

Ano IV Nº 1
2012

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



REPERCUSSÃO JURÍDICA DA EXECUÇÃO INDIRETA DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Francisco Antônio Távora Colares*

RESUMO

Utilizando-se do método da pesquisa bibliográfica e documental tem o vertente trabalho o objetivo de por em evidência os problemas concernentes à execução indireta de serviços públicos sob a ótica da legislação constitucional e infraconstitucional. Faz breve relato acerca das limitações à terceirização no setor público, com destaque para a obrigatoriedade do concurso público para o preenchimento de cargos na Administração Pública. Constata a existência de desvios em tal prática quando utilizada em substituição a servidores públicos de carreira, malferindo a impessoalidade e a moralidade no tratado da coisa pública. Discorre acerca da repercussão da terceirização nos limites de gasto com pessoal fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Limitações. Servidores efetivos. Concurso Público.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A execução de serviço através de empresa interposta tem sido largamente utilizada no Brasil sob o argumento da vantagem da especialidade das atividades, da diminuição de custos com pessoal e do incremento da produtividade com uma maior atenção aos fins da empresa tomadora.

Tais argumentos, próprios da iniciativa privada, tem sustentado o discurso que pretende justificar o fenômeno da terceirização de serviços afetos a atividade administrativa do estado, sobretudo após as reformas neoliberais desencadeadas na década de 80 e que contrastam com o estado social inaugurado pela Constituição

* Acadêmico de Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Servidor do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: tonytavora@hotmail.com

Federal de 1988. Com efeito, a pseudo busca de economicidade e de construção de um estado menos burocrático e mais eficiente tem ensejado a transferência, para empresas particulares, de atividades não privativas dos agentes estatais e por vezes até as que são privativas, numa clara e incontestada inversão de valores republicanos.

Ocorre que uma prática própria da iniciativa privada – reprovável em muitos aspectos, como o é a terceirização - não pode ser pura e simplesmente transferida para o seio das práticas administrativas em razão das limitações constitucionais e infraconstitucionais que são próprias da ação estatal.

2 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São muitos os argumentos contrários à terceirização no âmbito privado, a exemplo da crítica que se tem de fazer à precarização das relações de trabalho ocasionada pelos prejuízos que tal prática faz experimentar os empregados no que tange a salários, promoções e estabilidade em empresas de solubilidade por vezes duvidosa, motivo pelo qual a Justiça do Trabalho, na salvaguarda dos direitos sociais dos trabalhadores, tem desconsiderado em algumas situações excepcionais o vínculo empregatício com a empresa interposta e reconhecido a existência relação laboral diretamente com a empresa tomadora de serviço, como se verifica do verbete sumular nº. 331 daquele Pretório, o qual transcrevemos *in verbis*:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

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

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

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, Súmula nº331, 2003, grifo nosso)

Sob o prisma da legalidade a terceirização, que no âmbito privado já sofre necessárias limitações, não pode malferir, quando transplantada para o seio da Administração Pública, normas de envergadura constitucional. Com efeito, a Carta Política vigente traz, em *numerus clausus*, as formas de ascensão aos cargos públicos o que afasta de pronto a possibilidade de que a terceirização, mesmo que ilegal, venha fazer surgir vínculo direto entre empregado terceirizado e Administração Pública.

Não se pode olvidar, todavia, que a primeira impressão que se tem em uma leitura perfunctória da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é de que a mesma malferir a norma insculpida no art. 37, incisos II, V e IX da Constituição Federal, que institui a obrigatoriedade do concurso público, ressalvada a nomeação em cargos de provimento em comissão e a contratação para atender necessidade temporária de essencial interesse público. Com efeito, os agentes terceirizados – por não serem ocupantes de cargo efetivo ou em comissão - não são agentes públicos nem em sentido lato, tampouco em sentido restrito, posto que o vínculo laboral que possuem é com uma empresa particular que presta serviços para a Administração Pública; não são particulares em colaboração com a Administração ou, sequer, agentes públicos de fato, vez que não existe qualquer espécie de investidura pública regular, nem mesmo irregular com aparência de regularidade.

