

## Terceirização na Administração Pública

Vitor Rhein Schirato

**Resumo:** O objetivo do estudo é apresentar algumas considerações sobre o regime de terceirização aplicável à Administração Pública, procurando identificar seus requisitos e limites.

**Palavras-chave:** Terceirização. Contratos administrativos. Regime de trabalho na Administração Pública. Obrigações trabalhistas.

**Sumário:** **1** Observações iniciais – **2** Conceito de terceirização – **3** Uma proposta de abordagem – **4** Terceirizações de mão de obra – **5** Terceirizações de atividades-meio – **6** Terceirização nos serviços públicos – **7** Transferência de encargos trabalhistas – **8** Observações finais

### 1 Observações iniciais

A definição clara do âmbito de atuação da Administração Pública e, por consequência, do Estado, sempre foi objeto de constantes discussões entre filósofos, juristas, sociólogos e cientistas políticos.

Como bem narra Tercio Sampaio Ferraz Junior, sempre houve uma segregação entre público e privado na estruturação do ordenamento jurídico. De acordo com o autor, o público seria relacionado ao coletivo, ao espaço de interação entre os cidadãos. De outro bordo, o privado seria relacionado à intimidade, aos espaços exclusivos dos indivíduos (Cf. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 105-106).

De acordo com Odete Medauar, o surgimento do Direito Administrativo está diretamente relacionado ao advento de duas modificações introduzidas pelos movimentos iluministas: a separação de poderes e o Estado de Direito (Cf. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 298). Segundo a autora, a separação de poderes é essencial para a formação do Direito Administrativo por criar o Poder Executivo, no âmbito do qual se situa a Administração Pública. Da mesma forma, o Estado de Direito é essencial por determinar a submissão da Administração Pública à lei, tornando possível a existência de um conjunto de regras a formar o Direito Administrativo.

No âmbito da formação do Direito Administrativo, nas discussões e mudanças trazidas pelo pensamento iluminista, sobretudo nas Revoluções Francesa e Americana, intensificou-se a apartação entre público e privado. Isso ocorreu porque havia um anseio de determinação de uma esfera privada, de exercício de liberdades pelos cidadãos, e uma esfera pública, limitada às necessidades públicas apresentadas pela sociedade.

Não obstante, sempre foi objeto de discussão a atribuição de um plexo de atividades ao Estado, a serem realizadas para satisfazer necessidades coletivas. É o que se pode verificar, por exemplo, a partir de diversas declarações de direitos produzidas no âmbito da Assembleia Revolucionária francesa.

Na evolução das discussões sobre o que é o Estado e qual o seu papel diante da sociedade, é apresentado o entendimento de Leon Duguit, para quem o Estado é um complexo de serviços

públicos, de acordo com seu Tratado de Direito Constitucional (Cf. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3<sup>e</sup> éd Paris: De Bocard, 1928. t. II, p. 60 *et seq.*). Ou seja, é apresentando o entendimento segundo o qual o Estado apenas tem como finalidade realizar algo para a população.

A ideia de um Estado realizador de atividades para a coletividade, com a finalidade de satisfazer suas demandas se intensifica a partir da primeira metade do século XX, com advento da nova ideia de constitucionalismo, que coloca o cidadão no centro da ordem jurídica e faz suas necessidades vincularem todas as escolhas públicas, como bem nota Luís Roberto Barroso (Cf. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 243 *et seq.*).

Na Europa, movimento de majoração de demandas públicas contra o Estado é bem capturado por Fritz Fleiner ao afirmar a existência de uma Administração prestacional e uma administração autoritária, conforme sua obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo Alemão* (Cf. FLEINER, Fritz. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand* Tradução Charles Eisemann. Paris: Delagrave, 1933. p. 80-81).

Ocorre, contudo, que o Estado nunca foi autossuficiente no atendimento às demandas coletivas. Como corretamente afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, em estudo denominado "As Transformações da Dicotomia Público-Privado", sempre, em maior ou menor medida, houve a necessidade de interação entre público e privado para a realização de finalidades públicas (Cf. ASIER (Org.). *Regulación económica de los servicios públicos: dos décadas de regulación de servicios públicos em Iberoamerica*. Lima: ARA, 2010).

Por evidente, esta realidade não passou despercebida. Como exemplo, tem-se o reconhecimento, pelo Conselho de Estado francês, do título de prestação de serviço público a particular que recolhia, por iniciativa própria, serpentes e outros animais venenosos, em prol da coletividade.

