

A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

VALESCHKA E SILVA BRAGA

*Advogada da União em Fortaleza – PU – CE
Mestre em Direito Público pela UFPE, Professora de Direito Constitucional da
Faculdade Christus e da Faculdade Integrada do Ceará*

Sumário: 1. Terceirização – 2. Uma nova Administração Pública? – 3. Terceirização no serviço público – 3.1 As atividades passíveis de terceirização – 4. Conclusão

RESUMO: Trata-se de artigo acerca da Terceirização no serviço público, envolvendo aspectos relacionados à sua necessidade, vedação quanto às atividades próprias do Estado e limites de despesas com pessoal.

PALAVRAS CHAVE: Terceirização. Serviço Público.

1. Terceirização

Necessário iniciar o presente escorço, mencionando que *terceiro* é aquela pessoa estranha numa determinada relação jurídica. Já terceirização é um “vocábulo não-dicionarizado, neologismo bem formado, portanto, aceitável, construído a par-

tir de *terciário*, forma erudita, equivalente ao popular *terceiro*”.¹

Atualmente, quando se fala em terceirização, pretende-se invocar a tendência das empresas de transferir a terceiros algumas atividades que anteriormente eram exercidas por ela própria.

De fato, ela consiste em uma estratégia pela qual, mediante contrato civil, determinada empresa entrega a outrem certas atividades ou serviços não diretamente relacionados à sua atividade-fim², para que este as realize com redução de custos com pessoal.

Nela existem dois vínculos jurídicos interdependentes: um de na-

1 ROMITA, Arion Sayão. A terceirização e o Direito do Trabalho, *Revista Ltr*, n. 273, São Paulo, p. 56-68, 1992.

2 Considera-se atividade-meio quando sua execução não coincide com os fins da empresa, enquanto na atividade-fim ocorre essa coincidência.

tureza civil entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços e outro, de natureza trabalhista, entre o empregado temporário e a prestadora.³

Para Sérgio Pinto Martins, a *terceirização* consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não fazem parte do objeto principal da empresa, sendo que essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como prestação de serviços (tais como limpeza, vigilância e serviços temporários).⁴ Ressalta o mesmo autor que:

Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial, não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não poderá ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas. Deve haver total autonomia do terceirizado, ou seja, independência, inclusive em relação aos seus empregados. Na

verdade, a terceirização implica parceria entre empresas, com divisão de serviços e assunção de responsabilidades próprias de cada parte. Da mesma forma, os empregados da empresa terceirizada não deverão ter qualquer subordinação com a terceirizante, nem poderão estar sujeitos ao poder de direção da última, caso contrário existirá vínculo empregatício.

Aqui há que se *distinguir entre subordinação jurídica e a técnica*, pois, a subordinação jurídica se dá com a empresa prestadora de serviços que admite, demite, transfere, dá ordens; já a subordinação técnica pode ficar evidenciada com o tomador, que dá as ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado, principalmente, quando o é nas dependências do tomador.⁵ (destacamos)

No mesmo sentido, o Prof. da USP Octávio Bueno Magano assevera que terceirizar, “significa transferir a terceiros atividades anteriormente a cargo da própria empresa. A terceirização, assim concebida, possui duas vertentes: transferência a terceiros de toda e qualquer atividade ou apenas das chamadas atividades-meio”⁶. Por oportuno, res-

3 AGUIAR, Maurício Sanchotene de. Terceirização: alguns aspectos jurídicos. Disponível em: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/a18-TerceirizaçãooAAJ.html>, 28/11/00, 22:40h. Segundo Pamplona Filho, ela operacionaliza através da utilização de um velho contrato do Código Civil, baseado na autonomia individual da vontade e igualdade entre as partes, no Direito do Trabalho. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. *Fórum de contratação e gestão pública*, Belo Horizonte, Ano 2, n. 14, p. 1670-1674, fev/2003.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 101.

5 *Ib idem*, p. 104.

salta o autor que, no Brasil, somente é permitida essa última modalidade de terceirização, nos termos do Enunciado n. 331 do TST.

Segundo Amauri Mascaro:

Na linguagem da Administração empresarial, ganhou corpo a palavra *terceirização* para designar o processo de descentralização das atividades da empresa, no sentido de desconcentrá-las para que sejam desempenhadas em conjunto com diversos centros de prestação de serviços, e não mais de modo unificado numa só instituição.⁷

Podemos, ainda, trazer à colação os ensinamentos de Carmen Lúcia Antunes sobre o tema:

Acolhida como figura própria do direito que rege as relações entre particulares, e ali enfatizadas especialmente para a obtenção de mão-de-obra especializada, em atividades que constituem meios necessários

à entidade contratante, a terceirização é então conceituada como a contratação de um terceiro para o aperfeiçoamento de tarefas que não traduzem os fins da contratante.⁸

No Direito do Trabalho, a idéia da intermediação da mão-de-obra foi, durante muito tempo, afastada, havendo notícias de que, em 1848, a França haveria abolido o *marchandage*⁹, sob o argumento de que, não sendo o trabalho mercadoria, descaberia a sua intermediação. O Brasil condenou também a intermediação da mão-de-obra até meados da década de 1960, quando, através dos Decretos-Leis n. 1.212 e 1.216, surgiu a possibilidade da contratação de serviços de segurança bancária.¹⁰

Posteriormente, ainda seguindo os passos da legislação francesa, o Brasil passou a permitir a contratação do trabalho temporário, mediante a Lei n. 6.019, de 03/01/74; o Decreto-

- 6 MAGANO, Octavio Bueno. Alcance e Limites da Terceirização no Direito do Trabalho. *Noções atuais de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1993. p. 281.
- 7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 161. Cita o autor, como argumentos contrários à terceirização, o fato de que ela: afeta o núcleo do contrato individual do trabalho e reduz direitos dos empregados. E a favor deste instituto tem: a redução de custos e aumento da produtividade e eficiência.
- 8 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 518.
- 9 "...*marchandage*, procedimento mediante o qual o intermediário explora o trabalho alheio como mercadoria, objeto de comércio, ou visa subtrair o beneficiário dos serviços, o empregador real, dos ônus da relação de emprego. Em ambos os casos, o procedimento atenta contra a moral e contra a dignidade do trabalho, procurando ladear a aplicação das normas de proteção." NETO, Pedro Vidal. *Revista de Direito do Trabalho* n. 80; 23-30, *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 164.
- 10 A respeito dessa evolução de idéias, ver FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. *Revista de Informação Legislativa* – Senado Federal, Brasília, n. 130, Ano 33. p. 115-120, 1996.