Ocorre que a irreprochável interpretação constitucional que fez o TST, quando da edição da sobredita súmula, leva em consideração o que consta do art. 37, inciso XXI da Magna Carta, de modo que resta autorizado à Administração contratar serviços junto aos particulares, precedida de respectivo certame licitatório e consequente contratato administrativo regido pela Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Há de se registrar que a autorização constitucional no que tange a terceirização se limita a contratação de serviços por empreitada, não albergando a contratação de mão de obra para a prestação de serviços através de empresa interposta, pois, do contrário, violado restaria o disposto no art. art. 37, incisos II, V e IX da Carta Cidadã. Nesse sentido é que preleciona Di Pietro:

Já no âmbito da Administração Pública também é plenamente **aceitável a terceirização como contrato de obra, como contrato de serviço**, até porque tem fundamento na própria Constituição e está disciplinada na Lei nº 8.666, mas temos convivido com uma realidade que é o uso da terceirização como forma ilícita, e com duas modalidades de formas ilícitas; uma que venho falando há muito tempo, que é essa terceirização que tem por objeto o fornecimento de mão-de-obra: **a administração pública contrata uma empresa e essa empresa que vai fornecer pessoal para a administração pública contratada sem realização de concurso público; esse pessoal vai trabalhar dentro da administração pública inteiramente à margem da Constituição**, formando um quadro paralelo. (DI PIETRO,1996, p. 102, grifo nosso)

Assim sendo, a autorização constitucional não extrapola a contratação global dos serviços de vigilância, conservação, limpeza e outros correspondentes a especialidades não próprias do Estado e não abrangidas pelos planos de cargos dos servidores efetivos, sendo interdito a contratação, mesmo que precedida de licitação, de mão de obra para a realização de tais serviços em razão da obrigatoriedade do concurso público.

É forçoso, pois, o reconhecimento da irregularidade de licitações cujo objeto não seja a contratação global de serviços e sim a de empresas para o fornecimento de mão de obra e cujos atos convocatórios chegam ao limite de até a quantificar os profissionais a ser contratados, estipular salários, determinar jornada de trabalho, etc. ,constituindo uma burla ao comando constitucional contido no art. 37, inciso II, da Carta Política.

Configurado tal cenário, resta ao administrador público ser responsabilizado pela prática, em tese, de ato caracterizador de improbidade administrativa, conforme pontificam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves em festejada obra em que discorrem sobre o tema, da qual transcrevemos os excertos que se aplicam ao caso:

No que se relaciona ao objeto desta exposição, a terceirização pode assumir a forma de empreitada de serviço ou fornecimento de mão-de-obra

por interposta pessoa. **A terceirização sob a forma de empreitada de serviço é expressamente admitida pela Constituição, enquanto que o fornecimento de mão-de-obra é um engenhoso artifício para se contornar a exigência de prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo ou emprego público, o que retira sua licitude.**

[...]

A terceirização sob a forma de fornecimento de serviço, como resulta dos claros termos do Enunciado nº331, do TST, somente é admitida em se tratando de atividade-meio da administração (v.g.: limpeza, vigilância, etc.). A licitude da contratação do serviço, por meio de empresa particular, ainda estará condicionada à inexistência de categoria funcional própria, no âmbito do respectivo ente, que seja incumbida de função idêntica àquela objeto da contratação. Não fosse assim, seriam desrespeitados os princípios constitucionais da igualdade e suas variantes específicas: do livre acesso aos cargos públicos e do concurso público.

