Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 19 – setembro/outubro/novembro 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A RELATIVIDADE DA DISTINÇÃO ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO NA TERCEIRIZAÇÃO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Prof. Flavio Amaral Garcia

Mestre em Direito Empresarial pela UCAM e Professor da Pós-Graduação da UERJ e da UFF. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Responsável pelo Curso de Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação.

1. O CRITÉRIO ATUAL

Como notório, as terceirizações são admitidas apenas para as atividades-meio da Administração Pública.

Significa dizer que toda e qualquer terceirização que alcance uma atividade-fim de órgão ou entidade da Administração Pública é considerada ilícita.

Esse critério serve, aliás, indistintamente para o setor público e para o setor privado, alcançando, portanto, as empresas que atuam no livre mercado.

A esmagadora maioria da doutrina, seja no campo do Direito Administrativo ou no do Direito do Trabalho, encampa esse critério como adequado para fixar os limites das terceirizações.

A prática administrativa também aquiesceu com esse parâmetro, com os gestores, como regra, observando a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim no momento de fixar os limites do objeto a ser terceirizado.

A jurisprudência administrativa dos Tribunais de Contas, em especial do Egrégio Tribunal de Contas da União, também absorveu esse critério e orienta a Administração Pública Federal no sentido de somente admitir as terceirizações nos estritos limites de suas atividades-meio.

O critério encontra-se arraigado não apenas entre os operadores de direito. Basta constatar que o conceito de terceirização nos dicionários[1] já leva em conta a sua admissibilidade apenas para as atividades-meio.

É nesse contexto que se pretende provocar a reflexão acerca da razoabilidade e consistência desse critério como o mais adequado para diferenciar a licitude de uma terceirização.

2. O CRITÉRIO ATIVIDADE MEIO/FIM TEM SEDE NORMATIVA?

Se, como dito, o critério encontra-se sedimentado entre os operadores do Direito, é preciso saber, em um primeiro momento, se a sua sede é constitucional ou mesmo legal.

A Constituição Federal de 1988 não tratou do tema, não se identificando de nenhum dos seus dispositivos[2] qualquer limite para as terceirizações envolvendo a natureza da atividade – se meio ou fim.

Aliás, a bem da verdade, não há, no texto constitucional, nenhuma menção à expressão terceirização, que, como se sabe, é uma técnica de gestão oriunda da Ciência da Administração[3].

No âmbito dos contratos administrativos, essa técnica é refletida no contrato de prestação de serviços, expressamente mencionado no art. 37, inciso XXI, da CF[4].

---

[1] "Ato ou efeito de terceirizar. 1 – Rubrica: administração, economia. Forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas **atividades-meio**, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração. 2 – Derivação: por metonímia. Contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para a realização de atividades gerenciais não essenciais, visando à racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização administrativa. Ex.: transferência dos serviços de segurança. Fonte: Dicionário Houaiss eletrônico. (Os grifos não são do original).

[2] Na Constituição de 1967 havia um dispositivo que poderia ser considerado como impeditivo da terceirização, eis que garantia ao trabalhador o direito de integração na vida e no desenvolvimento da empresa. Confira-se o teor da norma: "Art. 158 – A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos (...) V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa". A Constituição Federal de 1988 não reproduziu essa norma, afastando qualquer dúvida acerca do cabimento das terceirizações.

[3] LÍVIO A. GIOSA assevera a respeito: "Hoje, no entanto, a Terceirização se investe de um ação mais caracterizada como sendo uma técnica moderna de administração e que se baseia num ***processo de gestão***, que leva a mudanças estruturais da empresa, a mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capilarizando toda a malha organizacional, com um objetivo único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal." *In* Terceirização: uma abordagem estratégica. 3 ed. São Paulo: Pioneira, 1994, p. 11.

No plano normativo infraconstitucional, do mesmo modo, encontram-se várias referências ao contrato de prestação de serviços, sem qualquer limitação de alcance orientado pela natureza da atividade.

É sempre importante lembrar que a idéia de descentralizar a prestação dos serviços não adveio com a reforma do Estado implementada na década de noventa.

O Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967 - que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências – já fixava, no § 7º do art. 10[5], a execução indireta dos serviços como diretriz na gestão dos contratos, com vistas a impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa.

Ali, contudo, não se mencionou como limite à contratação de serviços a natureza da atividade.

Também a Lei n.º 8.666/93 - que ao regulamentar o art. 37, XXI, da CF, instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública – ao fixar o conceito de serviço, não limitou a execução indireta por terceiros apenas às atividades-meio. Aliás, o referido diploma legal, em nenhum dos seus dispositivos, condicionou as terceirizações ao critério atividade meio/fim.

No âmbito do Direito Privado - que poderia ser invocado supletivamente por força do disposto no art. 54 da Lei n.º 8.666/93[6] - também não se convencionou como limite do contrato civil de prestação de serviços a natureza da sua atividade. É o que se depreende do exame dos arts. 593/609 do Código Civil, que disciplinam acerca da prestação de serviços.

Fica claro, portanto, que o critério atividade meio/fim como limitador das terceirizações não tem sede na Constituição Federal e nem na legislação ordinária que disciplina o tema.

---

[4] O inciso XXI, do art. 37 prescreve que: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

[5] O § 7º, do art. 10 do Decreto Lei n.º 200/67 prevê que: "§ 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 de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução."

[6] O art. 54 da Lei n.º 8.666/93 dispõe que: "Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado."

3. A JUSTIÇA DO TRABALHO COMO RESPONSÁVEL PELA FIXAÇÃO DO CRITÉRIO

Verifica-se, deste modo, que o responsável pela fixação desse critério como norteador das terceirizações foi a Justiça do Trabalho.

Em um primeiro momento, com a edição da Súmula 256, o posicionamento da Justiça do Trabalho em relação às terceirizações foi bastante restritivo. Confira-se:

> *"Súmula 256 - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº. 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 dos serviços."*

Note-se que a Justiça do Trabalho fixou o entendimento de que a regra era a vedação da terceirização, somente admitindo-a em duas hipóteses: trabalho temporário e serviço de vigilância.[7]

Sucede que essa orientação não se coadunava com a realidade de mercado, sendo certo que, em vários segmentos econômicos, a terceirização se revelava como uma técnica cada vez mais utilizada e difundida, mostrando o descompasso entre o "mundo dos fatos" e a jurisprudência fixada.

Foi nesse contexto que o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado 331, que flexibilizou as terceirizações, não mais a restringindo apenas ao trabalho temporário ou ao serviço de vigilância:

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

[7] O Procurador do Estado do Rio de Janeiro WALDIR ZAGAGLIA, no parecer n.° 01/97, explica a razão dos serviços de vigilância terem sido excepcionados da vedação geral da terceirização: "A propósito, cabe aqui lembrar que, no Brasil, as terceirizações surgem com previsão legal, em meados da década de 70, para contornar uma situação peculiaríssima e que naquele momento ocorria. Referimo-nos à questão da segurança bancária que face aos roubos que se tornaram intensos nas agências, fez surgir a legislação federal que passou a exigir daquelas instituições financeiras serviços apropriados de segurança. Paralelamente, permitiu que tais serviços fossem prestados por empresa especializada da área, dada as especificidades dos serviços de segurança."