Diante da inafastável necessidade de interação entre Estado e particulares para a realização do interesse público, torna-se imperiosa a definição de quais os regimes jurídicos que podem ser aplicados aos enlaces que disciplinam os meios dessa interação.

A resposta a esta indagação não é trivial. Como propriamente afirma a jurista portuguesa Maria João Estorninho, vem se verificando uma constante discussão entre mecanismos de direito público e de direito privado, com uma espécie de "fuga" (conforme termo da autora) crescente para o direito privado (Cf. *Fuga para o direito privado*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009).

Pois bem. Exatamente neste contexto se colocam as terceirizações na Administração Pública, as quais podem ser entendidas como um dos mecanismos de interação entre público e privado para a realização de finalidades públicas, cuja origem é direito privado, demonstrando o processo bem apontado na obra portuguesa acima citada.

As terceirizações são, na atualidade, tema de grande interesse para o Direito Administrativo. Em primeiro lugar, porque vêm sendo mecanismo de colaboração entre público e privado cada vez mais utilizado, empregado para o desempenho das mais diversas atividades públicas. E, em segundo lugar, porque despertam questionamentos de enorme interesse, como os relacionados aos limites do emprego da terceirização e as consequências de sua adoção.

Sendo assim, os exemplos que hoje podem ser colhidos com fartura do uso de terceirizações em casos como o fornecimento de mão de obra para Administração Pública, contratação de atividades

secundárias como vigilância e limpeza predial e atividades inerentes à prestação de serviços públicos colocam os estudiosos do Direito Administrativo em constante discussão do tema, de forma a possibilitar, de uma só vez, o respeito às normas que regem a Administração Pública, o uso eficiente dos recursos públicos e a satisfação adequada de necessidades coletivas atribuídas ao Estado.

Destarte, é necessário analisar o que é terceirização e quais os limites para seu uso no campo do Direito Administrativo.

## 2 Conceito de terceirização

Como dito, a terceirização tem origem no Direito Privado, mais precisamente no Direito do Trabalho. De acordo com Sérgio Pinto Martins, em obra específica sobre o tema, a terceirização “consiste na possibilidade de contratação de terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal de uma empresa” (*A terceirização e o direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011).

O conceito apresentado pelo autor, no âmbito do Direito do Trabalho, parte da premissa de uma dicotomia entre atividades-fim e atividades-meio das empresas, de forma que seria lícita a contratação de terceiro para a realização de atividades-meio, sem a constituição de vínculo trabalhista entre a empresa que terceiriza e os empregados da empresa que fornece mão de obra terceirizada.

De acordo com Nelson Mannrich, em estudo recente sobre o tema, as dificuldades que vêm sendo percebidas na definição do que é atividade-meio e o que é atividade-fim viria a reduzir a importância da dicotomia, fazendo com que o foco, em matéria de terceirização, recaia sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores (Cf. *Terceirização: luzes e sombras*. In: MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (Org.). *Empresa e trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 187).

Essas considerações do Direito do Trabalho são de extrema importância para a configuração do instituto no Direito Administrativo, na medida em que servirão para diferenciar a terceirização de outros institutos afins, bem como possibilitar o estabelecimento dos elementos necessários para a adequada transposição do instituto para a Administração Pública.

A partir de uma vertente apenas pautada pelo Direito Administrativo, é possível atribuir ao termo terceirização duas concepções distintas: uma em sentido amplo e uma em sentido estrito.

Em sentido amplo, terceirização seria qualquer instituto por meio do qual um particular é contratado pela Administração Pública para a realização de uma atividade de interesse coletivo. Abrangeria as concessões de serviços, obras e bens públicos, as desestatizações, as desmonopolizações, entre outros institutos.

De outro bordo, em sentido estrito, terceirização teria uma abrangência limitada, restrita aos mecanismos por meio dos quais a Administração Pública contrata um particular para a realização de certa atividade, que não se configura a principal da Administração Pública (atividades-meio). Assim, em sentido estrito, a terceirização corresponde ao instituto do Direito do Trabalho transplantado para a Administração Pública.

Considerando-se as posições doutrinárias sobre o tema e o sentido comumente atribuído às desestatizações em geral (terceirizações em sentido amplo), utilizar-se-á neste trabalho o conceito estrito de terceirização.

Dessa forma, será adotado o conceito apresentado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo qual há terceirização no Direito Administrativo quando “a Administração Pública celebra ajustes de variados tipos para buscar a colaboração do ente privado, com contratos de obras e serviços” (Cf. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 178).