[...] Como desdobramento do que foi dito, é possível afirmar que a contratação de contrato de fornecimento de serviço, em estando correlacionados à atividade-fim da administração ou, ainda que sejam pertinentes à atividade-meio, mas que digam respeito a funções já contemplados no plano de cargos do órgão ou entidade, não estará em harmonia com a constituição. Apesar disto, em sendo celebrados, o numerário com eles dispêndios integrará o montante das despesas com pessoal, pois efetivamente, pois efetivamente impostaram em 'substituição de servidores e empregados públicos. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 388/389, grifo nosso)

Em igual caminho tem percorrido a jurisprudência pátria, a exemplo daquela do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em arresto que transcrevemos em excertos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

2. A Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, explicitou o cânone inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tendo por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) causem prejuízo ao erário público (artigo 10); e c) atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

[...]

4. O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

[...]

9. Nada obstante, e apenas obiter dictum, o fato de a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, ter se dado mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra (terceirização de serviços) e não de contratação originária, consoante afirmado no voto proferido na sessão realizada em 06.11.2007, não enseja a alteração do entendimento externado naquela assentada, máxime porque "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrados no acórdão, não podem servir de justificativa para eximir o agente público e isentá-lo das sanções previstas em lei. Mal aplicados, os princípios podem significar a impunidade e frustrar os fins da lei" (REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006).[...]. (STJ, 2009)

Outra limitação que o ordenamento jurídico traz em relação ao tema da terceirização diz respeito à natureza das atividades transferidas para a iniciativa privada. Com efeito, não poderá ser objeto de execução indireta àquelas atividades que mantenham relação com as finalidades estatais na prestação de serviços de relevância pública tais como saúde, educação, segurança, poder de polícia ou qualquer outra que na qual haja manifestação do Estado perante os particulares ou que implique interferência sobre a esfera de direitos subjetivos.

A razão da limitação quanto a natureza das atividades não tem como finalidade exclusiva, como ocorre no âmbito privado, a salvaguarda de direitos trabalhistas, visto que tem o escopo de velar pela observância de comandos constitucionais aplicáveis, bem como a legalidade dos atos praticados. A esse respeito não se pode olvidar que empregado terceirizado não mantém com a Administração Pública qualquer espécie de vínculo - o empregador nessa espécie de relação trabalhista, como dito alhures, é a empresa contrata para prestação de serviços -, o que lhe retira a competência para a prática de atos administrativos, cujos elementos constitutivos obrigatórios são a **competência**, finalidade e forma e que, conceitualmente, vão desde a edição de um decreto regulamentador até a expedição de uma certidão por qualquer servidor público, mesmo àqueles de menor posição hierárquica. A respeito da assertiva, vide lição de Adilson Abreu Dallari que transcrevemos *in verbis*:

Obviamente não está excluída ou proibida pelo texto constitucional a locação de serviços, a contratação de um serviço específico e determinado a ser executado, num determinado lapso de tempo, por pessoa física ou jurídica. Nesses casos, porém, não haverá contratação de pessoal, dado que tais contratados não são servidores e não se enquadram em qualquer regime jurídico de pessoal. (DALLARI, 1992, p. 125)

Assim posto, não resta conclusão outra senão a de que à terceirização no âmbito da Administração Pública somente restam atividades periféricas da ação administrativa estatal, seja porque assim exige a Constituição Federal, seja porque os atos praticados por particulares – como o são os agentes terceirizados – não possuem presunção *juris tantum* de verdade e validade, não podendo gerar efeitos no mundo das relações jurídicas. Com efeito, atividades elencadas no rol de atribuições de um dado cargo público, criado por lei, não pode lícitamente ser desenvolvida por particulares mediante terceirização.

3 A QUESTÃO DA IMPESSOALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

Uma das principais características do sistema republicano é a absoluta separação entre os interesses e o patrimônio dos administradores daquilo que constitui a *res pública* e os interesses coletivos, na contramão dos sistemas monárquicos onde impera a confusão entre o que pertence ao rei e o que é do povo.

