A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA NOVA LEGISLAÇÃO EM MATÉRIA.

Matheus Guerra Takada (IC) e Francesca Columbu (Orientadora)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, analisar como a terceirização é regulamentada na Administração Pública, bem como a existência de dispositivos constitucionais sob ameaça de violação, ante a utilização da terceirização por entes públicos, como a exigência de concurso público e os princípios administrativos da eficiência e da impessoalidade, devendo assim, serem analisados os impactos da terceirização em relação a Constituição Federal e os princípios que regem o Direito Administrativo. Considerando ainda, os impactos que o fenômeno causa perante a coletividade dos trabalhadores, bem como sua representatividade pelo sindicato profissional, que é seu principal aliado na tutela de seus direitos sociais, verificando ainda, as condições de saúde e segurança do trabalho, a qual estes trabalhadores estão sujeitos.

Palavras-chave: terceirização; terceirização setor público; outsourcing; interesse coletivo.

ABSTRACT

The present work aims to analyze how outsourcing is regulated in the Public Administration, as well as the existence of constitutional provisions under threat of violation, in view of the use of outsourcing by public entities, such as the requirement of public tender and the administrative principles of efficiency and impersonality, so the impacts of outsourcing in relation to the Federal Constitution and the principles that govern Administrative Law should be analyzed. Considering also, the impacts that the phenomenon causes before the collective of workers, as well as its representation by the professional union, which is its main ally in the protection of their social rights, also verifying the health and safety conditions at work, which they workers are subject.

Keywords: outsourcing; public sector outsourcing; outsourcing; collective interest.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é um fenômeno jurídico crescente nas relações de trabalho. Passou por modificações relevantes nos últimos anos, considerando a edição das Leis 13.429/17 e 13.467/67, a Tese 725 do STF, fixada em 2018 e pela edição do Decreto 9.507/2018.

Diante disso, se faz necessária uma análise da forma com que o Decreto 9.507/2018, regulamenta a terceirização na Administração Pública, verificando quais foram as mudanças em relação ao seu antecessor, o Decreto 2.271/97, observando quais são as atividades em que pode ocorrer, bem como suas modalidades e dispositivos contratuais obrigatórios.

Ademais, também é estudada a forma com que deve ocorrer a fiscalização, e quais atitudes a Administração Pública deverá tomar diante do inadimplemento por parte da empresa contratada, bem como ela poderá ser acionada, mediante a responsabilidade subsidiária, perante a Justiça do Trabalho.

Destarte, também serão analisados os aspectos jurisprudenciais, em decorrência da Tese 725 do STF, bem como o que foi decidido no julgamento da ADC 16, por aquela Suprema Corte, que estabeleceu normas para que a Administração Pública pudesse ser responsabilizada, bem como a Súmula 331 do TST, que versa de forma específica sobre a terceirização também no setor público.

Além disso, é fundamental aqui ressaltar que existem dispositivos constitucionais que ficam sob ameaça de violação ante a utilização da terceirização por entes públicos, tais como a exigência de concurso público e os princípios administrativos da eficiência e da impessoalidade, devendo assim, serem analisados os impactos da terceirização ante a Constituição Federal e os princípios que regem o Direito Administrativo.

Será feita uma análise dos aspectos formais do Decreto 9.507/2018, analisando se houve violação a princípios e normas constitucionais, tal como o abuso do exercício do poder regulamentar, concedido ao Presidente da República.

Finalmente, é de suma importância, o estudo sob a forma com que os direitos sociais são abordados perante a terceirização, se há o seu devido cumprimento, bem como se são asseguradas condições dignas para que os trabalhadores terceirizados exerçam suas atividades. Considerando ainda, os impactos que causa perante a coletividade dos trabalhadores, bem como sua representatividade pelo sindicato profissional, que é seu principal aliado na defesa de seus direitos, verificando ainda, as condições de saúde e segurança do trabalho, a qual estes trabalhadores estão sujeitos.

Neste diapasão, a finalidade que se busca atingir com o presente trabalho é proporcionar à comunidade jurídica, uma análise da terceirização do setor público, levando em consideração questões de Direito Constitucional e Administrativo, bem como aspectos inerentes aos direitos sociais dos trabalhadores, tais como a isonomia salarial, o enquadramento sindical e as medidas de proteção a sua saúde e a segurança do trabalho, evitando assim, acidentes e doenças do trabalho.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 A terceirização no setor público à luz da legislação em vigor

A terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, teve sua origem no final da década de 60 e início dos anos 70 do século passado, justamente no âmbito da Administração Pública, por meio da edição do Decreto-Lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, de modo que, os entes públicos passaram a ter permissão para, por meio da execução indireta, realizar a delegação de atividades consideradas secundárias, como por exemplo, a limpeza e conservação dos prédios públicos a empresas privadas.

