

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA  
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

**Oséias Machado**

**A PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO  
EM RAZÃO DA TERCERIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO**

**ITUVERAVA  
2018**

**OSÉIAS MACHADO**

**A PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO  
EM RAZÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO**

**Trabalho de Conclusão de  
Curso Apresentado à Faculdade  
Dr. Francisco Maeda. Fundação  
Educação de Ituverava para  
obtenção do Título de Bacharel em  
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Fabrício de  
Souza Garcia**

**ITUVERAVA  
2018**

**OSÉIAS MACHADO**

**A PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO  
EM RAZÃO DA TERCERIZAÇÃO NO SETOR PÚBLICO**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade Dr. Francisco  
Maeda. Fundação Educacional de Ituverava  
para obtenção do título de Bacharel em  
Direito.**

**Ituverava, 05 de Novembro de 2018.**

**Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Fabrício de Souza Garcia**

**Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Roberto Inácio Barbosa Filho**

**Examinador: \_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Sofia Muniz Alves Gracioli**

## **DEDICATÓRIA**

Dedico esse Trabalho de Conclusão de Curso primeiramente a Deus, a Ele toda Honra e Glória, depois aos meus pais e esposa, sem eles com certeza não teria chegado até aqui.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me dado vida e saúde para conseguir realizar esse sonho, a Ele toda Honra, pois sem Deus nada sou.

Agradeço aos meus pais, que sempre me apoiaram, agradeço também a minha esposa e meu filho, que estiveram comigo me incentivando e me dando força para continuar.

A todos os professores que tive nesses cinco anos de curso, em especial agradeço o meu professor e orientador Dr. Fabrício de Souza Garcia, pela paciência, dicas e também conselhos, meu muito obrigado.

Aos meus amigos e colegas de sala que fiz ao longo do curso, só tenho a agradecer, pelos momentos e pelas ajudas, para que juntos conseguíssemos chegar até aqui.

Agradeço também a todos os funcionários da FAFRAM que sempre me atenderam com muito respeito e dedicação, pessoal da secretaria, da biblioteca, da limpeza, todos contribuíram para a realização desse sonho, agradeço a todos sem exceção.

Lembro-me como se fosse hoje, o meu primeiro dia de aula com a professora Giovana, que me disse “aproveitem bem cada momento, vocês acham que vai demorar, não vai não, daqui uns dias vocês estarão formando”, e realmente foi assim, passou como o vento, e já estou encerrando mais uma etapa de minha vida, ficarão as lembranças e as amizades de um período que sou grato por ter passado por ele. DEUS ABENÇÕE A TODOS.

**“Dêem graças ao Senhor porque Ele é bom, o Seu amor  
dura para sempre”.**  
**(Salmos 107: 1).**

## RESUMO

A terceirização no setor público foi um mecanismo criado para a administração, em um determinado momento que, percebeu-se que a máquina pública de tão grande que havia se tornado, trazia uma dificuldade de geri-la sem que fossem delegadas certas atividades a empresas privadas. A terceirização foi muito importante no processo de diminuir a máquina pública, podendo os gestores públicos dar mais ênfases em atividades de maior relevância aos interesses públicos, sofreu varias mudanças normativas, que infelizmente apesar disso, ainda não foi totalmente pacificada. Com a chegada da constituição de 1988, a terceirização passou a ter que respeitarem alguns limites, como os que foram impostos à administração pelos princípios constitucionais do artigo 37, e também a imposição de concursos públicos para preenchimento das vagas de cargos e empregos públicos que abrem devido à demanda, se tornando então a regra para isso. Toda via os gestores passaram a suprimir as vagas que previamente são descritas nos editais dos concursos, levando os tribunais a decidirem sobre o assunto, devendo os gestores públicos não contratar terceiros nas vagas dos concursos enquanto vigentes. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas como metodologia, pesquisas bibliográficas e também consulta a vários trabalhos científicos. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância da terceirização, sem deixar de falar os problemas que se tem causado, tanto para os pretendentes de cargos públicos, como também breves comentários sobre a corrupção que se instalou entre empresas privadas e a administração. O objetivo do presente trabalho foi demonstrar o quanto a terceirização tem prejudicado os concursos públicos. Foi abordado tudo aquilo que vi de mais importante e de maior relevância, para que fosse entendido sobre os temas.

**Palavras-Chaves:** Terceirização no setor Público. Concursos. Supressão de vagas.

## SUMMARY

Outsourcing in the public sector was a mechanism created for the administration, in a certain moment that, it was realized that the public machine of so great that had become, it had a difficulty to manage it without being delegated certain activities to private companies. Outsourcing was very important in the process of reducing the public machine, and public managers could give more emphasis to activities of greater relevance to public interests, underwent several normative changes, which, unfortunately, have not yet been totally pacified. With the arrival of the 1988 constitution, outsourcing had to respect certain limits, such as those imposed on the administration by the constitutional principles of Article 37, as well as the imposition of public tenders to fill vacancies in positions and public jobs that open due to the demand, thus becoming the rule for this. However, managers have eliminated vacancies that are previously described in the calls for tenders, leading the courts to decide on the matter, and the public managers should not hire third parties in the vacancies of the contests while in force. For the development of the present work, were used as methodology, bibliographical researches and also consultation to several scientific works. This paper aims to demonstrate the importance of outsourcing, not to mention the problems that have been caused, both for suitors of public office, as well as brief comments on the corruption that has been established between private companies and the administration. The objective of this work was to demonstrate how outsourcing has affected public tenders. All that I saw of more importance and of greater relevance was approached, so that it was understood on the subjects.

**Keywords:** Outsourcing in the Public Sector. Contests. Suppression of vacancies.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 TERCEIRIZAÇÃO, SERVIÇO PÚBLICO E AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO</b>	<b>13</b>
1.1 Histórias da terceirização	13
1.2 Aspectos Gerais da Terceirização	14
1.3 Conceito de Serviço Público	16
1.4 Atividades Meio e Atividades Fim	18
1.5 Objetivos da Terceirização na Administração Pública	19
1.6 Vantagens e Desvantagens da Terceirização	21
<b>2 NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>25</b>
2.1 Princípios constitucionais aplicáveis a terceirização	29
2.1.1 Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público	29
2.1.2 Princípio da moralidade	30
2.1.3 Princípio da legalidade	31
2.1.4 Princípio da eficiência	32
2.2 A Terceirização e a investidura de servidores públicos por meio de Concursos públicos pós CF/1988	33
<b>3 CONCURSOS PÚBLICOS</b>	<b>35</b>
3.1 Os concursos públicos e a terceirização, a verdadeira realidade e a Lei 13.429/201	37
3.2 Decisões dos Tribunais quanto à supressão das vagas pré-existentes nos	

<b>Concursos, por Terceiros</b> _____	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO</b> _____	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> _____	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

A terceirização no setor público foi um grande avanço para administração e seus gestores, que passaram a contar com uma forma de contratação, que começou com o intuito de distribuir algumas atividades e serviços que, antes era de exclusiva responsabilidade do poder público.

A terceirização trouxe à administração a comodidade de delegar à empresa privadas, obras e serviços públicos de menor relevância aos interesses da coletividade.

O objetivo do trabalho foi demonstrar que a terceirização, apesar de muito importante, tem suprimido as vagas dos concursos.

O problema de maior relevância, e que será demonstrado no trabalho, foi o fato de a terceirização ter prejudicado os concursos públicos. Além de tirar um numero enorme de vagas,tem servido para que os gestores públicos burlem a regra constitucional de contratações para cargos e empregos públicos.

O presente trabalho será dividido em três seções, sendo que, a primeira fará um breve comentário sobre a história da terceirização e seus aspectos gerais, além do conceito de serviços públicos e suas atividades, o objetivo da terceirização na administração pública e as vantagens e desvantagens da terceirização.

Já na segunda seção passa a tratar da normatização da terceirização, demonstrando as primeiras normas que passaram a reger o instituto, a fim de demonstrar o pouco avanço normativo que sofreu o presente instituto até os dias atuais.

Ainda na segunda seção, será tratado sobre os princípios constitucionais com a promulgação da constituição de 1988, que trouxe certos limites ao presente tema, falarei sobre os princípios da supremacia e da indisponibilidade dos interesses públicos, além dos princípios da moralidade, legalidade e eficiência, que regem administração pública, e também será falado sobre a investidura de servidores públicos por meio de concursos públicos e a terceirização.

A terceira e ultima seção, tratai da regra constitucional para a contratação de servidores públicos, queveda a contratação de terceiros para cargos contínuos da administração, que sãoos concursos públicos.

Veremos que, o concurso público veio impor limite a terceirização, mas acabou sofrendo um atropelo por parte da terceirização, que tem sido usada para camuflar as vagas disponíveis nos serviços públicos.

Tratar-se-á ainda sobre a realidade dos concursos e a terceirização, e um breve comentário sobre a lei 13.429/17, e por fim as recentes decisões dos tribunais superiores sobre a supressão das vagas previamente descritas nos editais dos concursos públicos, por terceiros.

# 1 TERCEIRIZAÇÃO, SERVIÇO PÚBLICO E AS VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

## 1.1 História da Terceirização

A terceirização, apesar de ser um instituto centenário, teve seu reconhecimento na administração pública, depois da década de 50, onde começaram a regular os seus limites. É um instituto que apesar do tempo ainda é motivo de muitos embates jurídicos, a meu ver devido à falta de lei que a regule de forma mais abrangente. Passaremos então a mostrar a história, seus embates e suas normatizações até os dias atuais.

Um dos primeiros registros que se tem de uma terceirização pelo Estado Brasileiro, data do ano 1852, quando houve a iniciativa para substituir o trabalho escravo pelo trabalho dos imigrantes Europeus.

Para Druck-Sena-Pinto e Araujo (2017), o senador e fazendeiro, Nicolau Pereira de Campos Vergueiro foi pioneiro no que tange a terceirização, formou uma empresa que se chamava Vergueiro & Cia, onde juntamente com o governo de São Paulo trouxe mais de 1500 (um mil e quinhentos) colonos para trabalhar nas lavouras. Tornou-se então uma agenciadora de mão de obra estrangeira, sendo subcontratada pelo governo que passou a ser financiador das buscas por esses trabalhadores.

