

## TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**José Carlos de Oliveira**

Professor de Direito Administrativo na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp/Franca

### 1. Conceito De Terceirização

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma legislação condensada e específica quanto ao tema terceirização. São várias normas esparsas que tratam do assunto, em alguns casos de maneira divergente, gerando entendimentos conflituosos na doutrina e na jurisprudência. A ausência de uma lei geral de terceirização também traz diversos problemas e discussões infundáveis entre os operadores do direito e as categorias profissionais e de empregadores envolvidas. Por terceirização se entende a

contratação de uma empresa (prestadora) para a realização de uma atividade que poderia ser desenvolvida pela própria contratante (tomadora). Assim, a tomadora deixa de contratar diretamente empregados que exerceriam determinadas funções e realizariam certas tarefas, transferindo estas para a empresa prestadora. Contudo, tais funções e tarefas não podem configurar atividade fim da tomadora, isto é, apenas se pode terceirizar a atividade meio da tomadora.

No que tange à Administração Pública, a terceirização da atividade fim afronta a regra da exigência de concurso público, disposta no art. 37, inciso II da Constituição Federal. O Tribunal de Contas da União (TCU), em diversas decisões, reiterou que as atividades próprias dos servidores públicos não podem ser realizadas por empregados de empresas terceirizadas, embora não se possa

[...] criar um estigma contra o processo de terceirização que, devidamente, manejado, pode ser eficiente meio de modernização da estrutura estatal, juntamente com a privatização, a parceria público-privada, a flexibilização, a desregulamentação, a permissão

e a concessão. Todas as medidas que visam um modelo de Estado menos executor e mais fiscalizador. Assim, cada caso deve ser examinado particularmente, evitando-se a presunção equivocada de que qualquer atividade que destoe daquelas consagrada-mente aceitas como passíveis de terceirização (segurança, limpeza, copeiragem, etc.) esteja impossibilitada de ser executada de forma indireta (BRASIL, 2004<sup>1</sup>).

A terceirização se aplica tanto nas relações entre empresas privadas como entre estas e órgãos ou repartições públicas, com algumas distinções. Como primeira particularidade, a terceirização no âmbito da Administração Pública pressupõe, em regra, a realização de procedimento licitatório, exigindo que a empresa licitante cumpra os requisitos legais e do edital para que possa ser posteriormente contratada.

Também importante lembrar que, entre empresas privadas, o descumprimento às regras da terceirização pode gerar o reconhecimento de vínculo empregatício

<sup>1</sup> Cf. Representação nº 017.900/2004-8, TCU - Plenário, Relator: Marcos Vinícios Vilaça, D.O.U. em 24/03/2005.

direto com a empresa tomadora do serviço, consequência esta que não se aplica à Administração Pública, embora possa haver sua responsabilização subsidiária pelas verbas trabalhistas inadimplidas, como veremos posteriormente (DI PIETRO, 2012).

Pode a Administração, portanto, se valer de empresas privadas para a realização de atividades, desde que não constituam a finalidade institucional do órgão ou repartição. Essa hipótese de realização indireta de uma determinada atividade teve origem em nosso ordenamento com o Decreto-Lei 200/67, o qual determinou a preferência pela descentralização da execução das atividades da Administração Federal, sempre que possível, como forma de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, impondo como condição a existência de iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. A intenção é economizar recursos com atividade meio para inseri-los no aperfeiçoamento da atividade fim, por ser medida que melhor atende ao interesse público.

O empregado da empresa prestadora do serviço não pode receber ordens diretamente da tomadora (Administração), pois a relação que se estabelece em razão do contrato de terceirização fica restringida à Administração e empresa prestadora. Assim, caso o administrador público esteja insatisfeito com a prestação do serviço, deverá tratar diretamente com a empresa prestadora a que esteja subordinado o empregado. O papel do administrador é acompanhar e verificar o cumprimento do contrato celebrado com a prestadora, sem que isto caracterize exercício de supervisão e submissão diretas do empregado ao seu poder disciplinar, permitindo-se apenas a fiscalização dos registros do supervisor da contratada.