> *II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)*
>
> ***III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta****. (os grifos não são do original)*
>
> *IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)"*

Mas, se por um lado, houve avanços, por outro a Justiça do Trabalho, ainda entendendo necessário "amarrar as terceirizações", fixou o entendimento de que somente seriam lícitas e legítimas caso ligadas à atividade-meio do tomador, o que, *a contrario sensu*, significa a vedação à terceirização na atividade-fim.

Portanto, o que se vê é que a Justiça do Trabalho é a responsável pela fixação desse critério, eis que, repita-se, nenhum dos diplomas normativos mencionados (Constituição Federal, Decreto-Lei n.º 200 de 25.02.1967, Lei n.° 8.666/93 e Código Civil) definiu qualquer critério como balizador das terceirizações.

Nesse passo, identificam-se cinco reflexões importantes para tentar demonstrar a inconsistência desse critério e a necessidade do tema ser revisitado no Direito Brasileiro.

4. AS CINCO REFLEXÕES

4.1. A PRIMEIRA REFLEXÃO: A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA FIXAR O CRITÉRIO

Não é tarefa do Poder Judiciário fixar limites para a terceirização, mormente no âmbito da Administração Pública.

É flagrante a violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2°, da CF), eis que a Justiça do Trabalho pretendeu, com o Enunciado 331, legislar sobre terceirização, o que é absolutamente incompatível com a sua função precípua que é a de dirimir conflitos.

Como visto no item anterior, não existe nenhuma norma que imponha esse limite. A fixação do critério atividade-meio/fim partiu exclusivamente do Poder Judiciário, sendo esse um prenúncio do ativismo judicial que estava por vir na década seguinte.

É notório o fato de que a ampliação do papel do Judiciário e do Ministério Público com o advento da Constituição Federal de 1988 foi uma importante conquista que permitiu o acesso à Justiça por milhões de brasileiros.

Mas, por outro lado, não raro os juízes têm atuado em papéis que não lhes são destinados pelo ordenamento jurídico pátrio, pretendendo, muitas vezes, assumir funções legislativas e administrativas que não lhes competem.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO[8], tratando do tema do ativismo judicial, faz interessante classificação acerca dessa tendência que vem se acentuando no âmbito do Judiciário brasileiro.

Menciona a existência do **ativismo bloqueio**, traduzido na idéia da paralisação de qualquer política pública contrária aquela que o magistrado entende como correta. Aqui há um viés ideológico evidente, podendo-se mencionar como exemplo as liminares em matéria de cobrança de pedágio nas rodovias concedidas.

---

[8] O autor procede à seguinte classificação: "*(i) Ativismo de iniciativa. Deflagração da função jurisdicional independente da provocação das partes, o que se apresenta contrário ao nosso sistema; (ii) O consórcio ente MP e Magistratura, mediante a provocação do magistrado pelo legitimado; (iii) Ativismo Bloqueio – impedir qualquer manifestação de política pública contrária ao que o magistrado entende como correta. Ex: concessão de vias públicas dentro de um município; (iv) Ativismo implantação – atuação do Juiz, chamando para si a competência para implementar políticas públicas, notadamente as que envolvem direitos fundamentais. Ex: imposição de loteamentos, entrega de medicamentos, imposição de instalação de ciclovias, criação de escolas; e (v)* ***Ativismo normativo – o Judiciário suprimindo lacunas normativas, disciplinando temas que caberiam ao legislativo. Ex: direito de greve dos servidores públicos****."* Palestra proferida em 14/08/2009 no painel intitulado "Ativismo Judicial em Políticas Públicas Municipais: o Administrador togado?", do I Fórum Brasil-França de Direito Público, realizado pela editora Fórum em Belo Horizonte, nos dias 13 e 14 de agosto de 2009.

Há, segundo o referido autor, o **ativismo implantação**, traduzido na idéia do juiz chamar para si a competência para implementar políticas públicas, notadamente as que envolvem direitos fundamentais. O caso típico é a profusão de liminares em matéria de entrega de medicamentos sem qualquer consideração acerca das questões orçamentárias envolvidas.

A terceira espécie seria o **ativismo normativo**, por meio do qual o Judiciário suprime lacunas normativas disciplinando temas que caberiam ao Poder Legislativo.

Não se conhece exemplo mais significativo do ativismo normativo do que o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que, repita-se à exaustão, substituindo-se ao legislador, fixou um marco normativo para as terceirizações que não encontra fundamento em nenhum diploma legal[9].

Com isso, evidentemente, não se quer dizer que a Justiça do Trabalho não tenha um relevante papel no controle das terceirizações.

A sua função primordial é coibir e reprimir as fraudes aos direitos do trabalhador, evitando, como consignado no Enunciado, a pessoalidade e a subordinação.

A **pessoalidade** significa que nas terceirizações pouco importa a pessoa/empregado que executa o serviço. O foco é a prestação do serviço, e não o seu prestador.

A **subordinação** significa a vedação da interferência do contratante na gestão do contratado, devendo a direção técnica dos serviços ser efetivamente realizada por prepostos do contratado. O relacionamento deve ser entre o gestor/fiscal do contrato e o preposto do contratado. O servidor público não pode exercer poder de mando sobre os empregados da contratada.

A Justiça do Trabalho deve, ainda, reprimir as cada vez mais freqüentes contratações de **fornecimento de mão-de-obra,** que são, muitas vezes, travestidas por terceirizações.

Na **terceirização** busca-se a contratação de um serviço específico, com um objeto definido e que encontra, no mercado, várias empresas especializadas e que concentram os seus esforços em uma determinada área de conhecimento.

---

[9] Esse ativismo normativo não se confunde, por óbvio, com o poder normativo da Justiça do Trabalho. FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO e JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE delimitam o poder normativo da Justiça do Trabalho nos seguintes termos: *"Já a temática quanto às sentenças normativas exige o pronunciamento, a princípio, do que vem a ser o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho representa o exercício da sua competência em prolatar sentenças em dissídios coletivos. A sentença prolatada no dissídio coletivo, quando a Justiça do Trabalho exercita o poder normativo, irá produzir efeitos que atingem os que, no momento, eram empregados das empresas, bem como os que ainda o serão, durante da vigência da sentença*." *In* Manual de Direito do Trabalho. Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 115.

Já no **fornecimento de mão-de-obra** não há um objeto definido. O que se quer não é propriamente um serviço específico, mas um suporte na área de recursos humanos com vistas a atender as mais diversas necessidades administrativas[10].