Assim, foi no propósito de salvaguardar os interesses coletivos que a impessoalidade foi erigida a princípio constitucional, como se verifica do art. 37 *caput*, da Constituição Federal, desdobrando-se em várias normas constitucionais e infraconstitucionais garantistas da absoluta separação entre o público e o privado na Administração Pública, sendo a obrigatoriedade do concurso público e da licitação exemplo de tais normas.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo (2008, p.114) a impessoalidade “[...] traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas”.

Em sede de terceirização o tema da pessoalidade poderá ter implicações distintas ao paço que, por um lado, se mostra essencial à caracterização do vínculo

empregatício (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) diretamente com o tomador de serviço (Súmula 331 do TST), bem como implicar em inconteste afronta ao princípio constitucional em testilha (da impessoalidade). Com efeito, não raras vezes a terceirização tem servido para dar abrigo a interesses particulares no favorecimento pessoal de parentes e amigos dos administradores, prática que merece ser objeto de severo reproche.

É preciso registrar que há tempos Jorge Ulisses Jacoby Fernandes alerta para a violação da impessoalidade em sede de terceirização, em termos que transcrevemos *in verbis*:

[...] Por fim, iniciativas de alguns dirigentes em indicar para a contratada quem deve contratar estão estabelecendo uma relação inusitada que compromete toda a imagem de probidade do serviço público, criando hierarquias paralelas por vínculos não funcionais e promíscuos. (FERNANDES, 2001, p. 54)

Parece deveras lógico que empresas participantes de certames licitatórios visando contratar a prestação de serviços junto à Administração Pública tenham plenas condições de arregimentar a mão de obra que se fizer necessária a tal intento, não carecendo de qualquer espécie de auxílio/ingerência dos administradores públicos nessa empreitada. Ao contrário do que se espera num regime republicano, o que se vê, não raras vezes, são gestores públicos participando ativamente na seleção de funcionários terceirizados que se perpetuam nos órgãos tomadores de serviço independentemente da empresa prestadora; ou seja, vão as empresas terceirizadas quando findar os respectivos contratos e ficam os empregados que novamente são contratados pela empresa sucessora no contrato com o ente público.

O cenário que se mostra deixa incontestemente que a terceirização tem possibilitado a mitigação do princípio de mérito – intimamente ligado à obrigatoriedade do concurso público - na ocupação dos cargos públicos, privilegiando assim as relações de compadrio em nada afetas aos primados republicanos da impessoalidade, da probidade e da supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

4 A QUESTÃO DA SUBORDINAÇÃO DIRETA DA EXECUÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A subordinação direta constitui elemento essencial à caracterização do vínculo empregatício, consoante se verifica dos artigos 2º, *caput*, e 3º, *caput*, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com efeito, a ausência de subordinação direta resulta numa outra espécie de relação contratual de natureza não empregatícia, a do trabalhador autônomo.

Não obstante haja vedação expressa acerca da subordinação direta entre o tomador e os funcionários da empresa interposta (súmula 331 do TST), verifica-se, por vezes, que na realidade é a própria empresa tomadora que dirige diretamente a atividade dos agentes terceirizados, o que faz do instituto da terceirização um engenhoso mecanismo para burlar direitos trabalhistas e, no caso da administração pública, a obrigatoriedade do concurso público.

A irregularidade se verifica porque, conceitualmente, não há qualquer espécie de subordinação ou dependência direta entre o agente terceirizado e o tomador seja ela econômica, porque o risco da atividade econômica é da empresa interposta e não do tomador, ou jurídica, visto que o contrato de trabalho é celebrado entre pessoa física e a empresa interposta. Assim, também não pode haver dependência hierárquica, posto que inexistente a subordinação jurídica e econômica, motivo pelo qual é interdito aos agentes da tomadora dar ordens, controlar frequência, conceder folgas, abonar faltas, decidir sobre licenças e férias ou mesmo punir funcionário terceirizado.

Quanto transferido para o setor público o problema da subordinação direta na terceirização deságua na violação do princípio da impessoalidade, ao passo que, como dito alhures, constitui engenhoso artifício para burlar a obrigatoriedade do concurso público para provimento de cargos na Administração Pública.