Não podem existir elementos que configurem a relação de emprego entre o tomador e o empregado, pois poderá a terceirização ser considerada ilícita e ser reconhecido o vínculo empregatício direto com o tomador (quando envolver somente empresas privadas). Já em relação à Administração Pública, embora seja juridicamente impossível a consequência referida acima, também é vedada configuração de tais elementos, como subordinação direta e pessoalidade. Não deve interessar à tomadora quais

são os empregados que realizam o serviço, mas apenas se o mesmo é desempenhado na forma contratada, pois, caso contrário, estaria configurada a terceirização ilícita, conforme afirma (DI PIETRO, 2012),

[...] se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa contratada, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades, se a empresa contratada se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é o fornecimento de mão de obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta [...].

A legislação não permite a contratação do fornecimento de mão de obra. A Administração não pode “contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão de obra, com burla à exigência de concurso público” (DI PIETRO, 2012), conforme trecho de decisão do TCE/SP:

[...]  
Todavia, não me escapa à vista claras evidências de burla ao instituto do concurso público, às disposições constitucionais expressas no artigo 37, II.

Como não foram prestadas justificativas, em que pese a Prefeitura se adiantar, dizendo que ‘as razões da impugnação foram acolhidas e o edital será revisado’, o modelo de proposta e os profissionais relacionados no Anexo II [enfermeiro, auxiliar de enfermagem, técnico de enfermagem, farmacêutico, recepcionista, técnico de gesso, técnico de raio X, motoristas, auxiliar de serviços gerais, chefe de manutenção, chefe de segurança, assistente administrativo, auxiliar administrador, administrador hospitalar, nutricionista, auxiliar de farmácia, plantões médicos de 12 horas e médico coordenador] autorizam presumir que o certame se presta efetivamente à locação de mão-de-obra

Aqui a pretensa fachada de ‘terceirização de serviços’ alardeia o detrimento de servidores permanentes, que não ser ingressos na Administração por meio de concurso público. (BRASIL, 2011b<sup>2</sup>).

Não podemos confundir a contratação de mão de obra, que é ilegal, com a possibilidade de contratação temporária de pessoal por excepcional interesse público,

<sup>2</sup> Cf. Rep. 000684-009-11, TCE-SP, Pleno, em 29/06/11.

prevista no art. 37, IX, da CF e art. 115, X da Constituição do Estado de São Paulo. A contratação temporária, na forma do citado dispositivo constitucional, é feita diretamente pela administração, em situação de urgência, após processo seletivo simplificado e atendendo diversos outros requisitos constantes na Lei Complementar nº 1.093, de 16 de julho de 2009. Não há nenhuma irregularidade, desde que atendidas as exigências legais para sua efetivação, diferente do que ocorre com o contrato com empresa privada para o fornecimento de mão de obra.

Antes de realizar o procedimento licitatório visando à terceirização de determinado serviço, a Administração deve realizar um estudo que avalie sua real necessidade e vantagem, com a demonstração da economicidade da medida, dos quantitativos a serem contratados, dos resultados a serem alcançados e da impossibilidade, sem prejuízo ao interesse público, de sua realização direta. Pois, se a administração tiver totais condições de realizar o serviço diretamente, assim deverá fazer, sob pena de ser considerada ilícita a terceirização e os responsáveis sofrerem as penalidades previstas em lei.

O planejamento administrativo é essencial para o sucesso da terceirização que venha a ser realizada, algo que foi tratado como um dos objetos centrais da Instrução Normativa 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), a qual dispôs sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Deve-se frisar que somente podem ser terceirizadas atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem a área de competência legal do órgão ou entidade. Entre estas atividades, o Decreto nº 2.271/97 elencou as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações. O objeto deve ser certo e determinado, vedada a sua configuração em caráter permanente.

A existência, dentro da repartição pública, de categorias funcionais direcionadas à realização de certo serviço impede a terceirização para o mesmo objeto, sal-

vo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal, consoante trecho de julgado do TCU, abaixo transcrito:

[...] é notória a carência de pessoal que atinge as universidades. Não obstante, a contratação indireta de mão-de-obra, sem a realização de concurso público ou mesmo de licitação para contratar firma prestadora dos serviços, constitui forma ilegal de persecução do alcance das atividades-fim daquelas instituições de ensino, mormente quando se verifica que os contratados executavam atividades de 'apoio administrativo' inerentes à categoria 'Auxiliar Administrativo', constante do plano de cargos da entidade<sup>3</sup>. (BRASIL, 2007).