Lei n. 1.034/69; e, ainda, a Lei n. 7.102, de 20/06/83 (que revogou este, passando a disciplinar a contratação de empresas de segurança).

Interessante ressaltar que a terceirização dos serviços de vigilância e conservação sempre foi mais facilmente aceita, conforme se depreende do já revisto Enunciado n. 256 do Tribunal Superior do Trabalho: 256. “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.s 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

Vale acrescentar, outrossim, que essa modalidade de subcontratação tornou-se mais acentuada no mundo

após a chamada *desverticalização* da linha de produção.¹¹ De fato, a mudança do modo fordista de produção (no qual se deveria acumular mercadorias) para um novo regime de “acumulação flexível” – toyotismo, no qual se produz de acordo com a demanda, levou a uma alteração do modo de regulamentação do capital, do mercado e da força de trabalho. É que, como o mercado passou a ser dirigido pelas exigências de consumo, pareceu natural aos donos de empresas instabilizar também as relações de emprego.

Até mesmo a relação estatutária, que sempre foi tida como mais estável, encontra-se seriamente flexibilizada pelo amplo processo de privatização, quer em virtude da paulatina exclusão do Estado da direta prestação dos serviços públi-

11 A produção, que era voltada para a acumulação de riquezas, passou a dirigir-se para o mercado. Isso quer dizer que somente deverá ser produzido o que vai ser efetivamente consumido, pois essa seria a solução para a contradição do capitalismo (de aumentar ao máximo a taxa de lucro, contando, também, com a redução de gastos com mão-de-obra, e ignorando que os potenciais consumidores seriam exatamente aqueles que, devido aos baixos salários, não terão poder aquisitivo para adquirir os bens produzidos).

O toyotismo foi iniciado pelos Japoneses (internacionalizado pela empresa automobilística *Toyota*, daí adveio o nome), e tinha como característica principal a chamada “acumulação flexível”, pois visava à eliminação de estoques, flexibilizando os modos de produção para intensificarem esforços apenas nos períodos de grande demanda. Ademais, enquanto no fordismo a produção era vertical, ou seja, a empresa deveria dominar todas as etapas de sua atividade produtiva, desde a exploração de matéria-prima até o transporte de produtos, no toyotismo, o empreendimento é organizado horizontalmente, funcionando mediante mecanismos de subcontratação e terceirização, pois o serviço é prestado diretamente aos fornecedores de tais indústrias, ficando o prestador de serviço vinculado apenas ao seu verdadeiro empregado, fornecedor de peças.

O toyotismo busca, pelo do trabalho polivalente, atingir cinco zeros: zero-estoque, zero-defeito, zero-papel, zero-espera e zero-pane. Atualmente, em nosso País, segundo abalizado ensinamento de Akio Suzuki, podemos encontrar quanto zeros: zero-estabilidade no emprego, zero-participação nos lucros, zero-garantias de negociação coletiva democrática, zero-saúde e estamos em passos largos no sentido do zero-emprego.

cos e conseqüente redução dos respectivos postos de trabalho, quer pela instabilização da relação de trabalho entre servidores e entes públicos, pela possibilidade de quebra da estabilidade, por insuficiência de desempenho¹² ou diante do excesso de gastos, feitos pelo administrador, com pessoal¹³ e, ainda, por meio do processo da terceirização.

Finalmente, para Alexandre Luiz Ramos:

A terceirização é um processo definitivo de extinção dos setores da empresa, com o objetivo da redução de custos. Pela terceirização, uma parte da empresa é desativada, e o resultado desse setor é adquirido de outra empresa que se forma ou que já existe com tal fim [...] Tal processo reveste-se de profunda perversidade, que só tem contribuído para a precarização das relações de trabalho e para o agravamento da situação social do trabalhador.¹⁴

2. Uma nova Administração Pública

A mudança na forma de produção, de fato, acarretou mudanças no então modelo estatal adotado – o *Welfare State*, que era baseado na regulamentação, na rigidez, na socialização do bem-estar social e passando o Estado a basear-se na desregulamentação, na flexibilidade e na privatização das necessidades coletivas.¹⁵

O que se pretende com a implantação de um novo modelo de administração – dito gerencial, é a mínima gestão direta dos serviços públicos pelo Estado e a máxima descentralização da prestação desses serviços, mediante contratos de gestão ou mesmo pela privatização e, nesse último caso, estariam as empresas sujeitas à fiscalização/regulação de entes autônomos e independentes do poder público.¹⁶

12 Art. 37, III, CF/88, com redação dada pela EC n. 19/98.

13 Art. 169, §4º, CF/88, com redação dada pela EC n. 19/98.

14 RAMOS, Alexandre Luiz. *Acumulação flexível, toyotismo e desregulamentação do direito do trabalho*. p. 244-256.

15 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, São Paulo: Loyola, 1994. p. 167-169.