Ainda segundo Druck-Sena-Pinto e Araujo (2017), essa experiência de iniciativas individuais de fazendeiros fez o governo assumir todos os custos com a vinda de imigrantes, e manteve a legislação sobre locação de trabalho de 1839, na qual os contratos que eram assinados pelos imigrantes os comprometiam por cinco anos nas fazendas e determinavam até mesmo a prisão para os que não cumprissem as cláusulas. Em 1886, os fazendeiros paulistas criaram a Sociedade Promotora de Imigração, entidade privada com a finalidade de importar mão de obra para o café, contratos esses que eram firmados com o governo de São Paulo.

Nota-se claramente que já nessa época mesmo que de forma implícita, se tratava do instituto da terceirização entre ente público no caso em tela o estado de São Paulo (empresa tomadora dos serviços) e a empresa prestadora dos serviços (empresa terceirizante). Há de se notar também que nesse contexto de terceirização enxergamos uma troca da mão de obra escravagista por mão de obras de imigrantes que foram frutos desse início das terceirizações.

Já na década de 60, com o crescimento exagerado da máquina administrativa e a reforma administrativa do estado brasileiro, levou a terceirização a um grande crescimento, como forma de enxugar a máquina pública, prezando o poder público pela aplicação dos princípios de economicidade, eficiência e qualidade dentro da esfera pública (MARGONARI, 2012).

Ainda segundo Margonari (2012), a administração pública usava a consolidação das leis do trabalho para amparar a contratação de mão-de-obra e o fundamento jurídico que abre a possibilidade de terceirização neste período é dado pelo Decreto-lei 200/1967, “que com seus postulados de planejamento, coordenação, supervisão, delegação de competência (descentralização e desconcentração) e controle, programou a reforma administrativa.

Apesar do contexto histórico acima citado, muitos doutrinadores dão como certo a introdução da terceirização nos serviços públicos pelo governo militar, mas precisamente em 1967, com a reforma administrativa do Estado.

A terceirização no setor privado se iniciou como forma das grandes empresas focarem os seus esforços em seus produtos ou serviços principais, além de ser uma maneira de reduzir gastos e chegar ao produto final com mais eficiência e competitividade. No setor público a terceirização se inicia oficialmente devido crescimento desenfreado da máquina administrativa, levando o estado a usar o referido instituto como forma de frear o crescimento da máquina pública, surgindo então uma norma que regulasse a terceirização.

A terceirização é um fenômeno velho e ao mesmo tempo novo, sendo a novidade o lugar central que ocupa no capitalismo flexível e no seu crescimento e generalização, havendo um crescimento constante sem controle, mesmo que no caso brasileiro exista sua regulação (DRUCK-SENA-PINTO; ARAÚJO, 2017).

A terceirização começou e nunca mais deixou de crescer, trazendo ao ente público uma forma de realizar aquilo que seria de competência apenas sua, o poder público delegou a sua competência para que terceiros a realize, a terceirização nunca irá parar de crescer, mas trará sempre consigo os seus problemas.

## **1.2 Aspectos Gerais da Terceirização**

De forma geral a palavra terceirização possui um aspecto amplo, que nos dá uma noção de como se consuma essa relação contratual. Terceirização advém da

palavra terceira, isso quer dizer que a terceirização se completa no momento em que uma empresa é contratada por outra empresa para realizar atividades que antes era exercida pela contratante. Ocorreu então nesse momento o instituto da terceirização.

Segundo Rodrigues (2015), a terceirização é a relação trilateral que se forma entre trabalhador, o intermediador da mão-de-obra e o tomador de serviços, e materializando quando uma empresa desloca para um terceiro parte de sua atividade, ou incorpora o trabalho de terceiros em seus quadros.

Carneiro (2016) conceitua terceirização como sendo uma palavra proveniente da Ciência da Administração, é derivada da palavra “terceiro”, que, para o interesse da Administração, corresponde à outorga de execução de atividades acessórias a terceiros, sendo recepcionada, logo depois pelo Direito sem que tenham feitos os ajustes necessários. Terceirização ainda sobre a ótica do referido autor consubstancia uma relação jurídica triangular (trilateral), envolvendo três pessoas e três relações jurídicas simultâneas sendo as três pessoas sociais envolvidos são: a) Trabalhador; b) Empresa terceirizante (empresa prestadora dos serviços); e c) Empresa tomadora dos serviços (cliente).

Percebe-se que tanto o sentido quanto conceito de terceirização é bem simples, não havendo divergências quanto a isto. A terceirização na visão dos autores acima mencionados deixa claro que o instituto é uma relação jurídica formada entre três pessoas, sendo duas pessoas jurídicas, que pode ser de direito público ou privado, e o trabalhador, pessoa física contratada pela empresa terceirizada.

A terceirização em um sentido amplo nada mais é que transmitir parte das atividades da empresa à outra, para que essa execute os serviços que lhes serão incumbidos. Porém com a terceirização veio também os problemas, principalmente devido à falta de leis a que a regulamentasse.

Com o crescente aumento de demandas trabalhistas no setor, Carneiro (2016), traz que ocorreu então fundada dúvida sobre quem deveria constar no pólo passivo, quando o autor da reclamação era o próprio trabalhador, se seria a empresa tomadora ou a própria empresa prestadora do serviço, sobre os muitos conflitos trazidos a respeito do referido assunto o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 256 em 1986 que assim se manifestava:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilícita a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se vínculo

empregatício diretamente com o tomador de serviços(SUMULA 256, TST, 1986).

Apesar da simplicidade do sentido da palavra e da forma que se formava a relação entre as empresas, não ficou claro quanto aos processos advindos dessa relação de quem seria o responsável pelas ações trabalhistas movidas pelos trabalhadores das empresas terceirizadas. Isso fez com que o Tribunal Superior do Trabalho editasse a súmula 256.

Com isso então ficou o entendimento do Tribunal que a terceirização fora dos casos previstos nas leis de nº 6.019/74 e 7.102/83 e também da sumula 256 TST, seriam ilícitos, ficando as empresas tomadoras dos serviços como responsável direto com o trabalhador terceirizado de forma ilícita.

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, ficou definido também a responsabilidade da administração quanto reclamações trabalhistas dos empregados das empresas contratadas pela administração.

Terceirização: Plenário define limites da responsabilidade da administração pública

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, nesta quinta-feira (30), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, com repercussão geral reconhecida, que discute a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada. Com o voto do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento, adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Na conclusão do julgamento, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, lembrou que existem pelo menos 50 mil processos sobrestados aguardando a decisão do caso paradigma. Para a fixação da tese de repercussão geral, os ministros decidiram estudar as propostas apresentadas para se chegar à redação final, a ser avaliada oportunamente.(RE: 760931. Relatora: MINISTRA Rosa Weber. 30 de março de 2017).

Ficou então decidido que a administração não será responsável solidaria, que poderia no caso as ações já serem ajuizadas diretamente contra os entes públicos, portanto a responsabilidade é subsidiária, devendo o reclamante provar que a administração foi omissa quanto à fiscalização do contrato. O presente julgado é de repercussão geral, servindo para todas as ações em tramite sobre o mesmo assunto.



### 1.3 Conceito de Serviço público

Quando ouvimos falar em serviço público, logo nos vem à mente tudo aquilo que estão ligados com todas as atividades e serviços dos entes públicos, sejam no executivo, judiciário ou legislativo.

Confesso que não é tão fácil conceituar serviços públicos sem que tenhamos essa percepção ampla que acostumamos a ter. É importante que saibamos diferenciar serviços públicos de obras públicas.

Segundo Pinheiro Silva (2011), serviço público no Brasil é muito utilizado para designar tudo àquilo que o estado faz, ou pelo menos toda atividade administrativa que o estado desempenha, sendo isto uma concepção muito ampla, que inclusive abrangeria serviços que juridicamente são reconhecidos como obras públicas.

Ainda sobre visão do autor acima citado, a amplitude conceitual de serviço público está ligada à inutilidade do conceito perdendo, portanto, interesse jurídico, pois a amplitude do conceito não consegue obter as características e o regime jurídico aplicáveis ao instituto sob análise.

No Brasil podemos notar que a expressão serviço público é utilizada para tudo que esta ligada a atividades realizadas pela administração pública, inclusive ligando o judiciário e o legislativo a esse conceito amplo. Trataremos então do conceito técnico do referido assunto, para que tenhamos uma maior percepção e assim o entendamos.

Vejamos o que fala Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (MELLO, 2010, p. 671).

O conceito acima citado já torna claro o propósito de entender sobre o assunto, pois podemos ver que serviços públicos estão ligados a administração pública como forma de prestar os seus serviços a todos os cidadãos de fato a satisfazer suas necessidades sendo elas pertinentes ao poder público.

Entendo que, quem de forma geral faz parte da administração pública, desde o mais baixo cargo até o maior superior hierárquico, estão incumbidos com a missão de

oferecer utilidade e satisfazer os interesses da coletividade nas tarefas que são pertinentes ao poder público.

Entende Pinheiro Silva (2011), que a noção de serviço público deveser buscada na realidade social, entre as forças sociais, entreos interesses do capital e do trabalho, sendo a definição de serviço publico genérica, variando conforme a época e o povo. Odete Medauar traz em sua obra, *Direito administrativo moderno* que:

Serviço Público, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à via coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meios (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público (MEDAUAR, 2008, p.313).

O conceito da autora acima citado é ainda mais restrito de modo a enfatizar que serviços públicos só estão ligados a atividades fim da administração não sendo pertinentes os de atividades meio, que são os que podem ser terceirizados pelos entes públicos.

Pinheiro Silva (2011) descreve que avontadesoberana do Estadoprevalecerá, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, não importando se a sua prestação é direta ou indireta.

Grau (2008), conclui que serviço público, em noção que podemos dele enunciar, é uma atividade visível ou presumível definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da harmonia e da reciprocidade social.

