

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

KAREN ALICE DO CARMO SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA  
ATIVIDADE-FIM DO SERVIÇO PÚBLICO**

BACHARELADO EM DIREITO

CARATINGA - MG

2017

KAREN ALICE DO CARMO SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA  
ATIVIDADE-FIM DO SERVIÇO PÚBLICO**

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

Prof. orientador: Msc. Rodolfo de Assis Ferreira

CARATINGA

2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

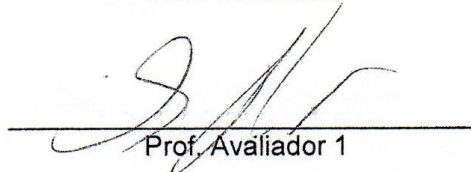
O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:  
A inconstitucionalidade da terceirização do serviço público elaborado pelo aluno **Karen Alice do Carmo Silva** foi  
aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da  
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

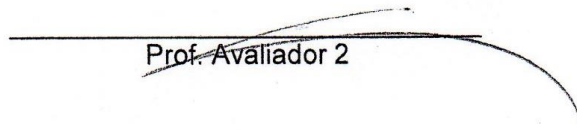
Caratinga de \_\_\_\_\_ 20\_\_



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

Dedico a Deus, que não permitiu que eu desistisse, à minha família e amigos pelo amor, apoio e incentivo em todos os momentos.

## **AGRADECIMENTOS**

"A Deus toda honra, toda glória e todo louvor, porque só Ele é digno de receber toda a adoração." Assim inicio meus agradecimentos àquele que foi essencial em minha trajetória. Àquele que me deu forças, acalmou o meu coração nos momentos difíceis e guiou todos os meus passos não permitindo que eu desistisse.

Palavras são insuficientes para demonstrar a gratidão por todos que fizeram parte desse sonho. Deixo meus agradecimentos à minha avó Eva, pelo amor, confiança, orações e por não ter medido esforços para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, Erly e Elizabeth, pelo amor, apoio e compreensão pela ausência involuntária. Aos meus irmãos, Felipe e Anna Clara, pelo carinho, compreensão e motivação. Aos demais familiares, pelo apoio, por acreditarem em mim e torcerem pelo meu sucesso.

Ao meu orientador Msc. Rodolfo de Assis Ferreira, braço amigo de todas as etapas deste trabalho, pelos ensinamentos, pela atenção, dedicação e compreensão durante esse tempo.

Ao professor Juliano Sepe Lima Costa, pelos ensinamentos, pela atenção e palavras motivacionais que me ajudaram a prosseguir.

Aos amigos e colegas, pela força e pela vibração com o meu sucesso em relação a esta jornada. Em especial, ressalto os agradecimentos à Taynara, Ana Karen e Jéssica pela amizade e carinho que tornaram essa caminhada mais fácil.

Aos demais professores, agradeço por todos os ensinamentos, pois juntos trilhamos uma etapa importante de nossas vidas.

“Deus é nosso refúgio e fortaleza, socorro  
bem presente na angústia.” Salmos 46:1  
(Bíblia Sagrada)

## RESUMO

A terceirização do serviço público tem sido de muita polêmica e controvérsia em âmbito jurídico. Quando se fala em terceirização das atividades públicas, é possível compreender que a declaração de inconstitucionalidade se faz necessária. A terceirização, inclusive das atividades-fim do serviço público, tem sido amplamente questionada. Ter na administração pessoas que não são comprometidas com o serviço público e que estarão ali por um período de tempo, faz com que os serviços fiquem comprometidos, razões pelas quais não deve prosperar. Além disso, a lei desrespeita os princípios da continuidade do serviço público e do exercício da função pública que também defendem a valorização do trabalho, o bem-estar e a justiça social.

**Palavras chave:** serviço público; terceirização; continuidade do serviço público, exercício da função pública.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I - SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>14</b>
1.1 Servidores públicos.....	15
1.2 Princípios do serviço público .....	21
1.3 Continuidade do serviço público .....	24
1.4 Exercício da função pública .....	26
<b>CAPÍTULO II – A TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO .....</b>	<b>30</b>
2.1 Terceirização .....	30
2.2 Lei de terceirização .....	32
2.3 A terceirização no STF e na Justiça do Trabalho .....	34
<b>CAPÍTULO III – CONTRATAÇÕES DE TERCEIRIZADOS NO SERVIÇO PÚBLICO .....</b>	<b>39</b>
3.1 Os fenômenos da administração pública.....	39
3.2 A essencialidade dos serviços públicos.....	42
3.3 Concurso Público e contratação temporária .....	45
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>52</b>



## INTRODUÇÃO

O objetivo principal da pesquisa consiste em demonstrar a (in)constitucionalidade da Lei de terceirização dos serviços públicos, com o intuito de considerar a necessidade de continuidade dos serviços públicos e o exercício da função pública, visando, também, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa para que tais serviços sejam realizados por funcionários efetivos e idôneos indo ao encontro do descrito na Constituição Federal.

A terceirização do serviço público torna-se inviável no momento em que se amplia irrestritamente a contratação de tais serviços de forma temporária e irrestrita. Quando se fala em serviço público, a contratação ocorre por meio de seleção em concurso público, sendo as contratações exceção à regra, visto que a execução do serviço público remete a continuidade da ação feita por pessoas que estão no quadro de efetivos.

Assim, o reconhecimento da inviabilidade da Lei 13.429/17 torna-se indispensável para que o serviço público continue sem que esteja a mercê de contratações por meio da terceirização, que vão atender a interesses pessoais desrespeitando, assim, a continuidade do serviço público que é indispensável para que as políticas públicas se efetivem e a administração, seja direta ou indireta, possa trabalhar de forma a dar continuidade em seus projetos.

Como marco teórico da pesquisa Maria Sylvania Zanella di Pietro expressa como se dá os princípios da continuidade do serviço público e o exercício da função pública, sendo indispensáveis para a Administração Pública direta:

A Constituição prevê determinadas atividades exclusivas do Estado, atribuindo a ele o dever de prestar determinados serviços sociais. Assim, existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos, como o da continuidade do serviço público, em decorrência do serviço público que não pode parar, tem aplicação especialmente com relação ao exercício da função pública, já que existem normas que garantem a permanência do servidor em serviço e o seu ingresso por concurso público.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.107.

Diante da importância que a lei de terceirização exerce não somente sobre os servidores públicos, mas a sociedade um todo, a pesquisa tem justificativa, pois, identificar e demonstrar como essa lei é inconstitucional representa em ganhos.

Com isso o ganho social é evidente já que todos se beneficiam desse entendimento e pesquisa mais aprofundada nesse sentido, mesmo não sendo servidor público.

O conhecimento sobre a matéria nesse sentido que será possível com mais conhecimento sobre a terceirização do serviço público mostra o ganho jurídico. Já o ganho pessoal encontra-se no aumento do conhecimento sobre a matéria e posicionamento sobre uma questão tão controvertida.

A metodologia usada passou por pesquisas bibliográficas, sendo revestida de caráter teórico dogmática. Com emprego do entendimento dos doutrinadores que tratam sobre a inconstitucionalidade da terceirização dos serviços públicos, possuindo natureza transdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito, tais como o Direito Constitucional, o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo.

Para um melhor entendimento foi dividida em três capítulos que passarão a demonstração de conceitos e tópicos que auxiliarão no entendimento do tema proposto.

No primeiro capítulo, denominado “Serviço Público”, pretende-se reforçar o entendimento sobre o serviço público, demonstrando a importância dos servidores públicos, dos princípios e garantias para que tais serviços sejam devidamente cumpridos. Já no segundo capítulo, intitulado “A Terceirização do Serviço Público” tem por objetivo abordar a terceirização, bem como as modificações trazidas pela Lei 13.429 e o posicionamento da Justiça do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal em relação ao assunto.

E por fim, no terceiro e último capítulo, nomeado como “Contratações de terceirizados no serviço público”, é encerrada a discussão pretendida, diferenciando a terceirização dos demais fenômenos da administração pública, trazendo breves considerações sobre a essencialidade dos serviços públicos e dispendo sobre o concurso público, a contratação temporária e os valores sociais do trabalho, colocando, assim, limites à terceirização do serviço público.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A Constituição da República de 1988 em seu capítulo alusivo à Administração Pública, na seção II, fala sobre o servidor público, designando àquelas pessoas que prestam serviço com vínculo empregatício seja na Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações Públicas.<sup>2</sup>

Nesse momento é de suma importância diferenciar servidor público de empregado público, visto que não se confundem, como expressa Marcelo Alexandrino.

Servidores públicos: são agentes administrativos sujeitos a regime jurídico administrativo, de caráter estatutário (isto é, de natureza legal, e não contratual); são titulares de cargos públicos de provimento efetivo e de provimento em comissão;

Empregados públicos: são ocupantes de empregos públicos, sujeitos a regime jurídico contratual trabalhista; têm “contrato de trabalho”, em sentido próprio, e são regidos basicamente pela Consolidação das Leis do Trabalho-CLT- são por isso chamados de “celetistas”.<sup>3</sup>

Igualmente os servidores públicos não devem ser confundidos com os servidores temporários, já que estes são “contratados por prazo determinado para atender necessidade temporária e de excepcional interesse público; eles exercem função, sem estarem vinculados ao cargo ou emprego público”.<sup>4</sup>

Desse modo, aqueles servidores que realizam suas funções laborais nesse âmbito são considerados servidores públicos, obtendo, assim direitos e deveres que os resguarda.