16 Em verdade: “Entre as conseqüências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central. A redistribuição de renda e a gestão macroeconômica exigem um alto nível de centralização na forma de políticas e na administração. Daí um serviço público unificado, grandes empresas nacionalizadas e burocracias do bem-estar social expandidas serem instituições características do Estado positivo. As demandas administrativas do exercício da normatividade, todavia, são bastante diferentes. Essas demandas são melhor atendidas por organizações flexíveis e altamente especializadas que gozem de autonomia considerável num processo de tomada de decisões: as agências reguladoras independentes.” MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 50, n. 1, jan/mar 1999, p.19.

Foi nesse contexto que inúmeras alterações ocorreram em nosso ordenamento: a agilização das privatizações; a criação de Agências Reguladoras; a flexibilização dos concursos públicos, do regime estatutário (podendo haver contratação de pessoal por esses sistemas ou pelas normas celetistas) e da estabilidade (mediante mecanismos de corte em virtude do desempenho considerado insuficiente ou do excesso de gastos com pessoal), a mudança nas licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista, para fins de maior competitividade destas com o setor privado; os contratos de gestão e a maior abertura à terceirização.

Buscou-se, com a reforma do aparelho do Estado, uma reestruturação deste, substituindo o modelo de administração burocrática (também denominado racional-legal, pois busca a racionalidade téc-

nica dentro da legalidade) pela gerencial (voltado para resultados e não para o controle procedimental), baseado num “ideário, nem sempre verdadeiro, que contrapõe o dilema ‘Estado burocrata’ versus “particular eficiente”.¹⁷

Impende salientar que as tentativas de se modificar a estrutura da administração pública brasileira não surgiram naquela década. Já na era de Vargas (1930-1945) procurou-se instituir um novo parâmetro para a “modernização”, com alguns dispositivos não muito diferentes do que estamos observando atualmente, a exemplo da profissionalização da administração, visando à competência técnica, bem como ao incentivo de ingresso e promoções, com base no mérito do servidor.

A segunda tentativa – a do *Decreto-lei 200/67*, normatizou a função de controle de resultados (arts.

14 RAMOS, Alexandre Luiz. *Acumulação flexível, toyotismo e desregulamentação do direito do trabalho*. p. 244-256.

15 HARVEY, David. *Condição pós-moderna*, São Paulo: Loyola, 1994. p. 167-169.

16 Em verdade: “Entre as conseqüências estruturais mais óbvias da mudança para um modo regulador de governança, figura a ascensão de uma nova classe de agências especializadas e de comissões que operam autonomamente em relação ao governo central. A redistribuição de renda e a gestão macroeconômica exigem um alto nível de centralização na forma de políticas e na administração. Daí um serviço público unificado, grandes empresas nacionalizadas e burocracias do bem-estar social expandidas serem instituições características do Estado positivo. As demandas administrativas do exercício da normatividade, todavia, são bastante diferentes. Essas demandas são melhor atendidas por organizações flexíveis e altamente especializadas que gozem de autonomia considerável num processo de tomada de decisões: as agências reguladoras independentes.” MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 50, n. 1, jan/mar 1999, p. 19.

17 FERNANDES, *op. cit.*, p. 115.

13 e 25, V), bem como tratou da dispensa de servidor desidioso, dentre outros aspectos, tendo, portanto, ainda mais pontos de intersecção com o novo modelo adotado, senão vejamos as lições de Eli Diniz:¹⁸

A reforma introduzida pelo Decreto-lei n. 200 tinha por objetivo modernizar a administração pública, implantando um modelo dotado de maior flexibilidade e baseado em mecanismos de gestão semelhantes aos do setor privado. Entre seus princípios norteadores podem ser destacados a descentralização das atividades do setor público, as funções de planejamento e coordenação, a expansão das empresas estatais, bem como de órgãos independentes (fundações) e semi-independentes (autarquias), o fortalecimento e a expansão do sistema de mérito pela reafirmação do ingresso por concurso público.

A tendência promovida pela atual Reforma do Estado é no sentido de fortalecer as carreiras típicas de Estado¹⁹, bem como tornar as relações de emprego daqueles cuja área de atuação seja o suporte mais flexíveis, adotando-se, para tanto, o regime celetista – nesse sentido, confira-se a Lei n. 9.962, de 22/02/2000, que trata, justamente, da disciplina de emprego público da Administração Direta, Autárquica e Fundacional.

Procura-se, por meio disso, ainda, eliminar a especialização²⁰ e promover a adaptação às mudanças tecnológicas.

Atualmente, pois, o Estado Brasileiro caminha no sentido do Estado mínimo,²¹ visando à implantação de uma Administração voltada à obtenção de resultados e apenas

18 DINIZ, Eli. *Globalização, reformas econômicas e elites empresariais*. p. 37.

19 Quatro macro-objetivos do programa de fortalecimento das carreiras de Estado: “1) a mudança do perfil de trabalho, a fim de adequá-lo às novas funções do Estado e às necessidades da administração gerencial; 2) a aproximação entre os mercados de trabalho público e privado, visando à atuação e retenção de funcionários qualificados; 3) a constante melhoria da qualificação de seu quadro de pessoal; 4) a gestão de recursos humanos baseada no princípio da administração gerencial.” MARCONI, Nelson. O fortalecimento das carreiras de Estado. *Administração pública gerencial: a reforma de 1995 (ensaios sobre a reforma administrativa brasileira no limiar do século XXI)*. PETRUCCI, Vera e SCHWARZ, Letícia (orgs.), Brasília: UnB: ENAP, 1999. p. 254.

20 Pois se entende que, quanto maior a especialização, maior será o número de funcionários, sendo, portanto, considerada mais onerosa e menos produtiva quando há polivalência dos empregados em executar várias atividades. *Id ibidem*, p.255.

21 “No Brasil de FHC, a questão do agigantamento do Estado encontra resistência e reação, notadamente quando o País elegeu um Presidente da República com modelo neoliberal, que consiste precisamente na idéia de restringir a atividade do Estado, ao extremamente mínimo necessário, deixando o exercício da atividade econômica para a iniciativa privada.” SILVA, Júlio César da. Reforma administrativa brasileira e a Terceirização no setor público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. CCXVII, jul./set. 1999, p. 15.

minimamente responsável pela prestação direta de serviços públicos.