Conclui-se que embora haja a necessidade de distinção do referido conceito, posso dizer que ele é um pouco vago, tendo em vista os doutrinadores divergiram sobre o assunto. Fico na corrente do entendimento que serviços públicos esta ligado a todos da administração publica direta ou indireta dentro das atividades que lhes são atribuídas de modo a serem úteis, e satisfazer as necessidades da coletividade, pois vejo que administração publica nada mais é que gerenciadores daquilo que pertence ao povo.

#### **1.4 Atividades Meio Atividades Fim**

Com o aumento desenfreado da terceirização tanto no setor privado quanto no setor público, aumentou também as reclamações trabalhistas e as duvidas de quais

atividades poderiam ser terceirizadas. Para entendermos melhor sobre as atividades primárias e secundárias do setor público trataremos do tema a seguir:

Para Zockun (2017), atividade meio e atividades fim, sendo “Fim” as atividades relacionadas com o objetivo final da empresa e atividade meio, são aquelas referentes ao suporte ou apoio necessário para o processo produtivo. Ainda sobre a ótica do autor, a essência da terceirização, à luz da Ciência da Administração, é delegar a outro(s) algumas ou todas as atividades acessórias ou secundárias da empresa, de modo que ela possa se dedicar integralmente ao objeto central de sua criação.

Entende-se como atividade-meio aquela atividade que não é o foco principal da pessoa jurídica, trata-se de um serviço necessário ao seu funcionamento, não tendo uma relação direta com atividade principal da pessoa jurídica, não sendo, portanto o foco principal da empresa. Já a atividade-fim, é aquela que caracteriza o foco central, o objeto principal da pessoa jurídica, normalmente encontra-se expresso na lei de criação da pessoa jurídica, no estatuto ou no contrato social (SILVEIRA, 2013).

Na terceirização entre empresas privadas a diferença é muito simples, a atividade principal da empresa para qual foi criada, trazendo essa atividade até mesmo em seu estatuto ou lei de criação é denominada de atividade fim, pois foi para esse propósito que a empresa foi criada. Agora, todas as outras atividades que são realizadas de forma secundária que não seja o produto final da empresa são consideradas atividade meio.

Acontece que na administração que na administração pública por ser difícil sua diferenciação foi editado um decreto que passou a regular o assunto.

O Decreto federal nº 2271/1997, que dispõe sobre a contratação de serviços pelos órgãos públicos, estabelece que, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, tais como limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações (SILVEIRA, 2013, p.3).

Vemos claramente que o referido autor trata como legal a contratação de empresas terceiras por parte das entidades públicas, desde que os serviços a essas empresas incumbidos não seja os de atividades fim, e sim os de atividades meio, ou seja, os de atividades acessórias, instrumentais ou complementares, na qual o decreto 2271/97 traz de forma explícita em seu parágrafo 1º do artigo 1º, quais as atividades

que poderiam ser objetos de terceirização. Portanto o poder público ficou autorizado a realizar o contrato de terceirização somente os que a lei o regulamentou.

### **1.5 Objetivos da Terceirização na Administração Pública**

A terceirização foi usada como uma ferramenta pelo poder público, como forma de desafogar a máquina pública, que já não suportava mais cuidar de tantas atribuições de forma direta. Além disso a administração gastava com o pagamento de pessoal além do que era permitido.

Segundo Margonari (2012), o que se pode observar é que o processo de terceirização surge como uma forma de reduzir o tamanho do Estado brasileiro, o resultado que se teve disso foi a reforma do estado brasileiro pelo decreto 200 de 1967 que com seus postulados de planejamento, coordenação, supervisão, delegação de competência (descentralização e desconcentração) e controle, programou a reforma administrativa.

Em seu artigo 10º dizia:

Art. 10º. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (BRASIL, 1967).

O presente Decreto regulou a reforma administrativa, autorizando o Estado Brasileiro a descentralizar suas atividades, tirando das “costas” do Estado várias tarefas que lhes eram incumbidas de forma que se centrasse em atividades de maior relevância a coletividade.

Para Silveira (2013), era de se concluir que a Administração Pública somente poderia terceirizar, se houvesse a previsão em lei, além de ter que observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Com a idéia de enxugamento da máquina pública, o estado passa então a ficar restrito a atividades mínimas, o que fez com que a terceirização ganhasse força e fosse utilizada em larga escala pela Administração Pública (ZOCKUN, 2013).

Mais tarde, advindo à lei de responsabilidade fiscal, veio trazer mais comodidade ainda ao gestor público, regulamentando em um de seus artigos os gastos pertinentes a terceirização como sendo de outras despesas, vindo a sim a desafogar a folha de pagamento de pessoal. Apesar de esse dispositivo legal ter desafogado a folha de pagamento com pessoal, trouxe também um problema não resolvido até hoje, que são os terceiros tomando o lugar de pessoas aprovados em concursos públicos, assunto que será tratado também no presente trabalho.

O parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal), veio a confirmar a terceirização no serviço público, passando a ter o entendimento que os valores gastos com os contratos de terceirização que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como outras despesas de pessoal (SILVEIRA, 2013).

Acredita-se que a terceirização conseguiu desafogar a máquina pública, ao realizar tarefas que não eram tão importantes para a coletividade, mas ficou evidenciado também que um dos propósitos da terceirização na administração pública foi a defazer novas contratações de mão de obra sem que elas aparecessem dentro do orçamento com funcionários fixos, pois esses orçamentos já estavam em seus limites de gastos, no entanto ficou a administração o encargo de respeitar certas normas para realização dessas contratações além de zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais.

O próprio autor Silveira (2013), admite em seu comentário, dizendo que se conclui que a administração pública poderá terceirizar quando houver previsão legal, além de observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Margonari (2012) elenca ainda que a lei derresponsabilidade fiscal represente um grande avanço para a administração pública brasileira no que diz respeito ao controle dos gastos públicos e na limitação dotamanho da máquina pública, além de visar o controle dos gastos públicos oferece regras rígidas visando o fim do déficit público. O principal foco da lei de responsabilidade fiscal está direcionado a redução dos gastos do estado com a folha de pessoal.

Ainda na visão de Margonari (2012), a lei trouxe além da diminuição de gastos com pessoal, penalidades para aqueles que não cumprirem as porcentagens de gastos e investimentos estabelecidos pela regulamentação da lei.

Sem duvida a lei de responsabilidade fiscal foi um marco regulatório para frear os gastos desordenados dos gestores publico, inclusive fazendo muitos deles a perderem seus mandatos por não respeitarem as normas estabelecidas na referida lei.

Apesar do avanço com a lei de responsabilidade fiscal, ao não considerar como gastos com pessoal as despesas vindas das contratações de empresas terceirizadas, oferece ao gestor público a possibilidade de burlar a respectiva lei, através dos contratos para terceirizar atividades meio.

Percebemos então o objetivo da terceirização, que foi de enxugar a máquinapública, e a imposição da lei de responsabilidade fiscal em ajudar o poder público a cumprir isso, mas iniciou outro problema na administração ao não considerar as despesas vindas dos contratos de terceirização como despesas de pessoal, levando o gestor público a não respeitar as vagas oferecidas em concursos públicos, principalmente os que não trazem o numero de vagas, os chamados cadastros de reservas.

### **1.6 Vantagens e Desvantagens da Terceirização na Administração Pública**

O instituto da terceirização na administração pública foi criado para nunca mais ser extinto, até porque a administração não conseguiria gerir de maneira eficaz a maquina pública sem transferir a outras certas incumbências.

O instituto trouxe muitas vantagens tanto para administração quanto para o mercado de trabalho, gerando através dele milhões de empregosno setor público e privado. Veremos algumas vantagens e desvantagens trazidas para a administração pública.

Para Carneiro (2016), a terceirização de determinadas atividades na Administração Pública permite que o ente estatal se dedique com maior intensidade às atividades que lhe são mais importantes, servindo também para solucionar, ainda que por tempo determinado, a falta de pessoal, provocada pela demora excessiva, na realização de concurso público para contratação de novos servidores. Demora essa, provocada por falta ou atrasos de repasses de verbas pelo governo federal.

Segundo Zockun (2017), no ápice da terceirização que se deu no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, foram feitas reformas que levaram o dasafogamento do estado, adotando uma ideologia neoliberal que defendia com entusiasmo, dando ao estado a vantagem de se restringir a atividades mínimas, podendo

terceirizar em larga escala. Houve então aumento no número de empregos devido à crescente terceirização. Ainda segundo o autor os benefícios trazidos por tudo isso são mais visíveis do lado do ente público, que se desincumbiu de realizar apenas contratações por concurso público e ainda quando contrata de forma terceirizada a receita não recai como forma de pagamento de pessoal.

Assim como os autores acima citados não há dúvidas quanto aos benefícios trazidos pela terceirização, restringindo o estado a atividades mínimas e de maior relevância, o significativo aumento de empregos que beneficiou tanto o estado quanto o gestor da máquina pública, podendo acrescentar em seu discurso político a diminuição do desemprego que sempre foi um problema em nosso país, pena que essa diminuição não durou por muito tempo, pois só a terceirização não conseguiu conter esse problema.

Foi de grande valia para o povo o aumento de empregos mencionados pelos autores, em consideração ao ente público serviu como solução daquilo que era um de seus maiores problemas, a falta de pessoal na realização de serviços de vários setores e ainda não precisam contratar de forma definitiva levando assim a um aumento na folha de pagamento de pessoal, que já necessitava de ser enxugada.

Veremos a seguir as desvantagens trazidas pela terceirização, tanto para o ente público, quanto para o trabalhador.

Segundo Carneiro (2016), o que poderia trazer uma grande desvantagem para a administração seria a inevitável prática descontrolada e intensiva da terceirização na administração Pública fazendo com que o estado se tornasse totalmente dependente dos serviços executados pelas empresas prestadoras de serviços.

Para o empregado as desvantagens são maiores, devido à possível falta de concursos públicos, tendo em vista a preferência pelo administrador público pela terceirização.

Para Carneiro (2016), seria inevitável, já que o estado preferindo a contratação de pessoal por empresas terceirizadas, abriria mão dos concursos públicos. Ainda segundo o autor o que pesa para a não aceitação dessa possibilidade, parte da premissa, que empregados terceirizados não podem substituir, nas atividades especializadas, aqueles que são contratados mediante aprovação em concurso público.

