Número 8 – dezembro 2006 / janeiro/fevereiro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil

O PERFIL DO DIREITO ADMINISTRATIVO ATUAL E O EMPREGO DA TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Profa. Cristiana Fortini
Doutora em Direito Administrativo pela UFMG; Professora e Coordenadora do Curso de Direito Unicentro Izabela Hendrix; Professora dos Cursos de Pós-graduação do Centro de Atualização em Direito - CAD; da Escola Superior do Ministério Público e do Curso INC; Diretora da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte.

O Direito Administrativo da exorbitância está a definhar.

Tal fato decorre da idéia, por alguns defendida, de que precisamos implementar, com urgência, a releitura do contrato social, para dotar o Estado de técnicas mais modernas, retirando sua arrogância, fortalecendo o funcionamento dos serviços públicos e fornecendo à comunidade mecanismos de controle, para que esta assuma o papel que lhe cabe.1

A flexibilidade, especialmente no que diz respeito às relações do Estado com os particulares, é considerada traço essencial do atual Direito Administrativo, embora não seja possível desenhá-lo com nitidez.

Todavia, ainda que, em apego à busca da flexibilidade, sejam incrementadas novas formas de parceria, com a crescente entrega a particulares atividades até recentemente consideradas indelegáveis, o Direito Administrativo sobrevive como instrumento de proteção do indivíduo em face do Estado, diversamente do que parecia ser seu destino, quando de seu

1 Opiniões contrárias também se apresentam. Defensores da contínua participação do Estado em diversos setores, não somente como fiscalizador, mas como executor de tarefas, sejam elas serviços públicos ou a atuação empresarial, também há.

aparecimento

É que a ruptura com o Estado-providência, no caso brasileiro, não se faz de forma absoluta. Não podemos olvidar que o texto constitucional não possui perfil liberal.

A erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.2

Vale lembrar que os fundamentos do Estado Democrático de Direito, enumerados no artigo que inaugura o texto constitucional, comprovam a preocupação com o indivíduo, não podendo o Estado se furtar, entre outras coisas, de sua missão de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Ainda que se observe que a exploração da atividade econômica pelo Estado esteja jungida ao cumprimento de um dos requisitos fixados no texto constitucional,3 reafirma-se-lhe a condição de agente normativo e regulador,4 assim como se delimitam princípios que devem nortear a ordem econômica, com a cristalina preocupação de coibir o capitalismo selvagem que traduza descompromisso com valores consagrados na Carta Magna, como justiça social.

Logo, a visão de que o Direito Administrativo acabará por ter seu campo de atuação reduzido, em face de um Estado diminuto, não prevalece, por mais este argumento. Ocorre, é verdade, a substituição da concepção puramente administrativa da gestão da coisa pública por modelo que valoriza a satisfação dos administrados, atribuindo a devida atenção à relação entre o Poder Público e os particulares.

O cenário de mudanças exige a investigação de novas formas de atuação que podem significar melhora na atuação administrativa, sem perder de vista a natureza do Texto Constitucional.

A terceirização surge, no contexto, como instrumento de que pode se valer o Estado para a melhoria da gestão do interesse público.

A terceirização costuma ser definida como processo de gestão empresarial que consiste na transferência para terceiros de serviços que, originalmente, seriam executados dentro da própria empresa.

---

2 Art. 10, c/ c art. 3,0 ambos da Constituição da República de 1988.

3 Assim estabelece o art. 173 da Constituição da República de 1988. De acordo com a referida norma, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

4 O art. 174 da Constituição da República de 1988 atribui ao Estado a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Com a terceirização, libera-se a empresa da realização de atividades, permitindo a concentração de esforços em segmentos considerados mais relevantes. A terceirização ampara-se na idéia de eficiência, permitindo, ainda, em tese, a redução de custos5.

Sérgio Pinto Martins lembra que a terceirização chegou ao Brasil por intermédio das multinacionais, com relevo para a indústria automobilística, que contratava terceiros para a produção de componentes do automóvel, e centrava seu foco na reunião das peças para a montagem [mal do veículo. (2000)

Até recentemente, a terceirização preocupava os estudiosos do Direito Civil e do Direito do Trabalho, em face do seu emprego cada vez mais crescente no campo da iniciativa privada.

