

## Terceirização no setor público: encontros e desencontros\*

José dos Santos Carvalho Filho

**Palavras-chave:** Terceirização no setor público. Setor privado. Regimes funcionais do servidor público.

**Sumário:** **1** Introdução - **2** Terceirização - **3** Setor privado - **4** Regimes funcionais do servidor público - **5** Terceirização nas contratações públicas - **6** Contratação na Lei nº 8.666/93 - **7** Serviços técnicos profissionais especializados - **8** A contratação de servidores temporários - **9** Conclusões - Referências

### 1 Introdução

A idéia de que a função administrativa é, em regra, executada pelo Estado por intermédio de seus agentes é bem mais singela do que aquela que diz respeito à situação jurídica que vincula tais agentes ao Estado. Como a função administrativa é multifária e complexa, torna-se compreensível a criação de novos mecanismos com o fito de melhor adequar-se a sua execução.

O sentido, porém, do numeroso contingente de servidores do Estado está longe de ser ortodoxo, e isso pela simples razão de que diversos são os vínculos funcionais ou não que aproximam os efetivos executores da função (os agentes) e aquele em favor do qual a função é desenvolvida (o Estado). Esse é o verdadeiro motivo da heterodoxia que se desenha acerca da missão executória das funções públicas.

Ao tratar do fenômeno "trabalho", asseverava Ruy Cirne Lima ser ele "a soma de energia necessária à manifestação de qualquer atividade".<sup>1</sup> Na lição que ministra sobre o *trabalho público*, ensina que este dedicado exatamente ao exercício da função pública oferece peculiaridades próprias que o distinguem do *trabalho privado*, e, dentre elas, avulta a unilateralidade econômica, consoante a qual não haveria correspectividade "entre o trabalho público e a compensação patrimonial", como ocorreria na outra forma de trabalho.<sup>2</sup>

Malgrado as modificações ocorridas com o evoluir das relações entre o Estado e seus agentes no que concerne à patrimonialidade, não há dúvida de que, numa visão teórica e ideológica, a função administrativa deve ser, em princípio, objeto de desempenho pelos agentes que compõem os quadros funcionais dos entes públicos, e nela sobressai o sentido do *interesse público* ao qual está preordenada.

Modernamente já se pacificou o pensamento no sentido de que agentes públicos, bens públicos, impostos, desapropriação e outros fatos do gênero são regidos pelo direito público, que, obviamente, apresenta normas típicas de Estado, muitas delas retratando verdadeiras prerrogativas estatais, como acentua Gabino Fraga.<sup>3</sup> Sendo assim, será oportuno examinar se é legítimo que o Estado se socorra de agentes privados, ao invés dos públicos e, em caso positivo, quais os limites dessa legitimidade.

O que se pretende, de resto, neste sucinto trabalho é tão-somente reafirmar os modelos de adequada vinculação para o exercício da função pública e identificar aqueles outros contaminados por distorção incompatível com os princípios que regem a Administração Pública.

De outro lado, não nos parece devam ser relegados a segundo plano os processos administrativos dotados de eficiência e efetividade, entre os quais se encontra a terceirização todos, aliás, reclamados pela sociedade. São verdadeiras aspirações da sociedade. Na observação de José Roberto Dromi, a sociedade "aspira a la eficacia de la organización administrativa, a efectos de lograr una administración racional del 'bien-estar general', no a una administración pasional del 'mal-estar común', acosada de legalismo y burocratismo con estructuras excesivas y obsoletas".<sup>4</sup>

## 2 Terceirização

A *terceirização* caracteriza-se como *fato jurídico* e, portanto, idôneo a produzir a criação, alteração e extinção de relações jurídicas. Enquadra-se entre os fatos jurídicos *voluntários*, visto que oriundos da manifestação volitiva dos interessados, formalizada normalmente por meio de contrato.

O termo, genericamente, indica a transferência de certa atribuição a terceiros. No entanto, no âmbito empresarial e do trabalho, significa o fato de a direção de uma empresa transferir a outra algumas atribuições de seu interesse direto. Quando a empresa se utiliza desse procedimento, diz-se que se socorreu do processo de terceirização. Essa é a idéia central do processo.

O problema que envolve a terceirização é o que diz respeito à natureza das funções terceirizadas.

Muitas são as atribuições inerentes a determinada pessoa jurídica. Algumas delas, porém, integram seu *núcleo fundamental*, vale dizer, representam as atribuições básicas, assim consideradas aquelas para as quais a pessoa foi instituída. Tais misteres é que, em última instância, mobilizaram a sua criação. Ao mesmo tempo em que lhe constituem a *causa*, servem-lhe também como *objeto*. Sem tais finalidades, a própria pessoa se esvaziaria: são, pois, *atividades-fim*.

Outras atribuições, contudo, a despeito de serem importantes para a busca das metas alvitradas, não integram o núcleo fundamental da entidade. Sua característica é a de serem *atividades-meio*, ou seja, aquelas que traduzem os instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio, sobre as quais a empresa vai consolidando seus passos com os olhos voltados para as metas que estabeleceu.

De acordo com o pensamento dos estudiosos da área de Administração, a terceirização só deveria processar-se em relação às atividades-meio, dado seu caráter de apoio às atividades-fim. A transferência delas a outra pessoa jurídica assumiria ares de mero suporte administrativo e logístico como meio de acelerar e tornar mais eficaz o processo de consecução dos objetivos.

A terceirização de atividades-fim, no entanto, retrata distorção do modelo. Na verdade, não parece mesmo lógico transferir a terceiro tarefas que justificaram a própria criação da pessoa. Haveria nesse fato visível *contradictio*: cria-se algo com objetivo pré-determinado para execução própria, e, após, traslada-se a execução a outra pessoa. Se o próprio elemento (que é o núcleo central da pessoa) desaparece, fica prejudicada a própria pessoa, despida que está agora de seu motivo criador.