O que se temia acabou acontecendo, o aumento da terceirização foi usada pela administração de forma descontrolada, como sempre acontece no Brasil não foram feitos nenhum estudo para prevenir os possíveis impactos negativos com a terceirização.

Isto levou a constituinte brasileira a normatizar a contratação de funcionários públicos em seu texto constitucional, mais precisamente em seu artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Delgado traz em sua obra Direito do trabalho:

A Constituição de 1988 lançou uma especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração pública direta, indireta e fundacional. É que a Constituição colocou a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisitos insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito (art. 37, II e § 2º, CF/88) (DELGADO, 2014, p. 473).

As desvantagens da terceirização a meu ver no tocante aos concursos públicos são irreparáveis, já que depois do aumento desenfreado do referido instituto houve a diminuição dos certames de concursos públicos, além de prejudicar os concursos que se realizam e ficam vigentes, mesmo sobre expressa vedação da constituição como se observa acima em seu art.37, inciso II e parágrafo 2º.

Seguindo a mesma linha Zockun (2017), diz que há respaldo constitucional para a terceirização de serviços (não apenas de serviços públicos), mas também a possibilidade de se contratar uma empresa para a prestação de serviços diversos. Porém em se tratando de atividade típica do Estado, em que se exija o poder de império, não é possível a terceirização, estando, segundo o autor autorizada a terceirização nos casos, com base no art. 37, XXI, CF.

Artigo 37, XXI da CF/1988- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

O que fica enfatizado neste tópico é que a terceirização oferece mais vantagens ao administrador público do que para os trabalhadores, mesmo que com ela se comprove o aumento de vagas de empregos. É de se notar que se regulamentar a terceirização para todas as atividades exercidas pela administração pública, ficara difícil acontecer à contratação por concurso público, além de ser nítido que isso não deva acontecer, pois estará ferindo o texto constitucional do artigo 37, II, parágrafo 2º da CF/1988.



## 2 NORMATIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A normatização da terceirização no setor público teve início na década de 60, quando houve a percepção de que a máquina pública necessitava de uma reforma administrativa, pois o estado já não suportava mais a centralização de todas as atividades públicas centradas diretamente sobre a figura estatal administrativa.

Com esse crescimento da máquina pública e a real necessidade de reforma para enxugar e desburocratizar o estado, o governo Federal então editou um decreto de lei que autorizava a terceirização das atividades do Estado por empresas privadas. Esse decreto lei federal de número 200/1967, foi a primeira a norma regulamentadora autorizando o poder público a contratar com empresas privadas serviços que até então era somente de alçada do estado.

O texto do referido Decreto trazia a seguinte regulamentação:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (BRASIL, 1967).

O artigo do Decreto lei 200/1967 acima citado, mostra que o poder público além de autorizar a terceirização que até então era exclusiva do setor privado a fez de forma ampla, como mostra o § 7º do artigo 10º, podendo inclusive terceirizar até mesmo as tarefas executivas.

Segundo Druck-Sena-Pinto e Araújo (2017), em 1970, a Lei n: 5.645 complementaram o Decreto lei n: 200/1967, definindo que somente os serviços de transporte, vigilância, limpeza e outros distintos dos de tarefas executiva. A referida lei dispunha que deveria ser de forma preferenciais contratados através de empresas privadas prestadoras desses serviços.

Ainda sobre a visão do autor não havia exigência constitucional de concurso público para a contratação de funcionários, os servidores públicos trabalhavam sobre regimedada Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não havendo estabilidade para os

servidores, podendo ser admitidos e demitidos, pois assim admitia a CLT para todos os trabalhadores empregados o regime celetista da época.

A lei 5.645/70 começou a regulamentar os limites da terceirização, o avanço foi pouco claro, pela dimensão do problema que era o referido instituto sem normas que o limitasse. O que desenfreou ainda mais a terceirização dentro da administração pública foi o fato de não haver nenhuma previsão para que funcionários do setor público fossem admitidos mediante concurso, além ainda de estarem sobre o regime de normas da CLT, que não previa para os servidores nenhuma estabilidade, podendo ser admitidos e demitidos como qualquer outro funcionário de empresas privadas.

Com a contratação mediante regime da CLT, que também regiam os funcionários da administração não demorou, para que os trabalhadores terceiros pleitassem a relação de emprego diretamente com o poder público, sendo que a justiça federal reconheceu tal entendimento, conforme a sumula 214 do Tribunal Federal de Recurso.

Súmula 214/TFR - 03/06/1986. Relação de emprego. Configuração. A prestação de serviços de caráter continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em Grupo-Tarefa, configura relação empregatícia.

Para Margonari (2012), ainda no ano 1986 foi editado o Decreto lei 2300 de 21 de novembro de 1986 que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, sobre a ótica do autor o referido decreto admite de forma nítida a contratação de terceiros para execução de serviços em diversos setores dentro da esfera pública.

O Decreto lei 2300/86 regulamentava sobre todos os tipos de contratações diretas e indiretas feita pelo poder público, além da maneira que seriam feitos os contratos, exigindo o processo licitatório. O referido Decreto mais tarde viria a ser revogado pela Lei 8.666/93 a lei das licitações.

O decreto de lei 2.300/86 veio regulamentar todas as formas de contratações que eram feitas pela administração, trazendo como premissas às contratações a exigências de processos licitatórios, a meu ver isso foi uma forma de diminuir o poder do gestor público, para que as contratações não fossem feitas com empresas de gosto apenas do gestor, e sim que fossem contratadas empresas que melhor atendesse as normas do processo licitatório. Mais tarde a referida lei seria revogada, e deu lugar a lei 8.666/93, que trouxe ainda mais rigor a forma de contratações realizadas pelos entes públicos.

Em 1988 com a promulgação da constituição da República Federativa do Brasil, veio expressa em seu texto constitucional a forma como deveria ser feitas as contratações dos servidores públicos, e também de como deveriam ser feitas as aquisições de bens e serviços (estes devendo ser feitos mediante licitações), dando respaldo a lei 2.300/86.

O artigo 37, inciso XXI, expressa o argumento acima citado sobre a aquisição de bens e serviços;

Art. 37 [...].

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Mesmo com a CF/88, a lei de licitações 2.300/86, revogada em 1993 pela nova lei das licitações 8.666/93, a terceirização não deixou de crescer. Como descreve Scherch (2016), no embalo da lei de licitações, no mesmo ano de 1993, o Tribunal Superior do Trabalho assentou o entendimento sobre terceirização na Súmula nº 331, por ser uma época onde as políticas predominantes eram neoliberais, houve uma redução do pessoal dos órgãos públicos, sendo amplamente utilizada a terceirização.

Ainda na visão do referido autor, nesse período da década de 90, a terceirização no âmbito da administração Pública tomou proporções extremamente exageradas, chegando a violar regulamentações e preceitos legais que autorizavam a terceirização somente das atividades meio (SCHERCH, 2016).

Podemos elencar outras formas de contratação que foram permitidas à administração na década de 90, tais como, a contratação temporária que ficou regulada nos artigos 1º e 2º da lei numero 8.745/93, autorizando os entes públicos a contratar servidores temporários conforme necessidades e interesse público, como em casos de combate a surtos endêmicos, calamidade pública professores substitutos, além de vários outros cargos que de forma excepcional necessitasse de devida urgência.

Em 1995 também houve a criação da lei 8.987/95 que regulamentou as concessões e permissões de serviços públicos e de obras públicas.

Veja que entre a década de 80 e 90 foram elaboradas varias leis e decretos leis para que suprissem a falta de regulamentação quanto à contratação de bens e serviços pela administração pública.

Devido ao desrespeito por parte dos gestores públicos sobre as normas que regulamentavam a terceirização serem vagas quanto às atividades que poderiam ser objetos de terceirização, foi editado então um novo Decreto lei de numero 2.271/97 que veio a dizer expressamente às atividades que poderiam ser terceirizadas, conforme veremos no texto da lei 2.271/97 abaixo:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (BRASIL, 1997).

O decreto lei 2.271/97, trouxe o rol das atividades que poderiam ser terceirizadas, nota-se que a presente lei acima citada trata das atividades meio, não autorizando o gestor público a terceirização de outras funções que não expressa no presente decreto ou às outras normas que regulamentassem o presente instituto da terceirização.

No ano 2000 alei complementar de numero 101/2000(Lei de Responsabilidade fiscal), em seu parágrafo 1º do art. 18, veio reconhecer e admitir a terceirizaçãoono serviço público, regulamentando em seu texto que os valores dos contratos de terceirização que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão registrados como “outras despesas de pessoal” (SCHERCH, 2016).

A lei de responsabilidade fiscal foi um grande avanço para regular os gastos públicos, não só permitiu que administração enxugasse a folha de pagamento com pessoal ao registrar os gastos com a terceirização como “outras despesas de pessoal”, como também impuseram limites aos gestores públicos quanto aoutras despesas, e a determinar parâmetros mínimos de repasses de verbas para setores de suma importância para a sociedade, como por exemplo, os repasses a saúde e educação.

No ano de 2008 e 2009, apesar de todo avanço legislativo sobre o tema, a regulamentação ainda era escassa, levando a secretaria de logística e tecnologia do Ministério do Planejamento, a editar quatros instruções normativas para preencher a

falta de regulamentação sobre o planejamento de contratações de empresas terceirizadas pela administração pública.

Não se pode esquecer também de mencionar a sumula 331 do tribunal superior do trabalho, que trata da legalidade e ilegalidade das contratações de empresas terceirizadas, além da responsabilidade subsidiária do poder público quanto a todas as contratações por ele feitas.

Para Scherch (2016), a Administração Pública somente pode terceirizar se houver previsão em lei, além de ter que observar os princípios da eficiência e da economicidade, sob pena de ilegalidade e responsabilização do agente que praticou o ato.

Quanto à normatização, procurei trazer aqui as normas mais importantes quanto ao assunto, vale lembrar ainda que, serão abordados os princípios constitucionais que norteiam a terceirização no próximo tópico.