Ora, o Estado, para atender às necessidades coletivas necessita de recursos elevados, e os gastos com matéria-prima e mão-de-obra (pessoal) devem ser otimizados, reque-rendo gerenciamento financeiro. E a reforma mencionada pretende aumentar a capacidade administrativa do ente estatal, limitando sua atuação àquelas áreas consideradas próprias.

Anteriormente à promulgação de nossa Carta Magna de 1988, conviviam na mesma esfera de Administração pessoas que, embora exercessem as mesmas funções, eram submetidas a regimes jurídicos diferentes: o celetista e o estatutário. Foram, então, verificadas dificuldades gerenciais e os custos que resultavam dessa disparidade e que deviam ser superadas.

Ademais, visando também obstar procedimentos irregulares, decorrentes do favorecimento de amigos e apadrinhados, buscou-se, então, inserir no texto da Carta de 1988 regras que viessem a corrigir

tais deficiências, determinando-se, de modo expresse, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes” (art. 39).

Oportuno ver que a disposição contida nesse artigo, em sua redação original, não se referia ao regime a ser adotado, mas apenas impunha a necessidade de unificação, evitando-se a grande confusão e os custos que resultavam da existência de regimes variados. Poder-se-ia, assim, optar por um regime de natureza tipicamente estatutária, ou então pelo da CLT.²²

Com a reforma constitucional promovida pela EC n. 19/98, no entanto, tentou-se quebrar o regime jurídico único, para que se pudesse realizar contratação estatutária ou celetista no mesmo âmbito da Administração Pública. A questão acerca da constitucionalidade de tal alteração trazida pela mencionada Emenda, no entanto, está sendo posta em cheque pela ADIN 2.135, ajuizada por vários partidos políti-

22 No âmbito federal, a opção dada pela Lei n. 8.112/90 foi no sentido da adoção do regime estatutário, determinando, em seu art. 243, que ficariam submetidos ao regime jurídico por ela instituído, na qualidade de servidores públicos, os funcionários dos Poderes da União, dos ex-territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, excetuando apenas aqueles contratados por prazo determinado pela CLT. Assim, tanto os funcionários públicos ocupantes de cargos regidos pela Lei n. 1.711/52, quanto os empregados submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, passaram a pertencer ao mesmo regime institucional.

cos,²³ a qual se espera seja dado provimento.²⁴

Observe-se, no entanto, que o regime estatutário reúne determinadas características, que o aproximam e o tornam apropriado ao disciplinamento da relação entre os entes estatais e seus servidores. É que, enquanto a CLT se baseia em uma relação de caráter contratual, permitindo a discussão das respectivas condições de trabalho – respeitados os direitos e garantias mínimos estabelecidos em seu texto, o mencionado regime possui natureza *institucional*, restando negado, portanto, caráter negocial à re-

lação mantida entre o servidor e o Estado.²⁵

3. Terceirização no serviço público

O objetivo da terceirização, no contexto da reforma administrativa, “é permitir que a administração direcione claramente as suas áreas de atuação, executando com competência apenas as atividades que são próprias ou exclusivas do Estado”.²⁶

Segundo a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a terceirização é uma forma de privatização, um dos meios pelo qual se procura diminuir o tamanho do Estado²⁷, sendo sua

23 Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Socialista do Brasil – PSB.

24 No julgamento da medida cautelar postulada na ADIN 2.135, já existem votos favoráveis à inconstitucionalidade da lavra dos Exmos. Ministros Néri da Silveira, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, conforme se observa do Informativo STF n. 274, de 24/06 a 01/07/02.

25 Constitui a posse, portanto, mero ato de aceitação do vínculo com o Estado, sem atingir o conteúdo da relação formada, pois não é dado ao empossando discutir as respectivas condições de trabalho e vantagens previamente estatuídas, não havendo sequer de se falar em direito adquirido a regime estatutário, conforme inúmeras decisões do STF.

Ademais, enquanto o direito aplicável aos celetistas é considerado protecionista (destinado à melhoria das condições dos hipossuficientes) – tendo em vista que o Direito do Trabalho surgiu numa época em que se pretendeu publicizar as relações da esfera privada, com vistas à equidade (*Welfare State*) e proteção dos desfavorecidos; o Administrativo visa a proteção do patrimônio público e interesse de todos, indistinta e independentemente de situação jurídica ou social, pois o que prevalece é a supremacia do interesse público sobre o privado.

26 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a Cidadania (a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional)*. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998. p. 30.

27 “...evidentemente, a privatização, doutrinariamente, pode ser vista em sentido bem mais amplo, para abranger todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger: a *desregulação* (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico) a *desmonopolização* de atividades econômicas, a *privatização de serviços públicos* (com a sua devolução à iniciativa privada), a *concessão de serviços públicos* (dada a empresa privada e não mais a empresa estatal como vinha ocorrendo) e os chamados *contracting out*, em que a Administração celebra contratos de variados tipos

idéia inseparável da de parceria²⁸, e suas principais vantagens: a especialização da empresa contratada, a possibilidade de concentração da tomadora do serviço em sua área fim, diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários e simplificação da estrutura estatal.

A figura denominada de “terceirização no serviço público” não é novidade da atual Reforma do Estado. De fato, o marco inicial foi o já mencionado Decreto-Lei n. 200/67 que, no art. 10, § 7º, recomendava a descentralização das atividades da Administração Federal, nos seguintes termos:

“Capítulo III – Da Descentralização

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

§ 7º – Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas exe-

cutivas, 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”.