Porém, a resistência à hipertrofia do Estado tem suscitado investidas destinadas a reduzir seu tamanho. As buscas por parcerias que proporcionem a colaboração de particulares e o redesenho do aparato estatal tornam-se cada vez mais freqüentes.

A terceirização aparece como fórmula para a prestação indireta de atividades, antes desempenha das diretamente pela Administração Pública.

Entre aqueles que se posicionam favoravelmente à terceirização, é de se destacar Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem:

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em perfeita consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito positivo pátrio, em breve complementarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância. (1996, p.11)

Efetivamente, o esgotamento dos recursos públicos para o manciamento da totalidade das ações empreendidas pelo Estado incentiva a utilização da terceirização pela Administração Pública.

Mas, a febre da terceirização precisa ser controlada, já que seu emprego não pode se operar indistintamente.

Os administradores públicos, seduzidos pela agilidade e pela informalidade do setor privado, têm se valido da terceirização em descompasso com o ordenamento jurídico.

As dificuldades do setor público não legitimam o sacrifício dos

5 A redução de custos não é resultado certo da terceirização. Há situações em que a terceirização acarreta aumento de custos.

dispositivos e princípios constitucionais. Por mais que devam ser perseguidas soluções para a satisfação dos cidadãos, algumas premissas exigem observância.

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 à constante substituição das pessoas físicas executoras das tarefas, gerando descontinuidade incompatível com 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.6

Com tais dispositivos, a Constituição da República de 1988 afirmou a importância da massa trabalhadora, responsável pelas atividades estatais. 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 atuar 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 outro lado, soa evidente a burla à regra do concurso público, procedimento que objetiva evitar o apadrinhamento. A terceirização, ainda que precedida de licitação, não inviabilizará a escolha pelo administrador público das pessoas que serão contratadas pela empresa contratada, que, para manter o pacto, aceitará de bom grado a interferência.

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.7

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

---

6 Mesmo quando se adota o regime celetista não se pode falar em precariedade do vínculo, uma vez que a dispensa só pode ser admitida quando norteada pelos princípios que guiam a atividade administrativa.

7 Carlos Pinto Coelho Motta defende ponto de vista diverso. Para o autor, sob o prisma constitucional, não há impedimento para a utilização da terceirização, porque a Constituição da República não distingue os serviços que admitem execução por terceiros, vedando-se ao intérprete fazê-lo. (1997)

terceirização deve ser compreendida como inaceitável.8

Não se trata de ver aplicada, na esfera administrativa, a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. A vedação contida na referida Súmula quanto à utilização da terceirização para atividade-fim talvez não seja bastante para atingir a Administração Pública, não existissem as razões acima apontadas, capazes de inviabilizar a celebração de contratos de terceirização qualquer que seja a atividade em pauta.9

O problema não é a falta de lei a autorizar a terceirização na esfera pública. O Decreto-Lei.n. 200/67, em seu art. 10, § 7°, já possibilitava a utilização da terceirização no âmbito da Administração Pública.10 A atual Lei de Licitações explicita a possibilidade de execução indireta.11

A dificuldade está em que a terceirização, por maior racionalidade econômica que possa implementar, admitindo-se o argumento como verdadeiro, não traduz alternativa ao provimento dos cargos efetivos e empregos públicos, via concurso público.12

A ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade basta para que a invalidade esteja configurada.

---

8 Certamente não há como desconsiderar a redação do art. 197 da Constituição da República, segundo o qual, "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Entretanto, não há como enxergar na norma autorização para que todos os serviços ligados à saúde sejam privatizados, mediante terceirização. A participação de terceiros fuz-se possível em caráter de complementaridade da atuação estatal, jamais em caráter substitutivo.

9 Marcos Juruena Villela Souto argumenta que a autonomia dos Estados para a organização de seus serviços e a sujeição de seus servidores ao regime estatutátio excluem a Administração Pública da jurisdição especial e do Direito do Trabalho.(2001)

10 O art. 10 § 7° do Decreto-Lei n. 200/67 fixava que "Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coomenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas 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."