Via de regra, as **atividades** são completamente **díspares** e envolvem áreas de conhecimento que nem de perto se inter-relacionam. É, a rigor, um **"pacote" de serviços, na qual o foco não é no serviço**, mas nas **pessoas** que irão desenvolver o projeto.

É muito comum, nesses casos, a contratada apenas buscar no mercado as pessoas que irão desenvolver os projetos, não estando os profissionais previamente vinculados a ela. A empresa apenas **aloca uma determinada mão-de-obra e se remunera por isso[11].**

Aliás, cabe registrar que **existem diversas formas**- todas **ilegais** - de contratar mão-de-obra para a Administração Pública por meio de interposta pessoa.

Mencione-se, como exemplo, **convênios com entidades do terceiro setor** sem um objeto definido e como mero pretexto de alocar recursos humanos, as contratações diretas com as **instituições sem fins lucrativos** (art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93), também podem, se manejadas de forma

---

[10] MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[10] explica que: *"Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo 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, para que prestem serviços em órgãos da Administração Direta e indireta do Estado.(...)Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição. (...)Portanto, o que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviços."* Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, pág. 166/168. Em igual sentido, veja-se o entendimento de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS: *"A prática demonstra que é comum identificar entre as empresas de prestação de serviços terceirizados um objeto social com uma multiplicidade de atividades a ser desenvolvidas, de caráter excessivamente multifacetado, que denuncia a mera intermediação de mão-de-obra. (...) Na verdadeira terceirização, o contrato é firmado com uma empresa prestadora de serviços especializada em determinado ramo de atividade. (...) O objeto do ajuste é a concretização de alguma atividade material especializada, ainda que o serviço a ser prestado não requeira maiores conhecimentos técnicos (exemplo típico dos serviços de limpeza). De qualquer sorte, existe uma atividade material perfeitamente identificável, distinta do mero fornecimento de mão-de-obra."* Terceirização na Administração Pública. Editora LTR: São Paulo, 2001, p. 74.

[11] Esse, também, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União**:** *"A verdadeira terceirização é a contratação de serviços e não locação de trabalhadores.Quando uma empresa terceiriza um serviço, sempre uma atividade meio, ela contrata outra empresa para realizar aquela atividade, por sua conta e risco, interessando à empresa tomadora do serviço o resultado, o produto, a tempo e modo, independente de quais ou quantos funcionários a empresa contratada empregou. Com a locação de mão-de-obra sucede exatamente o contrário. A contratante solicita que se coloque à sua disposição, no lugar que indica, número certo de empregados, que podem ou não ser aceitos e que desenvolverão, sob supervisão do contratante, as atividades que determinar. Trata-se de fraude à legislação trabalhista, nada mais que isso."* Decisão nº 569/96– TCU proferida em 22.11.95

equivocada, se prestar a essa intermediação, assim como as "**falsas" cooperativas** que, se utilizando dessa forma societária, fornecem qualquer tipo de serviço, normalmente em função de um amplíssimo objeto social.

Mesmo que a contratação seja precedida de **licitação**, o fato é que essa circunstância não a **legitima**, eis que continuará sendo mera intermediação de mão-de-obra.

Portanto, fica claro que a Justiça do Trabalho tem um importantíssimo papel no controle das terceirizações, mas, certamente, não é o de fixar critérios que seriam próprios do Poder Legislativo.

4.2 . A SEGUNDA REFLEXÃO: TERCEIRIZAÇÃO X DELEGAÇÃO

Curioso observar que o critério da atividade meio/fim somente é aplicável às terceirizações.

Não há nenhuma razão lógica para que esse parâmetro sirva apenas para uma espécie de contrato (prestação de serviços) e seja imprestável para os demais.

Fato é que o Estado delega diversas atividades-fim por meio de outros contratos sem que esse embate tenha sido travado ou mesmo cogitado[12].

É o caso, por exemplo, das concessões de serviço público regidas pela Lei n.° 8.987/95. Por acaso não seria atividade fim do Estado a celebração de contratos envolvendo saneamento, energia, telefonia, rodovias, gás?

Nesses contratos, como se sabe, o Poder Concedente remanesce apenas com a titularidade do serviço, delegando a sua execução ao concessionário. Delega, na maioria dos casos, atividades típicas que envolvem serviços essenciais à coletividade, não se tendo notícia de que aqui, ou em outro país, tenha sido discutida a possibilidade ou não de delegação de uma atividade-fim do Estado.

O mesmo ocorre com a concessão patrocinada e administrativa (as parcerias público-privadas), com a diferença que, aqui, ainda há o desembolso de recursos públicos, eis que não são negócios autofinanciáveis. Mas na sua essência o que o Estado delega por meio dessas parcerias são atividades típicas suas.

---

[12] CELITA OLIVEIRA SOUZA aborda a questão com propriedade: "*Assim, carece ser ampliada a visão em relação à matéria, pois a execução indireta dos serviços dos órgãos públicos, sejam serviços públicos via concessão e permissão, sejam serviços administrativos e complementares da atividade-fim via terceiriação propriamente dita, é uma opção normativa do Estado Brasileiro*." Mudanças na Terceirização. Brasília: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2007, p. 99.

Também no campo do terceiro setor existem vários formatos contratuais nos quais o Estado delega atividades consideradas finalísticas para as Organizações Sociais e para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) celebrando, respectivamente, contratos de gestão e termos de parcerias.

Por meio desses ajustes, o Estado delega atividades, em regra, afetas ao ordenamento social, como hospitais, museus, atividades de proteção a menores, defesa do patrimônio artístico e cultural, além de outras que estariam no campo de suas atribuições.

Diante desses exemplos que estão no cotidiano dos gestores públicos e dos operadores do Direito Administrativo, é de se indagar a razão pela qual as delegações para particulares - aqui considerada como gênero da qual a terceirização é uma espécie - não sofrem qualquer limitação e apenas o contrato de prestação de serviços se sujeita a um critério que não tem fundamento constitucional e nem legal!?

Por aí já se vê que o critério é inconsistente e não se sustenta, já que existem vários contratos administrativos cuja essência é a própria delegação da atividade-fim estatal.

4.3 A TERCEIRA REFLEXÃO: COMO DIFERENCIAR ATIVIDADE-MEIO DE ATIVIDADE-FIM?

A conceituação do que seja atividade-meio e atividade-fim e os traços que diferenciam um do outro não são aspectos que podem ser solucionados apenas pela ciência do Direito.

Considerada a terceirização como um fenômeno econômico nas atividades privadas e cuja origem se dá, como dito, na Ciência da Administração, não raro se torna inviável pretender engessar e separar em campos absolutamente opostos as atividades-meio das atividades-fins.

A atividade empresarial é dinâmica e muitas vezes o processo produtivo se interliga de tal maneira que fica impossível uma separação nítida entre meio e fim. As mutações das técnicas de produção, que decorrem do processo cada vez mais acelerado de evolução tecnológica, mostram a insuficiência do critério como norte seguro para as terceirizações[13].