Ocorre que a Administração, conforme ressaltamos, antes de 05/10/88 (data da promulgação da nossa atual Carta Magna), contratava concomitantemente estatutários e celetistas, sendo a Justiça do Trabalho a competente para julgar o vínculo empregatício, tendo em conta os princípios gerais desse ramo do Direito, entre os quais a observância dos requisitos da relação de trabalho (pessoalidade, onerosidade, continuidade, subordinação – cf. art. 3º, CLT).

Ora, os contratados temporariamente, por óbvio, acabaram por bater às portas do Judiciário Trabalhista, pedindo reconhecimento do vínculo empregatício com a administração tomadora dos serviços, tendo havido entendimento jurisprudencial a aplicar-lhe o Enunciado 256.²⁹

para buscar a colaboração do setor privado, como os contratos de obras e prestação de serviços. É nesta última fórmula que entra a terceirização. (Nesse sentido, a lição de Jaime Rodriguez-Arana, em *La Privatización de la Empresa Pública*, Madir, Editorial Montecorvo SA, 1991, pp.139 e ss; Lucien Rapp, em *Techniques de Privatization des Entreprises Publiques*, Paris, Libraires Techniques, 1986, pp.87/92; Juan Carlos Cassagne, em *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp.100 e ss.)” PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Terceirização dos serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo*, Ano XII, n. 1, jan/1996, São Paulo: NDJ Ltda, p.16.

- 28 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.163.
- 29 Maurício Godinho Delgado, ao fazer comentário sobre esse Enunciado ressalta que, fora os casos previstos no art. 455 da CLT (contrato de empreitada), o do Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70, em relação à Administração Pública, são inválidos quaisquer “contratos

No mesmo sentido foi o entendimento, consagrado na Súmula n. 214 do Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: “A prestação de serviços de caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia.”

Mas, para ambos os regimes de trabalho – celetista e estatutário – foi estabelecida, no art. 37, inciso II, a obrigatoriedade da prévia participação e aprovação em concurso público. Com essa exigência de índole constitucional, a caracterização da relação de emprego com a Administração passou a ter como requisito a ampla concorrência entre candidatos, motivo pelo qual não se poderia reconhecer vínculo empregatício entre os empregados temporários e administração tomadora de serviços, sob pena de se tentar, assim, convalidar atos nulos, possibilidade afastada por nosso ordenamento jurídico.

O Enunciado n. 256 foi, no entanto, revisto pelo Enunciado n. 331, que passou a veicular o seguinte entendimento:

331 – Contrato de prestação de serviços – legalidade – revisão do Enunciado n. 256.

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 n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II – a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III – não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes 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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Promovida essa mudança na jurisprudência, hoje não mais existe o perigo do reconhecimento judicial da relação do temporário com o Esta-

mediante os quais uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem, serviços considerados essenciais à dinâmica empresarial do tomador de serviços, sem que o tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida” *Apud* AGUIAR, Maurício Sanchotene de. Terceirização: alguns aspectos jurídicos. Disponível em <http://buscalegis.cj.ju.br/arquivos/artigos/a18-TerceirizaçaoAAJ.html>, 28/11/00, 22:40h.

do, vez que, para o êxito de uma eventual demanda é imprescindível que o reclamante tenha se submetido previamente ao concurso público, exegese que, por certo, facilita a terceirização, dada a ausência de maiores repercussões jurídicas par a Administração.

Vale ressaltar que o *Enunciado 331* da referida Corte Superior Trabalhista foi recentemente *alterado pela Resolução n. 96/2000* (DJ 18/09/00), passando o seu item IV a ter a seguinte redação: “ IV – o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, *inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista*, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial” (destaques nossos).

No entanto, não se pode perder de vista que o art. 71, §1º da Lei n. 8.666, de 21/06/93 (com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 28/04/95), que trata das licitações no serviço público, dispõe que: “*A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fis-*

cais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]”³⁰

Embora se possa questionar o tratamento diferenciado, neste aspecto, dispensado à Administração,³¹ o fato é que não pode haver a revogação de uma lei por um ato normativo inferior – *in casu*, uma Resolução do TST, dada a hierarquia das normas no ordenamento jurídico.

Assim, quando instados a se manifestar sobre a responsabilização da Administração Pública, quanto às obrigações trabalhistas decorrentes de contratos de terceirização, nossos Tribunais não poderão aplicar o Enunciado 331 em todo o seu conteúdo, sob pena de ofensa à Lei e de malferimento ao princípio da não-contradição entre normas hierarquicamente diferentes, pois, do contrário, farão prevalecer uma norma infralegal (editada para fins de uniformidade jurisprudencial) sobre a legal proveniente do Legislativo.

Cabe ressaltar as razões desse entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho inclina-se no sentido de estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços vi-

30 Nos termos do §2º do mesmo artigo somente será responsável solidariamente a Administração Pública em relação às obrigações previdenciárias.

31 O qual é perfeitamente justo e isonômico, tendo em vista os princípios da moralidade, impessoalidade, da prévia previsão orçamentária, da supremacia do interesse público sobre o privado, dentre outros.

sando, assim, buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça, ainda que de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no artigo 5º, *caput*, *ab initio* e inciso I do Texto Maior, não ferindo, em nenhum momento, a ordem jurídica vigente. Entende o Egrégio Tribunal que o art. 71 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) contraria o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual garante que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos causados a terceiros.³²

Observe-se, no entanto, que o Colendo TST não poderia, baseado em suposta inconstitucionalidade do §1º do art. 71, Lei n. 8.666/93, editar tal Resolução, pois o Enunciado tem finalidade de orientação jurisprudencial, cujos efeitos são *erga omnes*. *Ora, se é assim, está o Tribunal Superior do Trabalho usurpando a competência constitucional do STF, ao exercer o juízo de constitucionalidade in abstracto!*

3.1 As atividades passíveis dessa terceirização.

O Decreto-Lei n. 200/67, especificamente em relação ao art. 10, § 7º, foi inicialmente regulamentado pela Lei n. 5.465, de 10/12/70:

Art. 3º – 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, §7º do Decreto-lei n. 200/67, de 25 de fevereiro de 1967.