As observações ora feitas são de extrema singeleza e decorrem de simples análise sobre o sujeito e o objeto a que se destinou. É claro que problemas de toda ordem, alguns de grande complexidade, podem ocorrer nesse processo, mas, para o que se pretende examinar, parecem suficientes tais

noções.

O que parece fundamental esclarecer neste passo é o fato de que a terceirização serve de referência como método de *gestão da empresa* ou de qualquer pessoa em geral, sempre considerado o meio mais adequado de alcançar metas.

### **3 Setor privado**

O fenômeno da terceirização teve seu início há aproximadamente 20 anos. Foi deflagrado primeiramente nos Estados Unidos e Europa, mas desenvolveu-se em todo o mundo como ferramenta gerencial, e não como mera contratação de mão-de-obra. Tal evolução foi provocada principalmente pelo fato de que a delegação de atividades auxiliares permite a concentração no foco principal (ou núcleo fundamental) da pessoa.

O desenvolvimento do processo de terceirização no setor privado demonstrou que, para a gestão eficaz da empresa, é importante proceder a planejamento, análises e estudos de todos os seus aspectos. A ausência de tais fatores, algumas vezes, proporcionou maus resultados no gerenciamento da entidade, provocando, inclusive, um travamento ou até mesmo um retrocesso em sua administração.

A iniciativa privada concluiu que a terceirização não poderia ter como único fundamento a necessidade de redução de custos, inclusive a de enxugamento da folha de pagamento e eliminação de encargos trabalhistas. Mais importante seria a contribuição do processo para os resultados alvejados pela empresa e o impacto dele oriundo a médio e longo prazo.

Verificou-se, por outro lado, que a terceirização poderia produzir efeitos positivos e negativos.

Entre os *efeitos positivos*, pode ser citada a postura da empresa quanto ao foco de seu desempenho: a concentração de esforços refluí diretamente sobre sua atividade principal. Outro efeito positivo consiste na maior celeridade decisória, eis que os representantes da empresa não desperdiçam seu tempo com atividades ancilares. Ainda: a redução de custos, decorrente do enxugamento do quadro de empregados, já que estes pertencem ao quadro da pessoa terceirizada.

Podem originar-se, também, *efeitos negativos*. Cite-se, para exemplificar, a maior dificuldade de gerenciamento, e isso em virtude de ficarem algumas atividades a cargo do terceiro. A descoordenação pode ser outro efeito indesejável: freqüentemente desaparecem ou se reduzem os canais de comunicação entre o transferidor e o terceiro. Mais grave, por fim, é a perda da qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, o estreitamento da clientela.

O risco de efeitos ruinosos para a empresa tem gerado novo fenômeno contratual: a *quarteirização*. Nessa hipótese, a empresa-base contrata o terceiro para gerenciar os quarteirizados. A estes cabe a execução das atividades auxiliares da empresa-base, ao passo que ao terceiro compete a supervisão dos terceiros executores (quarteirizados). A tendência desse modelo de transferência é a de melhorar e otimizar a gestão da empresa, permitindo-lhe que encete todos os seus esforços sobre o núcleo de sua atividade principal.

Os estudiosos do processo de terceirização têm ensinado que duas foram as atividades inicialmente terceirizadas: a de serviços de limpeza e conservação, e a de vigilância. Até hoje são elas o principal alvo das terceirizações, devendo considerar-se no caso que, sem a menor dúvida,

constituem atividades-meio, isto é, meros instrumentos administrativos ou de apoio, necessários à concretização das metas estabelecidas pela empresa transferidora.

Posteriormente, outras atividades vieram a ser terceirizadas, mas, enquanto algumas delas representaram excelente mecanismo de gestão empresarial, outras redundaram em problemas para a empresa-base, inclusive quanto ao aspecto da responsabilidade por indenizações trabalhistas.

Valentin Carrion, ao examinar o fato diante da legislação trabalhista, apresenta conceituação em que consigna os elementos básicos da terceirização: "ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta; transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos".<sup>5</sup>

Explica o autor que, quando não fraudulenta, constitui mecanismo inserido nas modernas técnicas competitivas. Esclarece, porém, que o TST colocou um freio ao processo, ao limitar as hipóteses em que poderia considerar-se legítima a terceirização.<sup>6</sup> O Tribunal chegou, inclusive, a editar súmula em que deixava clara a limitação imposta.<sup>7</sup>

Posteriormente, o mesmo Tribunal editou a Súmula nº 331, no qual trata do tema, inclusive considerando contratações firmadas pela administração pública direta e indireta. Tal enunciado tem provocado numerosos litígios envolvendo o Estado como responsável por obrigações trabalhistas do terceirizado no que se refere aos empregados deste.

Como o tema está a merecer algumas observações mais detalhadas, parece-nos oportuno fazê-lo mais adiante, ao tratarmos da terceirização no setor público.

#### **4 Regimes funcionais do servidor público**

O fenômeno da terceirização envolve usualmente uma série de problemas relativos ao vínculo de trabalho (em sentido lato) entre o Estado e seu servidor. Entretanto, os vínculos de trabalho no serviço público cingem-se aos regimes jurídicos que os regulam, de modo que há menor densidade no que toca à flexibilização existente no setor privado, calcada no contrato de trabalho.

O quadro básico dos *agentes públicos* no direito pátrio, com uma ou outra visão dissonante no campo doutrinário, constitui-se de três categorias: a dos *agentes políticos*, que mantêm com o Estado um vínculo tipicamente político e cujas funções têm previsão constitucional;<sup>8</sup> a dos *agentes colaboradores*, que, sem vínculo profissional típico, auxiliam o Poder Público no exercício de algumas funções específicas e relevantes;<sup>9</sup> e a dos *servidores públicos*, que constituem a grande massa de trabalhadores do Estado e cujo vínculo é o que efetivamente se configura como de caráter profissional.