### **3 Uma proposta de abordagem**

O conceito de terceirização a ser adotado demonstra grande amplitude de tipos de enlace, o que demanda uma proposta de sistematização do tema para fins de investigação do regime jurídico adequado no Direito brasileiro.

Sendo assim, ao lume das atividades que desempenha a Administração Pública e de suas peculiaridades, propõe-se dividir a análise das terceirizações no campo do Direito Administrativo em três categorias: (i) terceirização de mão de obra; (ii) terceirização de atividades-meio; e (iii) terceirizações na prestação de serviços públicos.

## **4 Terceirizações de mão de obra**

### **4.1 Os vínculos de trabalho da Administração Pública**

Anteriormente à análise da primeira categoria de terceirizações na Administração Pública, é necessário perquirir o regime das relações laborais determinado pelo ordenamento jurídico.

De acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, o preenchimento de postos de trabalho na Administração Pública pode se dar tanto no regime de cargos públicos, quanto no regime de empregos públicos.

Conforme conceituação fornecida por Odete Medauar, “cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos” (Cf. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [s.d.]. p. 298).

De outro bordo, empregos públicos são vínculos de trabalho firmados entre uma entidade integrante da Administração Pública e uma pessoa, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislações aplicáveis, com todos os direitos e benefícios típicos das relações de emprego existentes na iniciativa privada.

Não há na legislação aplicável critério claro destinado a apartar o regime de cargo do regime de emprego, determinando suas hipóteses de cabimento. Diante disso, vêm sendo propostos critérios pela doutrina. De acordo com os entendimentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Cf. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2, p. 311) e de Celso Antônio Bandeira de Mello (Cf. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2012.

p. 269), cargos seriam cabíveis nas hipóteses de funções públicas que manejem a autoridade do Estado, ao passo que os empregos seriam cabíveis para funções subalternas, que não manejem dita autoridade.

Embora não haja fundamento normativo para essa posição, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2315/DF, em decisão monocrática, considerou inconstitucional a adoção de emprego público para casos de exercício de autoridade nas agências reguladoras.

Não obstante a falta de um critério claro de apartação entre cargo e emprego público, determina o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal que a investidura de particulares em um ou outro depende, em regra, de prévia aprovação em concurso público.

Sendo assim, ressalvados os chamados cargos de confiança, que podem ser livremente preenchidos e destituídos, o acesso a um posto de trabalho na Administração Pública depende da aprovação em um concurso público. Esta existência constitucional tem como objetivo assegurar a todos os cidadãos igualdade de chances no acesso a um posto de trabalho, em cumprimento ao conteúdo dos princípios da igualdade (artigo 5º, *caput*, Constituição Federal) e da impessoalidade (artigo 37, *caput*, Constituição Federal).

#### **4.2 As terceirizações de mão de obra**

A categoria de terceirizações de que ora se trata significa o contrato celebrado entre a Administração Pública e um particular nos termos do qual este último se compromete a fornecer para a Administração apenas e simplesmente mão de obra para o desenvolvimento de suas atividades.

Por meio da terceirização de mão de obra, a Administração Pública delega a um particular a seleção de pessoal e a formação de vínculos funcionais para a realização de funções públicas. Como exemplo muito atual dessa categoria de terceirização, pode-se mencionar o contrato firmado para fornecimento de mão de obra para verificação dos documentos de viagem de passageiros em aeroportos internacionais.

Ora, de acordo com as regras constitucionais de contratação de pessoal, fica evidente a impossibilidade de existência dos contratos de terceirização de simples mão de obra. Como corretamente afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estes contratos de terceirização configuram-se clara burla ao dever de contratação por concursos públicos previsto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, na medida em que possibilita que particulares assumam postos de trabalho na Administração Pública sem o obrigatório concurso público (Cf. *Parcerias na Administração Pública*, p. 179).

Ainda de acordo com a autora, o pessoal da Administração Pública que atua por meio de terceirizações não tem autoridade para tomar decisões ou praticar atos administrativos, eis que lhes falta vínculo jurídico para tanto (Cf. *Parcerias na Administração Pública*, p. 179).

Com a finalidade de justificar a terceirização de mão de obra, é comum a invocação do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, que versa sobre a contratação temporária de pessoal pela Administração Pública para necessidades extraordinárias.