Como já exaustivamente citado neste curso, toda decisão do Administrador deverá estar fundamentada na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e, quando possível, em doutrina e jurisprudência, sempre aliando seus argumentos aos princípios norteadores da

<sup>3</sup> Cf. Prestação de Contas 013.996/2003-2, TCU, Segunda Câmara, Relator: Aroldo Cedraz, D.O.U. em 13/09/2007.

Administração Pública, o que não é diferente quando se decide pela terceirização de determinada atividade. Deverá o Administrador se amparar nos dispositivos legais e constitucionais aplicáveis, com especial atenção aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

### 1.1. Ganhos com a Terceirização

Sendo a terceirização regularmente realizada, nos termos acima expostos, por se tratar de um importante instrumento de gestão, permitirá o alcance de uma série de vantagens. Implicará redução de custos da tomadora, como os relacionados aos encargos trabalhistas, possibilitando a eliminação de postos de trabalho e a simplificação de sua estrutura. Com esta medida, apenas as atividades essenciais é que serão mantidas diretamente pela tomadora, o que permite a concentração dos recursos para aperfeiçoamento de sua atividade fim. No campo privado, isto propicia o surgimento de empresas cada vez mais especializadas e preparadas para atender às complexas necessidades de mercado, inclusive com a melhor capacitação de seus empregados, direcionados exclusivamente às atividades preponderantes da empresa. Da mesma

forma, no âmbito da Administração Pública, o órgão ou repartição pode se preocupar em priorizar a realização da atividade institucional para a qual foi criada. Além disso, a terceirização elimina hierarquias intermediárias, gerando economia de tempo, o que reflete na produtividade e aumenta a lucratividade (AMORIM, 2009).

Em suma, o órgão ou repartição pública, ao terceirizar suas atividades meio, especializa sua atuação na atividade para a qual foi instituído, sendo um aspecto positivo, sob esse ponto de vista, na busca pela melhor satisfação do interesse público.

Entretanto, os desvios observados na aplicação prática deste instrumento ensejam argumentos contrários à sua disseminação, notadamente por parte dos que são diretamente prejudicados, os trabalhadores.

## 1.2. Riscos da Terceirização

Embora cada vez mais utilizada, a terceirização é objeto de diversas críticas por parte dos trabalhadores e entidades sindicais.

Não sendo bem planejada e executada, a terceirização pode configurar abuso aos direitos trabalhistas, algo que deveria ser combatido pelo próprio poder público, conforme se extrai de trecho de decisão do TCU:

Além de esvaziar a qualidade e o comprometimento no serviço prestado, em áreas consideradas prioritárias, a terceirização, quando fora dos casos regulamentados, todos referentes apenas a atividades de apoio, frustra a regra constitucional do concurso público e, frequentemente, estando vinculada a empresas fornecedoras de mão-de-obra, representa uma meia privatização<sup>4</sup>. (BRASIL, 2011).

A relação entre o empregado e a empresa prestadora de serviços (sua empregadora) é considerada instável, por ser dependente da relação civil que existe entre esta e a tomadora. Ou seja, a estabilidade da relação trabalhista passou a depender da relação interempresarial, favorecendo a curta duração dos contratos, com grande rotatividade de empregados e diluição do poder patronal. Além disso, explica Helder Santos Amorim (2009) que:

<sup>4</sup> Cf. Representação nº 020.784/2005-7, TCU, Plenário, Relator Marcos Vinícios Vilaça, D.O.U. em 30/08/2006.



A concorrência entre empresas prestadoras de serviços levou naturalmente ao enxugamento acirrado dos custos da mão-de-obra dos empregados terceirizados como pressuposto de sobrevivência empresarial, submetendo esses trabalhadores a condições sociais mais precárias do que aquelas dispensadas aos empregados das empresas tomadoras dos serviços, inclusive quanto às medidas de saúde e segurança no trabalho.