O regime jurídico de cada uma dessas categorias tem delineamento próprio. O regime dos agentes políticos encontra fundamento na Constituição. Tendo em vista a característica diretiva de suas funções, alguns de seus poderes jurídicos não podem mesmo deixar de situar-se na Lei Maior. Por outro lado, o regime dos agentes colaboradores é extremamente variado e disperso, e isso pela simples razão de que se trata normalmente de situações transitórias e pontuais.

O regime jurídico dos servidores públicos depende da categoria a que estes pertençam.

O *regime estatutário* é o que disciplina a categoria dos *servidores estatutários*. Semelhante regime é alinhavado no âmbito de cada ente federativo em virtude de sua autonomia administrativa, isso, é claro, sem considerar as normas constitucionais, que, por traduzirem princípios verdadeiramente extensíveis, incidem sobre todos os servidores, independentemente da pessoa em cujo quadro se alojam seus cargos. As normas desse regime são alteráveis unilateralmente, mas, obviamente, resguardam-se os direitos legitimamente adquiridos.<sup>10</sup> O vínculo jurídico que relaciona o Estado a tais servidores não tem caráter contratual; trata-se de relação típica de direito público, não constituída por meio da negociação bilateral própria dos contratos.

O *regime trabalhista* (ou *celetista*) é o adotado para a relação jurídica firmada entre o Estado e os *servidores trabalhistas*. Tais servidores exercem emprego público, mas não ocupam cargos públicos, visto que estes são privativos dos servidores estatutários. Vigora para ele o princípio da unicidade normativa, aplicando-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em todos os contratos, seja qual for a entidade federativa contratante.<sup>11</sup> Apesar dessa disciplina uniforme, não custa lembrar que, por serem servidores públicos, a relação jurídica que os vincula ao Estado sofre a incidência também de algumas normas constitucionais. De qualquer modo, o regime contratual constitui, na visão de alguns estudiosos, importante alternativa de recrutamento de pessoal, independentemente da existência de carreiras de servidores estatutários.<sup>12</sup>

Por fim, o *regime especial* é aquele que tem aplicação no caso de *servidores temporários*, ou seja, para aqueles servidores recrutados em situações excepcionais. A base desse regime encontra-se no art. 37, IX, da Constituição, dispositivo no qual se antevê que lei especial possa regular a contratação de servidores, por prazo determinado, "para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

O regime especial, por sua natureza de exceção aos regimes comuns (o estatutário e o trabalhista), cerca-se de significativas complexidades e interpretações incongruentes. Já observamos que três são as características do regime especial: a) a determinabilidade temporal, que reclama seja o contrato firmado por prazo determinado; b) a temporariedade, indicativa de que a situação a ser enfrentada há de ser transitória; e c) excepcionalidade, com o sentido de que tal regime só deve ser adotado em situações particularíssimas.<sup>13</sup> A formalização encerra a celebração de contrato, mas, diferentemente do vínculo trabalhista, constitui-se contrato administrativo ou contrato público de natureza funcional, regido por normas próprias e só supletivamente por normas do regime estatutário.<sup>14</sup>

Todos os regimes jurídicos implicam a formação de vínculo funcional entre o Estado e os respectivos servidores. Em outras palavras, todos são servidores públicos, variando apenas as normas que regulam sua situação jurídica funcional. Todos, na verdade, são profissionais do serviço público e oferecem sua força de trabalho ao ente federativo em cujo quadro funcional se inserem.

É oportuno acrescentar que esses são os únicos regimes jurídicos contemplados na legislação constitucional e infraconstitucional. Por conseguinte, se fosse obedecida a legislação, não haveria qualquer problema na identificação do regime sob cujas regras estaria o servidor exercendo as suas funções. Cada um deles tem regras bem definidas, dando contornos claros à situação

funcional do servidor.

Infelizmente não é isso, na prática, o que se passa em muitos casos. Recrutamentos ilegais, ausência de concurso público, favorecimentos imorais, irresponsabilidade de governantes, ausência de controle de pessoal, falta de auditorias tudo isso gera vínculos funcionais de inteira dissonância relativamente aos princípios constitucionais da Administração Pública. E não é raro que o Judiciário encontre dificuldades para dirimir conflitos de que participam servidores com vínculos esdrúxulos; naturalmente tal fato propicia soluções usualmente inadequadas às normas de regência.

Semelhantes mazelas conduzem à ocorrência de situações bem ligadas à terceirização, como adiante comentaremos. Mas já aqui é importante consignar: na terceirização inexistente qualquer vínculo funcional entre o prestador do serviço e o Estado. O verdadeiro vínculo somente se forma sob o império das normas que delinham os regimes jurídico-funcionais que mencionamos acima.

## **5 Terceirização nas contratações públicas**

A Administração Pública tem celebrado numerosos contratos administrativos para a execução terceirizada de atividades-meio, como os serviços de conservação e limpeza, de vigilância, de transporte, de garçons, e outros congêneres. Não há dúvida de que se cuida de terceirização de mão-de-obra, mas releva notar que o objeto da contratação traduz a execução de funções meramente instrumentais da Administração, o que constitui método de melhor gestão administrativa das atividades públicas.

É importante destacar que a Administração não está impedida de firmar contratos de serviços para a execução por terceiros do setor privado. Ao contrário, a própria Constituição o prevê (art. 37, XXI), e à legislação específica coube regulamentar esse tipo de contratação (arts. 6º e 7º a 13, Lei nº 8.666/93).

O problema que surge com a terceirização de serviços reside no fato de que, sob o manto desse tipo de contratação, a Administração (ou também o empregador do setor privado) simula a intermediação de mão-de-obra, figura enquadrada como locação de mão-de-obra (*merchandising*). É desse ponto de contato que surgem as crises de interpretação e se originam as controvérsias acerca da terceirização. Desse modo, é cabível distinguir as hipóteses de *terceirização lícita e real*, quando o objeto do contrato é um serviço meramente instrumental da Administração, e de *terceirização ilícita e simulada*, quando o que o contratante pretende, de fato, é locar mão-de-obra em substituição a servidores ou empregados.