Quando se fala em terceirização é importante trazer à tona seu conceito:

Tradicionalmente a terceirização é a transferência de algumas atividades (atividades-meio) para outras empresas, proporcionando um direcionamento maior de recursos para atividade-fim, possibilitando entre outras vantagens, a redução da estrutura operacional, a diminuição de custos, a economia de recursos e desburocratização da administração. Terceirização significa a contratação de terceiros, por parte de uma empresa, para realização de atividades gerais, não essenciais, visando à racionalização de custos, à economia de recursos e à desburocratização administrativa. A terceirização

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.509

<sup>3</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 4 ed., São Paulo: Método 2015, p.91.

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.513

constitui um importante elemento que pode indicar a forma pela qual a empresa se estrutura e se organiza.<sup>5</sup>

A terceirização do serviço público, Lei 13.429/17, tem sido alvo de muitas discussões, prova disso são a existência de duas ações junto ao Supremo Tribunal Federal que busca a declaração de inconstitucionalidade, baseada em vários aspectos.

Chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) mais duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 5686 e 5687) para questionar a Lei 13.429/2017, a chamada Lei da Terceirização, sancionada pelo presidente da República em 31 de março último. Os autores das ações são, respectivamente, a CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais) e Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil. A norma em questão dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Para a confederação, a terceirização “ampla e irrestrita”, posta na nova lei, ofende fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal, entre eles princípio da dignidade da pessoa humana; a consagração dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a prevalência dos direitos humanos.

Já os partidos políticos defendem a inconstitucionalidade da norma por entender que a lei pretende impor a regulamentação ampliada e irrestrita das contratações pela via dos contratos temporários e da terceirização, em afronta a direitos fundamentais, tais como os direitos sociais, além de menosprezar princípios sobre os quais foram insculpidas a proteção do trabalho e sua normatização.

Alegam também ofensa a convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que instituem parâmetros relacionados à dignidade das relações de trabalho, incorporadas ao ordenamento jurídica nacional.<sup>6</sup>

Ainda é importante considerar os dizeres de Marcelo Vieira Campos sobre a terceirização do serviço público:

Há vários pontos obscuros quando o assunto é terceirização. Nesse contexto, qualquer medida em que reduz a proteção social e favorece a precarização do labor humano, viola os artigos 1º, incisos III e IV, e 170 da Carta Magna, menoscabando a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O termo precarização do trabalho tem relação com um conjunto de mudanças econômicas e sociais no mundo do trabalho, geralmente caracterizado pela desqualificação nas relações entre trabalhador e empresa. Nessa esteira, o disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição da República, onde confere dignidade constitucional à relação de emprego, formada pela incidência dos artigos 2º e 3º da CLT, tem respaldo Constitucional e sua não observância agride a determinação do Constituinte Originário. Assim,

---

<sup>5</sup> SOARES JUNIOR, Alcídio. **Terceirização: conceitos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25901>>. Acesso em: 31 maio 2017.

<sup>6</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias do STF- Quinta feira 6 de abril de 2017-** Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340245>. Acesso em 14 maio 2017.

qualquer norma que venha a ameaçar tais proteções colidindo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve preocupar-se com sua (in)constitucionalidade.<sup>7</sup>

Necessário se faz esclarecer que a Lei de Terceirização não se confunde com a Lei de Desestatização, visto que a Desestatização tem por objetivo tornar serviços e entidades estatais em privadas, desvinculando totalmente o Estado de suas funções.

Diante dos conceitos apresentados torna-se facilitado o entendimento do tema proposto e considerações sobre a terceirização do serviço público e a continuidade da prestação de serviços em sua integralidade.

---

<sup>7</sup> CAMPOS, Marcelo Vieira **A lei de terceirização é inconstitucional**. Revista consultor jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-campos-projeto-lei-terceirizacao-inconstitucional>. Acesso em 13 maio 2017.

## CAPÍTULO I - SERVIÇO PÚBLICO

O presente capítulo tem por objetivo reforçar o entendimento sobre o serviço público, demonstrando, ainda, a importância dos servidores públicos e dos princípios e garantias que o acompanham para que tais serviços sejam devidamente cumpridos.

No entendimento de Marçal Justen Filho, serviço público deve ser assim definido de forma ampla, ligado diretamente ao direito público:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta das necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequadas mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.<sup>8</sup>

No que tange à classificação dos serviços públicos, estes são classificados em próprios e impróprios, sendo os serviços públicos próprios aqueles em que o Estado é o único responsável por sua execução e os serviços públicos impróprios aqueles que o Estado não é responsável por sua execução mas apenas por sua regulamentação e supervisão.<sup>9</sup>

Além de próprios e impróprios, há serviços públicos diretos e indiretos. Se classificam como diretos os serviços realizados pela Administração Pública; e como indiretos, os serviços transferidos, por concessão<sup>10</sup> ou permissão<sup>11</sup>, antecedido de licitação<sup>12</sup> para que particulares o executem.<sup>13</sup>

Nesse contexto, diante das classificações colacionadas, entende-se que todo serviço prestado de forma imprópria e indireta não é serviço público em sentido jurídico, visto que o Estado entregou para empresas privadas realizá-los.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.727.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.109.

<sup>10</sup> Concessão tem natureza contratual e a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, sendo, portanto, despida de qualquer contratualidade.

<sup>11</sup> A permissão de serviço público como “o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço e sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários”

<sup>12</sup> O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

<sup>13</sup> ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 236.

Os serviços públicos, por sua vez, tem por objeto a prestação de serviços, podendo se diferenciar conforme a natureza da prestação, sempre visando a coletividade, dividido em áreas específicas e quanto a natureza da necessidade satisfeita, são sociais, comerciais e industriais, e culturais.

Sociais: são aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade;  
 Comerciais e industriais: aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações;  
 Culturais: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artísticas e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.<sup>14</sup>

Assim sendo, quem exerce a função de dar cumprimento aos serviços públicos são chamados de servidores públicos, os quais serão estudados no tópico a seguir.

### 1.1 Servidores públicos

*Os servidores públicos são pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.*<sup>15</sup>

Quando se fala em direitos dos servidores públicos, o direito ao amparo social e à dignidade do status integram o elenco, consagrando-se, no que respeita à função pública, certos princípios gerais do trabalho estabelecidos no artigo 39, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federado.

---

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.757.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 512.

Nota-se que o aludido dispositivo consagra o respeito à função pública permitindo que o servidor possa capacitar-se e assim estar sempre adequado e em dia com a função que realiza mantendo a dignidade na realização da função.

No tocante aos direitos dos servidores públicos, importante considerar o aduzido por Tatiane Menezes, a seguir:

Pode-se dizer que os servidores públicos têm os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, por que cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública. Gozam das seguintes garantias asseguradas aos trabalhadores do setor privado: salário mínimo, décimo terceiro salário, salário família, repouso semanal remunerado, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, proteção do mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos inerentes ao trabalho, entre outros. A Constituição também admite o direito de greve ao servidor público, que será exercido nos termos e limites definidos em lei agora específica e não mais em lei complementar (art. 37, VII, com redação da EC 19), e garantiu seu direito à sindicalização (art. 37, VI).<sup>16</sup>

Vê-se que ao servidor público também é garantido o direito à greve. Nesses moldes, trata-se de normas de eficácia limitada.<sup>17</sup> Conforme descreve Marcelo Alexandrino:

O inciso VII do art. 37 da Carta Política concede aos servidores públicos o direito à greve. A norma insere-se na categoria das normas constitucionais de eficácia limitada. É oportuno observar que o direito de greve do trabalhador da iniciativa privada está assegurado no art. 9º da Constituição, que é uma norma auto exercitável, embora passível de ulterior restrição pelo legislador ordinário (exemplo típico de norma de eficácia contida).<sup>18</sup>

Ainda, tem-se a estabilidade como direito do servidor público garantido pela Constituição. Recentemente, houveram modificações<sup>19</sup> no que diz respeito a este direito, onde passaram a ser admitidas possibilidades de demissão por insuficiência de desempenho e por excesso de despesas com o pessoal.

---

<sup>16</sup> MENEZES, Tatiane Cândida. **Direito, deveres e responsabilidades do servidor público**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19829-19830-1-PB.pdf>. Acesso em 09 set 2017.

<sup>17</sup> As normas constitucionais de eficácia limitada são normas cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida. Dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador, inteirando-lhes a eficácia mediante lei, dê-lhes capacidade de execução dos interesses visados.

<sup>18</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 4 ed., São Paulo: Método 2015, p.91.

<sup>19</sup> Foram aprovadas regras para a demissão de servidor público estável por "insuficiência de desempenho", aplicáveis a todos os Poderes, nos níveis federal, estadual e municipal. Pelo texto, o desempenho funcional dos servidores deverá ser apurado anualmente por uma comissão avaliadora e levar em conta, entre outros fatores, a produtividade e a qualidade do serviço.