### 1.3. Os riscos trabalhistas da Terceirização

Extrai-se do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 1993) que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”. Se partirmos tão somente da análise do referido dispositivo, a conclusão será que a Administração não tem o dever de pagar as verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa terceirizada, apenas devendo ser responsabilizada solidariamente com a prestadora pelos encargos previdenciários, conforme § 2º do mesmo artigo. No entanto, a solução não é tão simples.

Um histórico de entendimentos conflitantes dos tribunais superiores está por trás desse dispositivo, que foi objeto de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16).

A polêmica residia no posicionamento divergente do Tribunal Superior do Trabalho (TST) refletido em sua Súmula 331, segundo a qual a Administração seria responsável subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas inadimplidas pela empresa prestadora do serviço, exigindo, para isso, apenas que tivesse participado da relação processual e constasse do título executivo judicial (sentença).

Ou seja, o entendimento do TST era evidentemente contrário ao disposto no art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93.

Em 24/11/2010, com o julgamento da citada ADC 16, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade do referido artigo de lei, o que explicitou a necessidade de alteração da Súmula 331 do TST.

Segue a ementa do referido julgado:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente.



Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995<sup>5</sup>. (BRASIL, 2013)

Com isso, em maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho reformulou sua súmula sobre terceirização e passou a exigir novo requisito para a configuração da responsabilidade da Administração Pública. Além dos já existentes (participação na relação processual e constar no título executivo judicial), foi acrescentado outro: o ente integrante da administração direta ou indireta deverá ter evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666/93, especialmente na fiscaliza-

ção do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço com seus empregados. Além disso, também foi inserido o item V, o qual estabeleceu que a aludida responsabilidade não decorre simplesmente do inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. Isto é, o item V enfatizou que, para haver a responsabilização, necessariamente devem estar presentes os requisitos antes citados, não bastando a simples inadimplência da prestadora. Dessa forma, passou a Súmula 331 a ter a seguinte redação (BRASIL, 2011a):

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo

5 Cf. ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001 RTJ VOL-00219- PP-00011.

de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das

obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Não basta o mero inadimplemento da empresa contratada para que a Administração seja responsabilizada. Deve ser configurada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações constantes da Lei de Licitações, principalmente no que se refere a fiscalizar o cumprimento das obrigações da empresa contratada e seus empregados.

O novo entendimento do TST exige que a Administração, como tomadora, deva se atentar para qualquer irregularidade que ocorra no contrato de trabalho existente entre a prestadora e seus empregados. Assim, verificado, por exemplo, que a empresa não registrou os empregados, deverá ser instaurado procedimento administrativo para apuração do caso e, se necessário, se proceder à rescisão contratual (JUSTEN FILHO, 2012).

#### 1.4. Críticas às Súmulas nº 331 e 363 do TST

Embora julgada a ADC 16 e declarada a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, não se esgotaram as discussões sobre a responsabilização subsidiária da Administração Pública contratante e a nova redação da Súmula 331 do TST.

Isso porque a nova redação da súmula 331 do TST levou em consideração argumentações de alguns Ministros do STF durante os debates, no julgamento da ADC 16. Os Ministros da Suprema Corte fizeram referência à possibilidade de o TST examinar o caso concreto e verificar se a inadimplência da contratada ocorreu ou não em função de falha ou falta de fiscalização por parte da Administração.

Foi se aproveitando desse apontamento dos Ministros do STF que o TST alterou a Súmula 331 para os termos que hoje conhecemos. Assim, temos um dispositivo legal declarado constitucional no qual é vedada a responsabilização do órgão público contratante, e uma súmula do TST que admite a responsabilização, desde que observados alguns requisitos.

Depois do julgamento da ADC 16, o Supremo já teve a oportunidade de julgar causas em que o TST aplicou a nova redação da Súmula 331. Em consulta ao site do STF é possível encontrar decisões divergentes, algumas permitindo a responsabilização da Administração contratante (Rcl 12852, Rcl 13254 e Rcl 13258), observada a sua conduta culposa, e outras que inadmitem este entendimento, por afronta ao art. 71 da Lei 8.666/93 (Rcl 12558 e Rcl 12926).