Sobre as normas que foram mencionadas no presente tópico concluo que, apesar da evolução normativa sobre o assunto, ainda há grandes números de conflitos, principalmente aos problemas que trouxe a terceirização tais como, (o limite das atividades a ser terceirizada e a diminuição das contratações efetivas por concursos públicos), estando às normas até então existente distantes de pacificar os problemas que persistem sobre o referido assunto.

## **2.1 Princípios Constitucionais Aplicáveis a Terceirização**

Com a promulgação da constituição do Brasil de 1988, seu texto constitucional trouxe de forma explícita, e também implícitos os princípios que regem a administração pública, dando autorização para formas de contratações pública, como também impõe limites à administração quanto às possibilidades de contratar.

Veremos então esses princípios, de maneira sucinta, conforme apresentados adiante, para a compreensão da utilização e limites da terceirização nos serviços públicos.

### **2.1.1 Princípio da Supremacia da Indisponibilidade do Interesse Público**

O princípio da supremacia do interesse público, trouxe ao agente público o dever de deixar que sempre prevaleça o interesse público sobre o privado, desse modo o

interesse da coletividade deve-se sobrepor sobre qualquer interesse particular do agente público ou interesse de qualquer outra pessoa que não seja de interesse da coletividade.

A atuação do agente público devera estar sempre condicionada ao interesse da coletividade.

Quanto ao tema do trabalho Pinheiro silva (2011), diz que os contratos administrativos entre terceiros e os entes públicos, encaixando-se aqui os contratos de prestação de serviços ou terceirização, as circunstancias jurídicas desses contratos devem ter influencia de um interesse público qualificado a ser, por via delas, satisfeito.

Ainda sobre a visão do autor, a administração estará sempre incumbida em suas contratações de se verificar que de fato há interesse da coletividade que justifique a terceirização das atividades que eram de sua competência.

Nota-se que o presente princípio limitou o agente público a sempre estar subordinado aos interesses da coletividade, já que o gestor é mero administrador, legitimado para gerir a máquina pública.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está completamente ligado ao princípio da supremacia do interesse público, pois indica que o interesse da coletividade sempre prevalecera, não podendo de forma alguma ser sacrificado por qualquer interesse privado, sendo sempre indisponível quanto à possibilidade de não se observar o interesse público.

Sobre essa mesma visão nos traz Patrícia Pinheiro Silva:

A supremacia do interesse público implica a sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade, de tal forma que os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. “Por sua vez, a indisponibilidade do interesse público indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência pelo agente público quanto ao cumprimento do interesse público, vale dizer, o agente é um servo do interesse público (PINHEIRO SILVA, 2011, P.10).

Os presentes princípios atuam como uma norma limitadora ao agente público, devendo os atos dos agentes públicos estar sempre embasados pelos interesses da coletividade, e a sua não observância leva a nulidade dos atos praticados.

### **2.1.2 Princípio da Moralidade**

O presente princípio trata da boa conduta (moralidade) dos agentes públicos quanto aos seus atos, é visto por muitos como um dos principais princípios de atuação do direito administrativo e na regulação dos atos dos agentes públicos. Expresso na

constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 37, o seu conceito é de forma simples e coesa trazido por Barcelar Filho (2010):

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos – bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto – mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa. Vislumbra-se nessa regra um caráter utilitário que é dado por sua imensa carga finalista (BARCELAR FILHO, 2010, p.78).

Portanto seguindo o raciocínio do autor acima citado, a moralidade é a boa conduta do administrador público, em se disciplinar pelo que é justo o que é legal e o que é útil para com o interesse público da administração.

No contrato de terceirização, o princípio da moralidade deve-se ater ao respeito da função pública, ao verdadeiro cumprimento das cláusulas e da preservação da honestidade e do equilíbrio econômico financeiro, devendo buscar prever as verbas devidas pela empresa ao empregado como obrigação do Estado, assim entende Scherch (2016).

Entende-se então que o princípio em estudo nos leva a dizer que administração pública tem o dever de zelar pela boa conduta e idoneidade, não só de questão relacionada à terceirização, como também por todos os atos de sua competência direta e também indireta, tendo em vista que essas empresas atuam sobre interesse público.

### **2.1.3 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade também está expresso no artigo 37 da carta Magna do Brasil. Esse princípio é um dos Pilares da administração pública em todas suas esferas, nos poderes da união, dos Estados, do distrito federal e dos municípios.

Em sentido estrito o princípio da legalidade na administração pública diz que a administração só poderá fazer o que a lei determina, se a lei se calar o agente público está proibido de realizar o ato.

Vinicius Alves Scherch traz a definição do presente princípio:

Em resumo, o princípio da legalidade funciona como um verdadeiro freio, que é capaz de limitar a vontade do gestor, que sempre estará amarrado aos ditames da legislação, sempre para preservar o interesse público e resguardar o patrimônio e a supremacia do Estado em face do particular, e por isso, quando se dá a terceirização, o seu objeto se limita a serviços de apoio, que proporcionam meios para que o Ente Público realize suas tarefas (SCHERCH, 2016, p.14).

O referido autor ainda expõe que o presente princípio é de suma importância para a terceirização, pois ele atua assim como o da moralidade impondo limites a atuação do poder público, tendo em vista que a terceirização esta prevista em ato legal, sendo este ato responsável por determinar as atividades que podem ser objetos de transferência a particulares.

O presente princípio é muito claro e também simples, ordenando que os gestores públicos de todas as esferas públicas, a fazerem somente o que a lei assim o ordenar, limitando assim a vontade particular dos agentes públicos, devendo sempre zelar pelo interesse público quanto a executar os seus atos, não ampliando assim a terceirização além dos limites expressos pela lei.

#### **2.1.4 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência não tinha previsão expressa pela constituição de 1988, sendo constitucionalizado pela emenda constitucional 19/1998, assim como os outros princípios acima citados sempre foi um dever jurídico para o poder público, pois antes mesmo da emenda constitucional que deu explicitude ao presente princípio, já estava reconhecido juridicamente de forma implícita pela constituição de 1998.

De forma explicativa e bastante coesa nos traz um conceito do referido princípio Alexandre de Moraes em sua obra Reforma Administrativa:

Impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (MORAES, 1999, p.30).

Veja que Moraes (1999) de forma simples explica que o presente princípio incumbe aos gestores públicos, vários critérios para que em suas observâncias, o gestor público conseguira utilizar dos recursos públicos de maneira que haja o menor desperdício possível.

Ressalta Celso Antonio Bandeira de Melo (1999), que o presente princípio é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre



nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência (MELLO, 1999, p.92).

O que fica enfatizado pelo autor é de que o princípio da eficiência é de tão difícil controle a luz do direito que, deverá sempre ser buscado o seu entendimento com a familiaridade junto ao princípio da legalidade.

Vemos que pelo presente princípio ora estudado, o administrador público quando no uso de suas atribuições, terceirizam os serviços que são admitidos por lei, obedecendo assim ao princípio da legalidade, devendo também obedecer aos critérios da eficiência, tanto o poder público, quanto o particular que por meio de contrato com a administração se compromete a executar os serviços com eficiência.

Entendo que sendo de difícil controle, ficará a cargo de o ente público fazer com que as empresas privadas por ele contratada, deverão por ele também serem fiscalizadas, para que cumpram os critérios de eficiência do presente princípio.

A meu ver os presentes princípios estudados nesse tópico, é de extrema importância que sejam cumpridos pelos gestores da administração, trazendo assim um melhor controle dos atos administrativos, e maior segurança ao cumprimento dos interesses da coletividade, pois deveria ser esse o maior propósito do texto legislativo em estudo, tendo em vista que os gestores públicos estão a serviço de toda população, afinal todo dinheiro gerido por eles são do povo.

Todo o princípio aqui estudado, ao meu entendimento, possui uma característica peculiar em seus conceitos, que é de limitar o poder público a fazer aquilo que os princípios lhes incumbem. Veremos adiante também outro instituto constitucional que veio limitar o poder dos gestores públicos que de forma desenfreada contratam por meio da terceirização, esse instituto são os concursos públicos.

## **2.2 A Terceirização e a Investidura de Servidores Públicos por meio de Concursos Públicos CF/1988**

A terceirização apesar de vermos até agora que ela realmente é necessária, pois a uma grande demanda de contratação de serviços e bens por parte da administração pública, ela também trouxe a precarização de muitos serviços públicos devido à contratação desenfreada desses serviços, e a sua falta de controle.

A constituição de 1988, com vista para esse problema, e já prevendo piores, traz em seu texto explicitamente mais uma forma de limitar a contratação de servidores públicos por meio de terceiros, que é os concursos públicos.

Segundo Scherch (2016), o concurso passou a ser a regra matriz do ingresso no serviço público, ou seja, todos os provimentos de caráter efetivo somente se dão através do concurso de provas ou provas e títulos.

O texto da lei é explícito quanto à forma de investidura em cargo público, como se vêabaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvada as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988).

Pode ser notado que tanto o autor, quanto o texto da lei acima citado fala de forma bem clara que, a investidura em cargo ou emprego público se dará através de concurso público. No texto constitucional há apenas uma ressalva quanto aos cargos de comissão, que são de livre nomeação e exoneração.

Portanto nota-se que os concursos públicos são mais uma forma de limitar o avanço exagerado da terceirização, assim como os princípios constitucionais também lembrados no presente trabalho.

O concurso público sobre a visão de Scherch (2016) encerra em si verdadeira corporificação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, dando àquele que participado processo concursal a oportunidade de integrar a carreira pública, ficando o servidor aprovado livre de qualquer vínculo ou apadrinhamento por parte do gestor que está à frente do órgão público que possibilitou a abertura do concurso público.

Vemos que o concurso público além de limitar a terceirização, atua também como forma de desvincular o gestor público da possibilidade de indicações de interesses pessoais.

Como o assunto é mais complexo, será tratado com maior profundidade no capítulo posterior, onde serão abordadas também as decisões judiciais sobre o tema.

### 3 CONCURSOS PÚBLICOS

Com a constituição de 1988, os concursos públicos passaram a ser, por expressa ordem da carta magna a regra da contratação de servidores públicos efetivos, limitando a terceirização a serviços temporários, como consta no artigo 37, II da CF/88, fazendo, no entanto uma ressalva quanto aos cargos comissionados, sendo estes de livre nomeação e também de livre exoneração.