Com o passar dos anos, seguindo inclusive uma tendência mundial, o instituto foi recebendo tratamento mais permissivo, sendo admitido sob a forma de trabalho temporário (Lei 6.019/74), com a finalidade de suprir o crescimento da demanda ou a ausência de trabalhador efetivo; de forma permanente, na prestação de serviços de vigilância em estabelecimentos bancários (Lei 7.102/83); posteriormente os serviços de vigilância tiveram permissão para todos os tipos de estabelecimentos (Lei 8.863/94); chegando até a inclusão do item III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que passou a permitir a terceirização das atividades-meio.

Entretanto, a partir do ano de 2017, a terceirização passou a ser ter regulamentação ainda menos restritiva, passando a ser permitida em todas as atividades do tomador de serviços pertencente a iniciativa privada; enquanto no setor público, poderá ocorrer em quase todas as atividades, com exceção apenas as que foram expressamente vedadas pelo Decreto nº 9.507/2018, que regulamenta o § 7º do já citado Decreto-Lei nº 200/67.

Em linhas gerais, de acordo com o artigo 1º do Decreto 9.507/2018, a terceirização no âmbito da Administração Pública, consiste na execução indireta, mediante a contratação de serviços, podendo ser utilizada por entes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, além das empresas públicas, e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Há de ser considerado que o referido Decreto, segue a mesma linha das alterações que foram realizadas pelas Leis 13.429 e 13.467 ambas de 2017, que autorizaram a terceirização de todas as atividades do tomador de serviços, por meio da inclusão do artigo 4º-A na Lei 6.019/74, com o seguinte teor: “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

Ademais, no momento de publicação do Decreto 9.507/2018, foi extremamente oportuno, considerando que apenas três semanas antes, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão em julgamento da ADPF nº 324/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso; e o

juízo do RE nº 958.252/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, de modo que, foi reconhecida a inconstitucionalidade da vedação da terceirização na atividade fim, contida no item III da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. (DELGADO, AMORIM, 2018).

Diante disso, foi firmada a Tese 725 do STF, com o seguinte teor: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Um dos principais aspectos do Decreto 9.507/2018, é que não há mais a indicação das atividades em que a terceirização poderá ocorrer, como fazia seu antecessor, o Decreto 2.271/97, mas sim, apenas são apontadas as atividades em que ela será vedada, resultando, por exclusão, na permissão da terceirização em todas as demais tarefas. (DELGADO; AMORIM, 2018).

A título comparativo, o § 1º do artigo 1º do Decreto 2.271/97, determinava que a execução indireta poderia ocorrer preferencialmente nos serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Já nos termos do artigo 2º, do normativo atual, com redação dada pelo Decreto 10.183/2020, caberá ao Ministro da Economia, editar ato no qual serão listadas as atividades que preferencialmente serão objeto da execução indireta, bastando assim, que a atividade não esteja listada entre as que foram vedadas pelo Decreto 9.507/2018.

Dentre as vedações em específico, elas foram divididas em três blocos, o primeiro que deve ser observado pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional; o segundo que é aplicável as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União; e o terceiro, que prevê vedações a serem observadas por todos os entes públicos listados no artigo 1º.

De um modo mais específico, o artigo 3º proíbe a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, de terceirizar serviços que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle (I); que sejam considerados estratégicos, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias (II); que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção (III); que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (IV).

De acordo com o § 1º, é imposta restrição no sentido de que não poderá ocorrer a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para a empresa prestadora e seus empregados.

Por sua vez, o artigo 4º, promove liberação ainda mais ampla as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, que somente não poderão se utilizar da execução indireta, nos serviços em que será necessário que a contratada se utilize de profissionais com atribuições inerentes a dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários.

Porém, essa única regra possui exceção, nos casos em que haverá violação aos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, além disso, deverão estar presentes, pelo menos uma das hipóteses previstas que são: o caráter temporário do serviço (inciso I); incremento temporário do volume de serviços (inciso II); atualização de tecnologia ou especialização de serviço, que reduzam o custo ou seja menos prejudicial ao meio ambiente (inciso III); ou impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere (inciso IV).

Diante disso, na prática poderão ser terceirizadas as atividades de qualquer natureza, pelo Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, dependendo apenas da justificativa a ser utilizada. (CONAP, 2019).

Quanto as restrições gerais, o artigo 5º determina a vedação da contratação de pessoa jurídica em que o administrador ou sócio com poder de direção tenha relação de parentesco com: detentor de cargo em comissão ou função de confiança com atuação na área responsável pela demanda ou contratação (inciso I); ou ainda, de autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade (inciso II).