Desse modo, se mesmo com toda a qualificação oferecida o servidor ainda se mostrar insuficiente no desempenho adentra a essa nova possibilidade. Contudo, em relação ao excesso de despesa com pessoal, este deve ser devidamente explicitado para que não haja nenhum tipo de proveito nesse sentido.

Nota-se que essa reforma se deu com o propósito de aperfeiçoar o trabalho e retirar o servidor do “comodismo” que a estabilidade na função acarreta, apesar de controversa.

Por outro lado, em relação aos deveres do servidor público, deve-se considerar o dever de lealdade, ou seja, o dever de agir em conformidade com os legítimos fins da Administração. No rol de deveres, há também o dever de obediência que está voltado para o recebimento e cumprimento de ordens de seus superiores hierárquicos.

Seja qual for a função exercida, na esfera privada ou pública, o servidor tem o dever de manter-se ético em sua conduta. Diante disso, volta-se para a moralidade administrativa nos moldes do Código de Ética do Servidor Público Federal instituído pelo Decreto 1.171/94, que prima pelo zelo, decoro, moralidade e outras, conforme aduzido na seção I do mencionado dispositivo.<sup>20</sup>

Nesse contexto, estão os deveres de sigilo e de moralidade administrativa, o que pode levar o servidor público, caso contrarie, à chamada improbidade administrativa cujas sanções estão dispostas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

As sanções a serem aplicadas estão dispostas no art. 12 do mencionado diploma legal. Nesse intento, os tribunais têm reconhecido os atos de improbidade

---

<sup>20</sup> I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.  
II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal.

III - A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo.

IV- A remuneração do servidor público é custeada pelos tributos pagos direta ou indiretamente por todos, até por ele próprio, e por isso se exige, como contrapartida, que a moralidade administrativa se integre no Direito, como elemento indissociável de sua aplicação e de sua finalidade, erigindo-se, como consequência, em fator de legalidade.

V - O trabalho desenvolvido pelo servidor público perante a comunidade deve ser entendido como acréscimo ao seu próprio bem-estar, já que, como cidadão, integrante da sociedade, o êxito desse trabalho pode ser considerado como seu maior patrimônio.

VI - A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão crescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional.

praticados pelos servidores públicos aplicando as devidas sanções cabíveis a cada caso concreto como se verifica da jurisprudência colacionada aos autos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE - PARTICIPAÇÃO DO GENITOR DA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DOS AGENTES - APLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92. - Segundo a Lei n. 8.429/92, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).- Para que reste caracterizada a improbidade, faz-se imprescindível a verificação da intenção fraudulenta e de malversação do patrimônio público por quem pratica o ato, pois somente assim ele poderá ser classificado como ímprobo- "A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.- A participação de parente de servidor municipal no certame, desacompanhado de qualquer indício de que tenha sido beneficiado indevidamente, embora atente contra critérios de moralidade e impessoalidade, não configura a ilegalidade qualificada, consubstanciada na improbidade administrativa, a acarretar sanções severas aos envolvidos. Recursos providos.<sup>21</sup>

Os atos de improbidade administrativa têm estado ainda mais em destaque na atualidade, sobretudo no cenário político em que vivenciamos, onde as questões de moralidade e decoro administrativo tem estado em evidência. Embora a improbidade tenha um conceito mais ampliado que de moralidade, vejamos:

A improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios.<sup>22</sup>

Nesses termos, é possível dizer que a Lei do Servidor Público Federal a qual expõe as questões de improbidade administrativa pode ser tida como um Código de

<sup>21</sup> BRASIL< TJMG - Apelação Cível 1.0209.11.003750-1/001, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/09/2016, publicação da súmula em 11/10/2016.> Acesso em 01 de set 2017.

<sup>22</sup> OSÓRIO, Fabio Medina. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa.** Revista doutrina administrativa, TRF 4ª Região, Ed 72,2012. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio\\_Osorio.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html). Acesso em 01 set 2017.

Postura Ética o qual se volta a todos os servidores públicos, seja em qualquer âmbito, federal, estadual ou municipal.

Visualizamos a Lei 8.429/92 como Código Geral de Conduta de todos os servidores públicos brasileiros, com alcance singularmente amplo. A peculiaridade desse Código, que trabalha dentro de um microsistema, é sua juridicidade e seu regime jurídico. Seu espectro sancionatório atinge direitos fundamentais e seu regime jurídico é compatível com o Direito Administrativo Sancionador, já que os ilícitos pressupõem violação a regras e princípios que presidem a Administração Pública brasileira.<sup>23</sup>

Diante do exposto, percebe ser o servidor público componente essencial para o desenvolvimento e o cumprimento do serviço público o qual deve ocorrer nos parâmetros de honestidade e eficiência para que se desenvolva adequadamente.

O artigo 37, em seus incisos I e II, da Constituição da República, estabelece como ingressar no serviço público, ou seja, mediante concurso público, ressalvados os casos de nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, estando aptos brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos legais.

Feitas anteriormente as considerações sobre servidor público, é importante ressaltar que o artigo 8º, da Lei 8.112/90, estabelece as formas de ingresso no cargo público.

Art. 8º São formas de provimento de cargo público:

- I - nomeação;
- II - promoção;
- V - readaptação;
- VI - reversão;
- VII - aproveitamento;
- VIII - reintegração;
- IX - recondução.<sup>24</sup>

Como visto, a própria legislação determina as formas de ingresso explicitando como se dá cada uma. Assim, inicialmente, por nomeação, define o artigo 9º que esta será feita “em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira ou em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de

<sup>23</sup> OSÓRIO, Fabio Medina. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa.** Revista doutrina administrativa, TRF 4ª Região, Ed 72,2012. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio\\_Osorio.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html). Acesso em 01 set 2017.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1190. **Lei do Servidor Público.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

confiança vagos”.<sup>25</sup> Importante destacar que posse e nomeação não se confundem, visto que a posse se dá com o início dos exercícios da função a qual foi nomeado, ou seja, é a inicialização dos serviços prestados junto a Administração Direta, autarquias ou fundações. Por meio da nomeação, inicia-se o vínculo com a Administração, sendo o ato unilateral dessa, a posse que faz com que o servidor confirme sua aceitação a todos os requisitos que a função lhe incumbe.

Já a promoção, prevista no art. 10, parágrafo único, da referida lei, é a forma de desenvolvimento do servidor na carreira, onde este já faz parte da Administração e é promovido a outro cargo. As formas da promoção são previamente fixadas pela própria Administração e se dá por antiguidade ou merecimento.<sup>26</sup>

A Readaptação, conforme preceitua o art. 24, caput, desse diploma legal, é a investidura do servidor que tenha sofrido limitação em sua capacidade física ou mental em outro cargo público com atribuições e responsabilidades compatíveis à sua situação. Salienta-se que a readaptação deve estar adequada a função exercida pelo servidor, ou em caso negativo, que receba devido treinamento para exercê-la, para que o trabalho por ele realizado continue dentro dos padrões de eficiência recomendados pela Administração Pública.

Diante disso, assim tem sido o entendimento dos Tribunais, conforme se verifica da jurisprudência abaixo, emitida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Apelação Cível. Servidor público estadual. Professor. Readaptação. Cargo de agente administrativo. Vencimentos do novo cargo que devem corresponder aos do cargo de nomeação. A remuneração do servidor readaptado, em nenhuma hipótese, poderá sofrer aumento ou diminuição, exceto quando se tratar de vantagens inerentes ao exercício do novo cargo, conforme art. 41 e parágrafo único, da LC n.º 10.098/94.<sup>27</sup>

Já o artigo 25, da Lei 8.112/90, expressa a forma de ingresso no serviço público por meio da reversão, que pode ser entendida como a volta do servidor que já estava aposentado às suas atividades junto à Administração Pública.<sup>28</sup> Conceituando reversão, Carvalho Filho expressa o que se segue, salientando que a reversão se dá

---

<sup>25</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

<sup>27</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70052890027, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 17/09/2016.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

a pedido do funcionário aposentado ou mesmo por faculdade da Administração se assim achar conveniente.

Reversão é o reingresso do funcionário aposentado, a pedido seu ou por deliberação espontânea da Administração, por não mais subsistirem as razões que lhe determinaram a aposentadoria. É claro que a ex-officio só tem cabimento nos casos de aposentadoria por motivo de saúde ou por viciosa aposentadoria.<sup>29</sup>

Por aproveitamento, define o artigo 30, caput, do Estatuto do Servidor, como o regresso do servidor à atividade em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o cargo anteriormente ocupado que tenha sido extinto.<sup>30</sup>

Ainda, outra forma de ingresso no serviço público se dá através da reintegração, ou seja, a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado ou em cargo resultante de sua transformação, após invalidada a sua demissão, conforme assim dispõe o art. 28, da referida lei.<sup>31</sup>

Por fim, além dessas formas, é possível o ingresso como servidor público por meio da recondução, que acontece no término do estágio probatório e, no caso de não aprovado, ocorrendo o retorno ao cargo anteriormente por ele ocupado.

## 1.2 Princípios do serviço público

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante considerar os princípios atrelados aos serviços públicos, que são: igualdade, generalidade, continuidade e mutabilidade ou adaptabilidade, frisando que esses são princípios dos serviços públicos e não da Administração Pública.