Uma vez mais cabe mencionar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o tema. Comentando acórdão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que aceitou a invocação mencionada, a autora reafirma sua discordância, afirmando que, mesmo no caso das contratações temporárias, o vínculo há que se formar entre Administração Pública e particular (Cf. *Parcerias na Administração Pública*, p. 179).

Sendo assim, é possível entender que as terceirizações que tenham como finalidade exclusiva o fornecimento de mão de obra à Administração Pública não são admissíveis por violar o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

## **5 Terceirizações de atividades-meio**

As terceirizações de atividades-meio são aquelas que têm por objeto a contratação, pela Administração Pública, de terceiro para a realização de certa atividade que não se configura a atividade-fim da Administração Pública.

A diferença entre a terceirização de atividade-meio e a terceirização de mão de obra reside no fato de que a primeira recai sobre uma atividade instrumental específica (limpeza de um prédio público, vigilância patrimonial, realização de uma obra pública etc.) e não sobre o fornecimento de mão de obra exclusivamente, como a segunda.

A possibilidade de terceirização de atividades-meio é contemplada desde a edição do Decreto-Lei nº 200/67, cujas diretrizes contemplam a possibilidade de contratação de atividades instrumentais, conforme possa ser mais eficiente para as finalidades públicas.

Atualmente, o regime de terceirização de atividades-meio decorre da Lei nº 8.666/93, que determina as normas aplicáveis às licitações públicas e contratações do Estado, em atendimento ao que determina o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Este regime prevê a adoção dos mecanismos da empreitada ou da tarefa, de acordo com o inciso VI do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, como corretamente observa Marçal Justen Filho, em sua obra de comentários à lei de licitações e contratos administrativos (Cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 103).

A terceirização de atividades-meio deve observar critérios de eficiência e economicidade dos recursos públicos, assim como a satisfação adequada às necessidades coletivas subjacentes.

Diante do conjunto de atividades exploradas pela Administração Pública, verifica-se que a terceirização de atividades-meio pode ocorrer em duas hipóteses distintas. Na primeira, há uma opção pela terceirização e na segunda há necessidade de se terceirizar, diante da falta de instrumentos próprios da Administração Pública para empreender a atividade-meio.

Embora em ambos os casos o objeto da terceirização seja o mesmo, os requisitos são distintos, como se passa a expor.

### **5.1 Terceirizações optativas de atividades-meio**

Nas terceirizações optativas de atividades-meio, a Administração Pública escolhe contratar terceiro para a realização da atividade, ao invés de contar com o pessoal necessário em seus quadros. Como exemplo dessas terceirizações, pode-se mencionar o caso de contratos destinados à limpeza de prédios públicos, à vigilância patrimonial, à zeladoria, entre outros congêneres.

Em todos esses casos, a Administração Pública poderia manter em seus quadros o pessoal necessário à realização da atividade, bem como proceder à realização periódica de licitações destinadas à aquisição do material necessário. Contudo, em juízo de conveniência e oportunidade, opta por contratar com terceiro a realização da atividade, com a finalidade de melhor desempenhar as atividades-fim determinadas por lei e melhor gerir os recursos públicos financeiros e humanos.

Desde que respeitados os limites e requisitos a serem descritos adiante, a terceirização de atividades-meio é admissível e, como tal, vem sendo largamente utilizada pela Administração Pública.

## **5.2 Terceirizações necessárias de atividades-meio**

As terceirizações necessárias de atividades-meio são aquelas a contemplar atividades que não podem ser desempenhadas pela Administração Pública por lhe faltar os instrumentos necessários para tanto.

São estas espécies de terceirização referentes a objetos de alta complexidade, cuja realização demanda investimentos cuja inclusão no plexo de atividades da Administração Pública não se justifica no que se refere à relação entre custo e necessidade. Isso acontece porque seria por demais dispendioso manter a estrutura necessária à realização das atividades-meio, em face do benefício que isso traria.

Constituem exemplos dessa espécie de terceirização a realização de complexas obras públicas, a construção e montagem de sofisticados equipamentos de combate e defesa (como submarinos, tanques etc.).

Em todos esses casos, há uma finalidade pública a ser realizada, mas não há como se manter, dentro da estrutura administrativa, os meios necessários à obtenção dos instrumentos. Seria um gasto injustificado de recursos humanos e financeiros.

Note-se que a distinção entre as terceirizações optativas e necessárias reside no fato de que as primeiras podem ser suprimidas, caso se revele mais eficiente e eficaz a sua incorporação às atividades administrativas, ao passo que as segundas, em princípio, não poderiam ser suprimidas por não ser conveniente sua incorporação à Administração Pública, sobretudo diante do artigo 173 da Constituição Federal.