Posteriormente vieram o Decreto-Lei n. 2.300, de 21/11/86, tratando de forma genérica, pela Administração Pública, de constatação de serviços de terceiros (arts. 5º, II, 9º, II e 12) e a Lei n. 8.666/93, que disciplinando acerca das licitações públicas, definiu que os serviços de execução indireta (art. 10, II) também dependeriam de contratação por empresa interposta, via licitação, não havendo vínculo de subordinação entre o empregado desta e o órgão ou entidade tomadora de serviços.

Finalmente regulamentado pelo Decreto n. 2.271, de 07/07/97, que estabelece atividades consideradas como materiais, acessórias, instrumentais ou complementares, as que poderão ser objeto de “execução indireta”:

Art. 1º – *Omissis*.

§1º – As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, de execução indireta.

32 SANTOS, Luciana Muggiati dos. O enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, *Revista da Advocacia-Geral da União*. Disponível em: www.agu.gov.br. Acesso em: 26/12/00, 11:56h.

§2º – Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Menciona Júlio César da Silva que:³³

Há serviços públicos que são privativos do Estado, sendo impossível incluir-se em contexto de terceirização. São classificados como “serviços públicos propriamente ditos”. Outros, são os chamados “serviços próprios do Estado”, que também estão relacionados com as atribuições do Poder Público, os quais também não admitiriam terceirização. Há serviços classificados como “uti universi gerais” prestados sem usuários determinados, sendo indivisíveis e, logicamente, inatingíveis pelo processo de terceirização. Há os “serviços administrativos”, os quais não se referem ao direto atendimento à população, atendendo às necessidades internas da administração, não cabendo o exame da possibilidade de terceirização. Os serviços que podem ser delegados ou praticados por entidades descentralizadas são os chamados “serviços impróprios do Estado”.

Vale ressaltar, que a contratação deverá ser precedida de um *plano*

de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade (podendo ela delegar a competência), no qual deverá constar: justificativa da necessidade dos serviços; relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada, bem como demonstrativo de resultados a serem alcançados no que diz respeito à economicidade e ao aproveitamento de recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (art. 2º, Decreto 2.271/97).

Para assegurar a moralidade e economicidade da terceirização, com base no referido Decreto, menciona José César da Silva:

Dentre as regras impeditivas, podem ser destacadas:

- a) Não pode haver vínculo de subordinação entre os empregados da contratada e dirigentes do órgão contratante;
- b) Não podem existir cláusulas de reajuste automático de valores do contrato;
- c) Nas alterações dos preços de mercado em contratos de execução contínua de serviços deve haver um aditamento com estabelecimento de novas condições;
- d) Os editais de licitação devem fixar os valores máximos de preços, evitando a manipulação pelos licitantes que poderia ocasionar um preço final.³⁴

33 SILVA, Júlio César da. Reforma administrativa brasileira e a Terceirização no setor público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. CCXVII, jul./set. 1999, p. 16.

34 *Id ibidem*, p.18.

Somente seriam passíveis de terceirização, aquelas atividades que NÃO “constituem o objeto propriamente dito da atuação das entidades privadas ou públicas”.³⁵

Convém salientar que, em 2002, o Tribunal de Contas da União se mostrou contrário ao fenômeno da terceirização no serviço público, argumentando que o recurso estava sendo utilizado abusivamente. Após isso, criou-se a tendência de reverter o quadro. Antes mesmo, já havia vários processos julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços inerentes às atribuições de cargos públicos: TC 475.054/95-4, TC 225.096/93-5, TC 000.384/90-9, dentre outros.

No primeiro acórdão referido, assentou o órgão fiscalizador, que a contratação indireta de pessoal, para o desempenho de atividade “abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório ao preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público”.³⁶

Mais recentemente, decidiu a referida Corte de Contas, revelando a tendência inexorável do “novo modelo de Estado” implementado pelo Governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso:

O TCU mostra-se alinhado a esta tendência, já tendo admitido, inclusive, a contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos e salários do órgão ou entidade jurisdicionado, ao dar provimento ao recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero (Decisão n. 885/97 – rel. Ministro Carlos Átila Álvares de Silva: Ata n. 53/97 – Plenário), em vista do caráter especializado de que se revestiam as atividades de operador de PABX e telefonista.

[...] Não obstante, devo asseverar que o elastecimento na contratação indireta de serviços públicos na Administração Pública, deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar. Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais meramente executórios, e não por atos administrativos *stricto sensu*.³⁷

Interessante ressaltar que, nos termos da Lei Complementar n. 101/00, arts. 18 §1º, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra para substituição de servidores e empregados públicos são contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”, não sendo computada para fins dos limites estabelecidos para despesa total com pessoal.

35 FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 4, julho/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28/11/03. p. 22.

36 DOU de 24/07/95.

37 TC 928.360/98-9, DOU de 04/2/00.

Segundo Luciano Ferraz, a melhor hermenêutica aponta para a seguinte solução:

Com o advento da nova regra, das duas uma:

– ou o legislador está admitindo a terceirização de atividades-fim (este seria o significado da expressão ‘em substituição a servidores ou empregados públicos’), e aí a norma da LRF é inconstitucional por afronta ao art. 37, II da Constituição.

– ou a intenção é mesmo incluir, no cômputo do limite dos gastos de pessoal, os valores pagos em razão de contratos de terceirização firmados pela Administração para atividades-meio.

A segunda alternativa parece mais lógica e aceitável, conquanto possa causar proporções drásticas em matérias de desemprego.³⁸

Ou seja, não se pode admitir a interpretação que leve à idéia de que, enquanto não podem os administradores públicos contratar novos servidores ou mesmo conceder aumento/reajuste, caso haja apuração de excesso de despesa total com pessoal (art. 22, parágrafo único, LC 101),

poderá destinar verba orçamentária para pagamento de terceirizados.