Para que haja regularidade na terceirização no âmbito da Administração Pública, além de ser observada a natureza da atividade a ser transferida para o setor público, bem como a questão da pessoalidade, também deve ser evitada a subordinação direta através da designação de supervisores, por parte da empresa

interposta, para atuar nos locais onde há a prestação do serviço contratado, de modo que seja ele a dirigir os serviços realizados pelos funcionários terceirizados sem qualquer espécie de ingerência do tomador.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL E TRABALHISTA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entre os grandes problemas que circundam a terceirização um deles diz respeito a responsabilidade subsidiária do tomador quando ao inadimplemento das relações trabalhistas. Com efeito, é comum verificar que empresas cujo objeto único é a intermediação de mão de obra não possuem, em caso de falência, bens suficientes a satisfação dos créditos de natureza trabalhista.

Da leitura do enunciado da Súmula 331 se extrai a conclusão de que a irregularidade na terceirização tem como consequência direta a desconsideração da relação jurídica entre o trabalhador e a empresa interposta, bem como o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador, inclusive no que tange a satisfação de obrigações trabalhistas não adimplidas. Com efeito, se a terceirização constitui engenhoso mecanismo de flexibilização das relações trabalhistas, favorecendo os interesses financeiros das empresas tomadoras, nada mais justo que sejam elas imputadas no ônus por sua atuação fraudulenta.

Para que houvesse a responsabilização do tomador imprescindível que haja irregularidade na terceirização, o inadimplemento de obrigações trabalhistas, bem como a participação processual do tomador. Satisfeitos tais requisitos, constituída está uma espécie de responsabilidade subsidiária do tomador em favor do empregado terceirizado, aplicável ao setor privado e aos órgãos da Administração Pública, com algumas particularidades.

. Com efeito, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº. 16, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), foi mitigada a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, tendo em vista a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº. 8.666/93, de modo

que além dos requisitos já elencados, deve haver *culpa in vigilando* da Administração quanto ao cumprimento das relações trabalhistas.

Assim, o verbete 331 do TST foi alterado em sua redação originária para fazer previsão do novo requisito à responsabilização da Administração Pública, criando duas espécies de regulamentos aplicáveis, uma quando o contrato de terceirização for realizado entre os particulares, outro quando o tomador for integrante do setor público.

A decisão da Suprema Corte incidiu em incontestável equívoco quando, num mesmo passo, flexibilizou direitos fundamentais dos trabalhadores tutelados no art. 8º da Magna Carta, bem como aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, eficiência e obrigatoriedade do concurso público, todos também previstos no texto constitucional, como bem frisou o eminente Ministro Carlos Ayres Britto em seu voto divergente no citado julgamento:

[...] A constituição esgotou, exauriu todas formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, mas ao tomador do serviço que é Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa. (STF, 2010)

É preciso lembrar que, consoante prevê o Verboete 133, somente na hipótese da terceirização irregular (atividade fim do tomador, ocorrência de personalidade e subordinação direta, etc.) é que há a incidência de responsabilidade subsidiária do tomador, não existindo razão para que a Administração Pública seja isenta do ônus de sua ação irregular de modo a fazer dela beneficiária de sua própria torpeza. Deve ser a mesma responsabilizada pelos encargos trabalhistas, ressalvada a ação regressiva contra o agente público que deu causa a irregularidade, tendo em vista o que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa.

Na mesma esteira é preciso assentar que a responsabilidade civil da Administração Pública por ilícitos praticados por agentes terceirizados não se dá de

forma direta como nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF) por duas simples razões: primeiro, os trabalhadores terceirizados são privados e a CF trata da responsabilidade “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”; segundo porque somente há hipótese de terceirização irregular é que haverá responsabilidade.