[13] Nesse sentido, confira-se a lição de OPHIR CAVALCANTE JUNIOR: *"A terceirização não deve sofre amarras ou rotulações. É fenômeno econômico que não pode ficar limitado às atividades acessórias, pois um dos traços característicos da economia moderna é o uso intenso de tecnologia mais recente, o que conduz à especialização dos serviços, permitindo maior produtividade. Desse modo, as atividades que não se inserem no âmbito da especialização da empresa devem ser transferidas a outras, em um sistema de cooperação ou parceria empresarial. De outro lado, com o advento da globalização da economia ou universalização*

Tudo isso se aplica à Administração Pública, já que, assim como o setor privado, tem as suas atividades permanentemente impactadas pela adoção de novas tecnologias e pela necessidade de se adaptar a realidade de mercado.

Alguns exemplos concretos permitirão demonstrar a existência de uma zona cinzenta entre o que é atividade-meio e atividade-fim no âmbito da Administração Pública.

No campo de prestação de serviços públicos, por exemplo, poderia uma concessionária de serviço público de energia terceirizar a "construção e reforma de rede e subestações de energia elétrica, manutenção de rotina e de emergência? Isso seria atividade-fim da empresa?

Entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento de ação civil pública promovida em face da CELG[14], distribuidora de energia elétrica de Goiás, que essa seria uma atividade-fim da empresa por estar relacionada ao seu objeto social. Note-se que a votação foi bastante apertada, com oito votos a seis, o que demonstra que parte do Tribunal não identificou nenhum vício na terceirização desses serviços.

Ora, o que interessa para o usuário de serviço público é que a distribuidora entregue uma energia de boa qualidade. Se a reforma ou manutenção da sua rede será efetivada por funcionários próprios ou terceirizados é um problema de gestão da concessionária, a quem cabe avaliar a forma mais eficiente de executar a tarefa.

O mesmo exemplo serve para uma permissionária de serviços públicos de transporte rodoviário. Estaria essa empresa obrigada a ter funcionários próprios para a manutenção da sua frota de ônibus ou poderia terceirizar? Será que o simples fato da atividade estar ligada ao objeto social da empresa tem o condão de tornar a atividade-fim? E se for atividade-fim? Por que não poderia a manutenção da frota ser terceirizada?

Note-se que nos dois exemplos a conceituação da atividade encontra-se numa zona cinzenta, mas o fato - repita-se - é que mesmo que essas atividades se enquadrem como finalísticas das concessionárias, não se identifica nenhum óbice legal à terceirização nas duas hipóteses mencionadas.

Em relação às concessionárias de serviço público o debate é mais intenso, na medida em que o art. 25, § 1°, da Lei n.° 8.987/95, prevê que "*a concessionária poderá* ***contratar com terceiros*** *o desenvolvimento de*

---

dos mercados aliadas às novas técnicas de administração está cada vez mais difícil definir o que seja atividade acessória ou principal de uma empresa. Um exemplo é o caso das montadoras de automóveis, que hoje em dia se resumem a isto, montar, sendo que a fabricação de todos os componentes é terceirizada. Ou será que os componentes não são essenciais ao produto final?" In A terceirização das relações laborais, 1996, Ed. LTr, São Paulo, pp. 73/74.

[14] Valor Econômico. Tribunal põe limites à terceirização. 29/05/2009. Disponível em: http://www.valoronline.com.br/ValorImpresso/MateriaImpresso.aspx?codmateria=5594221&dtmateria=2009-5-29&codcategoria=89&Tp=1. Acessado em: 1º/10/2009.

atividades inerentes, *acessórias ou complementares* ***ao serviço concedido***", o que se revela como uma autorização legislativa específica no caso dos prestadores de serviço público em regime de concessão.

Essa flexibilização já ocorreu por parte da própria Justiça do Trabalho no setor de telecomunicações - que tem norma similar prevista na Lei n.º 9.472/97[15] - autorizando a terceirização de atividades inerentes aos serviços pelas empresas. Confira-se o acórdão[16]:

> *"**1.1.** Não contraria a Súmula 331 do TST a decisão que reputa razoável a interpretação conferida ao art. 94, inc. II, da Lei 9.472/1997, no sentido de* ***reconhecer a licitude da terceirização de atividades inerentes aos serviços de telecomunicações****.*
>
> ***1.2. Quis o legislador, no caso específico das empresas de telecomunicações, ampliar o leque das terceirizações****, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípuo, que é a transmissão, emissão ou recepção, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, tal como relacionado no § 1° do art. 60 da Lei 9.472/1997.*
>
> ***1.3.** Não pode o intérprete distanciar-se da vontade do legislador, o qual, na hipótese, foi expresso no sentido de permitir a terceirização de "atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados" (art. 94 da Lei 9.472/1997), as quais não se confundem com as atividades-fim relacionadas no art. 60, § 1º da aludida lei. (...)"*

Passando a um exemplo envolvendo uma sociedade de economia mista, mencione-se uma contratação de afretamento de navios[17] pela TRANSPETRO,

---

[15] O art. 94 da Lei n.º 9.472/97 prevê o seguinte*: " No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...)* ***II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados****. § 1° Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários. § 2° Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei. (os grifos não são do original).*

[16] Proc. nº TST-E-RR-4.661/2002-921-21-00.4. Acórdão da SBDI-1. Min. Relator João Batista Brito Pereira. Julgado em 28/05/2009.

[17] O contrato de afretamento de navios, conforme o art. 2º da lei nº 9.432/97, pode se dar sob três formas legais: **Art. 2º** Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: I - afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação; II - afretamento por tempo: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado; III - afretamento por viagem: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;

sociedade de economia mista subsidiária da PETROBRÁS, cujo objeto social envolve o transporte de mercadorias (granéis, petróleo e derivados, gás) por meio de dutos, terminais ou navios.

Estaria a TRANSPETRO obrigada a transportar essas mercadorias por meio de navios próprios, já que essa é sua atividade-fim? Eventual afretamento de navios seria considerado ilegal, no caso de se compreender essa atividade como finalística da empresa?

Aqui, mais uma vez, se vê como o critério é inconsistente e insuficiente para resolver os limites da terceirização. Por maior que seja o esforço hermenêutico, não é possível vislumbrar nenhum impedimento para que a TRANSPETRO, no exercício de sua atividade empresarial, opte pelo contrato de afretamento ao invés de ter os seus próprios navios, caso essa opção se revele a mais eficiente para a empresa.

Aliás, em se tratando de sociedades de economia mista e empresas públicas, cabe lembrar que há entendimento consolidado na doutrina[18] e na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União[19] no sentido de que essas entidades não precisam licitar quando se trata da sua atividade-fim, o que é absolutamente razoável, posto que a licitação suprimiria a sua competitividade no mercado.