Há um certo sentido no dispositivo, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos. No entanto, não se pode perder de vista que essa disposição possibilitará desníveis remuneratórios enormes entre os detentores de cargos efetivos e os empregados temporários, havendo de se ressaltar que não poderão estes pleitear a equiparação salarial, até por conta da extirpação do princípio da isonomia do art. 39, §1º, CF/88 e, ainda, das diferenças de regime entre os dois, sendo o primeiro institucional e o segundo temporário (art. 2º, Lei 6.019/64).

Outro ponto interessante da Lei de Responsabilidade Fiscal, é que ela regulamentou uma “flexibilização” do regime estatutário, no que diz respeito à quebra da estabilidade, pois, caso haja comprovação de excesso de despesas com pessoal, sem que as medidas previstas no art. 169, §3º, I e II, CF/88,³⁹ surtam efeitos, poderão ser exonerados os estáveis.

O art. 23, §2º da referida LC n. 101/2000, também acarretou outra

38 FERRAZ, Luciano. Licitações, contratos e novas funções dos órgãos de controle em face da lei de responsabilidade fiscal. MOURA CASTRO, Flávio Régis de (Coord.) *Apontamentos sobre a lei de responsabilidade fiscal*, Belo Horizonte: Atricon/Del Rey, p. 109.

39 Dispõe o art. 169, CF/88: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. §3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: I – redução de pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II – exoneração dos servidores não estáveis.”

modalidade de flexibilização, pois faculta aos administradores dos Poderes, caso não consigam reduzir os gastos com pessoal após a exoneração de servidores, inclusive de estáveis, a redução da jornada de trabalho com adequação de vencimentos à nova carga horária⁴⁰, ignorando a garantia da irredutibilidade salarial prevista no art. 37, XV, CF/88.

Observe-se que a terceirização não afasta a possibilidade de que os dirigentes das entidades federais, notadamente dos Municípios, pactuem com as prestadoras de serviços para que seus apaniguados sejam contratados como temporários, beneficiando aqueles partidários do então administrador, fragilizando a prestação impessoal das atividades estatais.

Salienta Maria Sylvia di Pietro, aliás, que os contratos de fornecimento de mão-de-obra celebrados pela Administração Pública não encontram amparo na Lei n. 6.019/74, tendo em vista que:

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de *prestação de serviços técnicos especializados*, de forma a assegurar uma aparência

de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado, ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público[...] Na realidade, a terceirização, nesses casos [...] mascara a relação de emprego que seria da própria Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência de concurso público [...]; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público.

[...] o que é perfeitamente possível, no âmbito da Administração Pública, é a terceirização como contrato de prestação de serviços. Na verdade, isso sempre foi feito, sem que se empregasse o termo *terceirização*[...]⁴¹

Inobstante os riscos da terceirização, comentando o Enunciado 331 do TST(em sua antiga redação), Cármen Lúcia Antunes⁴² entende ser ela perfeitamente compatível com os princípios constitucionais:

40 Aliás, a idéia de flexibilização da jornada de trabalho dos servidores públicos no âmbito do Poder Executivo já tinha sido plantada por Medida Provisória de 1999, sucessivamente reeditada (hoje tendo como número 1.970-18, de 21 de dezembro de 2000), a mesma norma que estabeleceu o Programa de Desligamento Voluntário. Por essa dessa MP (art.5º) facultou-se aos referidos funcionários requererem a redução da jornada diária de 8 para 6, ou mesmo 4 horas, com remuneração proporcional.

41 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.166.

42 *Ob cit.*, p. 521.

Daí se depreende que a terceirização como forma de contratação de serviços que não constituem atividade-fim da Administração Pública, *mediante ajuste que não seja posto como forma de vinculação da entidade aos que se empregam na entidade contratada* para desempenho específico e mediante subordinação a ela e, ainda, desde que tenha embasamento jurídico (serviços de especialistas em vigilância de bancos estaduais etc.), parece não agredir os princípios e regras constitucionais, até mesmo porque não há quadros de vigia, por exemplo, no Estado, como não há servidores para determinadas tarefas que exijam especialização e temporariedade na prestação.⁴³

Destaque-se, outrossim, a brilhante assertiva contida em Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, realizado em 2001:

Dessa forma, a prática de atos administrativos demanda seja o sujeito do ato competente para tal. Esta competência, via de regra, outorgada mediante lei formal, não admite transferência contratual a pessoas estranhas à administração pública. Ficam, portanto, excluídas da hipótese de execução indireta atividades que importem expedição de autorizações, licenças, certidões ou declarações,

bem como atos de inscrição, registro ou certificação, e ainda os atos de decisão ou de homologação em processos administrativos. Atividades dessa natureza são insuscetíveis de execução indireta, ainda que sejam tidas como atividades-meio em relação às finalidades do órgão público.⁴⁴

Ora, numa época de desemprego crescente, enquanto na esfera privada os trabalhadores e respectivos sindicatos procuram estudar formas de manutenção de postos de trabalho⁴⁵, no setor público os servidores deverão lutar para que seja assegurada uma estabilidade mínima em seus cargos, tendo em vista que: 1) esta não é um privilégio deles, mas uma garantia da boa prestação de serviços e moralidade na Administração; 2) os empregados públicos passarão a ser a forma de contratação mais regular; 3) a terceirização tendia a consolidar-se como uma rotina.

Aliás, a tendência das atuais reivindicações sindicais dos servidores tem se direcionado no sentido de que seja dado um ponto final a essas terceirizações no serviço público. De fato, o Presidente do Sindicato dos Servidores Públicos do Poder Legislativo do Estado de São Paulo, em

43 Nesse ponto, ousamos discordar da ilustre jurista, em virtude da distinção, já mencionada, entre a terceirização e a contratação temporária para atender a necessidade da administração.