Outra inovação importante contida no Decreto 9.507/2018, é a possibilidade de ocorrer a chamada “quarteirização”, na qual uma empresa especializada será contratada, com a finalidade de fiscalizar e controlar a prestação de serviços por terceiros, desde que justificada a necessidade de assistência especializada, ou seja, ela gerenciará as empresas terceirizadas. (OLIVEIRA, 2019).

Visando uma melhor compreensão do instituto, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2019), nos exemplifica a “quarteirização”, como a hipótese na qual uma empresa especializada é contratada para gerenciar a frota de veículos de determinado ente público, que por sua vez, contratará com outras empresas para realizarem serviços como o fornecimento de peças, acessórios, mão de obra e transporte de guincho.

Destarte, também foram previstas cláusulas que obrigatoriamente devem constar no contrato administrativo que tenha como objeto a prestação de serviços, com previsão no artigo 8º e seus incisos, dentre as quais se destacam o condicionamento do pagamento mensal a comprovação do cumprimento das obrigações sociais da contratada (III); que exijam a prestação de garantia, em especial ao pagamento de obrigações de natureza trabalhista, previdenciária e para com o FGTS (VI); que prevejam a verificação pela contratante, do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, em relação aos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados (VII).

Também é muito importante o disposto nos §§ 1º e 2º, pois, caso não sejam apresentados documentos que comprovem o cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e do FGTS, caberá ao ente público contratante, comunicar o fato à contratada, e reter o pagamento mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que seja efetuado o cumprimento das obrigações (§ 1º). Caso a situação não seja regularizada no prazo de até quinze dias, o pagamento poderá ser feito diretamente pelo contratante aos trabalhadores que tenham participado da prestação do serviço contratado (§ 2º). (LEITE, 2019).

Já de acordo com o § 3º do artigo 8º, sempre que ocorrer as hipóteses dos §§ 1º e 2º, o contratante deverá notificar o sindicato profissional, para que ele possa acompanhar o pagamento das verbas trabalhistas que foram inadimplidas.

Nos termos do o § 4º do artigo 8º, o pagamento das obrigações por parte do ente público contratante, não terá a capacidade de configurar vínculo empregatício com o trabalhador terceirizado e não caracterizará a admissão da responsabilidade da Administração por eventuais inadimplementos por parte da empresa contratada.

Ainda sobre em relação a fiscalização da execução dos contratos, o artigo 10 determina que o contratante deverá tomar atitudes com a finalidade de: aferir o cumprimento dos resultados estabelecidos (inciso I); verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas (inciso II); prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, reajuste, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, aplicação de sanções, extinção dos contratos, entre outras, com vistas a assegurar o cumprimento das cláusulas do contrato a solução de problemas relacionados ao objeto (inciso III).

A questão da fiscalização contratual por parte do ente público contratante, se torna um ponto de extrema importância, considerando que, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, de Relatoria do Ministro Cesar Peluzo, decidiu pela constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2019). De um modo mais específico, nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei n.

8.666/93, caso uma empresa que foi contratada por ente público, venha a deixar de cumprir suas obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias e comerciais, não ocorrerá a transferência da responsabilidade pelo pagamento à Administração Pública. (MAZZA, 2019).

Porém, a mesma decisão do STF firmou entendimento de que a responsabilidade do ente público contratante, deveria ser analisada de forma sistêmica e de acordo com cada caso concreto, verificando assim, a culpabilidade da Administração Pública, em decorrência do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar o contrato firmado, caracterizando assim, sua culpa na modalidade “*in vigilando*”. (DELGADO, 2019).

Diante disso, o STF deu ao artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, interpretação em consonância com dispositivos legais que obrigam a Administração Pública a fiscalizar seus contratos, tal como o artigo 58, III da Lei 8.666/93, bem como os princípios da legalidade e da moralidade, inclusive em relação ao cumprimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados. (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Entretanto, existem publicistas que criticam o referido entendimento, pois, entendem que a condenação subsidiária da Administração Pública viola o princípio da legalidade, argumentando ainda, que a obrigação de realizar a fiscalização das condições de trabalho é de competência do Ministério Público do Trabalho e das delegacias regionais de trabalho. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2019).

De qualquer forma, para adequar seu entendimento à decisão do STF, o TST editou o item V de sua Súmula 331, que passou a determinar expressamente que a responsabilidade do ente público contratante, não ocorrerá de forma automática, devendo assim, ser constatada a culpa na modalidade “*in vigilando*”, nos moldes citados acima. (MARTINEZ, 2020).