---

[18] Por todos, veja-se a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedido da vida negocial corrente, sem o quê haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade. Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e é evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada com as exigências da atividade negocial que lhe é pertinente." *In* Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 496.

[19] Acórdão nº 121/98 – Plenário. Min. Relator Iram Saraiva: "*8.3 - dar nova redação à Decisão n.º 414/94 - TCU-Plenário, para excluir a obrigatoriedade de a PETROBRÁS Distribuidora - BR, realizar processo licitatório para as contratações de transportes que sejam atividade-fim da empresa, como a de transporte de produtos, permanecendo esta obrigatoriedade para as atividades-meio*"; e a Decisão nº 1.383/02 – Plenário. Min. Relator Benjamin Zymler: "O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. acolher as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis indicados no item 3 supra; 8.2. prestar as seguintes informações à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal, em atendimento aos questionamentos dela oriundos: a) a contratação do navio Ecstasy, junto à empresa BANCOR LEADERS E CARNIVAL, para o chamado "Cruzeiro Marítimo do Milênio" foi efetuada de maneira regular, uma vez que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, nos contratos comerciais diretamente relacionados às suas atividades-fins, não se sujeitam ao procedimento licitatório imposto pela Lei nº 8.666/93, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a teor do que dispõe o art. 173, § 1o, II, da Constituição Federal.

Mas há, aqui, uma contradição desse entendimento com o Enunciado 331 do TST, eis que o que se afirma é que não é preciso licitar para contratar um serviço inerente à própria atividade-fim das entidades, o que significa dizer, *a contrario sensu*, que a terceirização é legítima. Apenas o que não é aplicável é o princípio da licitação.

E no que diz respeito à Administração Direta, pode-se mencionar como exemplo os serviços de atendimento da polícia, mais conhecido por "190". Seria possível a terceirização desse serviço, sob controle e fiscalização de agentes públicos, para uma empresa de *call center*? Isso seria terceirizar atividade-fim da polícia?

Note-se que, mais uma vez, se está diante de uma zona cinzenta em saber se serviços de *call center* poderiam ser utilizados na hipótese. É claro que, nesse caso, há uma questão fundamental preliminar a ser resolvida, que consiste em saber se haveria algum risco à segurança pública na terceirização e se foram transferidas prerrogativas típicas de Estado para o seu exercício[20].

Portanto, o que se vê é que, em algumas situações, o limite entre atividade-meio e atividade-fim é muito tênue, não sendo, na maior parte das vezes, solucionado por critérios jurídicos, mas por critérios empresariais inerentes à própria atividade.

Diferenciar as terceirizações lícitas das ilícitas por esse critério de atividade-meio e fim cria um ambiente de absoluta insegurança jurídica para o administrador público, que diante de situações que se encontram na zona cinzenta, fica sem saber se pode ou não contratar determinado objeto, eis que isso pode ser considerado ilegal pela Justiça do Trabalho.

4.4 A QUARTA REFLEXÃO: O DESCOMPASSO ENTRE O CRITÉRIO ATIVIDADE-MEIO E FIM E O MUNDO DOS FATOS

No setor privado, é cada vez mais comum as empresas terceirizarem serviços que, em tese, podem vir a ser considerados como atividade-fim da empresa pela Justiça do Trabalho, como bem explica AMAURI MASCARO NASCIMENTO[21]:

[20] Essa foi a conclusão do Procurador do Estado MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, no Parecer n.° 21/04, que concluiu no sentido de que *"... para que se possa manifestar sobre a validade ou não de se terceirizar os serviços de 190, é preciso receber informação técnica acerca de haver ou não atribuição de algum ato de autoridade ou de competência que exija independência técnica ou prerrogativas típicas de Estado para o seu exercício*."

[21] Alcance da Responsabilidade Laboral nas diversas formas de prestação de serviços por terceiros. Genesis: Curitiba, Revista de Direito do Trabalho, vol VI, n.° 31, 1995, p.7.

> *"As empresas têm terceirizado em hipóteses mais amplas e em alguns casos assumem riscos extrapolando a área em que é possível terceirizar, que é a das atividades-meio, o que é inevitável dada a insuficiência do referido critério. É que há atividades coincidentes com os fins principais da empresa que são altamente especializadas e, como tal, justificar-se-ia plenamente, nas mesmas também, a terceirização. O processo mundial de terceirização desenvolveu-se em função da necessidade de empresas maiores contarem com parceria de empresa menores especializadas em determinado processo tecnológico."*

Isso demonstra, à evidência, como o critério não se revela o mais adequado para estabelecer parâmetros à terceirização, pois dissociado do mundo real[22].

É o que acontece hoje em matéria de terceirização, seja no setor público, seja no setor privado. Há um absoluto distanciamento da prática com a realidade, sendo certo que, muitas vezes, os gestores sequer percebem que determinada contratação poderia, em tese, ser considerada como atividade-fim.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS[23] nos dá um exemplo muito comum no setor público:

> *"Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade.*
>
> *Exemplifica-se. Como visto anteriormente, uma fundação pública encarregada de produzir e distribuir medicamentos a órgãos e entidades de saúde pública pode contratar laboratórios privados para, em complementação à atividade de sua competência, produzir os remédios necessários ao atendimento da demanda do setor público."*

[22] DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO menciona como um dos princípios que informam a atuação da Administração Pública o da realidade[22]: *"O Direito Público, em especial, por ter em seu campo de ação um expressivo contingente de interesses indisponíveis, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque ademais estaria fugindo à sua finalidade, uma vez que, sob este princípio da realidade, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter todas as condições objetivas de serem efetivamente cumpridos para a obtenção de resultados para a sociedade a que se destinam."* Curso de direito administrativo. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 91.

[23] Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001, p.126.

É o que acontece, por exemplo, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro com o Instituto Vital Brazil, sociedade de economia mista integrante da Administração Pública Estadual e cujo objeto social envolve a produção de medicamentos a preços subsidiados. Sucede que, não raro, faz-se necessário, para atender ao seu mister, buscar o fornecimento de remédios em outros laboratórios, não havendo nisso nenhuma ilegalidade, ainda que se trate de sua atividade-fim.

Portanto, fica claro que o entendimento fixado pela Justiça do Trabalho se encontra distanciado dos fatos sociais e não acompanha as profundas transformações que ocorreram nas relações de trabalho nas últimas décadas e nas próprias atividades empresariais e administrativas.