Segundo Tavares (2018), os primeiros textos constitucionais, não traziam o termo concursos públicos para a investidura em serviços e cargos públicos, somente vindos a ser dito a partir da constituição imperial, sendo entendido no texto da constituição de 1934, como dispositivo para a chegada aos cargos e empregos públicos.

Para Cerqueira (2013), a primeira Constituição brasileira a disciplinar sobre o concurso público foi a de 1934, que em seu artigo 168 e 169 dizia:

Art. 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil observado as condições que a lei estatuir.

Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa (BRASIL, 1934).

Antes de 1934, não havia, portanto, previsão legal para o ingresso em cargos e empregos público, vindo a acontecer sua previsão no texto constitucional de 1934.

As duas Constituições seguintes a de 1934, que foram a de 1937 e de 1946, pouco mudou o texto da Constituição de 1934. Já a Constituição Federal de 1946 proibiu a estabilidade aos cargos de confiança e àqueles de livre nomeação e exoneração.

Cerqueira (2013) traz que em 1967, com o surgimento da nova constituição, trouxe de forma expressa sobre os concursos públicos, estabelecendo que, para a nomeação em cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, seria necessária a aprovação em concurso público, vejam:

Art. 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1967).

Em 05 de outubro de 1988, passou a reger a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual ainda se encontra em vigor, sendo chamada como a Constituição cidadã, por ser a mais democrática de todas as constituições brasileiras que já haviam sido criadas.

Também foi a que mais trouxe inovações a respeito do tema, trazendo como regra seu artigo 37, inciso I e II, que para a investidura em cargos e empregos públicos será imprescindível haver prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos com exceções (CERQUEIRA, 2013):

- (a) ingresso nos cargos em comissão (art. 37, II) ou nas funções de confiança (inciso V do art. 37), desde que seja servidor ocupante de cargo efetivo;
- b) nomeação dos membros dos Tribunais (art. 73 § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111, § 2º, 119, II, 120, III e 123);
- c) aproveitamento de ex-combatentes da segunda guerra mundial (ADCT art. 93, I);
- d) aos servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, CF (CERQUEIRA, 2013, p. 3, 4).

Com a constituição de 1988 os concursos não apenas se consolidou como também se tornou regra quanto ao modo de pleitear um cargo ou emprego público.

Diógenes Gasparini (2006) considera que não há dúvida de que há um dever, daquele que exerce a função administrativa, em preencher os cargos e empregos públicos mediante prévia realização de concurso público, tirante as exceções constitucionais, uma vez que os serviços públicos são contínuos, o que arrosta qualquer discricionariedade quanto ao seu preenchimento. A mera justificativa do inchaço da máquina pública não pode servir como subterfúgio, pois se assim for, que sejam extintas as vagas ociosas (GASPARINI, 2006, p. 27-28).

Para Scherch (2016), o princípio da impessoalidade não permite que a Administração diferencie os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar, consolida-se em uma peculiaridade do princípio da igualdade, devendo o estado sempre buscar a isonomia no tratamento dos administrados em idêntica situação jurídica.

Mostra ainda que a administração quando faz a celebração de contratos com a única intenção de conseguir mão de obra, há uma verdadeira violação à regra constitucional, que seria a realização de concursos públicos o meio para efetuação do fim buscado pelo Estado, qual seja, oferecer os serviços públicos para os administrados.

A intervenção do concurso pela terceirização caracteriza-se evidente violação, de no mínimo três princípios constitucionais, princípios da legalidade, impessoalidade e

moralidade, ficando caracterizada fraude ao acesso igualitário dos cargos e empregos públicos (SCHERCH, 2016).

Fica claro que após a promulgação da constituição Federal de 1988, o concurso público passou a ser a regra para o ingresso de servidores públicos, portanto a terceirização em tese deveria ser a exceção, o que não tem acontecido na prática.

Além da terceirização de obras públicas, que por sinal é extremamente necessária, tem sido feito também por parte dos gestores públicos a terceirização de serviços que são de caráter permanente, que deveriam estar sendo preenchidos por servidores mediante concursos públicos, descumprindo então uma regra constitucional.

Veremos um pouco a frente às decisões que tem tomado os tribunais quanto ao assunto, pois a falta de normatização sobre o assunto tem a judicialização do mesmo.

### **3.1 Os Concursos Públicos e a Terceirização, a Verdadeira Realidade e a Lei 13.429/2017**

Vimos então que os concursos públicos é a regra para a contratação de servidores em caráter contínuo, e a terceirização a exceção, recentemente a lei 13.429/17 causou um grande temor às pessoas que tentam ingressar como servidor público por meio de concursos, devido à referida lei deixar, até mesmo atividades que se tem entendimento como atividade-fim ser objeto de terceirização. Muitos cogitam em dizer que os concursos públicos passarão ao invés de ser a regra, passara a ser a exceção, e praticamente será quase extinto.

Não irei adentrar mais sobre a referida lei 13.429/17, pois até mesmo as normas que estão a tempos no ordenamento jurídico brasileiro não conseguiram pacificar o assunto, portanto vejo a nova lei muito distante disso, inclusive trazendo mais conflitos ao sistema jurídico.

A terceirização que deveria, e foi criada pra apenas um propósito que é a de enxugar o tamanho da máquina pública, para que o estado se concentre em melhorar as atividades essenciais à coletividade, tem sido usada como cabides de empregos para gestores públicos, como forma de angariar apoios políticos, e o pior de tudo tem servido como meio de corrupção entre os gestores públicos e as empresas terceirizadas.

A corrupção entre empresas privadas e órgãos públicos se tornou tão comum que esqueceram os seus propósitos, isso se deve a elaboração de leis que parecem ser

criadas exatamente para proporcionar esses tipos de ilícitos. Seguindo esse pensamento a Doutora em Teoria jurídico-político Fernanda Maria Afonso Carneiro diz:

Em primeiro e fundamental lugar, o instituto não pode ser usado como forma de burla do concurso público. Efetivamente, utilizar terceirização como forma de admitir pessoal, evitando-se o princípio da impessoalidade, pode deturpar todo o processo que a envolve.

O processo de terceirização no serviço público brasileiro adquiriu uma característica de legalidade como instrumento capaz de diminuir o tamanho do Estado (CARNEIRO, 2016, P.15).

Ainda sobre a visão de Carneiro (2016), a contratação de trabalhadores terceirizados pelo serviço público, tem resultado em uma ameaça real aos regimes jurídicos adotados na Administração Pública brasileira, tanto pela possibilidade de ocorrer algum tipo de infringência à legislação pertinente, quanto pelos riscos decorrentes desse processo.

Vejo que a posição trazida acima pela autora, tem se tornado unânime entre os juristas que falam sobre a terceirização, concursos e gestores públicos. A terceirização é necessária, mas tem se tornado um dos maiores problemas para os gestores públicos, e porque não dizer que tem se tornado vergonhoso o modo que se tem feito os gestores quanto à terceirização.

Segundo Scherch (2016), traz um posicionamento muito importante dizendo que, é cada vez mais comum verificar a existência de contratos com o Poder Público, onde empresas e até mesmo particulares tem exercido atividades específicas e destinadas ao poder público contratante, que, em tese, são intransferíveis, como é caso em que se configuram as terceirizações ilícitas, onde o contratado realiza atividades fim e que são de notada atribuição de um servidor público.

Ainda sobre a ótica de Scherch (2016), os cargos e empregos públicos devem ser preenchidos preferencialmente mediante concursos, seguindo o texto da lei conforme artigo 37, II da CF/88, sendo a terceirização uma alternativa ao Estado para ajudar em suas atividades.

A posição do referido autor também mostra com clareza que a terceirização tem servido os gestores públicos como forma de burla às normas constitucionais, inclusive contratando pessoas para a realização de atividades consideradas exclusivas de servidores concursados, como atividades fim e atividades continuas.

Os que defendem a terceirização os defendem por achar que com ela poderia haver um aumento da produtividade, inclusive no funcionalismo público, tendo em

conta que os servidores efetivos se tornariam mais especializados, que não se comprova, pois como vemos e sentimos no dia a dia é totalmente o contrario, ficando cada vez pior devido à falta e ineficiência dos servidores públicos, principalmente os que são terceirizados.

Segundo Zockun (2017), o intuito do concurso público à luz da constituição de 1988, trouxe no texto da lei o concurso como forma de extinguir as mais variadas formas de apadrinhamento pelos gestores públicos, modificando o sistema anterior existente, passando a ter como regra o concurso público também para o ingresso em empregos públicos, e não apenas para cargos de provimento efetivo, como previa o artigo 97, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69, portanto não só servidores estatutários como também os celetistas, devem ser providos as vagas mediante concurso.

Percebo que é unânime entre os autores referidos no presente trabalho, que a terceirização foi criada como forma de auxiliar os entes públicos em atividades que não são as chamadas atividades- fim da administração, sendo que nessas atividades deverão ser preenchidas as vagas existentes mediante concursos públicos, sendo esse a regra, que infelizmente não tem acontecido devido à má-fé e apadrinhamento dos gestores, buscando sempre seus próprios interesses.

Acontece que a dificuldade em se diferenciar essas atividades também tem levados os tribunais a serem acionados sobre o tema.

Para Zockun (2017), as atividades meio e atividades fim, foram consagrados suas diferenciações pela doutrina e jurisprudência, sem nenhum fundamento constitucional, e admitindo a viabilidade de se terceirizar tão somente as atividades meio.

O referido autor é enfático quanto à distinção entre as atividades, tendo a constituição em nenhum momento feita essa distinção, como ele mesmo diz:

Entretanto, repita-se, o art. 37, I e II, não admite esta distinção, para fins de realização de concurso público e preenchimento de cargos e empregos públicos. Isto é, a Constituição em momento algum, fixa que os cargos e empregos públicos estão vocacionados ao exercício de atividades-fins do Estado. Ao contrário, a Constituição de 1988 ao estabelecer os regimes de pessoal (estatutário, celetista e especial) o fez exaustivamente, determinando, pois, que todas as atividades desempenhadas pela Administração sejam feitas por pessoal próprio, ressalvadas as exceções inseridas no próprio Texto Constitucional, (ZOCKUN, 2017, p.15).