Ainda de acordo com Luciano Martinez (2020), é importante destacar que a responsabilidade dos entes públicos contratantes se dará apenas na modalidade subsidiária, que é caracterizada pela sucessão de devedores, de modo que, o devedor subsidiário somente poderá ser acionado caso o devedor originário, ou seja, a empresa contratada, não tenha patrimônio necessário para efetuar o pagamento da dívida.

Um problema surge em relação a quais são as verbas abrangidas pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, porque, o parágrafo único do artigo 9º, determina que a Administração Pública não se vinculará as disposições estabelecidas em acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou normas equivalentes que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou nos resultados da empresa contratada (inciso I); matéria não trabalhista, ou que prevejam direitos não previstos em lei (inciso II); preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade (inciso III).

Porém, as referidas estipulações se contrapõem ao item VI da Súmula 331 do TST, no sentido de que “A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

2.2 Da delicada relação entre terceirização laboral e os princípios constitucionais da administração pública

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inovou a Administração Pública, determinando que sejam observados os princípios administrativos, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de prever outras normas a serem observadas, entretanto a terceirização no setor público tem a capacidade de violá-las.

Não muito raramente, por meio da terceirização, são celebrados contratos com a finalidade de obter mão de obra para a Administração Pública, ocultada sob o pretexto de se tratar de contrato de prestação de serviço, em uma tentativa de garantir uma aparente legalidade, surgindo assim, um grave problema, pois os servidores ou empregados públicos, possuem regime constitucional diverso, daqueles que trabalham na iniciativa privada, sendo logo de início, imprescindível a prévia aprovação em concurso público, para a investidura em emprego ou cargo público, na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal. (DI PIETRO, 2019).

Entende-se o concurso público como o procedimento administrativo no qual a Administração Pública, realiza a seleção dos candidatos com maior aptidão para o exercício dos cargos e empregos públicos, atendendo assim aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade e meritocracia no serviço público. (MAZZA, 2019).

Alexandre Mazza (2019), leciona ainda que somente é dispensada a exigência do concurso em alguns casos, como os cargos em comissão e as funções de confiança; contratos temporários de trabalho, mediante a realização de processo seletivo; agentes políticos; magistrados que ingressam pela regra do quinto constitucional e componentes dos tribunais superiores.

Portanto, a exigibilidade de prévia aprovação em concurso público, somente pode ser excetuada nas hipóteses acima, de modo que, a contratação de mão de obra por meio da terceirização viola o artigo 37, II da Constituição Federal, bem como o artigo 7º, II do Decreto 9,507/2018, determinando a proibição de que os contratos tenham como objeto o fornecimento de mão de obra.

Nesse mesmo sentido, também está a Súmula Vinculante 43, com o seguinte teor: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

É importante destacar que, muito embora a contratação da empresa prestadora de serviço seja precedida por processo de licitação, tal condição não tem a capacidade de atender satisfatoriamente o princípio da impessoalidade, tendo em vista que poderá ocorrer a violação no momento da seleção de pessoal para a prestação do serviço. (DELGADO, AMORIM, 2018).

Tal situação decorre do fato de que como a contratação de pessoal é realizada a critério da empresa contratada, poderão ocorrer práticas patrimoniais como o apadrinhamento e o nepotismo, de modo que, a qualificação profissional é colocada em segundo plano no momento da seleção, violando os princípios da impessoalidade e da moralidade. (CONAP, 2019).

Outro problema surge em razão de que o artigo 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), determina que “os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como outras despesas de pessoal”. Isso porque o dispositivo citado acima admite a celebração de contrato que tem objetivo a contratação de mão de obra, sendo que, a contratação de pessoal pela Administração Pública, como já citado anteriormente, deve obrigatoriamente ser precedida de concurso público.

De qualquer forma, ainda que o referido contrato tivesse respaldo legal e constitucional, estaríamos diante de outro problema, isso porque, o valor do contrato não é considerado como despesa de pessoal, de modo que, ele não será contabilizado para fins do limite imposto pelo artigo 169 da Constituição Federal, constituindo assim, em uma modalidade na qual a referida norma poderá ser burlada. (DI PIETRO, 2019).

Além disso, o artigo 37 da Constituição Federal e seus incisos, instituem um princípio de organização funcional da Administração Pública, com fundamento em um quadro de carreira pública democrático, com as relações de trabalho predominantemente firmadas entre o Poder Público e seus agentes de forma direta, com sujeição ao regime jurídico estatutário ou da CLT, mas sempre, comprometidos com a realização das competências institucionais do Estado, entretanto, a terceirização em caráter extremamente liberal, instituída pelo Decreto 9.507/2018, nitidamente afronta este princípio. (DELGADO, AMORIM, 2019).