## **5.3 Limites e requisitos das terceirizações de atividades-meio**

Deve ser ressaltado que a terceirização de atividades-meio, embora seja, em princípio, lícita, deve observar alguns limites e alguns requisitos.

O primeiro limite a ser observado refere-se ao dever de constituição de atividade-meio do objeto da terceirização. Não obstante a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio não ter mais a mesma relevância para o Direito do Trabalho, como noticia Nelson Mannrich, para o Direito Administrativo essa mantém sua relevância.

Isso se verifica, porque, no Direito Administrativo, as atividades-fim seriam, em princípio, indelegáveis. Diante do quadro formado pela Constituição de proteção do cidadão e garantia de independência e imparcialidade dos agentes públicos, é evidente que as atividades-fim da Administração que tenham impacto sobre as esferas de direitos e liberdades dos indivíduos não podem ser delegadas, sem a observância de uma série de requisitos que não cabem ser analisados neste trabalho.

Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 1717-6, julgou inconstitucional o manejo de funções administrativas reveladoras da autoridade estatal (fiscalização do exercício de profissões, no caso) por pessoa jurídica dotada de personalidade de direito privado. Segundo a corte, o manejo de funções que envolvam o exercício de autoridade é prerrogativa exclusiva de pessoas jurídicas de direito público e seus agentes.

O segundo limite a ser observado é a indelegabilidade do poder de polícia. Em linhas gerais, o poder de polícia, propriamente conceituado no artigo 78 do Código Tributário Nacional, refere-se à atividade da autoridade da Administração Pública que limita os direitos e liberdades dos cidadãos para a realização do interesse público.

Sendo assim, em consonância com as considerações precedentes, e concordando com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que fixa a indelegabilidade como atributo do poder de polícia (cf. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 125), tem-se que não são passíveis de delegação por terceirização atividades que contemplem o exercício do poder de polícia, sem prejuízo de ser possível se imaginar outros arranjos por meio dos quais particulares possam exercer referido poder.

Ademais, no que se refere a requisitos a serem observados, deve se mencionar o dever de prévia licitação para a admissibilidade das terceirizações de atividades-meio. De acordo com o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ressalvados os casos previstos na legislação, a celebração de contratos pela Administração Pública depende de prévia licitação. Com isso, apenas nos casos em que a legislação haja excepcionado a exigência de prévia licitação, as terceirizações devem ser precedidas de licitação pública.

Sem qualquer prejuízo das considerações precedentes, deve-se mencionar que, inobstante a existência de critérios, zonas cinzentas da admissibilidade de terceirizações de atividades-meio ainda se verificam.

Um exemplo a ilustrar a situação refere-se ao conteúdo da Resolução nº 33/2006 do Senado Federal, nos termos da qual foi autorizada a cessão, para instituições financeiras, de créditos da dívida ativa consolidada dos Estados, do Distrito Federal e de Municípios. Em decorrência de tal cessão, admitiu a Resolução a cobrança dos respectivos créditos de forma terceirizada, o que vem suscitando diversas controvérsias, inclusive por meio de ações diretas de inconstitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.



## 6 Terceirização nos serviços públicos

A última categoria de terceirizações é aquela verificada na prestação de serviços públicos contemplados no artigo 175 da Constituição Federal.

Nos termos de referido dispositivo, os serviços públicos são de incumbência do Poder Público, devendo, portanto, ter sua prestação aos cidadãos garantida pelo Estado. Ainda de acordo com o mesmo normativo, a prestação dos serviços públicos pode se dar de forma centralizada pelo Estado, de forma descentralizada para entidade integrante da Administração indireta (descentralização por atividade, conforme classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 467 *et seq.*) ou por concessão ou permissão (descentralização por colaboração, de acordo com a mesma autora).

Assim sendo, poder-se-ia imaginar que a prestação de serviços públicos poderia ser apenas delegada por concessão ou permissão, mas que não poderia ser objeto de terceirização.

Esse entendimento não seria plenamente verdadeiro, pois é possível a terceirização quando a prestação do serviço público se dá por meio de descentralização por atividade ou de forma centralizada. Nessas hipóteses, a prestação é de incumbência do Estado e por ele desenvolvida, mas com a contratação de terceiros para a execução de atividades materiais inerentes à prestação do serviço.