11 Os contratos de terceirização no ãmbito da Administração Pública são ajustados, usualmente, sob a fórmula de contratos de prestação de serviços técnicos, para que lhes seja conferida superficial aparência de validade. O dispositivo (além do art. 1° da mesma Lei n. 8.666/93) em que se apóiam os referidos contratos é o art. 6°, inciso VIII, que prevê a possibilidade de execução indireta dos serviços.

12 Toshio Mukai exemplifica a utilização indevida da terceirização por São Paulo, fazendo referências aos contratos relacionados ao transporte coletivo, em que o pagamento das empresas "terceirizadas" se faz pelo próprio ente político, embora o art. 30 da Constituição da República fixe que tal serviço público se presta diretamente ou sob regime de concessão e permissão. O autor recorda, ainda, o desmantelamento do setor de saúde pública com a introdução do PAS e a tentativa de levar a efeito a transferência da responsabilidade pela cobrança de divida ativa, concentrada na Procuradoria Geral do Município, para escritórios particulares. A polêmica a respeito da terceirização dos serviços jurídicos ganha crescente espaço. Ângela Cristina Pelicoli combate a terceirização da cobrança de dívida ativa. Aduz a autora caber ao Estado realizar o bem comum de seu povo, pelo que a terceirização de tal tarefa encontra obstáculo, por se tratar de atividade de competência exclusiva do Estado (1999).Diógenes Gasparini afirma, por sua vez, que entende que todo serviço necessário a manter viva a presença da Administração Pública pode ser entregue à cura de estranhos, uma vez que a Constituição da República não distingue entre os serviços que podem ou não ser contratados com terceiros. O autor admite, pois, a terceirização dos serviços jurídicos de natureza jurisdicional ou administrativa.(1999)

Não perdura o argumento de que, permitida a concessão de serviços públicos, permitida estaria a terceirização da mesma atividade.

No contrato de terceirização não estão presentes as cláusulas que reproduzem as prerrogativas públicas, indispensáveis para a supremacia do interesse público, e que, por tal razão, foram contempladas para a concessão. A intervenção, fixada no art. 32 da Lei n. 8.987/95, não encontra espaço no contrato de terceirização.13

Na terceirização também não são conferidos ao contratado os poderes de que as concessionárias dispõem, em face da Lei n. 8.987/9514.

Nos contratos de prestação de serviço, o prestador assume a posição de simples executor material, permanecendo o Poder Público como responsável direto pela atividade. Não há relação jurídica entre o usuário do serviço e a empresa que o presta, uma vez que a remuneração da contratada se faz diretamente pelo Poder Público. Na concessão de serviço público, o dever de oferecer o serviço recai sobre a concessionária, que é remunerada pelo próprio usuário.15

É preciso dizer que a noção de serviço da Lei n. 8.666/93, prevista no art. 6°, inciso II, impede acolher como válida toda e qualquer atividade contratada pela Administração Pública com terceiro. A despeito de a norma exemplificar algumas atividades que podem ser consideradas como serviços e, por isso, objeto de execução indireta, de acordo com o inciso VIII do mesmo art. 6°, extrai-se perfil para as atividades que podem ser transferidas, via terceirização.16 São, indubitavelmente, atividades de caráter acessório.

O Decreto Federal n. 2.271, de 7 de julho de 1997, que dispõe sobre contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, admite, em seu art. 1 °, a execução indireta de atividades, desde que acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. O § 1 ° do referido art. 1 ° exemplifica algumas atividades que podem ser objeto de execução indireta17, enquanto o § 2° impede sejam terceirizadas atividades inerentes às

---

13 Mesmo que se advogue a idéia de sua inclusão no contrato de terceirização, a possibilidade de discussão judicial e de sucumbência por parte do ente concedente existe.

14 Refiro-me às prerrogativas de instituir servidão administrativa e de promover desapropriação, mencionadas no art. 18, inciso XII da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

15 Mesmo que o ente concedente não possa se livrar da responsabilidade pelos danos causados aos usuários pela concessionária (responsabilidade subsidiária) e mesmo que possa existir fonte alternativa de remuneração da concessionária, há indiscutível relação entre a concessionária e o administrado. A questão da remuneração da concessionária e da responsabilidade do ente concedente será objeto de maior explanação no momento adequado.