Portanto, há de se concluir que a responsabilidade civil do Estado em termos de terceirização somente se dá de forma subsidiária e quando verificada a atuação Administração Pública em recrutar mão de obra de forma irregular, sobretudo porque os riscos da atividade econômica pertencem à empresa interposta, consoante art. 2º, *caput*, da CLT, afastando-se a responsabilidade direta de que trata o art. art. 37, § 6º, da (CF).

Assim, havendo terceirização de serviço por contratado de empreitada (a única forma de terceirização admitida pela CF) e não havendo qualquer espécie de vício na licitação, não há de se falar em responsabilidade da Administração Pública sequer de forma subsidiária.

Por outro prisma, quando houver atuação irregular da Administração Pública, que efetivamente atua através de seus agentes, e, conseqüente, responsabilização estatal, incontestemente que se mostra cabível a competente ação regressiva contra o agente público que deu causa a irregularidade, tendo em vista o que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa.

6 DA FORMALIZAÇÃO DOS GASTOS DE TERCEIRIZADOS SUBSTITUTOS DE FUNCIONÁRIOS E SERVIDORES PÚBLICOS

A Lei Complementar nº101, de 04 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), determina em seu art. 18, §1º, que os gastos com agentes terceirizados serão contabilizados, para fins de verificação dos limites estabelecidos no art. 20 do mesmo edito legal, como sendo “outras despesas de pessoal”, *in verbis*..

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal [...]" (BRASIL, Lei Complementar nº101, de 04 de maio de 2000)

Inconteste que o dispositivo transcrito carrega a pecha da inconstitucionalidade material ao admitir a substituição de servidores e funcionários públicos por trabalhadores privados de empresa interposta numa clara afronta ao comando inserto no art. 37, inciso II, da Magna Carta. Com efeito, como dito alhures, a Constituição Federal estabeleceu em rol exauriente as formas de acesso aos cargos e empregos públicos, sendo certo que a terceirização não constitui uma delas.

Também merece registro o fato de que tal dispositivo, no que pese a pecha que carrega, encontra-se plenamente vigente em razão de denegação de medida cautelar nos autos de ação direta de inconstitucionalidade nº. 2238, em trâmite no Pretório Excelso, que efetivamente não enfrentou, até o momento, a questão da inobservância da obrigatoriedade do concurso público, como se verifica do acórdão a seguir transcrito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 101, DE 04 DE MAIO DE 2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL). MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.980-22/2000. Lei Complementar nº 101/2000. Não-conhecimento. [...] XIV - Art. 18, § 1º: a norma visa a evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de ladear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso. [...] (STF, 2007, online)

É preciso assentar, porém, que o dispositivo tem o mérito de estabelecer um limite à terceirização na Administração Pública, o que, mesmo após a edição da LRF, vem ocorrendo de forma descontrolada e com inconteste afronta ao que determina o art. 169, *caput*, da CF e o art. 20 da própria LRF. Com efeito, os gastos com terceirizados substitutos de servidores e funcionários públicos, via de regra,

estão sendo contabilizados como sendo “locação de mão de obra” invés de “outras despesas de pessoal”.

Deste modo, é interdito à Administração Pública contabilizar como despesa de custeio os gastos com terceirizados substitutos de servidores ou empregados públicos. Vale salientar que tal dispositivo não se aplica aos contratos de empreitada de serviço, considerando que os mesmos não implicam a contratação de mão de obra para servir as necessidades de pessoal do tomador (é imperioso se fazer distinção entre necessidade do serviço do que seja necessidade de pessoal para realizar o serviço), sendo aplicável, na espécie, o art. 72 da LRF, enquanto o mesmo esteve em vigor, conforme tem decidido o Tribunal de Contas da União (TCU):