Ainda de acordo com Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2018), a terceirização no setor público, liquida funções e esgota planos de carreira, comprometendo assim, a materialização da democratização do acesso ao Estado, mediante a observância do princípio da democracia.

Em relação aos aspectos formais, o Decreto 9.507/2018, foi editado com a finalidade de regulamentar a execução indireta, mediante contratação, de serviços da Administração

Pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, prevista no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e em consonância com o disposto na Lei 8.666/93 e principalmente na Constituição Federal de 1988. No entanto, foi ultrapassado o limite do poder regulamentar, que é concedido ao Presidente da República pelo artigo 84, IV da Constituição Federal, isso porque ao autorizar a delegação de atividades centrais de órgãos e entes públicos, o referido Decreto foi além das tarefas executivas, que são autorizadas pelo art. 10, § 7º do Decreto-Lei nº 200/67, violando também, o princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no artigo 2º. (DELGADO, AMORIM, 2018).

Destarte, também foram excedidos os limites previstos na Lei 8.666/93, isso porque, o inciso II do artigo 6º, demonstra de forma clara o caráter instrumental e acessório das atividades passíveis de terceirização, exemplificando-as como os serviços de demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico profissionais. (CONAP, 2019).

Dentre os aspectos positivos da terceirização, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2019), nos leciona que a utilização da execução indireta, somente em relação aos serviços considerados instrumentais, como ocorria no Decreto 2.271/97, resulta na permissão para que a Administração preste maior dedicação a suas atividades principais, além de que, de acordo com alguns autores, ocorrerá a redução de encargos trabalhistas e previdenciários, atendendo assim, ao princípio constitucional da eficiência administrativa.

Além disso, na terceirização, ocorre a modernização da estrutura administrativa dos entes públicos, tal como ocorre na iniciativa privada, o que resulta na redução dos custos, bem como no aumento da produtividade, resultante da criação de novas formas de se controlar a atividade produtiva, aprimorando a eficiência do setor público. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2019).

O princípio da eficiência é previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, determinando que seja implementado um modelo administrativo, que tenha como finalidade a obtenção de resultados positivos, sendo assim, pautado na economicidade, reduzindo desperdícios e ampliando a qualidade e rapidez no setor público. (MAZZA, 2019).

Porém, há de ser pontuado que conforme nos leciona Jorge Luiz Souto Maior (2006), a eficiência na Administração Pública, não pode ser obtida por meio da precarização dos direitos dos que prestam serviços aos entes públicos, ainda mais, considerando que a finalidade do setor público em geral não é a captação de lucros, mas sim, a defesa e o cumprimento do interesse público.

Cabe ainda o debate acerca de até que ponto a terceirização é vantajosa, no atendimento ao princípio da eficiência, isso porque, no valor que a empresa terceirizada irá cobrar do ente público contratante, estarão inclusos o valor da remuneração de seus empregados, bem como sua margem de lucro, o que pode acarretar desvantagem econômica para o Estado. (OLIVEIRA, 2019).

Também há de ser considerado que a empresa terceirizada possui total liberdade para substituir seus empregados que prestam serviço ao ente público, o que não ocorreria no caso de servidor ou empregado público, de modo que, a Administração Pública deverá conceder treinamento ao trabalhador terceirizado que substituiu o anterior, sendo que neste período, a prestação do serviço fica prejudicada. (SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014).

Além disso, pela ampliação das atividades passíveis de terceirização, promovida pelo Decreto 9.507/2018, resulta no aumento das hipóteses de corrupção, tais como o superfaturamento, utilização de cabos eleitorais e cabides de emprego, terceirizados fantasmas, risco de vazamento de informações sigilosas e a ocorrência de “calotes trabalhistas”, que causariam prejuízo aos cofres públicos, resultando em violação aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência. (CONAP, 2019).

2.3 A terceirização face os aspectos coletivos do trabalhador no setor público.

Existem ainda normas e princípios constitucionais relacionados aos trabalhadores, que ficam sob risco de serem violados ante a terceirização, de um modo mais específico, o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, determina que todos cidadãos tem direito a tratamento idêntico, não sendo admitidos diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas; a dignidade da pessoa humana, consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), impede que seja menosprezada a estima necessária que todas as pessoas, decorrentes do fato de serem humanos; enquanto a valorização do trabalho humano, com previsão no *caput* do artigo 170, constitui em um dos princípios da ordem econômica brasileira. (MORAES, 2018).

Uma relevante importante acepção sobre a grande importância dos direitos sociais dos trabalhadores, nos é fornecida por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2019), isso por que os direitos sociais dos trabalhadores passaram a terem maior destaque na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 7º assegura aos trabalhadores um mínimo de direitos, com a finalidade de garantir sua dignidade, como por exemplo, a proteção contra o desemprego voluntário e a proteção do salário.

