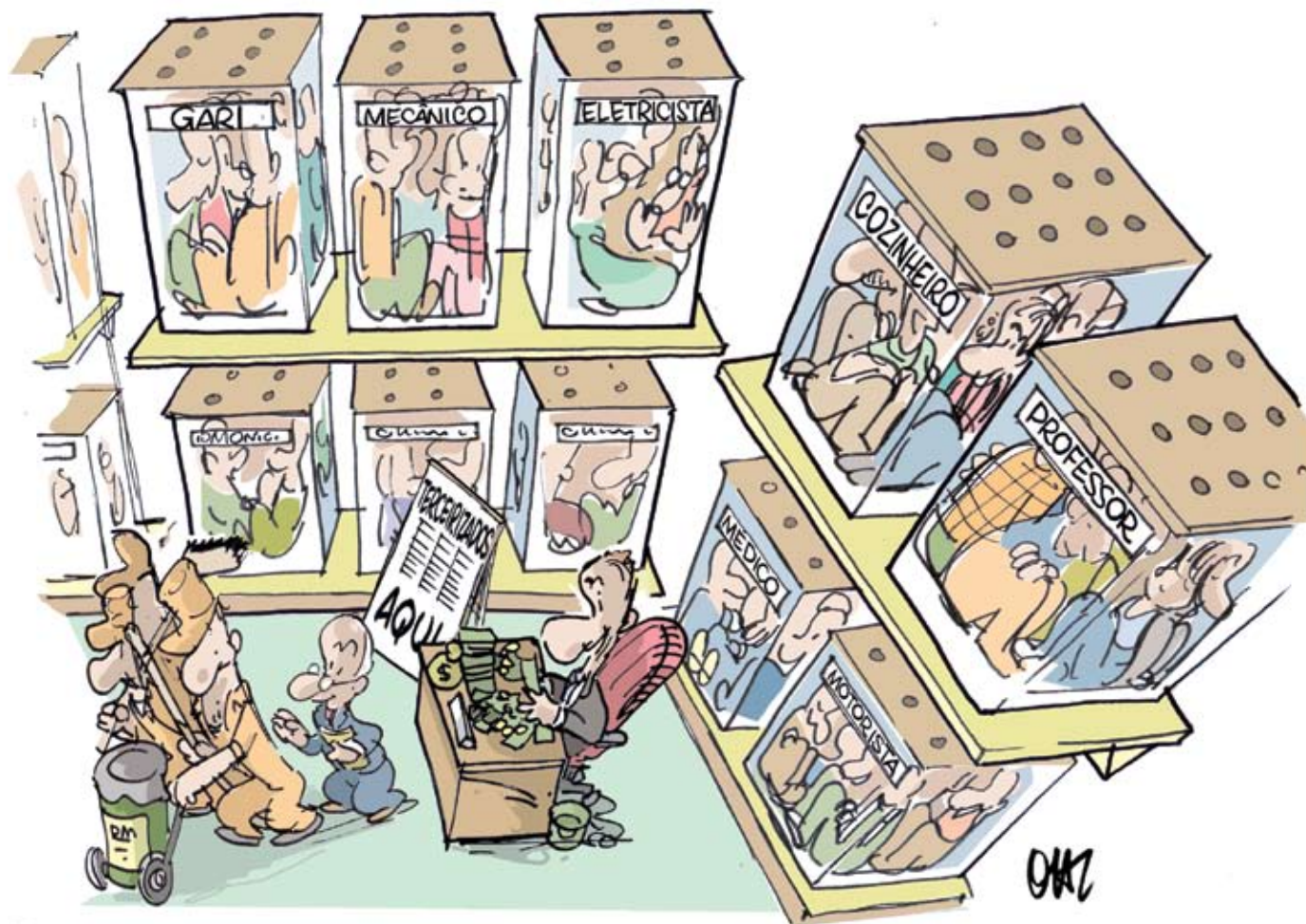


TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É PRÁTICA INCONSTITUCIONAL

Jorge Luiz Souto Maior

Juiz titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí. Professor da Faculdade de Direito da USP



“Terceirizar é colocar a força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra. Na esfera da Administração Pública trata-se de uma prática que fere vários preceitos constitucionais. A Constituição determina que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. O direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da redução dos direitos do trabalhador — isso seria o mesmo que colocá-lo em uma situação de subcidadania”

Os autores que cuidam do assunto, defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização e de eficiência do ente público, mas ou não têm a mínima idéia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista, ou, tendo-a, assumem o risco de trazer a lógica perversa da terceirização para o âmbito público, mas sem uma finalidade específica.