O próprio tribunal de contas da união quando proferiu o acórdão 0963-14/10-p, deixa de responsabilizar os gestores da Caixa Econômica Federal, entendendo que era razoável a dúvida acerca de a atividade ser considerada finalística ou não, embora o TCU tenha reconhecido como atividades-fins as atividades ali descritas:

De terceirização em seus setores de retaguarda, referente a todas as agências do país, onde o back Office ou caixa rápido são oferecidos como serviços à clientela e no de arrecadação de créditos localizado em Brasília-DF, limitado o reconhecimento da ilicitude apenas ao setor específico da filial da Capital da República (ZOCKUN, 2017. p.7).

Na teoria há a distinção de atividades fim e meio, porém na prática é bem mais complexo que pareça, como podemos ver nem o próprio tribunal de contas consegue fazer essa distinção.

A falta de normas que regulamentem essas atividades pode levar a decisões injustas pro parte do judiciário para com aqueles que passam em concursos públicos, e que tem suas vagas suprimidas por terceiros que ocupam esses cargos sem terem sido contratados, pela regra constitucional que é o concurso público.

Segundo Gasparini (2006), os gestores públicos têm o dever de preencher os cargos e empregos públicos, de caráter contínuo mediante prévia aprovação em concursos públicos, dizendo ainda que a mera justificativa por parte da administração do “inchaço da máquina pública” não pode servir de escusa, pois se assim for que sejam extintas as vagas ociosas.

Demonstrando isso o Supremo Tribunal Federal, quando julgou o Recurso Extraordinário de n: 598.099, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, reconheceu como um direito subjetivo que tem os candidatos que foram aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas já estabelecidas no edital dos certames públicos, com fundamento no princípio da boa-fé e da segurança jurídica, devendo o poder público observá-los, tendo em vista a expectativa gerada aos candidatos que almejam um cargo ou emprego público.

O referido recurso ainda traz em seu conteúdo a explicação jurídica de que a mera insuficiência financeira não é suficiente para impedir a nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas constante no edital, já que as vagas foram divulgadas, presume-se que antes disso o administrador público tenha feito uma análise



orçamentária, jurídica e financeira, não cabendo, portanto tais justificativas de que desarranjos financeiros impeçam a nomeação dos candidatos (TAVARES, 2018).

O recurso acima citado mostra que o poder público oferece vagas de cargos e empregos, mas que depois certamente as preenche com terceiros, que faz com que os aprovados em concursos entrem em litígio contra a administração a fim de pleitear as vagas oferecidas e que foram suprimidas pelo gestor público.

Nota-se que o relator do recurso além de reconhecer que ao ser oferecida a vaga gera-se uma subjetividade que se torna possível com aprovação no concurso e demais requisitos descritos no edital, devendo, portanto o administrador suprir essas vagas previamente oferecidas.

No tocante a exceção da regra constitucional do concurso público para cargos e empregos públicos, que são os cargos comissionados ou chamados cargos de confiança, Moreira Neto (2014), traz que:

A justificativa é a de que, a administração respeitando o número mínimo de servidores efetivos, os cargos de direção, assessoramento e chefia, podem ser ocupados por pessoas de confiança e com o mesmo raciocínio ideológico partidário com os gestores ocupantes do mais alto cargo do Poder Público, sendo então possível ser ocupante do cargo vinculado à “confiança” entretida com a autoridade nomeante (MOREIRA NETO, 2014, P.513).

Os cargos de comissão foram autorizados pela carta magna, sem que precisassem de concursos, para que os gestores pudessem nomear pessoas de sua confiança para ocupar cargos que consideram estratégicos para a sua gestão, assim vejo o real propósito dos cargos aqui falado.

O assunto tratado aqui no presente tópico pode mostrar a verdadeira realidade da terceirização, e os problemas causados por desprezar a regra constitucional para investidura em cargos e empregos públicos.

É de se notar que todos os autores aqui no presente tópico citado, revelam que a terceirização tem permitido que administração empregue pessoas em cargos que são exclusivos de concursados sem que o façam, sendo então utilizada como forma de burlar a legislação constitucional, em outras palavras a terceirização tem sido o verdadeiro cabide de empregos para os gestores públicos prestarem seus apadrinhamentos.

A terceirização deveria ser usada para contratação de serviços temporários, como por exemplo, obras públicas que demandam grande número de pessoas, mas por tempo determinado.

E quanto aos serviços de caráter contínuos da administração deveriam seguir a regra constitucional do artigo 37, II da CF/88, concurso público.

No próximo e último tópico do presente trabalho, serão mostradas algumas decisões dos tribunais quanto ao posicionamento desses, referente à terceirização estar suprimindo as vagas previamente demonstradas no edital dos concursos públicos.

### **3.2 Decisões dos Tribunais quanto a Supressão das Vagas Pré-Existentes nos Concursos por Terceiros**

De maneira a exaurir o tema, será pesquisado várias decisões para demonstrar o que os gestores públicos tem feito com as vagas que deveriam ser preenchidas por cargos e empregos públicos mediante a aprovação em concurso.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 15, sendo expressa que, o candidato aprovado dentro do número de vagas existente no concurso tem direito a nomeação.

A presente súmula apesar de dar o direito à nomeação, também nos leva a entender que esse direito será somente em casos que os cargos foram preenchidos sem a devida observância de classificação.

Porém o Supremo elenca algumas teses de repercussão geral que terão de ser observadas, sendo elas:

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;  
II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer à preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.  
[Tese definida no RE 837.311, rel. min. Luiz Fux, P, j. 9-12-2015, DJE 72 de 18-4-2016, Tema 784.]

Veja que o poder público deverá obedecer a esses preceitos, que foram trazidos pela suprema corte, não podendo suprimir as vagas que foram previamente ajustadas pelos entes públicos.

Veja que a decisão da corte, não dá brecha para interpretação diversa, o candidato que passou dentro dos números de vagas, não pode ter sua vaga suprimida, portanto a administração que ocupa esses cargos com terceiros está em total desacordo com o entendimento da suprema corte.

Outra decisão do STF e que reitera o posicionamento adotado no trabalho, que diz respeito exatamente sobre a não contratação de aprovados dentro das vagas de concurso, por estarem contratando de forma terceirizada, essa é posição da corte:

Conforme consignado, o Colegiado de origem concluiu pela legalidade da contratação, a título precário, mediante a adoção da ordem da lista de classificação em concurso público. Reconheceu estar no âmbito da discricionariedade administrativa a escolha da forma de admissão do prestador do serviço em caso, mesmo após a aprovação do agravado em concurso público para o respectivo cargo. Assim, o acórdão recorrido revelou dissonância com a jurisprudência do Supremo. Ambas as Turmas já se manifestaram sobre o tema. Entendeu o Tribunal que a contratação demonstra a necessidade do serviço, implicando, portanto, a preterição do candidato aprovado.  
[ARE 947.736 AgR, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T, j. 7-3-2017 DJE 74 de 11-4-2017.]

O presente agravo, que foi desprovido se trata exatamente da supressão de candidato que teve sua vaga suprimida pelo gestor público, estando ele contratando de forma precária onde deveria estar sendo ocupadas pelos concursando que foram aprovados dentro das vagas já previamente demonstradas no edital, veja como foi decidido o recurso:

ARE 947736 A GR / SP MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PRETERIÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. 1. A regra constitucional é o provimento de cargo público mediante concurso. 2. Comprovada a necessidade de contratação de pessoal, os candidatos aprovados em concurso público serão nomeados em detrimento de contratações temporárias. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (agravo regimental no recurso extraordinário nº 555.141, relatado pela ministra Ellen Gracie na Segunda Turma, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de fevereiro de 2011). Conheço do “agravo interno e o desprovejo”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que prevaleça a regra constitucional dos concursos públicos para o preenchimento das vagas para cargos e empregos públicos, regra essa que são a todo tempo desrespeitadas pelos gestores públicos, ao meu entendimento isso só acontece devido à facilidade que os gestores têm em terceirizar quase que quaisquer atividades públicas.

Por isso que a terceirização deveria ser utilizada apenas para serviços públicos temporários, principalmente em obras públicas, isso certamente acabaria com as injustiças cometidas pelo poder público que tem retirado as chances de pessoas que são aprovadas em concursos.

As injustiças são ainda maiores nos concursos que são feitos para cadastro de reservas, sem numero de vagas previamente definidas no edital, mesmo sendo o

entendimento pacificado pelos Tribunais, em especial o STF. Vejamos o que decidiu Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LIMINAR INDEFERIDA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM DETRIMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO. Conforme vem decidindo esta 1ª Turma, em sintonia com a jurisprudência do STF, não há falar em -cadastro reserva- quando o ente da administração pública mantém em seu quadro, no prazo de validade do concurso, terceirizados no lugar de concursados, em detrimento da regra constitucional do concurso público. A concessão de liminar para dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento em recurso de revista pressupõe a verossimilhança da alegação do autor e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nos moldes do que dispõem o art. 558 do CPC, requisitos não demonstrados na espécie, autorizando o julgamento antecipado da medida cautelar. Agravo regimental a que se nega provimento, julgando improcedente o pedido formulado na medida cautelar. (TST - AgR-CauInom: 43242820115000000 - 4324-28.2011.5.00.0000, Relator: Waldir Oliveira da Costa data de Julgamento: 11/10/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011).

Veja que o tribunal julgou em sintonia com a Suprema corte, sendo enfático que não se pode falar em cadastro de reserva, quando a administração dentro do prazo de validade do concurso, mantém em seu quadro pessoas terceirizado no lugar de concursados.

Haynara Alves Cerqueira fala sobre as contratações irregulares:

A respeito de contratações feitas pelo poder público que são totalmente irregulares, quando a Administração Pública contrata pessoal para exercer as funções e ocupar os cargos em que há aprovados em concurso público esperando a nomeação, sendo elas: terceirizados, temporários, comissionados, estagiários, bolsistas, dentre outras denominações utilizadas para mascarar as contratações sem concurso público (CERQUEIRA, 2013, p.13).