Como exemplo para ilustrar a situação, pode-se mencionar o caso corriqueiro dos serviços de coleta de lixo, os quais são muitas vezes prestados de forma centralizada, mas com terceirização das atividades materiais de operação de caminhões, recolhimento e bota-fora dos resíduos.

A terceirização na prestação de serviços não se confunde com a concessão e a permissão por diversas razões. A primeira refere-se às atividades que são transferidas ao particular. Enquanto na terceirização o particular apenas executa atividades materiais, sem qualquer participação na gestão e na organização da atividade — é simples *longa manus* do Estado —, na concessão há a delegação de toda atividade, incluindo, sobretudo, sua gestão e organização; conforme entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto, é a transferência das atribuições de gestão e organização que caracterizam a concessão (Cf. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 344-345).

A segunda razão decorre da responsabilidade pela atividade: enquanto na terceirização o Estado permanece diretamente responsável perante os usuários e o particular terceirizado apenas responde regressivamente, na concessão o particular passa a ser o responsável, de acordo com o §6º do artigo 37 da Constituição Federal, diretamente, e o Estado passa a ser responsável apenas solidariamente.

A última razão decorre da forma de remuneração. Enquanto na terceirização o particular é remunerado exclusivamente por recursos públicos, na concessão é remunerado por tarifas pagas pelos usuários. A exceção é representada pelas concessões administrativas, nas quais a remuneração do particular também é proveniente de recursos públicos. Contudo, na concessão administrativa, de acordo com seu regime contemplado na Lei nº 11.079/2004, há transferência da

gestão e da organização da atividade, bem como figura o particular como responsável direto, o que basta para afastar confusões com a terceirização.

Os fundamentos, limites e requisitos da terceirização na prestação dos serviços públicos são os mesmos das terceirizações das atividades-meio, tratadas no tópico precedente.

## **7 Transferência de encargos trabalhistas**

Tanto quanto se verifica no Direito do Trabalho, a possibilidade de transferência de encargos trabalhistas em decorrência de contratos de terceirização é tema de interesse para o Direito Administrativo.

De acordo com o disposto no §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, a Administração não responde pelo descumprimento de obrigações trabalhistas de seus contratados.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331, cujo inciso IV expressamente previa a responsabilidade subsidiária da Administração Pública em razão de obrigações trabalhistas de seus contratados.

A disparidade de tratamentos da matéria no âmbito da Justiça do Trabalho, em relação ao conteúdo da Lei nº 8.666/93, foi objeto de intensos debates judiciais e acadêmicos.

Para dirimir a controvérsia, foi proposta, pelo Governador do Distrito Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 (ADC nº 16/DF). Essa ação foi julgada, em 2011, procedente e, portanto, foi reconhecida constitucionalidade do diploma de licitações.

Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho reformulou a Súmula nº 331, nela inserindo um inciso V que prevê a responsabilização da Administração Pública pelo adimplemento de obrigações trabalhistas de seus contratados apenas em caso de condutas culposas. Como a manifestação da Justiça do Trabalho ainda é distinta do conteúdo da Lei nº 8.666/93, o tema deverá seguir objeto de controvérsias.

## **8 Observações finais**

O panorama do instituto das terceirizações na Administração Pública apresentado mostra a riqueza de nuances e detalhes do tema, que o torna instigante para os estudiosos do Direito Administrativo.

Outras diversas questões se manifestarão, à medida que as terceirizações evoluam e possam ser utilizadas em campos ainda inéditos.

Ademais, a substituição de pessoal próprio por pessoal terceirizado em contratos de terceirização de atividades-meio fará crescer as discussões sobre os impactos das terceirizações nos orçamentos públicos, notadamente no que se refere aos limites de gasto com pessoal, de acordo com §1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

É essencial, todavia, na lida com o instituto das terceirizações, identificar uma solução equilibrada

entre o uso de instrumentos eficientes e flexíveis para o funcionamento da Administração Pública e a observância de todas as normas que regem a atividade administrativa e protegem os direitos dos administrados.

**Abstract:** The scope of this essay is to present some reflections regarding the legal regime of secondment in the Public Administration, aiming at describing the requirements and limits thereof.

**Key words:** Public secondment. Public procurement. Labor regime of the Public Administration. Labor obligations.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. Terceirização na Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96208>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

---

#### **Como citar este conteúdo na versão impressa:**

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SCHIRATO, Vitor Rhein. Terceirização na Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 139, p. 65-72, jul. 2013.