Contudo, se a terceirização encerra a execução de tarefas de apoio por intermédio de terceiros, nenhuma ilegalidade haverá e, sem dúvida, muitos efeitos positivos advirão dos contratos administrativos dessa natureza. De outro lado, se o fato denotar qualquer deformação, como é o caso da locação de mão-de-obra por interposta pessoa (o terceirizado), estará ele contaminado de ilegalidade, como já acentuou Jessé Torres Pereira Junior em obra especializada.<sup>15</sup>

O Tribunal de Contas da União, ao examinar a matéria, bem esclareceu que uma empresa terceirizada sempre executa uma atividade-meio por sua conta e risco, interessando ao tomador do serviço o resultado ou produto alvitado. Na locação de mão-de-obra, todavia, o contratante, inclusive a Administração, demanda a disponibilização, pelo terceirizado, de empregados cujas tarefas ficam sob a supervisão do tomador.



Diante dessas premissas, consignou peremptoriamente a referida Corte: "A locação de mão-de-obra sempre tenta travestir-se de terceirização a fim de adquirir aparente revestimento de legalidade. O exame acurado das situações concretas, todavia, não deixa dúvidas sobre a verdadeira natureza dos contratos".<sup>16</sup> Esse é exatamente o aspecto salientado pelos estudiosos da terceirização: esta, por si só, guarda inteira compatibilidade com o sistema normativo vigente, mas não pode servir de escudo para a prática de atividades ilegais dissimuladas sob o manto da legalidade.

A contratação de serviços, portanto, como espécie de terceirização de atividades administrativas de apoio, é legítima na medida em que a Administração vislumbra o resultado como um todo, cabendo-lhe, por isso mesmo, remunerar diretamente o prestador do serviço.<sup>17</sup> Quando a Administração terceiriza tendo como alvo cada um dos trabalhadores responsáveis pela execução da atividade administrativa, ela também efetua pagamento direto à empresa intermediária, mas não alveja globalmente o resultado, e sim a energia despendida por parte de cada um dos trabalhadores a seu serviço.

Nesse aspecto, fundamental é o controle dos órgãos competentes para evitar a distorção do sistema. Conforme anota autorizada doutrina, "presume-se que a autoridade administrativa, ao celebrar qualquer pacto, cônica está da obrigação de guardar coerência com os máximos princípios publicistas, diretrizes deonticamente inafastáveis, não devendo, em hipótese alguma, misturá-los com interesses subalternos, ancorados na compreensão errônea e hiperdimensionada das cláusulas exorbitantes".<sup>18</sup>

O Tribunal Superior do Trabalho, a propósito do fenômeno da terceirização, editou a Súmula nº 331, nela envolvendo, inclusive, órgãos da administração direta e entidades da administração indireta. A regra básica da Súmula é a de que a contratação irregular de trabalhadores por empresa interposta é ilegal; o efeito é o de que o vínculo se forma diretamente com o tomador do serviço. A finalidade da norma consiste na proteção que deve ser dispensada ao empregado, para o fim de não prejudicá-lo no que tange a seus direitos laborais.<sup>19</sup>

Há dois pontos na referida Súmula, porém, que suscitam funda perplexidade.

Um deles decorre da seguinte dicção: "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/88)".

Semelhante orientação tem provocado aplausos de uns e sérias e fundadas críticas de outros. A Justiça do Trabalho, com raras exceções, tem adotado realmente a orientação da Súmula, fundando-se nos princípios da legalidade e do concurso público. No campo do direito administrativo, entretanto, alguns estudiosos rechaçam tal pensamento, porque, em última instância, o prejuízo acaba recaindo sobre o empregado ou servidor, que em nada contribuíram para a ilegalidade. A Administração deveria ter a mesma responsabilidade que a empresa privada quando se utiliza de empresa interposta, cabendo, isto sim, promover a responsabilidade do agente responsável por ato de improbidade administrativa.<sup>20</sup>

O outro aspecto da Súmula que gera expressiva discordância tem por justificativa os seguintes dizeres: "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a

responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial".

Malgrado a sua aplicação generalizada e os termos amplos nela contidos, a Súmula, também nessa parte, tem sofrido críticas contundentes. Na verdade, transfere-se para o tomador do serviço a responsabilidade fiscalizatória do Poder Público. Na verdade, há um entrelaçamento anômalo de relações jurídicas: o contratante não tem qualquer tipo de ingerência nas relações trabalhistas derivadas do contrato de trabalho celebrado entre a empresa terceirizada e seus empregados.

A atribuição, ao tomador do serviço, de responsabilidade pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte do terceirizado é, por linha transversa, uma forma de restringir, em desfavor daquele, o direito subjetivo à contratação, e de interferir no círculo privativo da autonomia da vontade das pessoas.

Confundiu-se, na elaboração da referida Súmula, o contrato de serviço legítimo e peremptoriamente admitido no direito vigente, e aquele outro ajuste em que há simulação contratual para a locação de mão-de-obra. Tais ajustes, no entanto, originam-se de desideratos diversos e ostentam qualificação jurídica com lineamentos de diferente natureza e, sendo assim, não devem merecer o mesmo tratamento na ordem jurídica.

A própria Justiça do Trabalho tem dado à Súmula interpretação restrita. Assim, já se entendeu ser inaplicável a Súmula nº 331 quando não há locação de mão-de-obra: "Nenhuma responsabilidade da empresa tomadora de serviços subsiste quando não há interposição de mão-de-obra, mas nítida terceirização de atividade-meio, como limpeza e conservação".<sup>21</sup> Essa é que nos parece ser a interpretação adequada quando se trata da terceirização legítima.