Quando se fala em igualdade ou generalidade, entende-se que os serviços públicos devem atender ao maior número de pessoas de modo igualitário, sem que haja quaisquer distinções nesse sentido.

Em relação a garantia do direito à igualdade e seu exercício de forma plena, tem-se então arraigada a ideia da liberdade, sobretudo, a liberdade de escolha do indivíduo em seus atos.

---

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18ed. Rev. Ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 927

<sup>30</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

José Afonso da Silva auxilia o nosso entendimento com a seguinte definição acerca de tal direito: “[...] é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade [...]”.<sup>32</sup>

A igualdade é um dos alicerces que fundamentam a licitação pública, pois esse princípio assegura a todos os interessados em contratar com a Administração o direito de competir durante o processo de licitação pública.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello falar em igualdade vai além de dar um tratamento isonômico aos indivíduos:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.<sup>33</sup>

Falar em isonomia ou igualdade não significa dar tratamento igual a todos, mas tratamentos iguais aos iguais. Percebe-se que o princípio da isonomia orienta o agir que conduz a igualdade, e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigir igual tratamento.

Também denominado por alguns autores, como Carvalho Filho, o princípio da igualdade recebe a nomenclatura de princípio da generalidade, que possui o mesmo condão da isonomia, ou seja, o tratamento universal a todos aqueles que usufruem dos serviços públicos. Assim afirma o autor sobre esse princípio:

Dispõe que os serviços devem ser prestados com a maior amplitude possível, de forma a beneficiar o maior número possível de indivíduos. Mas também significa que os serviços devem ser prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Aplica-se assim, o princípio da isonomia, mais especificamente, da impessoalidade.<sup>34</sup>

No que concerne ao princípio da continuidade dos serviços públicos, deve considerar que será amplamente dissertado no item 1.2 dessa pesquisa.

Quanto ao princípio da modicidade, esse volta-se à interpretação literal da palavra que o define, ou seja, aquilo que é módico ou mesmo com pouco valor

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010. p.240

<sup>33</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros,2010, p.92.

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p.368.

financeiro. Dessa maneira, não tem como entender os serviços públicos fora desses parâmetros, dificultando ou onerando excessivamente seu uso pelos cidadãos.

De acordo com princípio da modicidade, as tarifas cobradas para os usuários dos serviços devem ser as mais baixas possíveis, a fim de manter a prestação do serviço à maior parte da coletividade, uma vez que a cobrança de valores exorbitantes limitaria a fruição a determinadas camadas da população, excluindo as demais de atividades essenciais ao bem estar.<sup>35</sup>

Assim sendo, percebe-se que a finalidade da prestação de serviços públicos não é a obtenção de lucratividade, devendo sempre estar voltado aos critérios de igualdade na cobrança por seu uso.

Sobre a mutabilidade ou adaptabilidade, passamos a analisar as considerações de Marçal Justen Filho:

A mutabilidade significa a adaptação permanente e continuada das condições jurídicas e técnicas pertinentes à atividade, de modo a incorporar avanços e aperfeiçoamentos a modificação das necessidades e o surgimento de novas soluções deve refletir-se no modo de desempenho do serviço público.<sup>36</sup>

Diante dessa afirmativa, é possível considerar que os serviços públicos devem estar sempre atualizados, conforme as inovações tecnológicas e necessidades da sociedade, sempre atentando ao fato de preservar os cidadãos, nos parâmetros de direito adquirido, mantendo sempre as condições originais dos serviços. Não é possível pensar na prestação de serviços públicos sem que esses estejam alinhados aos avanços tecnológicos, principalmente em dias atuais em que tais avanços fazem parte do cotidiano dos seres. Portanto, deve haver uma adaptação constante dos serviços públicos à atualidade dessa prestação “em função da necessidade de fazer evoluir os serviços públicos, em sua organização e seu funcionamento de tal modo que, em todos os momentos, eles apresentem máxima eficácia em face da satisfação do interesse geral”.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p.368.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.742.

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.742.

Para Di Pietro, o princípio da mutabilidade pode ser também chamado de princípio da flexibilidade dos meios aos fins, esclarecendo que a forma de prestação dos serviços públicos devem estar adaptadas às novas sociedades que se formam com o passar dos tempos.

O interesse público é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração tem direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado ou mesmo rescindido se necessário, bem como o modo de funcionamento desde que haja o atendimento ao interesse público.<sup>38</sup>

É no mínimo incoerente pensar em eficiência da prestação de serviços se estes não acompanham a evolução tecnológica e todos os benefícios por ela trazidos.

### 1.3 Continuidade do serviço público

Ao entender o que é serviço público e sua importância dentro da administração, qual seja, o atendimento ao interesse de toda coletividade, tem-se a ideia de continuidade, e, nesse sentido, a Lei 8.987/95 vem dispor sobre esses.

No artigo 6º, parágrafo terceiro, desse diploma legal, a legislação é clara quanto as possibilidades de descontinuidade ou interrupção dos serviços públicos, sejam eles concedidos, delegados ou permitidos.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;
- e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.<sup>39</sup>

Nesse sentido, a prestação de serviços públicos deve ocorrer de modo ininterrupto, ressalvadas as condições acima descritas pela legislação colacionada. Esse também é o entendimento de Celso Ribeiro de Bastos que também entende que a importância que reveste os serviços públicos implica em respeito ao usuário que

<sup>38</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.108.

<sup>39</sup> BRASIL. **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em 15 set 2017.



dele necessita, devendo ser colocado à disposição com qualidade e regularidade, bem como nos padrões de eficiência.<sup>40</sup> Desse modo, para o autor existem casos em que a continuidade se afigura de modo absoluto, não cabendo nenhum tipo de interrupção:

Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança.<sup>41</sup>

A descontinuidade dos serviços públicos além de prejuízos para a coletividade que deles necessitam, trazem diversas implicações. Por isso, ao se contratar com a administração devem ser observados alguns requisitos em consideração à continuidade de serviços públicos.

Assim, no que tange aos contratos administrativos, a descontinuidade dos serviços públicos traz como consequência: “A imposição de prazos rigorosos para o contratante; ‘A aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuação dos serviços”.<sup>42</sup>

O reflexo para os servidores públicos na continuidade dos serviços públicos está no direito à greve. A Constituição da República em seu artigo 37, VII, dá a garantia do direito à greve “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Entretanto, a legislação foi silente nesse sentido sem complementar o direito do servidor público à greve ou não, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada, ou seja, aquela que depende de regulamentação sem que haja a eficácia devida.

Assim, não se confunde o direito à greve do trabalhador da iniciativa privada com o servidor público, não sendo autoaplicável o artigo 37, VII, da Constituição da República, tornando-se indispensável legislação complementar que o regulamente para que haja viabilidade do exercício.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado de injunção, reconheceu o direito de greve do servidor público, igualando-o aos funcionários privados, porém de modo mais severo.

---

<sup>40</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

<sup>41</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.108.

O Supremo Tribunal Federal, alterando seu antigo posicionamento julgou procedente mandado de injunção adotando o posicionamento geral. Dessa forma, a Suprema Corte reconheceu do mandado de injunção relativo à efetiva da norma prevista no art. 37, VII, da Constituição da República (direito de greve do servidor público) e decidiu, no sentido de suprir a lacuna legislativa, determinando, em regra, a aplicação da legislação existente para o setor privado, porém, possibilitando, quando tratar de serviços ou atividades essenciais, fixação de regime de greve mais severos.<sup>43</sup>

Nota-se, portanto, que o direito à greve do servidor público está diretamente relacionado com a continuidade do serviço público na necessidade de o manter de forma continuada para que a sociedade não sofra perda na prestação de serviços.

#### 1.4 Exercício da função pública

Num primeiro momento, cumpre-nos entender o que é função pública que é a relação jurídica entre o Estado e seus agentes contratados. Nos moldes do artigo 37, IX da Constituição da República, “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Portanto, é possível entendê-la como sendo: “o regime jurídico que estabelece as regras legais que disciplinarão temas como acessibilidade aos cargos públicos e comissionados, as nomeações para as funções de confiança, os direitos e deveres dos agentes.”<sup>44</sup>

Francisco Mafra conceitua função pública da seguinte forma:

Função pública, de acordo com a concepção atual da CF/88 é o conjunto de prerrogativas que são conferidos a determinados servidores para a realização de serviços casuais e fortuitos. A remuneração é feita pelo desempenho de cada atividade e não titulariza o servidor a nenhum cargo público.<sup>45</sup>

Desse modo, tanto as funções temporárias e de confiança estão abarcadas no conceito de função pública, lembrando que não deve ser confundida com cargo

<sup>43</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.351.

<sup>44</sup>MAFRA, Francisco. **Ideias acerca da função pública**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=495](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=495)>. Acesso em set 2017

<sup>45</sup>MAFRA, Francisco. **Ideias acerca da função pública**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=495](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=495)>. Acesso em set 2017

público e nem com emprego público, já que são distintos, sendo a função pública a atividade propriamente dita, o exercício da função.

Função temporária, por sua vez, é aquela em que a administração necessita diante da relevância do momento, realizar contratação sem concurso público. Assim não há investidura em cargo ou emprego público, visto que nesses dois casos o concurso público é imprescindível.