Na feliz síntese de LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA[24]:

> *"(...) como se pode perceber, a tendência não é mais se erigir a terceirização na atividade-meio como critério absoluto de legalidade ou validade. Inexistente a intenção de fraudar direitos do trabalhador, a sub-contratação na atividade-fim vai sendo lentamente admitida, reconhecida que é como instrumento de progresso econômico e geração de empregos. O moderno Direito do Trabalho repudia essa espécie de pan-trabalhismo que marca a doutrina, levando-a à tentação de atrair e tutelar uniformemente todas as relações jurídicas de trabalho."*

O mesmo raciocínio se aplica à Administração Pública, que não deve ter as suas contratações de prestação de serviços limitadas e amarradas por um critério que está longe de ser aquele que melhor atende ao interesse público, eis que, em algumas situações, pode impedir a concretização do princípio da eficiência ao qual está vinculado o administrador público.

Registre-se, ainda, que a não utilização desse critério não altera a vocação das terceirizações, cuja regra, presume-se, continuará a se dar maciçamente nas atividades meio. Mas o afastamento desse critério, criado sem base normativa, afastará o ambiente de insegurança jurídica que reina em determinadas atividades que se situam na zona cinzenta do que seja atividade-meio e atividade-fim em cada caso.

[24] Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br. Acessado em: 14/07/09.

4.5 A QUINTA REFLEXÃO: A CONFUSÃO ENTRE TERCEIRIZAÇÃO INTEGRAL DA ATIVIDADE-FIM E TERCEIRIZAÇÃO PARCIAL DA ATIVIDADE-FIM

Como se teve a oportunidade de demonstrar com os exemplos anteriores, a maior parte das terceirizações na atividade-fim envolve apenas uma parcela, uma etapa do seu objeto social, e não a sua integralidade.

Essa é uma distinção importante, eis que não seria desproporcional cogitar como um dos limites à terceirização as hipóteses em que todo o objeto social fosse repassado a terceiros, ou quando todas as funções do órgão ou entidade fossem delegadas.

Afinal, nesses casos, seria razoável indagar a razão da existência do órgão ou entidade, já que toda a sua atividade teria sido delegada a um terceiro.

Mas, repita-se: não é isso o que ocorre na maioria esmagadora das situações que envolvem as terceirizações na atividade-fim, que se resumem apenas a uma parcela da atividade que se relaciona diretamente com o objeto social.

Daí porque não parece razoável dar tratamento idêntico a duas situações que são completamente distintas, sendo necessário que a Justiça do Trabalho absorva essa importante diferença para melhor refletir acerca do critério que ora vem sendo adotado de forma absoluta e sem nenhum temperamento, como o que ora se propõe.

5. A CONFUSÃO DO CRITÉRIO ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM E O LIMITE DO CONCURSO PÚBLICO

Muito comum, também, tem sido a argumentação de que a terceirização na atividade-fim de órgão ou entidade da Administração Pública viola o princípio do concurso público[25].

[25] CRISTIANA FORTINI e VIRGÍNIA KIRCHMEYER VIEIRA[25] acolhem essa orientação: *"A primeira premissa é a de que o administrado não pode ficar às voltas com diversas empresas que se revezam ao longo do tempo. As mudanças podem levar á constante substituição das pessoas físicas executoras das tarefas, gerando descontinuidade incompatível com o preceito constitucional. Com efeito, a eficiência fixada na Constituição da República não é alcançada quando se verifica a mutação desenfreada de pessoas na realização de atividade-fim do Estado.A segunda premissa guarda íntima relação com a anterior. A Constituição da República exige concurso público para provimento de empregos e cargos públicos, ressalvados os cargos de provimento comissionado. Em verdade, a Constituição da República dedica alguns dispositivos ao corpo funcional da Administração Pública, narrando seus direitos, estabelecendo regras relativas à estabilidade e à aposentadoria, entre outras. Com tais dispositivos, a Constituição da República de 1988 afirmou a importância da massa*

A orientação pacificada do Egrégio Tribunal de Contas da União aponta neste sentido:

> *"A esse respeito, a jurisprudência destas Corte é assente no sentido de que a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade-fim da administração ou às suas categorias funcionais caracteriza terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional de concurso público nas admissões (CF, art 37, II) e não justifica nem mesmo em razão de déficit de pessoal."*[26]
>
> *(...)*
>
> *"É inconstitucional a terceirização de atividades que integrem as atribuições finalísticas de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, em razão da burla à exigência constitucional de admissão de servidores ou empregados mediante concurso público."*[27]

Não parece que o princípio do concurso público se constitua em óbice à terceirização da atividade-fim.

Isso porque o que se pretende evitar – seja na atividade-meio ou na atividade-fim – é a coexistência de servidores efetivos e servidores terceirizados.

Trata-se de preocupação legítima, eis que cabe ao administrador definir a forma de organização dos serviços, o que tanto pode se viabilizar por meio de uma carreira estruturada em cargos efetivos ou por intermédio da contratação de prestação de serviços.

---

trabalhadora, responsável pelo movimento da máquina administrativa. Ao se dedicar à matéria, o legislador constituinte acabou por inibir qualquer dúvida quanto à exigência de que as atividades tipicamente estatais sejam desenvolvidas por mão-de-obra cuja relação com o Estado não se estabeleça de forma precária. Aprovados em concurso público, procedimento que visa também operar o princípio da impessoalidade, os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo e os empregados públicos passam a pertencer ao quadro de profissionais aos quais incumbem tarefas que afetam a coletividade.Por fim, não se compatibiliza com a Constituição da República a entrega de atividade intimamente ligada ao Estado a pessoas com as quais este não mantém vínculo jurídico. A validade da terceirização contratada pela Administração Pública condiciona-se, sobretudo, à apuração da essência da missão repassada aos empregados da empresa contratada. Tratando-se de atividade-fim, a terceirização deve ser compreendida como inaceitável. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. *In* FORTINI, Cristiana (Org.) Terceirização na Administração: Estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 28-30.

[26] AC – 2084-41-07/P, Relator: Ministro Benjamin Zymler.

[27] AC - 0341-08/09-P, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Veja-se, ainda, os seguintes precedentes. Decisão 25/2000 e os Acórdãos 1.815/2003 e 2.085/2005.

Essa é, de longa data, a lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO[28]:

> *"Em pronunciamentos anteriores, já me manifestei no sentido de que a Administração tanto pode se valer da criação de cargos ou empregos públicos – CF, art. 37, I e II – ou da contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos – CF, art. 37, XXI, Lei nº 8.666/93, art. 6º, II, e Código Civil, art. 1.216. Ambas as opções têm sede constitucional, não se presumindo, pois, burla na opção discricionária, constitucionalmente assegurada ao Chefe do Poder Executivo no exercício da função de direção superior da Administração Pública."*

A coexistência de servidores efetivos e terceirizados é indesejável e pode, de fato, violar o princípio do concurso público, no mais das vezes, criando, principalmente, disparidades remuneratórias entre agentes que executam a mesma função

Apenas situações excepcionais, temporárias e devidamente justificadas poderiam, em tese, autorizar essa situação de um mesmo serviço ser executado por concursados e terceirizados.