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os

membros da sociedade que ele se destina a organizar e proteger.

O que se desenvolveu no Brasil, em termos de “terceirização”, foi apenas uma “intermediação de mão-de-obra”, que não está ligada a técnica alguma de produção. Não é “fordismo”, “taylorismo”, ou “toyotismo”, é “sem-vergonhismo” mesmo, o que se explica, aliás, historicamente, pois em nossa cultura, pesarosamente, ainda impera a idéia de que emprego “é favor”.

Qual a razão de se trazer a terceirização para o setor público? Incrementar a produção? Reduzir custo? Nada disso tem sentido. A redução de custo é imoral, pois o custo é diminuído — se é que de fato é — a partir da precarização do direito daquele que realiza o

serviço. Mas o direito da sociedade de se fazer valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois isto seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa mesma sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.

A eficiência administrativa, portanto, não pode ser realizada com a precarização dos direitos dos que prestam serviços ao ente público. A precarização, cabe frisar, é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantirem sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações

de trabalho, para que, com a diminuição do custo da mão-de-obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço¹.

No setor público esta lógica da precarização é ainda mais evidente, pois a contratação da empresa de terceirização é precedida de procedimento licitatório do qual sai vencedora a empresa que oferece o serviço pelo menor preço.

Além disso, como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira por intermédio da redução do custo de parcela da mão-de-obra que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isto se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles

próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação, muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

Resulta do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal,² que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. Nestes termos, a contratação de pessoas para prestarem serviços

à Administração, por meio de licitação, fere o princípio do acesso público. Não se pode entender, por óbvio, que um ente público possa escolher entre contratar servidores por intermédio de concurso público ou valer-se da terceirização para a realização da mesma atividade.

Certamente, há na Constituição, no inciso XXI do mesmo artigo 37, previsão no sentido de que o ente público pode contratar serviços mediante processo de licitação,³ mas isso não quer dizer que se tenha conferido ao administrador uma alternativa à exigência do concurso público.

“Não se pode entender, por óbvio, que um ente público possa escolher entre contratar servidores por intermédio de concurso público ou valer-se da terceirização para a realização da mesma atividade”

É tão óbvio que a expressão serviços contida no inciso XXI não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II, que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário. Ora, se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interposta ter-se-ia como efeito a plena ineficácia dos incisos I e II, já que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher,

livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam os serviços.

O inciso XXI, evidentemente, não pode ter tal significação. Tomando o artigo 37 em seu conjunto e mesmo no contexto do inciso XXI, em que se insere, o termo “serviços” só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público poderá contratar uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação.

Não se pode entender, a partir da leitura do inciso XXI, que o ente público, para implementar uma atividade que lhe seja própria e permanente, possa contratar servidores por meio de

empresa interposta, até porque, se pudesse, qual seria o limite para isto? Afinal, serviços é o que realizam todos os que trabalham no ente público. O que fazem os juízes, por exemplo, senão a prestação de serviços ao jurisdicionado?

Costuma-se dizer que a “execução de tarefas executivas”,⁴ como, por exemplo, os serviços de limpeza, pode ser executada por empresa interposta, baseando-se na previsão contida em um decreto de 1967, de número 200, e em uma Lei de 1970, número 5.645. Em

primeiro lugar, um decreto e uma lei ordinária não podem passar por cima da Constituição, ainda mais tendo sido editados há quase 40 anos. Em segundo lugar, a Constituição não faz qualquer distinção quanto aos serviços para fins da necessidade de concurso público. Lembre-se que mesmo a contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, deve ser precedida de pelo menos um processo seletivo. E, em terceiro lugar, como justificar que os serviços de limpeza possam ser exercidos por uma empresa interposta e não o possam outros tipos de serviço realizados cotidianamente na dinâmica da administração, como os serviços burocráticos de secretaria e mesmo todos os demais?

Se nos “serviços” a que se refere o inciso XXI pudessem ser incluídos os serviços que se realizam no âmbito da administração de forma permanente não haveria como fazer uma distinção entre os diversos serviços que se executam, naturalmente, na dinâmica da administração, senão partindo do critério não declarado da discriminação, retomando, ademais, o caráter estamental, que influenciou a formação de nossa sociedade. Mas, isto, como se sabe, ou se deveria saber, fere frontalmente os princípios constitucionais da não discriminação, da isonomia, da igualdade e da cidadania.