Nesse sentido, vejamos como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado frente ao assunto:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para ‘cultura de gestão estratégica’) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-

se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.<sup>46</sup>

Diante disso, percebe-se que contratações temporárias que não se adequam as normas, adentrando em atividades permanentes do Estado, devem ser consideradas inválidas.

A Constituição da República também permite a contratação nos denominados cargos de confiança, cujo critério é faculdade do agente que faz a nomeação para a função.

Só quem pode exercer função de confiança é o servidor que ocupe cargo de provimento efetivo para exercer atribuições de direção, chefia e assessoramento, porém ser for exercida chefia, direção e assessoramento por quem ocupe cargo em comissão a constituição dispõe um percentual mínimo de servidores de carreira exercendo esses tipos de cargo, além deste mínimo qualquer pessoa pode ser nomeada.<sup>47</sup>

Importante salientar que a função pública não pertence ao agente e sim ao Estado, pois esse continuará existindo sob qualquer hipótese.

É importante demonstrar destacar que, o cargo ou função pública pertence ao estado e não ao agente, desta forma poderá o Estado, aumentar, excluir ou alterar os cargos e funções, não fornecendo direito adquirido ao agente titular, o mesmo não acontece se o agente desaparecer, o cargo ou função continuará existindo e disponível a administração pública (exemplo o falecimento do agente).<sup>48</sup>

O exercício da função pública está diretamente relacionado com o princípio da continuidade dos serviços públicos, conforme Di Pietro. Assim, devem ser considerados na função pública:

As normas que exigem permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração pelo prazo fixado em lei;  
Os institutos da substituição, suplência e delegação;  
O direito à greve considerando suas limitações determinado regras que procuram conciliar esse direito com as necessidades de serviços públicos, proíbe-se as greves rotativas que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço perturba seu funcionamento. Além disso, impõe-se a necessidade de uma declaração prévia à autoridade.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 658026**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em out. 2017.

<sup>47</sup> MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

<sup>48</sup> MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.108.

A contratação para a função pública, tanto temporária quanto a de confiança, devem seguir os parâmetros legais e sempre atentar para os critérios de continuidade do serviço como assevera a autora mencionada.

## CAPÍTULO II – A TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Neste capítulo será abordado um breve histórico da terceirização, bem como seus conceitos e pontos essenciais das mudanças trazidas pela Lei 13.429/17 que afetaram diretamente os serviços públicos, além da análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da Justiça do Trabalho em relação ao assunto.

As considerações sobre terceirização são de extrema relevância, sobretudo no cenário atual em que a flexibilização das relações é evidenciada a todo o tempo. No que tange às relações trabalhistas, cada vez mais se observa serviços terceirizados fazendo parte do cotidiano e por isso devem ser estudados com afinco quando considerados nos serviços públicos.

### 2.1 Terceirização

Interpretando literalmente a palavra terceirizar, é possível entendê-la no sentido de transferência. Na seara trabalhista, terceirizar serviços implica em permitir que terceiros exerçam determinadas funções, ofícios ou realizem alguns trabalhos.

Essa transferência, por sua vez, se dá em virtude de questões de gerenciamento, permitindo que a atividade-fim seja realizada por pessoas com capacidade específicas na realização de determinadas tarefas. Assim:

A terceirização consiste na transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.<sup>50</sup>

Nota-se, portanto, que por meio da terceirização o foco está em diminuir custos com funcionários, além de ocorrer para que o foco da empresa continue na atividade-fim principal, sem dispersar nesse sentido, terceirizando aquelas secundárias que são essenciais mas que permitem serem realizadas por terceiros.

Para Sérgio Pinto Martins, a terceirização consiste na contratação de terceiros para que efetuem e concentrem-se em realizar as atividades que não são objeto

---

<sup>50</sup> GARCIA, José Cláudio. **A terceirização na justiça do trabalho.** Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027606.pdf>>. Acesso em 19 out 2017.

principal da empresa. As quais são variáveis, envolvendo desde serviços de limpeza até aqueles temporários quando necessários.<sup>51</sup>

Trazendo outra definição para terceirização, voltada para a ótica do Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado assim aduz:

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.<sup>52</sup>

Diante disso, relacionando a terceirização ao direito do trabalho, visualiza-se como importante aliada à gestão empresarial, que permanece com seus esforços todos voltados para a atividade principal da empresa, transferindo responsabilidades de todos os tipos para as empresas terceirizadas.

Seguindo assim a tendência do mercado econômico e das empresas privadas, alguns setores dos serviços públicos passaram a ser terceirizados, diferenciando-se das empresas privadas, pois nos serviços públicos a terceirização encontra empecilhos legais e só podem ocorrer em casos específicos, obedecendo a Lei 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Pública.

Desse modo, “a administração direta e indireta, autárquica e fundacional ao adquirir bens ou contratar serviços, deverá fazê-lo por meio de processo licitatório, cujas normas gerais são determinadas pela Lei 8.666/93”.<sup>53</sup>

Ainda, ressalta-se que a partir da Constituição da República de 1988, principalmente diante do contido no artigo 37, XXI, a contratação por meio de instrumentos licitatórios passou a ser obrigatória junto aos serviços públicos, consagrando a Lei 8.666/93 para as contratações.

Quando da publicação da Constituição Federal, o legislador estampou no art. 37, XXI, que as aquisições de bens e serviços seriam contratados mediante licitação, sendo esta obrigatória à administração pública direta, indireta e em todas as esferas de governo e poder. Pela interpretação histórica, se deduz

<sup>51</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.212.

<sup>52</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 502.

<sup>53</sup> SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 10ª ed. 2012, p.327.

que a intenção da norma não era demonstrar a possibilidade de celebração de contratos com particulares, mas sim encerrar a noção de obrigatoriedade de realização de processo licitatório, sendo nessa senda elaborada a Lei nº 8.666/93.<sup>54</sup>

Vê-se que a função da necessidade de licitação para contratar com o Poder Público se dá no sentido de impedir que a atividade-fim da empresa pública seja passada a outro, violando, assim, o contido na legislação.

Percebe-se na terceirização, ferramenta de grande valia quando se fala em administração empresarial, seja pública ou privada. Ainda que a empresa pública não tenha fins lucrativos, a administração correta é entendida como eficiência e eficácia administrativa.

No entanto, por meio da terceirização, é possível reduzir custos, melhorar a qualidade de serviços, dentre outros ganhos perceptíveis. Partindo desse princípio, a Administração Direta e Indireta passou a terceirizar serviços, dando aos particulares a possibilidade de realizá-los. Entretanto, todas as atividades que são possíveis terceirizar dentro da Administração Pública são as denominadas atividade-meio, tendo como condição a obediência ao contido na lei 8.666/93.<sup>55</sup>

## 2.2 Lei de terceirização

Em 31 de março de 2017, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei 13.429/17, de autoria do deputado Sandro Mabel, visando alterar dispositivos da Lei 6.019/74, regulamentando, assim, tanto o trabalho temporário nas empresas urbanas quanto as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Motivo de muita discussão social e no Congresso Nacional, tal diploma legal foi sancionado sem um consenso, o que vem sendo alvo de variadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, que será analisado no próximo tópico.

No tocante a Lei 13.429/17, nota-se que o objeto está na contratação de trabalho temporário e terceirização de serviços, incluindo a Administração Pública.

---

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

<sup>55</sup> SCHERCH, Vinicius Alves. **A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações**. 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 15 out 2017.



O artigo 9º, desta lei, traz de forma clara a necessidade de um contrato escrito que ficará à disposição da autoridade tomadora de serviços e que deverão conter os seguintes itens:

O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:

I - qualificação das partes;

II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;

III - prazo da prestação de serviços;

IV - valor da prestação de serviços;

V disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.<sup>56</sup>

Da leitura do dispositivo citado, nota-se que a responsabilidade sobre o trabalhador é da empresa contratante ou da tomadora de serviços. É dela a responsabilidade não somente de fornecer corretas condições de trabalho, mas, também, igualar aos demais trabalhadores existentes na empresa.

Outro ponto a se destacar na norma está no parágrafo 3º, o qual determina, sem que haja dúvidas nesse sentido, a possibilidade de terceirizar tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim da empresa pública.

A legislação também é enfática no momento que estabelece a inexistência de vínculo empregatício junto aos funcionários temporários ou terceirizados, como indica o artigo 10: “Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário”.<sup>57</sup>

Logo, independente do ramo da empresa ou se o trabalho terceirizado é de atividade-meio ou fim da empresa, permanece o entendimento que não existe nenhum vínculo de trabalho junto à Administração Pública.

<sup>56</sup> BRASIL. **Lei 13.429/17**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso em 25 out 2017.

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei 13.429/17**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso em 25 out 2017

Para que não pairasse nenhuma dúvida a esse respeito, a Lei 13.429/17 alterou o contido no artigo 4º, da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.<sup>58</sup>

Assim sendo, afirma-se então, após simples leitura do artigo citado, que a remuneração, contratação e demais responsabilidades ficam a cargo da empresa terceirizada, deixando comprovado a inexistência de vínculo com a administração pública, passando a função pública ser executada por funcionários privados, deixando de ter o caráter de serviços públicos.