Nesse trilhar, o sindicato profissional assume grande importância para assegurar os direitos sociais aos trabalhadores, sendo que em uma análise histórica, o convívio entre os trabalhadores, que compartilhavam entre si suas dores e sonhos, deu início a coalizão entre eles, fazendo com que surgissem os primeiros sindicatos profissionais. (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011).

Entretanto também há de ser destacado que a terceirização acaba afastando o terceirizado de seus colegas que exercem a mesma profissão, retirando dele o sentimento de pertencer a aquela categoria, além de que, em uma análise dos registros constantes em suas carteiras de trabalho, nota-se a alternância entre construtoras, restaurantes, bancos, condomínios, magazines, supermercados e outros tantos estabelecimentos. (MARTINEZ, 2020).

Com efeito, os trabalhadores terceirizados, muito embora sejam contratados pela mesma empresa prestadora, não raramente sequer se conhecem, pois, esta mesma empresa pode possuir vários tomadores de serviço, dificultando assim o contato e a convivência entre eles, prejudicando a solidariedade entre eles, até mesmo porque, como as condições e locais de trabalho são diversas, as demandas destes trabalhadores também pode ser distintas. (MIRAGLIA, 2008).

Diante disso, acaba ocorrendo a desorganização da coletividade profissional e social dos trabalhadores, comprometendo sua identidade como pertencente a sua categoria profissional, o que por conseguinte, acaba ruindo a possibilidade de reunião dos trabalhadores em busca da defesa de seus interesses em comum, reduzindo também, a solidariedade entre eles, resultando no enfraquecimento do sindicato da categoria profissional. (DELGADO, 2019).

Em razão do enfraquecimento do sindicato profissional, que seria uma das poucas formas de combate aos malefícios da terceirização, acaba se refletindo na redução de sua capacidade negocial, dificultando assim, a luta por melhores salários e acentuando ainda mais, os aspectos negativos da terceirização.

Não obstante, na terceirização não haverá representante do sindicato ao qual o trabalhador terceirizado, no estabelecimento em que ele presta serviço, facilitando assim, a sujeição do trabalhador a condições de trabalho mais precárias. (SOUTO MAIOR, 2006).

Ademais, ante a frequente mutabilidade de funções, bem como da categoria econômica, em que o trabalhador terceirizado está sujeito, fica mais difícil a realização do enquadramento sindical, de modo que, seria mais viável a reunião desses terceirizados em um sindicato próprio, no qual, permanecerão efetivos, contudo, permanece ainda o problema

da fragilidade desta coletividade, mas, que de qualquer forma, seria uma melhor solução. (VIANA, 2003).

Uma alternativa, conforme nos leciona Livia Mendes Moreira Miraglia (2008), seria a possibilidade de o trabalhador terceirizado poder escolher se deseja filiar-se ao sindicato do tomador de serviços, ou o de sua empregadora, tal condição, poderia garantir a isonomia salarial, ou ao menos, que seja assegurado aos terceirizados as mesmas condições, conquistas e direitos, que são oferecidas aos empregados do tomador, que foram obtidas pelo referido sindicato profissional.

Ainda de acordo com Jorge Luiz Souto Maior (2006), a terceirização acaba sendo muito mais conveniente para a Administração Pública, tendo em vista que reduz ou praticamente anula as reivindicações dos trabalhadores, de modo que, caso o trabalhador terceirizado comece a “causar problemas”, bastará ao contratante pedir que a empresa contratada substitua o trabalhador, eliminando assim os “problemas” com passeatas, greves e movimentos sindicais.

O princípio da impessoalidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, determina que os todos atos da Administração Pública sejam dotados de imparcialidade, impedindo discriminações e privilégios, ressaltando assim, a supremacia do interesse público. (MAZZA, 2019).

Considerando isto, a terceirização não pode ser utilizada como uma forma de precarização das relações e condições de trabalho, comprometendo a própria dignidade do trabalhador, por meio da mitigação de seus direitos. (MIRAGLIA, 2008). Tal condição decorre do fato de que a terceirização no setor público, reduz o patamar do trabalhador terceirizado em comparação ao servidor ou empregado público, isso não somente em relação a remuneração, mas também, no conjunto de vantagens e proteções oferecidas. (DELGADO, 2019). Ademais, é ausente a isonomia salarial entre o trabalhador terceirizado em relação ao empregado ou servidor público, resultando em redução de salário, bem como do padrão social destes trabalhadores, violando assim, os princípios da dignidade, da igualdade e da valorização do trabalho humano. Não obstante, também é infringida a norma do artigo 7º, XXXII, Constituição Federal, que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. (JORGE NETO, CAVALCANTE, 2019).