Consulta. Interpretação do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Conhecimento. Atendimento. A limitação imposta pelo art. 72 abrange a totalidade das despesas com serviços de terceiros, deduzidos apenas os gastos com pessoal, caracterizados como de substituição de servidores e empregados públicos, referentes ao art. 18, § 1º, da LRF. As novas contas criadas pela Secretaria do Tesouro Nacional em 2001, no Plano de Contas da Administração Pública Federal (33390.04.12, 33390.35.04, 33390.36.29, 33390.37.07, 33390.39.13), têm como única finalidade discriminar as despesas com contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos, para permitir incluí-las no total gasto com pessoal. Comunicação à autoridade consulente. Arquivamento (TCU, 2001, online)

Para que os gastos com empregados terceirizados não comprometem os limites com pessoal estabelecido no art. 20 da LRF é importante que sejam atendidos os seguintes requisitos de forma cumulativa: 1º. Contratação de serviço por empreitada com clara definição desse objeto; 2º. Contratato sem finalidade de arregimentar mão de obra, cujo teor da indique a quantidade de trabalhadores a ser contratado, função, valor da remuneração, jornada de trabalho, etc. 3º. Ausência de personalidade e subordinação direta; 4º. Serviços não próprio dos cargos do quadro de pessoal da Administração Pública.

Nesse sentido, vide lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Na mesma linha de entendimento o Tribunal de Contas do Paraná concluiu que não serão consideradas como despesa de pessoal as de terceirização que tenham a ver com:

- Serviços expressamente apontados pela lei de licitações, com clara especificação do objeto da contratação (art. 6º, ii, da Lei nº. 8.666);
- Contratos em que não se especifique a quantidade e;/ou especificação dos funcionários, salvo se necessário à caracterização do

objeto, bem como que não esteja caracterizada qualquer subordinação, vinculação ou pessoalidade entre a administração e os funcionários da contratada;

- Que não estejam formalmente previstos os cargos e empregos no quadro de pessoal do ente ou entidade e que, cumulativamente, sejam atividades restritas às atividades-meio, sendo vedada em qualquer caso as atividades indelegáveis, próprias do ente ou entidade, ou seja, relativas às suas atividades-fim.(FERNANDES, 2001, p.67-68)

Os gastos com substituição de pessoal efetivo por terceirizados que não estejam computados como “outras despesas de pessoal” estarão em desacordo com a norma prevista no art. 18, §1º, da LRF, sem falar da flagrante inobservância da norma prevista no art. 37, inciso II, da CF.

7 CONCLUSÃO

A execução indireta de serviços públicos através de contratos de terceirização, da forma com praticada largamente no Brasil, tem merecido a atenção dos órgãos e instituições de controle, notadamente dos tribunais de contas e Ministério Público, e exigido deles posturas mais firmes na defesa de princípios que são caros ao regime republicano e à democracia, tais como a impessoalidade, a legalidade, a moralidade e a igualdade de oportunidade no acesso aos cargos e empregos públicos, por vezes aviltados pela terceirização na Administração Pública.

INDIRECT IMPACT OF THE IMPLEMENTATION OF LEGAL SERVICES IN PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT

Using the method of bibliographical and documentary work has shed the purpose of making evident the problems concerning the implementation of indirect public services from the perspective of constitutional law and infra. Makes brief report about the limitations of outsourcing in the public sector, with emphasis on obrigatoriedade Tender for filling posts in the Public Administration. Notes the existence of deviations from this practice when used in place of career civil servants, malferindo

impersonality and morality in the treaty of public affairs. It talks about the limits of outsourcing repercução personnel expenses set out in the Fiscal Responsibility Law.

KEYWORDS: Outsourcing. Limitations. Effective servers. Tender.

REFERENCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2012.

BRASIL, Decreto **Lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, em 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 04 abr. 2012.

BRASIL, **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL, **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 772241**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=improbidade+e+terceiriza%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2238%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+238%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2238**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADC&numero=16&origem=AP>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1084/2001 Ata 56 - Plenário**.

Disponível em: <

http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/20011212/GERADO_TC-26774.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 17 mar. 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. São Paulo: Atlas, 1996.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade fiscal**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