### 2.3 A terceirização no STF e na Justiça do Trabalho

A terceirização tem aspectos relevantes que merecem destaque. Num primeiro momento, há um embate oculto entre empregado e empregador diante do fato dos serviços estarem sendo prestados em outro local havendo subordinação, ainda que indireta a outras pessoas.

Num segundo momento, a terceirização destaca-se por desafiar a questão da isonomia, em se tratando dos efeitos jurídicos que dela decorrem. Para isso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 que assim descreve:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

<sup>58</sup> BRASIL. Lei 13.429/17. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso em 25 out 2017

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.<sup>59</sup>

Ao fazer a interpretação da Súmula colacionada, é possível identificar alguns pontos relevantes, quanto da terceirização do serviço público. O Tribunal Superior do Trabalho não permite que terceirizações sejam realizadas buscando a atividade-fim da empresa, permanecendo e reconhecendo o vínculo direito existente com a tomadora de serviços.

Nota-se, que o inciso I fala da intermediação de mão de obra, sendo impossível essa intermediação sem que a situação de fato não prevaleça sobre a jurídica.

Em se tratando de administração direta, indireta, autarquia ou fundacional, segue o mesmo raciocínio proibitivo quanto a atividade-fim, havendo, ainda, a ressalva do contido no artigo 37, II, da Constituição da República, no que concerne a realização de concurso público para a contratação de servidores públicos. Como afirma Renato Saraiva:

Em relação à administração direta, indireta, autarquia e fundacional, o TST também não admite a terceirização em atividade fim, ou seja, também proíbe a administração de contratar trabalhadores por empresa interposta. No entanto, tendo em vista que o art.37 II, da CF/88 determina a prévia realização de concurso público pela administração pública para contratação de servidores/empregados públicos, não há como reconhecer vínculo desses trabalhadores para com o ente público.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331**. Disponível em [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em 15 out 2017.

<sup>60</sup> SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 10ª ed, São Paulo: Editora Método. 2012, p.328

Ainda, o inciso IV, da Súmula mencionada, fala da subsidiariedade que existe quando do adimplemento das obrigações trabalhistas, em existindo participação da relação processual, bem como tenha um título executivo judicial, a saber: sentença. Salientando que nesse título é indispensável que conste o nome da empresa tomadora.

Percebe-se que deve haver a participação da empresa tomadora na relação processual e seu nome deve constar no título executivo, o que se acredita que é uma forma de garantir contraditório, ampla defesa e também a duração regular do processo, uma vez que a insolvência ou a impossibilidade de pagamento pela empresa prestadora só fica evidenciada na fase da execução, ponto em que, ao incluir a tomadora nessa fase, traria à tona a fase de conhecimento ao processo para apreciar as razões da empresa responsável subsidiária.<sup>61</sup>

Os incisos V e VI, estabelecem novamente a responsabilidade subsidiária, mas sem a existência de vínculo entre o terceirizado e administração pública, seja direta ou indireta, como assevera Renato Saraiva:

O trabalhador contratado pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional, sem o devido concurso público, terá o vínculo mantido declarado nulo, percebendo apenas o salário do respectivo período, bem como depósitos do FGTS (LEI 8.360/1999, art. 19-A, e S.363 TST).<sup>62</sup>

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, tem declarado ativamente sobre a constitucionalidade da terceirização dos serviços públicos quando provocado. Diversas são as ações diretas de inconstitucionalidade propostas junto ao órgão, merecendo destaque a ADI 5695, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria Química, em 17 de abril do corrente ano, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de toda Lei de Terceirização. Vejamos:

Foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes nova Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Lei 13.429/2017, conhecida como Lei da Terceirização. A ADI 5695 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ). Nela, as entidades de classe pedem a concessão de liminar para a suspensão integral dos artigos da Lei da Terceirização e, no mérito, que o STF julgue a norma inconstitucional. Assim como as outras entidades de classe e partidos políticos que questionam a lei no STF, as confederações de trabalhadores argumentam que o texto fere princípios constitucionais

---

<sup>61</sup> SCHERCH, Vinicius Alves. **A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações**. 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 15 out 2017.

<sup>62</sup> SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 10ª ed, São Paulo: Editora Método. 2012, p.330

como o da isonomia, a proteção ao trabalhador, a livre associação sindical, e a preservação da função social da propriedade, entre outros.<sup>63</sup>

A principal argumentação dessa ADI, para ingresso junto ao Supremo, está na consideração que não é possível terceirizar a atividade-fim da administração direta ou indireta, configurando uma liberalidade que desobriga a Administração de qualquer responsabilidade sobre o empregado terceirizado.

A prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias.<sup>64</sup>

Outra ADI ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal que pede a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Terceirização é a 5686/17, protocolada em 05 de abril de 2017, figurando como parte requerente a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais trazendo a mesma argumentação da ADI 5695, anteriormente apresentada.

Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes determinou que por se tratarem do mesmo tema, deveriam ter tramitação simultânea e serem julgadas conjuntamente. Importante ressaltar que após consulta junto ao site do Supremo Tribunal Federal, identificou-se que as ações encontram-se junto ao relator para manifestação e conclusão desde 25 de agosto de 2017.

Ainda, sendo de incumbência do Procurador Geral da República, também foi proposta junto ao Supremo Tribunal outra ADI, a 5735/17, sendo direcionada, de igual modo, contra a Lei 13.429/2017.

As razões para o ajuizamento da ação, na visão do procurador da República é a ampliação totalmente desarrazoada, como verifica na citação abaixo colacionada.

O procurador-geral, a ampliação “desarrazoada” do regime de locação de mão de obra temporária para atender “demandas complementares” das empresas, aliada à triplicação do prazo máximo do contrato temporário de três meses para 270 dias, rompe com o caráter excepcional do regime de

<sup>63</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -Noticias STF: **STF recebe nova ADI contra Lei da Terceirização.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341920>>. Acesso em 22 out 2017.

<sup>64</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -Noticias STF: **STF recebe nova ADI contra Lei da Terceirização.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341920>. Acesso em 22 out 2017.

intermediação de mão de obra, viola o regime constitucional de emprego socialmente protegido (artigo 7º, inciso 1º, da Constituição Federal), esvazia a eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (artigos 1º, 7º a 11, 170, incisos VII e VIII, e 193) e vulnera o cumprimento, pelo Brasil, da Declaração de Filadélfia e das Convenções 29 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).<sup>65</sup>

Como visto, o pedido de suspensão liminar da eficácia de dispositivos constantes na lei de terceirização, se dá conforme a argumentação de que “grande contingente, de milhares de postos de emprego direto, pode ser substituído por locação de mão de obra temporária e por empregos terceirizados em atividades finalísticas, com precaríssima proteção social”.

Desse modo, a terceirização passa a ter o condão às empresas públicas e privadas sendo permitidas a terceirização até mesmo da atividade-fim que exerce e de novos postos de trabalho.

Assim como as outras ADI's aqui colacionadas, a ADI 5687/17, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), também é de relatoria do ministro Gilmar Mendes, com mesmo argumento das anteriores, encontrando-se ligada às outras aguardando o julgamento do mérito da ação.

---

<sup>65</sup> BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF NOTÍCIAS**. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/472755717/procurador-geral-da-republica-apresenta-adi-contra-lei-das-terceirizacoes>>. Acesso em 23 out 2017.

## CAPÍTULO III – CONTRATAÇÕES DE TERCEIRIZADOS NO SERVIÇO PÚBLICO

Para finalizar, este capítulo busca abordar os fenômenos da administração pública, bem como a essencialidade dos serviços públicos, o concurso público, a contratação temporária e os valores sociais do trabalho como limite à terceirização do serviço público.

### 3.1 Os fenômenos da administração pública

Falar em terceirização do serviço público é dizê-la sem que haja ligação do seu conceito com outros fenômenos do direito administrativo. No que diz respeito a tais fenômenos, estes ocorrem quando a Administração Pública, visando a efetividade de seus serviços, distribui suas competências.

Num primeiro momento, isso se dá com a desestatização ou privatização dos serviços e empresas públicas, entendida em sentido amplo, por Di Pietro, da seguinte forma:

desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);  
desmonopolização de atividades econômicas;  
a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização);  
a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais, como vinha ocorrendo);  
os contracting out (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização.<sup>66</sup>

Ao analisar o desmembramento do conceito da privatização, percebe-se que este remete a vários outros que não são voltados às questões de terceirização.

Em sentido estrito, a desestatização tem conceito de mais fácil entendimento. *“Ao lado do conceito amplo de privatização, temos o conceito restrito, que é o adotado pela Lei 9.491/97 e abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado”*.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.18.

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.19.

Sendo assim, a desestatização compreende em passar para o setor privado empresas pertencentes à administração pública direta e indireta. Quando isso ocorre, todos os funcionários deixam de estar revestidos de função pública, visto que a partir de então toda formação, capital, e administração da empresa passa a pertencer ao setor privado e não a administração pública.

Portanto, nesse ponto, pauta a diferença com a terceirização dos serviços públicos, pois não existe qualquer desempenho de função pública, visto que essa termina no momento da privatização da empresa.