Inclusive, o modelo de terceirização que ocorre no Brasil, é basicamente pautado na intermediação da mão de obra, que se perpetua justamente pela precarização dos direitos dos trabalhadores terceirizados, ou seja, há a potencialização da exploração da mão de obra, inclusive, no setor público esta lógica é ainda mais evidente, considerando que a empresa

contratada no processo licitatório, sempre será aquela que oferece o menor preço, que é obtido pela precarização dos trabalhadores. (SOUTO MAIOR, 2006).

Não bastasse o trabalhador terceirizado receber salário inferior ante a ausência de isonomia salarial, costumeiramente ocorre o chamado “calote trabalhista”, pois, o Estado muitas vezes contrata empresas que não possuem a capacidade financeira necessária, de modo que, caso ocorra qualquer atraso no pagamento por parte do contratante, a empresa não terá giro de caixa necessário para pagar os salários dos trabalhadores, além disso, não raramente, estas prestadoras fecham suas portas ao término do contrato, sem sequer, pagar as verbas rescisórias, deixando os trabalhadores “a ver navios”. (SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014).

De acordo com a Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2014), as discriminações muitas vezes vão além da questão salarial, pois, frequentemente, ela ocorre pela distinção dos lugares de vestuário, descanso e refeição, pois, o trabalho realizado pelo terceirizado é considerado menos importante pelo tomador.

Nesse trilhar a terceirização transforma o trabalhador em apenas um número perante o tomador, desconsiderando qualquer preocupação de natureza humana, ou seja, não levam em consideração que eles estão sujeitos a doenças ou gravidez, ou ainda que, possuem posicionamento ideológico dentre outros. (SOUTO MAIOR, 2015). Um exemplo prático de discriminação, foi registrado em uma instituição financeira, que chegou a cogitar não incluir os trabalhadores terceirizados em sua campanha de vacinação contra a dengue, sob a justificativa de que como eles não são seus empregados, não tem nenhuma responsabilidade de adotar medidas quanto a saúde e segurança destes trabalhadores. (MIRAGLIA, 2008).

Inclusive, de acordo com Livia Mendes Moreira Miraglia (2008), diante da ocorrência de doença ou acidentes de trabalho, o tomador de serviços sequer contabiliza o fato em suas estatísticas, justamente pelo já citado fato de que eles não se consideram responsáveis pela saúde e segurança dos terceirizados. Além disso, tal condição é acentuada, considerando que os trabalhadores terceirizados não se integram na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), do estabelecimento em que prestam serviços. (SOUTO MAIOR, 2006).

Como resultado, os trabalhadores terceirizados ficam mais sujeitos a acidentes e mortes no local de trabalho, um exemplo disso, é a construção e reforma dos estádios para a Copa do Mundo de 2014, que foi realizada no Brasil, em que foram registradas oito mortes de trabalhadores, sendo que todos eram terceirizados. (SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E

ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2014). Tal condição é lamentavelmente agravada, considerando que a capacidade econômica das empresas terceirizadas é menor, fazendo com que a reparação em decorrência da morte ou acidentes de trabalho, será muito abaixo da que receberia, caso fosse empregado do tomador de serviços. (SOUTO MAIOR, 2015).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização no contexto jurídico atual, existente no Brasil, torna-se um fenômeno inevitável nas relações de trabalho, por conseguinte, não há como se evitar que a Administração Pública se utilize deste instituto.

Neste contexto, foram analisadas as inovações promovidas pelo Decreto 9.507/2018, que se tornou o principal dispositivo que trata da terceirização no setor público em nosso país, trazendo em seu texto, inovações como a permissão de que a terceirização ocorra em um maior número de atividades que seus antecessores, também foi autorizada a ocorrência da quarteirização e a previsão de cláusulas obrigatórias que devem constar no contrato de prestação de serviço.

Um aspecto positivo no referido Decreto, foi a previsão de que o ente público contratante seja obrigado a fiscalizar o contrato, bem como o cumprimento das obrigações pelo contratado, podendo inclusive, reter os pagamentos ao prestador e cumprir com as obrigações inadimplidas em relação aos trabalhadores que lhe prestaram serviço. Inclusive, a questão da fiscalização assume grande importância, considerando que caso não seja realizada, ou ainda que feita, de forma insuficiente, o ente público poderá responder subsidiariamente, perante a Justiça do Trabalho pelas verbas que são devidas aos trabalhadores que atuaram na execução do contrato.