## **6 Contratação na Lei nº 8.666/93**

A Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Contratos e Licitações) cuida da relação entre o Estado-contratante e o particular-contratado, no que se refere a obrigações assumidas por este último para com terceiros.

A regra geral é a que consta do art. 71 desse diploma: "O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato". O sentido da norma é claríssimo: se o contratado constitui uma empresa autônoma, a ela incumbem os ônus decorrentes das relações jurídicas que firme com terceiros. É o que emana da regra.

Assim, se o contratado, por exemplo, tem seus próprios empregados, a ele deve caber o pagamento dos encargos decorrentes do contrato de trabalho, como, por exemplo, o décimo terceiro salário, o acréscimo remuneratório das férias, as horas extraordinárias etc. A ele cabem também os encargos devidos à Previdência Social. O mesmo em relação aos débitos fiscais: se há imposto de renda a ser recolhido, essa obrigação é cominada ao contratado. Afinal, se o contrato de serviço envolve duas pessoas jurídicas autônomas, cada uma delas deve arcar com as obrigações próprias, vale dizer, aquelas que se originam de suas relações com terceiros, sejam pessoas privadas, seja o Poder Público.

Bem a propósito, Marçal Justen Filho estampa a correta interpretação: "Também fica



expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratado. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros".<sup>22</sup>

A intransferibilidade de compromissos do contratado para o Poder Público restou consolidada no §1º do mesmo art. 71: "A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis". A norma denuncia que o caráter autônomo do vínculo decorrente do contrato de serviços impede que haja entrelaçamento ou solidariedade no tocante às obrigações de cada um dos contratantes. Daí a intransferibilidade dessas obrigações.

O único ponto que acarreta a responsabilização do Poder Público reside nas obrigações do contratado relativas aos encargos previdenciários. Dispõe o art. 71, §2º, da Lei nº 8.666/93 (com a redação da Lei nº 9.032, de 28.4.1995): "A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991".

O teor dessa norma é oportuno destacar suscita alguns questionamentos quanto à forma e ao conteúdo. No que tange à forma, alguns sustentam que esse tipo de responsabilidade solidária por dívida fiscal teria que ser formalizada por lei complementar, como o exige o art. 146 da Constituição. Quanto ao conteúdo, parece ter sido infeliz a opção do legislador, porquanto, em última instância, transferiu para a Administração o ônus de fiscalizar o cumprimento ou não de obrigações previdenciárias pelo contratado ônus esse que deveria ser do órgão previdenciário.

Seja como for, tem-se atenuado o rigor dessa disposição, com o entendimento de que não é a obrigação que é solidária, mas sim a responsabilidade, de onde se infere que somente diante do inadimplemento do devedor principal é que a responsabilidade passa a ser atribuída ao terceiro responsável.<sup>23</sup> De outro lado, não custa realçar que tal solidariedade se limita aos encargos resultantes da execução do contrato, ou seja, àqueles relativos aos empregados que estão a serviço do contratante. Portanto, se há obrigações não cumpridas relativas a empregados que executam suas atividades em favor de outros contratantes, nenhuma solidariedade haverá para a Administração. Por via de conseqüência, a esta cabe fiscalizar (de preferência mensalmente) o adimplemento das obrigações previdenciárias cominadas à empresa prestadora do serviço no que concerne aos empregados que lhe prestam serviço por força do contrato.

Observe-se, entretanto, que estamos aludindo à terceirização legítima e real, ou seja, àquela que se formaliza pela celebração de contrato administrativo de serviços, sendo estes representados por atividades-meio da Administração, e sem simular a contratação ilegítima de locação de mão-de-obra.

Diversa será a solução no caso de locação de mão-de-obra. Como se trata de simulação, em que a intenção dos contratantes é a de arregimentar pessoal em vez de firmar contrato de serviços, a manifestação volitiva estará irremediavelmente contaminada, e ambos os contratantes devem ser *solidariamente responsáveis* pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias contraídas pelo

contratado, pois que são essas as que pertinem a os empregados indevidamente recrutados pela Administração. Tal não ocorre com as obrigações fiscais e comerciais assumidas com o Fisco e com terceiros: não havendo relação jurídica com os empregados, não há como imputar responsabilidade solidária à Administração.

Semelhante simulação deve ser rigorosamente reprimida, sobretudo em relação ao administrador público, de quem se espera sempre a observância dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública. Não tem havido esse tipo de repressão, o que gera inevitavelmente uma sensação de impunidade verdadeiro estímulo a outras condutas da mesma natureza. Não obstante, a conduta do administrador nessa hipótese caracteriza-se como ato de improbidade administrativa, exigindo sua apuração e eventual punição nos termos da Lei nº 8.429/92.

Uma das formas artificiais de contratação de serviços é aquela firmada com certas *cooperativas de trabalho*. Contratos dessa natureza, às vezes legítimos em seu revestimento externo, procuram, em seu âmago, esconder verdadeira locação de mão-de-obra, como, aliás, têm reconhecido os estudiosos em inúmeros casos. As verdadeiras cooperativas são aquelas disciplinadas pela Lei nº 5.764/71, e resultam de contrato pelo qual as pessoas reciprocamente "se obrigam a contribuir com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro".<sup>24</sup>

Ocorre que algumas dessas cooperativas se desviam da perspectiva da lei e distorcem seus reais objetivos. Sem dúvida, agem de modo fraudulento, sobretudo quando desempenham atividades-fim do tomador do serviço. Infelizmente, os entes públicos, ante a grande dificuldade e burocracia exigidos para arregimentar servidores, socorrem-se desse expediente. Como afirmou autorizada doutrina, "existem milhares de trabalhadores com relações de emprego evidentes acobertadas por falsos contratos com falsas cooperativas, formadas por mãos empresariais".<sup>25</sup>