Interessante verificar que a própria Lei 8.666, de 1993, que regula o processo de licitação, considera

“serviço” a “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais” (inciso II do artigo 6º), pressupondo o seu caráter temporário, conforme previsão do artigo 8º: “A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.”

“Como a Constituição determina que os serviços atinentes à dinâmica da administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária (a lei 8.666/93, das Licitações) que dirá, validamente, o contrário”

Verdade que na mesma lei encontra-se o inciso II, do artigo 57, que ao dispor do limite da duração dos contratos firmados com a administração por meio de processo licitatório faz menção, excepcionando a regra, “à prestação de serviços a serem executados de forma contínua” à administração. Referido dispositivo foi inserido na lei em 1998, talvez no sentido de legitimar algumas práticas de terceirização já existentes no setor público; só que, evidentemente, não há legitimação de uma situação fática que contra-

rie a Constituição. Como a Constituição, como visto, determina que os serviços atinentes à dinâmica da administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária que dirá, validamente, o contrário.

Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II, do artigo 57, da Lei 8.666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultosa quantidade... Para além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade.

Verdade que o artigo 175, também da Constituição, fornece ao administrador a possibilidade de escolha no que se refere aos serviços públicos. Diz o referido texto constitucional: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

No entanto, não se há confundir os “serviços” mencionados no inciso XXI com serviço público. O

serviço público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados”.⁵

Os “serviços públicos” mencionados no artigo 175, têm, portanto, natureza diversa dos “serviços” a que se referem o inciso XXI, do artigo 37. Os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração. A execução desses serviços públicos pressupõe, por óbvio, a criação de uma estrutura que seja própria à consecução de seus fins e que requer, portanto, o exercício de alguma atividade de natureza empresarial, que o Estado pode realizar por si ou mediante outorga a um ente privado, mediante licitação. Não se concebe, pela regra do artigo 175, que o Estado transfira para o particular um serviço atinente à sua própria organização interna ou mesmo um serviço que se destine à população, mas que não requeira nenhum tipo de organização de caráter empresarial, pois neste último caso a interposição do ente privado se faria apenas

para possibilitá-lhe explorar, economicamente, a atividade pública, sem oferecer nada em troca. Esta última questão pode ser mais polêmica, concordo, mas de todo modo não pode haver dúvida de que o artigo 175 não é fundamento para a mera terceirização de serviços no âmbito da administração pública.

Pode-se mencionar, ainda, o disposto no artigo 247 da Constituição,⁶ que, segundo leitura desatenta, poderia conduzir à conclusão de que estaria autorizada uma distinção entre as atividades desenvolvidas no âmbito da administração,

“Não há, no ordenamento constitucional do Brasil, sequer a possibilidade de que as tarefas que fazem parte da dinâmica administrativa do ente público sejam executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta”

voltando-se a exigência de concurso para as “atividades exclusivas de Estado”. No entanto, abstraindo a dificuldade de definir o que seria, propriamente, uma “atividade ex-

clusiva de Estado”, o fato é que a diferenciação feita pela Constituição diz respeito, unicamente, aos critérios específicos para a “perda do cargo”, não tendo, portanto, nenhuma influência no aspecto do ingresso no serviço público, do que se trata a questão posta em discussão. É o próprio artigo 247 que acaba reforçando a idéia de que o ingresso de todos os servidores da Administração, independentemente da tarefa que exerçam, se dê por intermédio de concurso público, pois, do contrário, não haveria sentido em trazer a distinção quantos aos critérios para a perda do cargo.

Conclusivamente, não há em nosso ordenamento constitucional a remota possibilidade de que as tarefas que fazem parte da dinâmica administrativa do ente público sejam executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta. A chamada terceirização, que nada mais é que uma colocação da força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras,

por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra, na esfera da Administração Pública trata-se de uma prática que fere vários preceitos constitucionais.

Notas

- 1 *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da lei n. 9.601/98*, em co-autoria com Luiz Otávio Linhares Renault e Fernanda Melazo Dias. São Paulo: LTr, 1998, p. 27.
- 2 “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: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; 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, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”
- 3 “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (destaque do autor).
- 4 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 168.
- 5 *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 634.
- 6 “As leis previstas no inciso III do § 1º do artigo 41 e no § 7º do artigo 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva **atividades exclusivas de Estado**” (destaque do autor).