Entretanto, existem disposições de suma importância, que devem ser levadas em consideração, de modo que, a terceirização no setor público não pode afrontar dispositivos constitucionais e princípios administrativos e nem se tornar uma forma de tornar as relações de trabalho mais precárias. Sendo assim, Decreto 9.507/2018, foi analisado pormenorizadamente, em consonância com a Constituição Federal, bem como em relação a Lei 8.666/93 e aos princípios que regem a legislação trabalhista.

Diante disso, foi constatado que a ampliação de atividades passíveis de terceirização, por conseguinte, resulta em maior possibilidade de que ocorra o fornecimento de mão de obra à Administração Pública, mediante a contratação de empresa interposta, o que pode violar o artigo 37, II da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade de realização de concurso público para a investidura em emprego ou cargo público.

Dentre as demais possíveis violações a dispositivos constitucionais, temos que a terceirização viola o princípio do acesso democrático ao serviço público, tendo em vista que,

interfere e reduz formal e materialmente, o Plano de Cargos e Salários da Administração Pública. Aliás, na edição do Decreto 9.507/2018, houve excesso do poder regulamentar do Presidente da República, previsto no artigo 84, IV da Constituição Federal, pois, o artigo 10, § 7º do Decreto-Lei 200/67, permite a execução indireta somente das atividades instrumentais, não concedendo a possibilidade de tamanha liberalidade, ocorrida em sua regulamentação.

Em que pese o fato de que a terceirização torna os processos administrativos muito mais dinâmicos, há de ser analisado de forma mais detalhada se realmente ocorre o atendimento ao princípio administrativo da eficiência, pois, primeiramente ele não pode ser obtido por meio da precarização do trabalho e também, porque na terceirização a Administração pagará valor equivalente ao salário dos trabalhadores e o lucro da empresa contratada.

Além das já citadas possíveis violações a princípios constitucionais e administrativos, também podem ocorrer violações relativas aos direitos fundamentais dos trabalhadores, isso porque a terceirização, rebaixa o patamar do trabalhador terceirizado, violando seus direitos sociais, bem como sua própria dignidade, além de comprometer princípio da igualdade.

Tal situação é ainda mais agravada, justamente porque a terceirização isola os trabalhadores, rompendo sua identificação como uma coletividade, resultando no enfraquecimento o sindicato, que é o principal aliado dos trabalhadores na defesa de seus direitos sociais. Diante disso, é aberto um livre caminho para que ocorra a precarização das condições de trabalho, pela imposição de jornadas desgastantes, inexistindo a isonomia salarial, que resulta em violação ao princípio da igualdade e da valorização do trabalho humano, bem como o descaso com as condições de saúde e segurança do trabalhador, que viola o princípio da dignidade humana.

Inclusive, é diante do descaso com a saúde e segurança dos trabalhadores terceirizados, é que são registrados grandes números de doenças, mortes e acidentes do trabalho, que são acentuadas, diante da ausência de participação dos terceirizados nas Comissões Internas de Prevenções de Acidentes, dos tomadores de serviço.

É desejável que sejam sempre tomadas medidas com a finalidade de coibir a desvalorização do trabalhador terceirizado, o remunerando de forma digna, impedindo que ocorram discriminações e prestando maior atenção em relação as suas condições de saúde e segurança do trabalho, atuando de forma ativa, na prevenção de doenças e acidentes do trabalho.

4. REFERÊNCIAS

CONAP. **Nota técnica 01 de 06/02/2019**. Brasília, 6 fev. 2019.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **A ameaça da terceirização sem limites na Administração Pública e nas estatais**. 8 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ameaca-da-terceirizacao-sem-limites-na-administracao-publica-e-nas-estatais-05102018>. Acesso em: 16 mar. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A viabilização da terceirização trabalhista no Brasil**. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 16., 2008, Belo Horizonte. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3117-3136.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**: Teoria e prática. 8. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SECRETARIA NACIONAL DE RELAÇÕES DE TRABALHO E DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Terceirização e desenvolvimento**: uma conta que não fecha. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Juridicamente, a terceirização já era: acabou!**. 30 set. 2015. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/-juridicamente-a-terceirizacaoja-era-acabou>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional**. Revista LTr, v.70, p.1307 - 1317, 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Terceirização e a sociedade dos “ilustres desconhecidos”**. 31 mai. 2015. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/terceiriza%C3%A7%C3%A3o_e_a_sociedade_dos_ilustres_desconhecidos.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização - aspectos gerais: a última decisão do STF e a súmula n. 331 do TST. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54/84, jan/mar 2011.

VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 37, n. 67, p. 117-144, jan./jun. 2003.

Contatos: mattguerra07@gmail.com e francesca.columbu@mackenzie.br