No fundo, esse serviço acaba beneficiando empresários inescrupulosos e prejudicando os trabalhadores, e isso porque, como na relação contratual da cooperativa não existe relação de emprego, os trabalhadores de falsas cooperativas não percebem seus direitos trabalhistas, como férias, décimo terceiro salário, horas extraordinárias e, além disso tudo, sequer percebem um salário fixo. Trata-se de situação de grave ilegalidade, com a qual o próprio Estado, lamentavelmente, tem compactuado. Não é à toa que, ocasionalmente, esse tipo de fraude tem dado origem à repressão policial, visto que freqüentemente a fraude contamina comportamentos delituosos.<sup>26</sup>

A contratação de cooperativas, portanto, representa uma forma disfarçada de locação de mão-de-obra, que causa sérios gravames aos trabalhadores, razão por que a contamina evidente vício de legalidade.

## **7 Serviços técnicos profissionais especializados**

A terceirização não se efetiva apenas por meio da contratação de serviços comuns, como os exemplificados acima. Pode ser adotada por meio de outros expedientes, que, em cada caso, deverão merecer análise para concluir-se sobre sua legalidade ou não.

Outro instrumento suscetível de terceirização é o que se formaliza pela contratação de serviços técnicos profissionais especializados, aqueles relacionados no art. 13 da Lei nº 8.666/93 e

suscetíveis de permitir a inexigibilidade de licitação, quando presentes os pressupostos contidos no art. 25, II e §1º do mesmo diploma.

Os serviços técnicos profissionais especializados não podem, obviamente, equiparar-se aos serviços comuns. Não só exigem que sejam executados por *profissionais*, como deve a execução ser concretizada de forma *especializada*. Como já anotamos, tais serviços são assim considerados "em virtude do alto grau de aperfeiçoamento e especialização dos profissionais que os executam".<sup>27</sup>

É comum que, pela natureza dos serviços contratados, o contrato seja celebrado com pessoas físicas especialistas dedicados a perícias, projetos, consultorias, supervisão, fiscalização, treinamento e outros, todos contemplados no citado art. 13 da Lei nº 8.666/93.

Não é difícil perceber que, em algumas situações, será tênue a linha demarcatória entre um serviço autônomo, objeto de contratação administrativa, e uma atividade subordinada, própria de servidores públicos. Por tal motivo, a Administração tanto pode implementar uma terceirização legítima (no primeiro caso), como pode fazê-lo de modo ilegítimo (no segundo).

Dificulta, ainda, a demarcação o fato de que o art. 13 da Lei 8.666/93 está estreitamente associado ao art. 25, II e §1º, da mesma lei. A razão é simples: tratando-se de serviços especializados, é comum que o prestador se caracterize como tendo *notória especialização*, o que torna a licitação inexigível. Portanto, não é fácil a identificação conceitual, como o reconhece a doutrina em geral.<sup>28</sup> O certo é que, se a Administração celebra contrato administrativo com esse objeto, sem realizar a prévia licitação, poderá estar mascarando um processo de terceirização de mão-de-obra (*merchandagem*) sem observância dos requisitos constitucionais. Por conseguinte, será necessário analisar cada caso e seus elementos para que se possa chegar a uma conclusão precisa.

Um dos fatores de identificação da legitimidade da contratação consiste na natureza da atividade. Para que seja realmente legítimo, o contrato de serviço tem que ter como objeto atividades-meio, e nunca atividades-fim.<sup>29</sup> Assim, a Administração não pode celebrar contrato de serviços especializados para a função de professor de escolas públicas ou de médico para hospitais públicos. Contratação para esse tipo de atividades estará escamoteando uma admissão funcional indevida.<sup>30</sup>

Se determinada atividade se configura como finalística (atividade-fim), ainda que se caracterize como profissional especializada, o Poder Público precisa estruturar-se com quadro funcional próprio, constituído de cargos ou empregos, para cujo acesso será necessária a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como o exige a Constituição.<sup>31</sup>

Não faz o menor sentido que esse tipo de atividades seja objeto de contrato de serviços com terceiros, e ainda sem licitação, dada a inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93. Situação dessa ordem levanta a imediata e justificada suspeita de favorecimento e de improbidade, com a substituição de servidores concursados e aprovados em razão do mérito por terceiros muito provavelmente apaniguados e freqüentemente despreparados para o exercício da função pública.

A terceirização, portanto, se revelará legítima na medida em que o contrato de serviço tiver por objeto atividade-meio, instrumental e eventual, necessária, enfim, para a consecução dos objetivos institucionais da entidade pública.

Sendo frágil, em algumas situações, a linha diferencial entre a terceirização lícita e a ilícita,

necessário se torna que o intérprete ou agente controlador redobre os cuidados para a análise dos elementos que cercam a situação administrativa, coibindo qualquer prática que ponha em risco a observância das exigências constitucionais.

Deve insistir-se em ponto fundamental: o administrador público não tem escusa para tal procedimento, assistido que está por várias assessorias, consultorias e procuradorias. Contra ele pesará certamente a suspeita de ter agido dolosamente, com fins antiéticos, e, por isso mesmo, deve responder por seus atos de improbidade.

## **8 A contratação de servidores temporários**

Outra forma de terceirização ilícita reside na admissão de *servidores temporários* pelo *regime especial*, para o exercício de funções permanentes do órgão público, fora, portanto, dos pressupostos demandados pela Constituição.

Reza o art. 37, IX, da CF, que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

O texto constitucional, na verdade, não deixa margem a qualquer dúvida quanto ao desiderato do Constituinte. Trata-se de regime jurídico especialíssimo e que como já foi dito só deve ser adotado em situações excepcionais e temporárias, e assim mesmo para atender ao interesse público ocorrente ao momento da situação de necessidade.