Mas o fato é que essa premissa é aplicável tanto à atividade-meio como à atividade-fim, como se vê expressamente do § 2º do art. 1º do Decreto n.º 2.271, de 07.07.97 - que dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal. Veja-se o teor da norma:

> *"§ 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."*

Note-se que o dispositivo não faz referência à natureza da atividade, se meio ou fim. A diretriz – frise-se correta - é que não podem ser terceirizados serviços cujas atividades sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade.

Assim, nada obsta que o administrador, no exercício de sua competência discricionária, entenda que determinada atividade – ainda que

[28] Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 342.

finalística – será melhor desempenhada por meio de contrato de prestação de serviços do que por meio de servidores ocupantes de cargo efetivo.

Contudo, essa opção, para que se torne legítima, depende de que os cargos sejam extintos total ou parcialmente no âmbito do quadro geral de pessoal, justamente com vistas a evitar a indesejável coexistência de servidores concursados e terceirizados.

Lembre-se, ainda, que essa competência discricionária do administrador é balizada pelo princípio da eficiência, como será abordado no próximo item. Com efeito, quando se tem o princípio da eficiência como fundamento dessa tomada de decisão, não se quer dizer que devam ser valorados apenas os aspectos econômicos, mas, em especial, o dever de buscar os melhores resultados na execução daquela determinada atividade, com vistas a identificar a forma pela qual melhor será atendido o interesse público.

6. O LIMITE E O FUNDAMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Se o critério atividade-meio e atividade-fim não é, como aqui se demonstra, o limite adequado para diferenciar uma terceirização lícita de uma ilícita, cabe propor os parâmetros adequados para as contratações de prestação de serviço que envolvam a Administração Pública.

O primeiro limite norteador das terceirizações nas atividades administrativas envolve o poder de império estatal, ou seja, aquelas atividades que exigem atos de império e de autoridade, como, por exemplo, segurança, fiscalização, regulação e poder de polícia.

Essas são atividades estatais que, em sua essência, dependem que as autoridades administrativas estejam investidas com prerrogativas públicas necessárias à satisfação dos interesses públicos tutelados e que, portanto, não podem ser delegadas a agentes privados que não ostentem tal condição.

Mais uma vez, recorra-se à lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO[29]:

> *"A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo público e provido por um servidor selecionado por concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do Poder Público, notadamente as que*

[29] Direito administrativo das concessões. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 331

exigem manifestação de poder de império (política, fiscalização, controle, justiça).”

Essa diretriz encontra-se assentada no art. 4º, inciso III, da Lei n.º 11.079, de 30.12.04, que trata das parcerias público-privadas:

“Art. 4º - Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.”

O fato dessa diretriz estar contida em uma legislação específica – no caso das parcerias público-privada – não afasta a idéia de que se trata de uma premissa aplicável a todas as hipóteses de delegação de atividades estatais, o que inclui, também, as terceirizações.

Outro limite identificável às terceirizações são as carreiras com assento constitucional[30].

Aqui, trata-se de uma opção do legislador constituinte originário, que entendeu que determinadas atividades dependeriam de uma carreira estruturada para melhor satisfação daqueles interesses públicos.

[30] JUAREZ FREITAS explica esse núcleo de carreiras essenciais ao Estado[30]: *“(a) Há Carreiras essenciais ao funcionamento do Estado, o que determina regime de natureza institucional com a estabilidade qualificada do art. 41 da CF, sem aplicação, no caso, da hipótese trazida pelo art. 169, §4º, CF. (b) Somente pessoa jurídica de direito público pode exercer competências privativas da Administração, uma ez que estas se inserem no âmbito indelegável da “utilização de poderes de soberania” (“Ausübung hohetsrechlicher Befugnisse”).(...)(d) Reformas normativas deveriam deixar estampada a linha de independência e autonomia das Carreiras típicas de Estado, especialmente ao deixar claro que os cargos de chefia, diretamente envolvidos com “atividade-fim”, ao menos de modo preferencial, deveriam ser ocupados por membros de Carreira, dada a essencialidade das tarefas e das garantias correspondentes.(...) (g) Quando se medita sobre o sentido finalístico da assertiva de que determinadas Carreiras típicas são essenciais ao funcionamento do Estado, percebe-se que a intenção protetiva seria meramente nominal se desacompanhada de provisões orçamentárias livres da errática manipulação de governos e partidos. O que se quer é que haja agentes estatais típicos, inclusive na esfera regulatória, cuja atuação seja marcada pela imparcialidade, pela autonomia e pelas garantias institucionais qualificadas do Estado respeitador do direito fundamental à boa administração pública. Se se evoluir nesse rumo de afirmação do Estado que não se desdestina pelas forças invisíveis do mercado e das paixões políticas transitórias, a presente crise regulatória mundial não terá sido em vão.”* . Carreiras de Estado e o direito fundamental à boa administração pública. Interesse Público, v. 53, 2009, pp. 27-28.

E essa não foi uma escolha aleatória, já que a maior parte das carreiras estruturadas na Constituição Federal engloba atividades típicas estatais que demandam prerrogativas de autoridade ou que dependem de uma independência funcional indispensável para sua correta consecução.

Esses são, a nosso ver, os dois limites que norteiam as terceirizações. Afasta-se, assim, o critério da natureza da atividade[31].

Importante, também, verificar o fundamento da terceirização.

A terceirização tem como premissa e fundamento básico o princípio da eficiência, previsto expressamente no art. 37, *caput,* da CF.

O que se quer dizer é que a decisão em terceirizar ou não um serviço não pode ser orientada por critérios políticos, ou mesmo influenciada por questões de ordem ideológica.

A motivação da tomada de decisão, repita-se, é o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), lastreado em uma racionalidade técnica e econômica que demonstre o melhor formato para a organização daquela determinada prestação de serviços, sempre com vistas a melhor atender ao interesse público.

Essa diretriz já se encontra prevista no art. 2º do mencionado Decreto n.º 2.271, de 07.07.1997. Confira-se o teor da norma:

> *"Art. 2º - A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:*
>
> *I – justificativa da necessidade dos serviços;*
>
> *II – relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;*

[31] Registre-se, por oportuno, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4059/08 do deputado Eduardo Moura, que autoriza as empresas a terceirizarem atividade-fim. A idéia é acrescentar o art. 594-A ao Código Civil nos seguintes termos: *" Art. 594-A – O contrato pode versar sobre a prestação de serviços ligados às atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante*." Esta pode ser a solução adequada para resolver o problema, mas cabe lembrar que a Justiça do Trabalho, mesmo diante da expressa previsão do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, que afasta a responsabilidade do contratante pelos encargos trabalhistas do contratado, firmou entendimento, também no Enunciado 331 do TST, que subsiste essa responsabilidade subsidiária. Em outras palavras, o que se que dizer é mesmo diante de uma possível alteração legislativa, não se pode afirmar se a Justiça do Trabalho aquiesceria com a possibilidade de terceirização da atividade-fim da empresa. Lembre-se que essa norma, caso viesse a ser editada, poderia ser aplicada à Administração Pública com fundamento no art. 54 da Lei n.º 8.666/93.

III – demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis."

A referida norma é de extrema importância, pois fixa a idéia de que a decisão em terceirizar ou não determinado serviço, bem como a forma de fazê-lo, não é livre, mas dependente de estudos e avaliações técnicas e econômicas que revelem ser essa a opção que maximiza a racionalidade técnica e econômica desejadas e que, portanto, melhor atenderá ao interesse público inerente àquele serviço.

7. CONCLUSÕES

De tudo que foi dito, é possível sintetizar as seguintes conclusões desse breve estudo:

a-) o critério atual para diferenciar as terceirizações lícitas das ilícitas, seja no setor privado ou no setor público, envolve a natureza da atividade (se meio ou fim);

b-) esse critério não tem sede na Constituição Federal, no Decreto-Lei n.° 200/67, na Lei n.° 8.666/93, no Código Civil e tampouco na CLT; o responsável pela fixação desse parâmetro foi a Justiça do Trabalho, por intermédio do Enunciado 331 do TST;

c-) não cabe à Justiça do Trabalho fixar limites para a terceirização, mormente no âmbito da Administração Pública. Trata-se de flagrante violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2°, da CF), sendo esse um exemplo do ativismo normativo por meio do qual o Poder Judiciário suprime lacunas normativas disciplinando temas que caberiam ao Poder Legislativo;

d-) isso não quer dizer que a Justiça do Trabalho não tenha um relevante função na repressão as fraudes aos direitos dos trabalhadores, em especial nos ilegais contratos de fornecimento de mão-de-obra para a Administração Pública, na qual não são oferecidos serviços específicos e especializados, mas "pacotes" de serviços. O foco é a pessoa, e não o serviço, o que contraria frontalmente a essência da terceirização;

e-) inseridas as terceirizações em um conceito mais amplo de delegação, verifica-se que esse critério atividade meio/fim somente serve ao contrato de prestação de serviços (terceirizações). As concessões comuns de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas, os contratos de gestão e os termos de parceria celebrados no âmbito do terceiro setor são exemplos

típicos de ajustes nos quais o Estado delega atividades finalísticas, sem que esse critério seja cogitado como impeditivo;

f-) não há um critério seguro para diferenciar atividade-meio de atividade-fim. Não raro é inviável pretender engessar e separar em campos opostos tais atividades. A atividade empresarial é dinâmica e muitas vezes o processo produtivo se interliga de tal maneira que fica impossível uma separação nítida entre meio e fim. As mutações das técnicas de produção, que decorrem do processo cada vez mais acelerado de evolução tecnológica, mostram a insuficiência do critério como norte seguro para as terceirizações; existem, como nos exemplos fornecidos no trabalho, uma zona cinzenta que cria um indesejável ambiente de insegurança jurídica;

g-) há um absoluto descompasso entre o critério e o mundo dos fatos. Existem vários contratos nos quais a Administração Pública delega, por meio de terceirizações, determinadas atividades finalísticas e sequer há essa percepção, inclusive pelos órgãos de controle. O critério se encontra distanciado dos fatos sociais e não acompanha as profundas transformações que ocorreram nas relações de trabalho. Existem várias atividades finalísticas da Administração Pública que podem ser objeto de delegação sem que isso vulnere nenhum princípio ou norma do ordenamento jurídico pátrio;

h-) no mais das vezes, o que se tem é uma terceirização de parcela da atividade-fim e não de sua totalidade. Esse é um aspecto relevante, eis que, em tese, o que poderia ser repudiado é a terceirização integral das funções do órgão ou entidade. Não é, repita-se, o que ocorre, já que grande parte dessas terceirizações envolve uma parcela da atividade-fim e não a sua integralidade. A Justiça do Trabalho, contudo, não tem ponderado esse aspecto e vem tratando o tema de forma indiscriminada e sem nenhum temperamento;

i-) há uma confusão desse critério e o princípio do concurso público. Isso porque o que se pretende evitar – seja na atividade-meio ou na atividade-fim – é a coexistência de servidores efetivos e servidores terceirizados. Trata-se de preocupação legítima, eis que cabe ao administrador definir a forma de organização dos serviços, o que tanto pode se viabilizar por meio de uma carreira estruturada em cargos efetivos ou por intermédio da contratação de prestação de serviços. Mas o fato é que essa premissa é aplicável tanto à atividade-meio como à atividade-fim, não havendo nada que impeça o administrador, no exercício de sua competência discricionária optar pela melhor forma de organização do serviço com vistas a atender ao interesse público;

j-) essa decisão do administrador não é livre; o fundamento da terceirização é o princípio da eficiência, devendo restar demonstrada a sua vantajosidade por meio de estudos técnicos e econômicos e não por critérios políticos ou ideológicos;

k-) quando se menciona o princípio da eficiência como fundamento dessa tomada de decisão, não se quer dizer que devam ser valorados apenas os

aspectos econômicos, mas, em especial, o dever de buscar os melhores resultados na execução daquela determinada atividade, com vistas a identificar a forma pela qual melhor será atendido o interesse público;

l-) se o critério da atividade meio/fim não é o adequado para diferenciar as terceirizações lícitas das ilícitas é preciso sugerir os parâmetros que devem nortear e limitar as terceirizações;

m-) o primeiro limite das terceirizações envolve o poder de império estatal, ou seja, aquelas atividades que exigem atos de império e de autoridade, como, por exemplo, segurança, fiscalização, regulação e poder de polícia. Essas são atividades estatais que, em sua essência, dependem que as autoridades administrativas estejam investidas com prerrogativas públicas necessárias à satisfação dos interesses públicos tutelados e que, portanto, não podem ser delegadas a agentes privados que não ostentem tal condição;

n-) o segundo limite das terceirizações refere-se às carreiras com assento constitucional. Aqui, trata-se de uma opção do legislador constituinte originário, que entendeu que determinadas atividades dependeriam de uma carreira estruturada para melhor satisfação daqueles interesses públicos. E essa não foi uma escolha aleatória, já que a maior parte das carreiras estruturadas na Constituição Federal engloba atividades típicas estatais que demandam prerrogativas de autoridade ou que dependem de uma independência funcional indispensável para sua correta consecução;

o-) esse é um problema complexo e que não se resolve por um critério simplista e reducionista como o proposto pela Justiça do Trabalho. A matéria não é apenas do domínio da Ciência do Direito, mas afeta à Ciência da Administração e à Economia, estando, via de conseqüência, sujeita às constantes mutações tecnológicas e alterações nas relações de trabalho.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

GARCIA, Flavio Amaral. A RELATIVIDADE DA DISTINÇÃO ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO NA TERCEIRIZAÇÃO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-FLAVIO-AMARAL.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.