Da análise dos diversos julgados, atualmente, constata-se prevalecer a decisão pela possibilidade de responsabilizar a Administração contratante pelas verbas trabalhistas inadimplidas, desde que não de forma automática. Deve ser caracterizada a culpa do órgão administrativo em fiscalizar se a empresa contratada cumpria suas obrigações com os empregados.

Portanto, é preciso que a Administração adote medidas com o fim de afastar qualquer responsabilidade que seja suscitada, conforme explica Di Pietro (2012):

O fato é que, diante da decisão do STF, incorporada no item V da Súmula nº 331, do STF, a Administração Pública deve tomar algumas cautelas:

- a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusula em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93;
- b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidade pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
- c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento, aplicar as penalidades cabíveis;
- d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei nº 12.440, de 7-7-11.

Com a adoção de tais procedimentos, evita-se a responsabilização subsidiária da Administração contratante quanto às verbas inadimplidas pela empresa contratada.

Quanto à Súmula 363 do TST (BRASIL, 2003), sua atual redação estabelece que:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Embora seja de conhecimento de todos que a Administração não pode contratar servidor sem prévia aprovação em concurso público, questão polêmica reside quanto aos direitos trabalhistas do contratado de forma irregular.

A redação original da referida súmula sequer previa o direito aos depósitos do FGTS, o que somente veio após a inclusão do art. 19-A na Lei 8.036/90, com a redação dada pela Medida Provisória (MP) 2.164-41/2001, dispositivo este que foi recentemente objeto de julgamento do STF – Recurso Extraordinário 596478, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie – no qual a Suprema Corte decidiu, por maioria, pela sua constitucionalidade.

Atualmente, portanto, podemos dizer que o TST e o STF aplicam o entendimento expresso na súmula 363 do TST, que assegura o pagamento do salário das horas trabalhadas e do FGTS. No entanto, o referido enunciado recebe diversas críticas, por não colocar a salvo os demais direitos do trabalhador contratado irregularmente pela Administração, como férias, décimo terceiro salário, aviso prévio, entre outros.

Neste cenário, colidem, de um lado, os direitos dos trabalhadores, amparados notadamente pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e, em contrapartida, uma contratação nula, em afronta aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, que norteiam a atuação da Administração.

Para parcela da doutrina e jurisprudência, embora o contrato seja nulo, é preciso reconhecer seus efeitos, principalmente como forma de desestimular as contratações irregulares pela Administração. Alega-se que não reconhecer outros direitos de tais trabalhadores é favorecer a atuação irregular da Administração.

O entendimento esposado na Súmula 363 do TST seria uma afronta aos fins sociais a que lei se dirige e às exigências do bem comum. A vedação ao reconhecimento de direitos trabalhistas contraria a interpretação sistemática da Constituição Federal. O art. 37, inciso II e § 2º deveria ser analisado considerando-se o contexto da situação, juntamente com os demais princípios e regras estruturantes existentes, e não de forma isolada a desvirtuar a intenção do constituinte originário.

Aliado a este entendimento de parcela da doutrina, há, nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's), reiteradas decisões conferindo outros direitos trabalhistas além daqueles previstos na Súmula 363. Todavia, tais decisões são constantemente reformadas quando chegam ao TST:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO, POR AUSÊNCIA DE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. A Corte Regional condenou a Reclamada ao pagamento de indenização, correspondente ao aviso-prévio, ao décimo terceiro salário proporcional (9/12), às férias proporcionais (10/12), acrescidas do terço constitucional, às férias vencidas, acrescidas do

terço constitucional, e à multa de 40% sobre o FGTS, não obstante reconhecer a nulidade do contrato de trabalho firmado com o ente público, por ausência de prévia aprovação em concurso público. Nos termos da Súmula nº 363 desta Corte, a contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. Recurso de revista a que se dá provimento<sup>6</sup>. (BRASIL, 2011c).