A doutrina é praticamente unânime a esse respeito. Maria Sylvia Zanella Di Pietro consigna que tais servidores "são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação".<sup>32</sup>

De nossa parte seja-nos perdoada a insistência já registramos que a função há de ser temporária e, para adoção do regime, cumpre que a situação seja excepcional no que diz respeito ao atendimento do interesse público.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, traga-se o ensinamento de Cármen Lucia Antunes Rocha, para quem o interesse público, no caso, deve ter natureza ímpar, singular, extraordinária.<sup>34</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar questão ligada ao regime especial, decidiu que pode o mesmo ser adotado para o exercício de funções permanentes, embora tenha anteriormente decidido de forma diversa.<sup>35</sup> Com a devida vênia, não abonamos tal pensamento, e o fazemos porque se nos afigura dissonante do espírito que norteou a criação do referido regime. Se a função é permanente, deve a Administração recrutar os servidores pelos *regimes comuns*, que são o *estatutário* e o *trabalhista*.

Segundo entendemos, o verdadeiro servidor temporário, regido pelo regime especial, qualifica-se como *servidor público*, configurando-se entre ele e o Poder Público um vínculo de subordinação no que diz respeito à força de trabalho oferecida pelo servidor, muito embora seja temporária a função para a qual foi recrutado. Resulta, pois, que o recrutamento nas condições estabelecidas na Constituição não traduz nenhuma terceirização, mas sim uma convocação de servidores públicos para o exercício de função pública.

Contrariamente, para serviços técnicos profissionais especializados, que se caracterizem como

atividades-meio, a outorga da atividade concretiza um processo de terceirização. São hipóteses inteiramente diversas.

A despeito dessas distinções, tem sido freqüente (lamentavelmente) o recrutamento de servidores temporários para o exercício permanente de funções comuns, em evidente descompasso com o modelo permitido na Constituição. Trata-se de verdadeiro desvio de finalidade relativamente ao escopo da norma constitucional; com efeito, a finalidade "visa a atuar a vontade normativa, o interesse público que pode estar apenas subjacente na norma",<sup>36</sup> de forma que, se a conduta não se coaduna com tal interesse, concretiza-se realmente o desvio de finalidade.

Referidos fundamentos induzem à conclusão de que o recrutamento de servidores temporários para o exercício de funções permanentes do órgão público constitui, indiscutivelmente, *terceirização ilícita*, embora sob o manto dissimulado de mero recrutamento funcional de servidor.

O desvio não se revela apenas pelo fato de admitir-se servidor temporário para funções permanentes e sem qualquer cunho de excepcionalidade. Revela-se também pelo fato de que o regime especial comporta a possibilidade de contratação por meio de procedimento seletivo simplificado, e não por concurso público, como admite a doutrina em geral.<sup>37</sup> Ora, ninguém desconhece que, por ser simplificado, a seletividade do procedimento fica bastante comprometida. Por linha transversa, portanto, a terceirização ilegítima consiste no recrutamento de servidores temporários para funções incompatíveis com a temporariedade, como são as funções permanentes das instituições.

Conforme averba reconhecida doutrina, tais distorções no processo de terceirização, na atualidade, têm sido objeto de enfrentamento por parte dos órgãos de controle da Administração Pública, não sendo rara a hipótese em que se vislumbram indícios de improbidade nesse tipo de recrutamento inconstitucional.<sup>38</sup>

Reafirme-se, em suma, que a contratação de servidores temporários pelo regime especial não se delinea como terceirização, porque tais servidores integram o quadro funcional da Administração e não têm a autonomia que caracteriza as pessoas terceirizadas.<sup>39</sup> A hipótese é a de recrutamento funcional legítimo, desde que, é claro, estejam presentes os pressupostos constitucionais.

Não obstante, quando esse recrutamento desobedece aos parâmetros constitucionais, configurado estará um processo de terceirização ilícita, o que equivale a dizer que foram outorgadas a terceiros (admitidos ilicitamente) atribuições próprias de servidores públicos.

## 9 Conclusões

O processo de terceirização, ao contrário do que algumas pessoas mais radicais supõem, não se revela um mal em si mesmo. Ao contrário, cuida-se de instrumento eficaz para melhor gerenciamento de atividades e empreendimentos, e para a consecução das metas alvitadas pelas instituições.

"Terceirizar" não significa a transferência integral dos serviços e atividades que fazem parte do processo das instituições; se assim fosse, estariam estas inteiramente esvaziadas e despedidas dos fundamentos econômicos, políticos, sociais, administrativos sobre os quais se amparam. A verdadeira e legítima terceirização representa a possibilidade de transferir a terceiros apenas

algumas atividades de apoio (atividades-meio), ou seja, os serviços da mera rotina de gestão que não dizem respeito aos reais objetivos a serem alcançados.

Ocorre que, em algumas situações, tal processo se tem prestado a simular a transferência indevida de funções primordiais das instituições, permitindo que pessoas inescrupulosas se locupletem das distorções perpetradas nesse modelo de transferibilidade ao promoverem disfarçada locação de mão-de-obra.

As pessoas administrativas estão capacitadas a terceirizar algumas atividades de apoio, como os serviços de conservação e limpeza, vigilância, copa e cozinha, e outros do mesmo gênero. Essa terceirização é adequada e legítima, formalizando-se por meio de contratação administrativa e procedimento licitatório, como o permite a Constituição e a legislação aplicável.

Entretanto, as funções institucionais primordiais dos entes administrativos são insuscetíveis de terceirização, inclusive e principalmente quando visam a propiciar, por via oblíqua, dissimulada locação de mão-de-obra tudo em total descompasso com o sistema adotado constitucionalmente. Aqui estaremos diante de terceirização ilegítima, dela não se podendo socorrer a Administração Pública.

