidas na Lei 13.429/17 tem total aplicabilidade, regulando materialmente a relação existente entre a empresa prestadora de serviços a terceiros e a pessoa jurídica contratante e beneficiada pelos serviços, como também a relação entre esta e os trabalhadores contratados para exercer a mão de obra (PÉRCIO, 2017, p.35). Um desses projetos de lei foi aprovado juntamente com a reforma trabalhista, sancionada como a Lei nº 13.467/17, que alterou novamente alguns dispositivos da Lei nº 6.019/74.

Cabe ressaltar, que a Lei nº 13.429/17 não implementou reflexos nas contratações por tempo determinado realizadas pela Administração Pública, dispostas no artigo 37, inciso IX da Constituição Federal, que possui regulamentação específica para o âmbito federal pela Lei nº 8.745/93. (PÉRCIO, 2017, p.35)

Em relação as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17 os aspectos que afetam a Administração Pública no que se refere aos serviços terceirizados são os seguintes: a extensão das novas regras sobre a prestação de serviços para os entes da Administração Pública e a responsabilização pelo pagamento das contribuições previdenciárias nos casos que as empresas terceirizadas contratadas possuam trabalhadores temporários. (PÉRCIO, 2017, p. 35)

Quanto à extensão das novas regras sobre a prestação de serviços por meio de terceirização, consta da ementa que descreve a Lei nº 13.429/17: “Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.” (Sem grifos no original.) No texto, não existe exceção para a amplitude para aplicação das normas, que atingem tais relações sem a distinção se a pessoa jurídica contratante trata-se de pessoa jurídica de direito

privado ou público. Os dispositivos da referida lei também não apresentam qualquer exceção, mesmo que implícita. (PÉRCIO, 2017, p.40)

Para Bárbara Natália Lages LOBO e Regiane Pereira da SILVA, as recentes alterações legislativas sobre a terceirização somente são aceitas por aqueles que desconhecem a realidade administrativa brasileira, no âmbito da terceirização da Administração Pública, pois as empresas contratadas rescindem os contratos de trabalho ao término do contrato administrativo e os mesmos trabalhadores são recontratados pela nova prestadora contratada, e assim, sucessivamente, permanecendo os trabalhadores prestando serviços durante vários anos ao mesmo ente estatal, mas registrados como empregados de empresas distintas, sem beneficiar-se do tempo e da prestação de serviço dedicados à Administração Pública, nem aos benefícios inerentes aos empregados ou servidores públicos. (LOBO, 2017, p. 467)

Gabriela PÉRCIO tem o seguinte entendimento:

De qualquer modo, do ponto de vista material, as regras atualmente vigentes são, de fato, as mesmas já aplicadas na Administração Pública por força da Súmula 331 do TST, em especial no que tange: a) à inexistência de vínculo empregatício entre os empregados da prestadora de serviços e a contratante, Administração; b) à responsabilidade subsidiária desta sobre o pagamento de verbas trabalhistas e c) à retenção previdenciária sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, nos termos do artigo 31 da Lei 8.212/91.

É importante observar, também, que não há conflito entre as novas disposições e o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93, bem como entre o entendimento do STF, referente à responsabilidade subsidiária da Administração Pública se presente a culpa na fiscalização do contrato. (...). (PÉRCIO, 2017, p. 40)

Como visto, não ocorreram alterações substanciais no que se refere à terceirização realizada pelos entes da Administração Pública com exceção ao fato, da aplicação da Lei nº 13.429/17, por força das contratações que celebradas com empresas prestadoras de serviços a terceiros, sendo que a subsidiariedade da responsabilidade trabalhista e a ausência de vínculo empregatício são oriundas de expressa previsão legal. (PÉRCIO, 2017, p. 40)

Assim, as recentes alterações legislativas não provocaram grandes mudanças no regime jurídico da terceirização realizada pela Administração Pública. Mantendo-se a impossibilidade de reconhecimento de vínculo e a

responsabilidade subsidiária, no caso de comprovação de culpa, quando ocorrer inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa contratada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada descreveu as normas jurídicas que norteiam o instituto da terceirização de serviços pela Administração Pública, especialmente as restrições constitucionais existentes.

Também foi abordada a terceirização na Administração Pública e a existência das limitações trazidas pelo regime administrativo e ao final foram descritos os limites constitucionais no que se referem aos limites da terceirização da atividade fim pelos entes administrativos.

Desta forma, em que pese a alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.427/17, que autoriza a terceirização da atividade fim, é possível observar que esta possibilidade possui restrições no que diz respeito à administração pública, pois as contratações por tempo determinado realizadas pela Administração Pública, dispostas no artigo 37, inciso IX da Constituição Federal, que possuem regulamentação específica para o âmbito federal pela Lei nº 8.745/93.

Referências

BRAGA, Cristina Alves da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da terceirização no âmbito da Administração Pública. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 115-135, jan./mar. 2017.

CAPUZZI, Antonio João; BEZERRA, Joice de Souza. Terceirização - Breves Comentários sobre a Reforma - A Era da Instabilidade. Bauru, SP: Spessotto, 2017.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A Terceirização na Administração Pública: Vantagens, Desvantagens e Ameaças ao Regime Jurídico das Relações do Trabalho. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61-80, jul./dez. 2016.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. Terceirização: uma expressão do direito flexível do trabalho na sociedade contemporânea. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed., São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FURIATTI, Luiza de Araujo; NASCIMENTO NETO, José Osório do. O princípio da precaução no STF: uma análise crítica do Recurso Extraordinário 627.189. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 16, n. 23, jan./jun. 2018. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=251682>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

LOBO, Bárbara Natália Lages; SILVA, Regiane Pereira da. "Reforma trabalhista" e terceirização na Administração Pública: reflexões críticas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região, Belo Horizonte, v. 63, ed. especial, p. 457-469, nov. 2017.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Políticas públicas e regulação socioambiental. Governança, estratégias e escolhas públicas. Curitiba: Íthala, 2017.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia, v. 40, p. 112-132, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização na Administração Pública: possibilidades e limites. BDA: boletim de direito administrativo, São Paulo, v. 30, n. 4, p. 381-412, abr. 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PAULA, Eduardo Loula Novais de. A Administração Pública e a Possibilidade do Pagamento Direto aos Trabalhadores pelo Inadimplemento de Obrigações Trabalhistas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 978/2017, p. 21-36, abr.2017.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Terceirização na Administração Pública e o critério da atividade-fim e atividade-meio: breves provocações. Interesse Público-IP, Belo Horizonte, a. 18, n. 97, p.237-242, maio/jun. 2016.

PÉRCIO, Gabriela. Reflexos da Lei 13429/17 (terceirizações) para a Administração Pública. O Pregoeiro, Curitiba - Paraná, v. 13, n. 152, p. 35-42, jul. 2017.

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

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. Terceirização de serviços pela Administração Pública: estudo da responsabilidade subsidiária – Série IDP. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. Interesse Público. – IP, Belo Horizonte, a. 13, n. 66, p. 21-41, mar./abr. 2011.

ZWICKER, Igor de Oliveira. A responsabilização objetiva da Administração Pública nos contratos de terceirização frente a Convenção nº 94 da OIT. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Curitiba, v. 4, n. 35, p. 91-112, nov. 2014.