16 O art. 6°, inciso n, da Lei n. 8.666/93 define serviço como atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

17 Nos termos do art. 1°, § 1° as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios,

categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, com infeliz e inconstitucional ressalva quanto à existência de previsão legal que assim permita e ainda quando extintos os cargos.

Na área de telecomunicações, a Lei n. 9.472/9718 expressamente autoriza a contratação de terceiros, mas salienta que estes contratos não poderão ter como objeto a fiscalização que, em resumo, é a função essencial da entidade.

Assim, mesmo que a terceirização possa traduzir instrumento compatível com a busca da flexibilidade, ajustando-se ao Direito Administrativo da Parceria, devem ser observadas condições, a fim de que não se utilize o contrato ilimitadamente. Não se pode celebrar o contrato para a delegação de atividades tipicamente estatais e mesmo para as, tarefas acessórias seu uso deve ser analisado para se identificar se produz vantagens reais e sobretudo para que se apure se há ou não contrariedade ao princípio da eficiência e da impessoalidade.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Antônio Augusto. Reforma do Estado: uma necessidade/. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 25, p. 17-30, out/ dez. 1997

BANDEIRA DE MEILO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado Social 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BUWS, Uadi Lammêgo. Reforma Administrativa- Primeiras Impressões. Boletim de Direito Administrativo, p. 704-724, nov., 1998.

CHEVALIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. Revista do Serviço Público, n.3, v.120, p. 35-58, set./ dez., 1996.

CRETELLAJÚNIOR,José. E_quemas privatísticos no Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 24, n. 96, out./ dez. 1987.

DAILARI, AdílsonAbreu. Conceito de Serviço Público. Revista Trimestral de Direito Público, n. 15, p. 112-117, 1996.

---

equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

18 De acordo com o art. 59 da Lei n. 9.472/97 "A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio."

Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. Revista Trimestral de Direito Público, v. 24, pp. 71 e 77.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia e outras formas. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999

FREITAS, J uarez. Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros, 1995.

HARGER, Marcelo. Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência. Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-161, jul./ set. 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 4a ed São Paulo: Atlas, 2000.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista Interesse Público, n. 7, p. 70-71, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Artigo Coordenação gerencial da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v 214 p. 50.

O sistema da parceria entre os setores público e privado. execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos. Boletim de Direito Administrativo, p. 75-81, fev.,1997.

Tendências da Administração Pública. Direito Administrativo na Década de 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Terceirização- Serviços Jurídicos-Cadastramento Inexigibilidade de procedimento licitatório- Boletim de Licitações e Contratos, p. 231-244, maio/jun

MUKAI, Toshio. Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

PELICOLI, Angela Cristina. A impossibilidade da terceirização da cobrança da dívida ativa, Revista de Informação legislativa, n. 142, p. 341-345, abr/jun. 1999.

PEREIRA, Marcelo. O Serviço público na atualidade, 1993. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Uni versidade de São Paulo, São Paulo.

PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e Subsidiariedade. Revista de Informação Legislativa, Brasilia, ano 37, n. 147, jul-set. 2000.

POLÔNIO, Wilson Alves. Terceirização- aspectos legais) trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas. 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./ set. 1997.

SILVA, Júlio César. Reforma Administrativa Brasileira e a Terceirização no Setor Público. Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 13-30, jul./ set. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2001

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

TÁCITO, Caio. O Retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./ dez. 1995.

Direito Administrativo participativo. Boletim de Direito Administrativo, v. 12, p. 808/812, dez. 1997.

A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 3, jan/ mar. 1999.

Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. Revista Jurídica: Administração Municipal. Salvador, Ano lU, n 6, p. 10.

WALD, Arnoldo. Novas tendências do direito administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v 202, p. 43-47, out/ dez, 1995.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FORTINI, Cristiana. O Perfil do Direito Administrativo Atual e o Emprego da Terceirização pela Administração Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 8, dezembro 2006./ janeiro/fevereiro 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.