44 FARIA, Flávio Freitas. Terceirização no serviço público e cooperativas de trabalho. *Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados*, Brasília, 2001, p. 6.

45 A exemplo daquelas consignadas na Convenção 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, mas a seguir denunciada, em virtude dos interesses empresariais envolvidos.

Carta aberta, defende o fim da terceirização no serviço público.⁴⁶

Da mesma forma, em Debate com Ives Gandra, Américo Lacombe e Burgos-Cabral, Fernando Passos salientou alguns absurdos relacionados à terceirização no serviço público:

As prefeituras não estão computando no seu cálculo o custo do serviço terceirizado. O município pode gastar até 50% dos repasses federais e 60% de todas as receitas com a folha de pagamento; para não ultrapassar esses índices, ele diminui sua folha, demite servidores e terceiriza os serviços hospitalares, de limpeza pública, de guarda e manutenção de praças. Agora, o Tribunal de Contas mandou as prefeituras computarem a mão-de-obra terceirizada.

[...] E o pior de tudo é o seguinte: na lei da terceirização, há um dispositivo em que União, estados e municípios, não respondem por eventual negligência da empresa terceirizada. Ou seja, se ela não pagou os direitos trabalhistas, o município não vai responder, porque já quitou a dívida com a empresa pelos serviços prestados. *Pasmem, pois agora há uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho que responsabiliza o município.* Então, o que está acontecendo? Os municípios estão perdendo as ações e sendo obrigados a arcar com todo o ônus da rescisão, inclusive as horas extras pleiteadas. A empresa não se defende porque falhou, e a prefeitura não tem como dizer que o funcionário não fez ho-

ras extras, porque quem tinha o controle era o antigo empregador. O município tem de pagar benefícios antigos, pois não pode nem se defender, não tem testemunha.⁴⁷ (grifo nosso)

5. Conclusão

A terceirização no serviço público constitui um processo que se tenta implementar há décadas, mas agora, diante da globalização e da mudança efetiva no modelo de Administração estatal – de burocrático para gerencial, vem assombrando os agentes públicos, diante da diminuição de postos de trabalho nesse setor, bem como toda a coletividade, em vista da possibilidade de precarização dos serviços de interesse público.

De fato, diante dos desníveis remuneratórios do setor público, é bastante provável que ocorra um desestímulo profissional nos empregados terceirizados, gerando, obviamente, prejuízos na prestação de serviços adequados.

O Direito público, sobretudo o administrativo, e não apenas no Brasil, tem sido nos últimos anos enriquecido com novidades institucionais sem conta, da mais variada natureza e propósito, e do âmbito o mais variado. As recentes modificações de nossa Constituição precipitam, de um lado, a criação e a transformação legislativa, e de outro observa-se que a própria legislação publicística, mesmo quan-

46 Cf. <http://www.sindalesp.org.br/fenal/cartaxvi.htm>, 27/11/03, 14:10h.

47 Cf. também Greve na Justiça. *Revista Problemas Brasileiros*, Jan/Fev 2002.

do distante de uma matriz diretamente constitucional, evolui a olhos vistos e com celeridade pouco comum na história jurídica, concebendo inovações que apenas um dilargado lapso temporal irá poder consagrar – ou condenar ao desuso, por inadequadas.

Exatamente neste momento em que o mundo inteiro, consciente de que o Estado é o pior e mais incapacitado administrador do que quer que seja, até mesmo de si próprio, procura desestatizar tudo quanto possa e quando possível até o governo, surgem, por toda parte, ineditismos institucionais de todo jaez, tais como a onda de terceirizações, parcerias, organizações sociais (e as ONGs – Organizações Não-Governamentais), agências executivas, as entidades de fiscalização de exercício profissional desautarquizadas, os contratos de gestão.⁴⁸

Ressaltemos, finalmente, o seguinte informativo do Pessoal vinculado ao Sistema Único de Saúde:

O processo de terceirização distingue-se como uma busca de *flexibilidades externas*, que parecem vantajosas face à rigidez dos padrões vigentes da gestão dos quadros estatutários, ou seja, dos funcionários públicos. Ao seguir a via da terceirização o setor público submete-se à lógica administrativa que tem sido preconizada para a reforma do aparato de Estado, na medida em que *promove uma separação entre a fun-*

ção de gestão e a de prestação de serviços, o que teoricamente tende a elevar a eficiência dos gastos públicos. No entanto, a separação de funções, no caso da terceirização no SUS, vem ocorrendo desacompanhada de mecanismos regulatórios, e isto constitui importante objeto de preocupação dos gestores e lideranças que atuam na área, em especial do Conselho Nacional de Saúde.⁴⁹

Alívio, portanto, causou o recente pronunciamento do ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu, durante encontro com membros do Partido dos Trabalhadores do Paraná, em Cruzeiro do Oeste/PR - 14/06/2003 no sentido de ACABAR COM A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO:

porque o governo está fazendo uma série de medidas do outro lado, na mesa de negociação, para recuperar o serviço público no Brasil, para recuperar a dignidade do servidor, acabar com a terceirização, acabar com esse sistema de gratificações, de abonos, para dar salário mesmo para o servidor, dar qualificação ao servidor público, reconhecer os direitos do servidor público, fortalecer o serviço público, porque são eles que nos atendem nos postos de saúde, no INSS, quem nos atendem na escola, quem dá segurança para nós, quem administra a Justiça, então, nós não podemos desprestigiar o servidor público, não é isso, são coisas diferentes!

48 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Terceirização no serviço público. *Consulex*, Ano III, vol. XXVII, 31 de março de 1999.

49 *Gestão de Pessoal e Processos de Tercetrização no SUS*. Disponível em: www.ressoalsus.inf.br, 28/12/2000, 22:00h.