Veja que a administração tem várias formas de burlar, a quase obrigação que tem em convocar aqueles que, passam nos concursos dentro das vagas previstas no edital.

A administração, por ter várias formas de preencher as vagas existentes e que já previstas em edital de concurso, tem cada vez mais suprimido o ingresso das pessoas que fazem os concursos.

O candidato quase sempre não consegue provar que a administração está fazendo essa supressão, e muitos deles acabam desistindo de seus direitos.

Vejamos ainda que mesmo o candidato fora do número de vagas do edital também possui o direito a nomeação, quando passa a figurar entre as vagas por decorrência de desistência de candidatos melhor classificados. É assim o precedente através do julgado do STF, [RE 916.425 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 28-6-2016, DJE 166 de 9-8-2016.].

No julgado acima citado de relatoria do ministro Luiz Roberto Barroso, veja que não importa que o candidato tenha passado fora do número de vagas no edital, se houver desistência de candidato dentro do número de vagas o próximo passa a ter o direito à vaga.

Vejamos outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, para que não reste dúvida de que os cargos oferecidos em concursos não podem ser suprimidos por terceiros, temporários ou qualquer tipo de contratação feita pelo poder público:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ILEGALIDADE.

I - É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade. II - Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. III - Comprovada pela recorrente a classificação no concurso para professor de língua portuguesa, em primeiro lugar, em ambos os cargos que disputou, bem como incontroverso que houve a contratação, em caráter precário, de profissionais para suprir a carência de pessoal nasce, assim, o direito líquido e certo de exigir da autoridade competente a nomeação, pois demonstrada, inequivocamente, a necessidade de servidores para essa área. Recurso provido, para determinar a nomeação e posse da recorrente. (STJ, RMS 24.151/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 08.10.2007)

Em recentíssima decisão, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, também dispôs a respeito do assunto aqui tratado, e disciplinou nos seguintes termos:

(...)II – O STF possui orientação no sentido de que a contratação em caráter precário, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido concurso público, implica em preterição de candidato habilitado, quando ainda subsiste a plena vigência do referido concurso, o que viola o direito do concorrente aprovado à respectiva nomeação. (...) (RE 629574 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 03/04/2012. Órgão Julgador: Segunda Turma).

As decisões de todos os tribunais (STJ, STF, TST), são no sentido de que a administração não pode suprimir as vagas que estão expressas no edital dos concursos,

ou até mesmo em concursos de cadastro de reservas, colocando pessoas contratadas de outra forma que não seja através do próprio concurso.

Não há que discutir quanto à necessidade da terceirização na administração pública, pois o tamanho do Estado exige que alguns serviços sejam transferidos a terceiros suas realizações. Porém os gestores públicos tem se aproveitado disso, e utilizado a terceirização e também outras formas de contratação para burlar a regra constitucional quanto a preenchimentos de vagas de empregos e cargos que é os concursos públicos.

Essa atitude ilegal dos gestores tem levado ao judiciário um enorme número de mandados de segurança por parte dos candidatos que tiveram suas vagas suprimidas, a fim de reaver os seus direitos a nomeação.

Passarei agora às conclusões finais do presente trabalho, que teve o propósito de demonstrar a importância da terceirização e também os seus problemas.

## CONCLUSÃO

A terceirização é hoje uma forma de contratação que é usada em grande escala pelo poder público brasileiro, podemos notar ao longo do presente trabalho que o instituto é de extrema necessidade para administração pública.

Foi criada e normatizada para que pudesse desafogar o Estado, que cresceu exageradamente, levando os gestores públicos a não conseguir gerir com eficiência tudo aquilo que é de sua incumbência, portanto a terceirização tem como propósito fazer com eficiência aquilo que o estado a delegar. As empresas que contratam com o poder público devem prestar os serviços como se o próprio estado o tivesse fazendo, ficando a cargo do poder público fiscalizar para que isso aconteça, já que o estado esta representando o interesse da coletividade.

Um dos intuitos da terceirização que, ficou demonstrado no trabalho, foi que, em seu começo, o estado ao transferir às empresas privadas atividades em tese menos importante a administração, poderia então concentrar em suas atividades fundamentais a fim de especializá-las para melhor atender a coletividade, pois esse é o dever da administração, servir o interesse público.

Não houve entendimento de normas claras e explicitas quanto a que levem a um entendimento a fim de pacificá-la juridicamente, pois ao longo de todo processo histórico, o instituto vem sendo objeto de ações que tem levado as cortes superiores a se posicionar sobre o assunto complementando as normas cheias de duvidas.

Ainda ficou claro que a terceirização tem sido um problema constante aos órgãos jurídicos, pois é objeto de inúmeros litígios, devido a serem usada pelos gestores públicos como forma de burlar regras constitucionais explicita em nosso ordenamento jurídico.

A constituição de 1988 trouxe em seu texto normativo como foi enfatizado varias vezes no presente trabalho, uma regra quanto ao preenchimento dos cargos e empregos públicos, não podendo a administração contratar para cargos contínuos de outra forma que não seja por concurso público. Portanto ficou claro no texto constitucional, mais precisamente em seu artigo 37, inciso II, que os servidores públicos devem ser contratados mediante concurso.

Ainda foi dito que, por um longo período ficou entendido que apesar dessa regra, a administração que goza de poder discricionário realizava (e ainda realiza)

concursos com números de vagas expresso em seu edital, e não os contratava se valendo desse poder alegando faltas de recurso ou inconveniência, usando empregados terceirizados, temporários ou comissionados para preencher todas as vagas dos concursados.

A administração ainda goza do poder discricionário, porém os tribunais entenderam que ao realizar o concurso, os entes públicos não podem preencher as vagas que ali foram disponibilizadas, com outras formas de contratação.

O intuito do presente trabalho foi de demonstrar que, a terceirização é necessária, e que não há como dispor de seus benefícios, porém, ficou demonstrado que tem prejudicado as pessoas que sonham em exercer um cargo ou emprego público, sendo objeto de supressão desses cargos, devido a gestores que tem se utilizado da terceirização de forma incorreta.

Conclui-se ainda que a falta de legislação, especificando o verdadeiro propósito da terceirização, tem contribuído para que isso ocorra.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, artigo 37. 1988. Disponível em: [www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_12.07.2016/art\\_37\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp)>. Acesso em: out. de 2018;

BRASIL. Decreto lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm)> Acesso em: set. de 2018;

BRASIL. Decreto lei 2.271 de 07 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2271.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm)>. Acesso em: set. de 2018;

BRASIL. Constituição Federal de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: out. de 2018;

BRASIL. Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: out. de 2018;

BRASIL. Súmula do Tribunal Federal de Recursos de 03 de Junho de 1986. Disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=214>>. Acesso em: set. de 2018;

BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça de 21/11/2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: set. de 2018;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 30 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: out. de 2018;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 15 e Teses de repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1456>>. Acesso em: out. de 2018;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE. 947736, 08/03/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12725591>>. Acesso em: out. de 2018;

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A Terceirização na administração Pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao Regime Jurídico das Relações do Trabalho. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. V. 2, n. 2, ano 2016. Disponível em <http://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298>>. Acesso em: ago. de 2018;

CERQUEIRA, Haynara Alves. Concurso público e direito à nomeação ao cargo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13459](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13459)>. Acesso em: set. de 2018;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed., São Paulo: Editora LTr, 2014.

DRUCK Graça, SENA Jeovana, PINTO Marina Moreno, ARAÚJO Sâmia. 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180215\\_terc\\_do\\_trab\\_no\\_brasil\\_novas\\_e\\_dist\\_persp\\_para\\_o\\_debate\\_cap\\_06.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/180215_terc_do_trab_no_brasil_novas_e_dist_persp_para_o_debate_cap_06.pdf)> . Acesso em: Ago. de 2018;

GASPARINI, Diógenes. Concurso Público: Imposição constitucional e operacionalização. **Fórum Administrativo – FA**, número 180, ano 16, fev., p. 21-41, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1667759/stj-por-unanimidade-reitera-que-candidato-aprovado-dentro-do-numero-de-vagas-tem-direito-e-liquido-e-certo-a-nomeacao>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHERCH, Vinicius Alves. A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações. 2016. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16979&revista\\_caderno=4](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16979&revista_caderno=4)>. Acesso em: set. de 2018;

SILVA, Ricardo Margonari. **Terceirização no setor público: contexto da terceirização no setor público Brasileiro**. 11 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/estadoepoder/7snep/docs/039.pdf>>. Acesso em: set. de 2018;

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 1 p. 95-130, jan./mar. 2011. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22336/005\\_silva.pdf?sequenc e=4](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/22336/005_silva.pdf?sequenc e=4)>. Acesso em: ago. de 2018;

SILVEIRA, Artur Barbosa. **Terceirização no serviço público: responsabilidade subsidiária dos entes públicos por dívidas trabalhistas**. 11 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,terceirizacao-no-servico-publico->

responsabilidade-subsidiaria-da-uniao-por-dividas-trabalhistas,44335.html>. Acesso em: set. de 2018.

TAVARES, Mauro José Fernandes. **Terceirização na administração pública:** atividade-meio e atividade-fim-limites e divergências.2017. Disponível em:[http://www.lexmagister.com.br/doutrina\\_27452725\\_TERCEIRIZACAO\\_NA\\_ADMINISTRACAO\\_PUBLICA\\_ATIVIDADE\\_MEIO\\_E\\_ATIVIDADE\\_FIM\\_\\_LIMITES\\_E\\_DIVERGENCIAS.aspx](http://www.lexmagister.com.br/doutrina_27452725_TERCEIRIZACAO_NA_ADMINISTRACAO_PUBLICA_ATIVIDADE_MEIO_E_ATIVIDADE_FIM__LIMITES_E_DIVERGENCIAS.aspx)>. Acesso em: ago. de 2018;

TERCEIRIZAÇÃO: plenário do STF define a responsabilidade da administração. 30 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>. Acesso em: out. de 2018;

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Terceirização na administração pública.** 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/5/edicao-1/terceirizacao-na-administracao-publica>>. Acesso em: ago. de 2018;