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados é forma de ajuste absolutamente lícita se guardar conformidade com as normas que a admitiram. Dependendo do tipo de serviço, pode a Administração deixar de realizar licitação. Mas tais serviços devem ser eventuais e excepcionais, para justificar a terceirização por meio de contratos dessa natureza. Por essa razão, podem esses contratos falsear o verdadeiro sentido da lei, ensejando, numa análise mais acurada, a conclusão de que estaria havendo recrutamento de pessoal, sem observância dos requisitos constitucionais. Nessa hipótese, tratar-se-ia de terceirização ilícita e simulada e, por conseguinte, vedada ao Poder Público.

Por último, será sempre oportuno considerar que o regime especial dos servidores temporários retrata caráter de excepcionalidade e deve estar preordenado a funções transitórias do ente público. Dele não deve valer-se a Administração Pública quando as funções são suscetíveis de ser executadas pelos regimes funcionais comuns: o estatutário e o trabalhista. Quando a Administração adota o regime especial para funções permanentes da entidade, está promovendo verdadeira terceirização ilícita, visto que transfere a servidores temporários atribuições que só poderiam ser desempenhadas por servidores permanentes.

Cabe à Administração promover a terceirização lícita e real, mas lhe cabe também repudiar a terceirização ilícita e simulada.

## Referências

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. rev. ampl. e atual. até 15.7.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.



- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Ciudad, 1995.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação, inexigibilidade de licitação, comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão, procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 5. ed. atual., rev. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 17. ed. México: Porrúa, 1977.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as emendas constitucionais de nº 06/95 e 19/98, com a Lei Complementar nº 101/2000, com as leis de nº 9.648/98 e 9.854/99, e com a Medida Provisória nº 2.108/2001 e seus regulamentos, incluindo: modelos de editais e contratos, legislação e normas federais correlatas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. *Servidor público temporário: natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio primazia da realidade de fato sobre as formas*. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2007.

\* Este texto compõe a seguinte obra: FORTINI, Cristiana (Org.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>1</sup> LIMA. *Princípios de direito administrativo*, p. 159.

<sup>2</sup> LIMA. *Princípios de direito administrativo*, p. 159.

<sup>3</sup> FRAGA. *Derecho administrativo*, p. 25.

<sup>4</sup> DROMI. *Derecho administrativo*, p. 26.

<sup>5</sup> CARRION. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 307.

<sup>6</sup> CARRION. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 307.

<sup>7</sup> Súmula nº 256: "Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços". A súmula, todavia, foi cancelada pela Res. TST nº 121/03, 19.11.2003.

<sup>8</sup> Cf. CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 556; e GASPARINI. *Direito administrativo*, p. 156.

<sup>9</sup> Cf. MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 311.

<sup>10</sup> Cf. DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 479.

<sup>11</sup> Cf. MADEIRA. *Servidor público na atualidade*, p. 29.

<sup>12</sup> Cf. NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 243.

<sup>13</sup> Cf. CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 569-570.

<sup>14</sup> A observação é de Raphael Diógenes Serafim Vieira, in: *Servidor público temporário: natureza jurídica, regime, contratação irregular e a (não) incidência do princípio primazia da realidade de fato sobre as formas*, p. 37.

<sup>15</sup> PEREIRA JUNIOR. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, p. 688.

<sup>16</sup> TCU, Decisão nº 569/96, Plenário, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira.

<sup>17</sup> Cf. SOUSA. *Temas de licitações e contratos da administração pública: estudos e pareceres*, p. 157.

<sup>18</sup> FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 296.

<sup>19</sup> Súmula nº 331: "I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei

6.019, de 03.01.74); 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/88); III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta; IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.06.93)".

<sup>20</sup> Vide Lei nº 8.429/92.

<sup>21</sup> TRT/SP, Rec. Ordinário nº 18.902/96, Rel. Juiz Valentim Carrion, Ac. 32.785/97.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 513.

<sup>23</sup> É o pensamento de Marçal Justen Filho, in: *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 514.

<sup>24</sup> Art. 3º, Lei nº 5.764/71.

<sup>25</sup> CARRION. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 286.

<sup>26</sup> A Polícia Federal, na "Operação Pecado Capital", descobriu um grande esquema de fraude, pelo qual o Estado do Rio de Janeiro havia recrutado mais de 9.000 profissionais de saúde, e estes, embora atuando como servidores, eram na verdade integrantes de falsas cooperativas. O fato, como é claro, envolveu autoridades públicas e provocou expressivo prejuízo ao erário estadual (noticiado no jornal *O Globo*, p. 23, 12 out. 2008).

<sup>27</sup> CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 177.

<sup>28</sup> Cf. PEREIRA JUNIOR. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, p. 165.

<sup>29</sup> Cf. MATTOS. *O contrato administrativo*, p. 262.

<sup>30</sup> TCU, Proc. nº 004.908/95-3, DOU 30.9.1996 (apud MATTOS. *O contrato administrativo*, p. 262).

<sup>31</sup> Art. 37, II.

<sup>32</sup> DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 479.

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 570.

<sup>34</sup> ROCHA. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, p. 244.

<sup>35</sup> ADI nº 3068/DF, Rel. Min. Eros Grau, em 25.8.2004. Assinale-se, contudo, que houve cinco votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence com os quais, em nosso entender, está o melhor direito. A divisão da Corte, porém, demonstra a hesitação a respeito da interpretação e aplicação do art. 37, IX, da CF.

<sup>36</sup> FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*, p. 203.

<sup>37</sup> Cf. FARIA. *Curso de direito administrativo positivo*, p. 214.

<sup>38</sup> Cf. FERNANDES. *Contratação direta sem licitação*, p. 497.

<sup>39</sup> Cf. MATTOS. *O contrato administrativo*, p. 261.

---

### **Como citar este artigo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização no setor público: encontros e desencontros. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 89, maio 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57555>>. Acesso em: 13 ago. 2013.