Ao confrontarmos o disposto nas súmulas 331 e 363, percebemos o tratamento distinto despendido aos trabalhadores. No primeiro caso, temos a contratação de uma empresa para a prestação dos serviços, caso em que a Administração poderá ser responsabilizada subsidiariamente por todas as verbas devidas aos empregados da contratada. Já no segundo, a própria administração

<sup>6</sup> Cf. RR 20800-80.2006.5.02.0059, Relator: Fernando Eizo Ono, Julgado em: 03/08/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/08/2011.

contratou o trabalhador, diretamente e de forma irregular, sem concurso público, e somente terá que pagar as horas trabalhadas e efetuar os depósitos do FGTS.

Ou seja, de acordo com as súmulas, é mais grave a Administração não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada do que realizar uma contratação direta sem observação da exigência constitucional de prévio concurso público. Não parece razoável. Entretanto, estas alegações são rechaçadas pelos tribunais superiores, que defendem se tratarem de situações distintas, que não poderiam ser comparadas<sup>7</sup>.

### 1.5. O contrato de Prestação de Serviços

A Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993), em seu art. 6º, inciso II, define serviço como

[...] toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação

<sup>7</sup> Cf. AIRR - 23500-66.2009.5.01.0054, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 20/06/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 29/06/2012.



de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Nota-se que a legislação utiliza a expressão serviço de forma genérica, podendo ser traduzida como “a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual), produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário” (JUSTEN FILHO, 2012).

O contrato de prestação de serviço aqui tratado não tem por objeto a prestação de serviços públicos, pois, para a delegação destes a particulares é preciso ser celebrado um contrato de concessão ou de permissão de serviço público, precedidos de licitação (ALEXANDRINO; PAULO, 2012).

No contrato de prestação de serviços o que predomina é a atividade humana, com mão de obra que poderá ser especializada ou não, direcionada à produção de uma utilidade sobre o material empregado, podendo ainda se caracterizar apenas por um trabalho intelectual. Ou seja, trata-se de uma obrigação de fazer que abrange desde o trabalho braçal até o intelectual e técnico profissional especializado (ARAÚJO, 2012).

Nesse sentido, podemos dividir os serviços em *comuns*, *técnicos profissionais* e os *técnicos profissionais especializados*. Os *comuns* são aqueles que não exigem requisitos especiais de habilitação para a sua realização, o que ocorre nos serviços de limpeza, transporte, manutenção de máquinas, entre outros. Os serviços *técnicos profissionais* são os que exigem habilitação específica, como os serviços de engenharia, arquitetura e advocacia. Por sua vez, os serviços *técnicos profissionais especializados*, são aqueles enumerados no art. 13 da Lei 8.666/93 e exigem habilitação especial e maior aperfeiçoamento, com características singulares do profissional que o poderá realizar, possibilitando, inclusive, a inexigibilidade de licitação.

A Administração não visa com o contrato de prestação de serviço à aquisição do domínio de algum bem, embora esta possa ser uma consequência daquele. O interesse reside na obtenção da execução de uma atividade pelo esforço do particular contratado, ainda que isto importe na aplicação e utilização de materiais e equipamentos (JUSTEN FILHO, 2012).



## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20a. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora LTR, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 24 jul. 2012.

BRASIL. Processo 017.900/2004-8, 28 de outubro de 2004. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=17900&p2=2004&p3=8>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 363**. [2003]. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. [2011a]. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Recurso Especial nº 000684-009-11. Pregão presencial 18/2011 contratação de empresa especializada na administração coordenada e fornecimento de profissionais da área de saúde de forma complementar para prestação de serviços. [2011b]. Disponível em: <[http://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/133534.pdf](http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/133534.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2013.

BRASIL. Processo nº 013.996/2003-2, de 13 de setembro de 2007. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://goo.gl/QdAUM>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

BRASIL. Processo nº 020.784/2005-7, de 30 de agosto de 2006. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20060830%5CTC-020-784-2005-7.doc>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

BRASIL. Reclamação 15.222, de 14 junho de 2013. Superior Tribunal Federal. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20130626\\_123.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20130626_123.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2013.

BRASIL. Processo 20800-80.2006.5.02.0059, de 3 de agosto de 2011c. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://goo.gl/H19we>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25a. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos**. 3a. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15a. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012.