Por outro lado, tem-se a descentralização como fenômeno que se processa através da distribuição de competência de uma pessoa jurídica ou física a outra, transferindo, então, o poder decisório para outra pessoa criada para esse fim. Conforme esclarece Di Pietro:

A descentralização ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.<sup>68</sup>

Na descentralização administrativa há pessoas jurídicas distintas, o Estado (União, Distrito Federal, Estados ou Municípios) e a entidade administrativa, que, apesar de não possuírem vínculo de subordinação, exercem algumas de suas atribuições, as quais decorrem das leis impostas pelo poder central. Nesse contexto, Marcelo Alexandrino ainda expressa que:

Ocorre a chamada descentralização administrativa quando o Estado desempenha algumas das suas atribuições por meio de outras pessoas, e **não** pela sua Administração Direta. A descentralização pressupõe duas pessoas distintas: o Estado (a União, o Distrito Federal, um estado ou um município) e a pessoa que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição.<sup>69</sup>

No entanto, na descentralização administrativa, o Estado, em certos momentos, cria pessoas para auxiliá-lo em suas atribuições e, em outros transfere determinadas

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.380-381.

<sup>69</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16 ed., São Paulo: Método. 2008. p. 23.



atividades para particulares. Assim, vê-se que a descentralização também não se confunde com a terceirização do serviços públicos, pois é direcionada aos entes da administração indireta, fazendo com que a função pública dos servidores continue.

Por fim, tem-se a desconcentração como fenômeno que se processa no âmbito interno, através da distribuição de competência dentro de uma mesma pessoa jurídica, no intuito de tornar mais eficiente sua prestação de serviços, ou seja, ocorre sempre dentro dos órgãos da Administração Direta.

Nesse fenômeno, há a manutenção dos vínculos de hierarquia entre os órgãos envolvidos. De acordo com Medauar: “Existe desconcentração quando as atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores, dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica...”<sup>70</sup>.

Sendo assim, pode-se deduzir que a desconcentração só ocorre na Administração Direta e nela não se perde o vínculo de subordinação.

De acordo com Mello, a desconcentração poderá ocorrer em razão da matéria, do grau e com base geográfica, mas essa distribuição não interfere na manutenção da hierarquia e na unidade da distribuição de competências. Nesse sentido expõe:

O fenômeno da distribuição interna de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se desconcentração. Tal desconcentração se faz tanto em razão da matéria, isto é, do assunto (por exemplo, Ministério da Justiça, da Saúde, da Educação), ou seja, do nível de responsabilidade decisória conferido aos distintos escalões que corresponderão aos diversos patamares de autoridade (por exemplo, diretor de departamento, diretor de Divisão, chefe de Seção, encarregado de Setor). Também se desconcentra com base em critério territorial ou geográfico (por exemplo, delegacia regional da Saúde em São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, etc). A aludida distribuição de competência não prejudica a unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado hierarquia.<sup>71</sup>

A desconcentração é uma forma de desobstrução do poder central, como forma de facilitar e racionalizar o desempenho de suas atribuições, sendo assim, cria-se uma série de órgãos auxiliares ao Executivo, visando o melhor andamento da gestão pública.

---

<sup>70</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3 ed., rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.53.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, p. 146.

O que não se pode perder de vista na desconcentração é que sempre se manterá o vínculo de hierarquia e subordinação. Confirmando assim Medauar:

Uma das características da Administração direta é o vínculo de subordinação-supremacia, denominado hierarquia, que liga seus órgãos. Tal vínculo parte do chefe do Executivo para seus auxiliares diretos e destes, por sua vez, para seus subordinados, no âmbito dos órgãos que chefiam, e assim por diante.<sup>72</sup>

Na desconcentração a decisão ainda é centralizada, apenas as funções são delegadas de forma administrativa, diferente do que acontece com a terceirização, mantendo-se o vínculo hierárquico, ou seja, ocorre apenas no âmbito interno de uma pessoa jurídica, sendo uma simples distribuição de competências, não atingindo o centro decisório do poder.

### 3.2 A essencialidade dos serviços públicos

Os serviços públicos podem ser classificados de várias formas em decorrência da sua essencialidade. Conforme aduz Fernanda Marinela, “a doutrina tradicional divide os serviços em serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública”.<sup>73</sup>

Ainda nesse sentido, explana a autora:

Para parte da doutrina, os primeiros, também chamados serviços próprios, são os que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público, considerados essenciais, indispensáveis a sobrevivência da sociedade e do próprio Estado. São prestados pela Administração, que se vale de sua supremacia, não admitindo delegação. Normalmente, são gratuitos ou de baixa remuneração, como a segurança, a higiene e a saúde pública. Já os serviços de utilidade pública, são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, isto é, não são essenciais. Todavia, por serem convenientes para a vida em sociedade, o Estado os presta diretamente ou indiretamente. Podem ser prestados pela Administração Direta (centralizada), Indireta (descentralizada) ou por terceiros fora da Administração, por meio de concessão ou de permissão, como energia elétrica, telefone e transporte coletivo.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3 ed., rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.64.

<sup>73</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Niterói: Impetus. 2011, p. 522.

<sup>74</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Niterói: Impetus. 2011, p. 523.

Diante disso, percebe-se que os serviços que estão ligados diretamente ao interesse da sociedade são indelegáveis, pois sendo estes serviços essenciais, a sua interrupção ou má prestação ocasiona prejuízos a sociedade.

Em se tratando, ainda, dessa essencialidade, não há como pensar em delegação, por exemplo, dos serviços de segurança pública, visto que o interesse da coletividade ultrapassa qualquer tipo de interesse econômico ou financeiro.

Sendo assim, há de se falar que a indelegabilidade dos serviços públicos está ligada à ideia de continuidade da prestação desses serviços, sem interrupções, considerando a natureza e relevância das atividades para a sociedade.

Como já visto, os serviços públicos se dão conforme as necessidades da coletividade e, por isso, é determinado por lei, para que não sofra influências de atividade econômica visto a imprescindibilidade.<sup>75</sup>

Como a qualificação, por lei, de determinadas atividades como serviços públicos tem o condão de retirá-las do domínio econômico por afigurarem-se imprescindíveis à coletividade – motivo pelo qual sua titularidade passar a ser do Estado e conseqüentemente o seu regime jurídico norteador, regime de direito público – devem as mesmas ser contínuas, consistindo tal dever em um dos princípios jurídicos próprios desse regime, qual seja o princípio da continuidade.<sup>76</sup>

Portanto, ao considerar os serviços públicos como essenciais, a continuidade encontra justificativa, sobretudo, quando considerada como princípio de valor constitucional, pois está voltado para a preservação da ordem e harmonia da sociedade.

O princípio da continuidade dos serviços públicos é a versão administrativa do princípio da continuidade do Estado. Para a teoria do serviço público que não considerava o Estado senão como um feixe de serviços público, o valor deste princípio é fundamental. Hoje, o princípio da continuidade dos serviços públicos é um princípio com valor constitucional. O Conselho de Estado igualmente sublinhou sua importância qualificando-o como 'princípio fundamental, o que significa, certamente, que se trata de um princípio geral do direito.'<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> HARB, Karina Houat. **O princípio da continuidade do serviços públicos e a interrupção.** Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>>. Acesso em 05 nov. 2017.

<sup>76</sup> HARB, Karina Houat. **O princípio da continuidade do serviços públicos e a interrupção.** Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>>. Acesso em 05 nov. 2017.

<sup>77</sup> HARB, Karina Houat. **O princípio da continuidade do serviços públicos e a interrupção.** Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>>. Acesso em 05 nov. 2017.

A questão da interrupção dos serviços públicos nos tribunais tem sido nesse sentido, conforme se observa da jurisprudência colacionada vê-se que foi reconhecida a ilegitimidade da interrupção dos serviços públicos, ao tratar de serviços essenciais, como no caso apresentado.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO. TARIFA DE TELEFONIA. MUNICÍPIO INADIMPLENTE. CORTE NO FORNECIMENTO. SERVIÇOS ESSENCIAIS. RESSALVA. O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a legitimidade do corte no fornecimento do serviço de telefonia quando inadimplentes entes públicos, desde que a interrupção não atinja serviços públicos essenciais para a coletividade, tais como escolas, creches, delegacias e hospitais. Caso em que o pleito recursal se coaduna com aquela orientação jurisprudencial, pois a concessionária, ora embargante, requereu fosse "permitido o corte do fornecimento de energia à municipalidade, excetuados hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches". Embargos de declaração acolhidos em parte para, com efeitos infringentes, prover parcialmente o recurso especial".<sup>78</sup>

Não há, desse modo, que se falar em interrupção de serviços públicos que possam ocasionar qualquer tipo de prejuízos à sociedade, por isso esses serviços não fazem parte do campo econômico.

As empresas pertencentes à Administração Direta ou Indireta, não vislumbram lucro e encontram-se em funcionamento com a mão de obra de servidores públicos, com planos de carreira previamente descritos e que atualizam seus saberes com o intuito de fornecerem serviços de qualidade.

Nessa esteira de pensamentos, a continuidade dos serviços públicos está diretamente relacionada com o já citado artigo 175, da Constituição da República, sendo evidente o dever de continuidade pelas empresas pertencentes à Administração Pública direta e indireta desde que voltados para serviços essenciais que abrange toda coletividade.

Ainda, em se tratando de consumidor individual o dever de continuidade não é absoluto, sendo descrito no Código de Defesa do Consumidor as hipóteses em que pode haver essa descontinuidade de prestação de serviços, como forma de garantir a continuidade do equilíbrio econômico financeiro.

O Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos que, vinda após o CDC e, tendo natureza de *lei especial* em relação àquele diploma legal, disciplinou as hipóteses em que validamente

<sup>78</sup> BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. **REsp n. 460271/SP**, Rel. Min. ELIANA CALMON. Acesso em 05 nov. 2017.

pode ser interrompida a sua prestação, inclusive na inadimplência do usuário, evidenciando que o dever de continuidade não é absoluto a ponto de compelir em uma concessão de serviço público que o concessionário continue prestando o serviço aos usuários inadimplentes, pois isto acabaria por ofender outra garantia constitucional, qual seja, a do *direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos*.<sup>79</sup>

Nota-se então que, desde que previamente avisado, a interrupção pode existir, mas é indispensável frisar que tais situações envolvem usuários individuais e sem necessidades especiais que demandem a continuidade da prestação de serviços para preservação de saúde e vida, como ocorre, por exemplo, com as pessoas que mesmo em suas residências, necessitam de balão de oxigênio para auxiliar na respiração.

### 3.3 Concurso público e contratação temporária

Como já estudado anteriormente, o artigo 37, da Constituição da República, em seu inciso II, estabelece que é imprescindível a aprovação em concurso público para ingressar no serviço público.

Diante disso, aduz Fernanda Marinela:

O concurso público é um procedimento administrativo colocado à disposição da Administração Pública para a escolha de seus futuros servidores. Representa a efetivação de princípios como a impessoalidade, a isonomia, a moralidade administrativa, permitindo que qualquer um que preencha os requisitos, sendo aprovado em razão de seu mérito, possa ser servidor público, ficando afastados os favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo.<sup>80</sup>

Ainda ressalta Marinela:

Vale a pena lembrar que a tentativa muitas vezes dos nossos administradores é burlar a exigência constitucional fingindo contratos temporários de trabalho, terceirizações, falsas cooperativas, daí por que a jurisprudência também busca afastar hoje as contratações em geral realizadas pelos diversos entes políticos sem a realização prévia de concurso público.<sup>81</sup>

Nota-se que o concurso público, além de afastar o favoritismo, também afasta as contratações irregulares para que não comprometa seus serviços.

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **O princípio da continuidade da prestação de serviços no Direito Administrativo contemporâneo.** Disponível em <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=1fd97d63-2fe4-433e-9afd-eea90f877ee2&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1fd97d63-2fe4-433e-9afd-eea90f877ee2&groupId=10136)> Acesso em 03 nov.2017.

<sup>80</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 5ª ed. Niterói: Impetus. 2011, p. 617.

<sup>81</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 5ª ed. Niterói: Impetus. 2011, p. 618.

Bem se vê que os cargos públicos têm de ser providos mediante concurso, sendo a terceirização uma alternativa para auxiliar nas atividades do Estado, nunca podendo ocupar uma posição de realização do que deve ser entregue ao público<sup>82</sup>.

A investidura no cargo de servidor público por meio de concurso público é uma garantia que a prestação dos serviços será de forma despretensiosa, sem qualquer tipo de obrigação que não seja a lealdade na concretização e realização dos serviços conforme os princípios da administração pública e os princípios exclusivos dos serviços públicos.

O legislador constitucional, por sua vez, ao prever o concurso público, faz com que haja igualdade no momento da seleção, através de testes e provas aplicadas a todos da comunidade que estejam aptos a participar.

As regras de concurso são previamente mencionadas em edital de publicação que atende aos princípios da publicidade e todos tem acesso a elas. Desse modo, não há que se falar em seleção que não consagra o princípio da isonomia de tratamento e igualdade entre os seres, sob pena de impugnação do edital convocatório para a participação do concurso público:

O concurso público deve ser de provas ou de provas e títulos. Fica assim, proibida a realização de contratações para cargos efetivos ou empregos públicos baseadas exclusivamente em análise de títulos ou currículos, ou sem quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de provas. Embora não esteja escrito na Constituição, é evidente, como decorrência, entre outros, do princípio da moralidade, que a exigência de títulos em concursos públicos somente se justifica para cargos e funções cujas atribuições dependam de especial conhecimento técnico ou científica, por exemplo, cargos de professores em universidades federais.<sup>83</sup>

O concurso público para investidura de cargos para prestação de serviços públicos origina-se, como falado, na ideia de igualdade e com isso na própria questão social no que se refere ao valor social do trabalho.

O valor social do trabalho tem destinação para o servidor, abrangendo questões de Direito do Trabalho, Direito Coletivo assistencial, previdenciário, administrativo. Ele se dá em razão da prevalência sobre os direitos individuais, sendo social por excelência, reservado à promoção da justiça social.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> SCHERCH, Vinicius Alves. **A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações**. 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 02 nov. 2017.

<sup>83</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 4 ed., São Paulo: Método 2015, p.83.

<sup>84</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.15.

No entanto, outra forma de realizar serviços públicos é por meio da contratação temporária, segundo pressupostos legais para possibilitar sua viabilidade. São aqueles que devem ser observados conforme José dos Santos Carvalho Filho “o primeiro deles seria a “determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista”.<sup>85</sup>

Os contratos temporários, como visto, tem prazo para iniciar e terminar, não podendo ser renovados, pois a contratação ocorre exatamente para preencher um cargo que está vago temporariamente até ser preenchido por um funcionário público, pra que não contrarie o princípio do concurso público.

Novamente José dos Santos Carvalho Filho estabelece:

Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida.<sup>86</sup>

Veja que os servidores temporários não podem ser equiparados a servidores públicos, ainda que estejam exercendo trabalho de função pública. O que justifica a contratação é exatamente a excepcionalidade da contratação, que, como já dito, não pode ser por longo período de tempo.

Então assim como a temporalidade, a excepcionalidade do serviço público se enquadra como o último pressuposto para as contratações temporárias.

O último pressuposto seria a *excepcionalidade do interesse público* que obriga ao recrutamento. Empregando o termo *excepcional* para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial.<sup>87</sup>

Pode-se dizer, então, que as contratações temporárias são exceção à regra, visto que é necessário o concurso público para ingressar e atuar como servidor

---

<sup>85</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.406.

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p.406.

<sup>87</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010. p.451.

público, cabendo, no momento da contratação atentar-se aos pressupostos aqui mencionados.

Portanto, para melhor entendimento, vejamos o seguinte julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente. (ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-02 PP-00255)

Dessa forma, a terceirização do serviço público não deve se confundir com contratação temporária, pois a terceirização transfere o serviço e as responsabilidades a terceiros sem qualquer vínculo, e nos casos de contratação temporária o vínculo permanece ainda que por um período de tempo descrito no contrato.

Sendo assim, considerando o que descreve o princípio do concurso público como essencial para o ingresso nos serviços públicos, as contratações longas passam a ser inviáveis.

Portanto, diante de todo o exposto, vê-se que a terceirização de serviços traz à tona a precarização das relações de trabalho, tornando-se um assunto que tem sido muito discutido em dias atuais, principalmente quando considerado à luz do valor social do trabalho, pois a terceirização provoca a precarização do trabalho.

Na ausência de definição legal ou linguística ousamos definir precarização do trabalho como a consequência da redução da remuneração, benefícios e garantias dos trabalhadores em razão de sua não vinculação direta junto à empresa que utiliza sua mão-de-obra. Um caso clássico de precarização do trabalho se dá quando uma empresa demite os funcionários de um determinado setor com a finalidade única e precípua de substituí-los por mão-de-obra terceirizada. Nesses casos, incita a redução da remuneração



e dos benefícios e garantias dos trabalhadores em razão da ausência de vinculação direta junto à empresa que utiliza sua mão de obra.<sup>88</sup>

A terceirização além de implicar em perda de qualidade do serviço, já que não há qualquer obrigatoriedade de qualificação ou mesmo de preservação dessa qualificação, faz com que o empregado não tenha vínculo com a administração pública.

---

<sup>88</sup> MORAIS, Maria Christina Filgueira de. **A flexibilização trabalhista como consequência da atual conjectura econômica mundial.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12133>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização dos serviços públicos é um tema de muita controvérsia no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, pode-se dizer que extrapola as questões judiciais chegando aos questionamentos sociais, tendo em vista que se trata de servidores públicos.

A continuidade dos serviços públicos demonstra que são essenciais para a manutenção da sociedade, não permitindo que sejam interrompidos deixando a população sem acesso a eles.

Quando um trabalhador exerce uma função pública está implícito que está preparado para o cumprimento da função, com responsabilidade e necessidade de estar atento a todas as modificações que porventura ocorra com a realização de cursos e outros treinamentos que permitem o exercício correto da função.

A lei de terceirização, Lei 13.429/17, trouxe particularidades considerando a terceirização da atividade fim de empresas, o que contraria o entendimento, pois as permissões levam ao entendimento de que todo serviço público pode ser terceirizado.

Importante ressaltar que a terceirização não deve ser confundida com desestatização, desconcentração e descentralização, pois ainda que possam trazer traços parecidos, terceirizar é transmitir a terceiros toda execução e responsabilidade dos serviços públicos.

Desse modo, a terceirização dos serviços públicos é prejudicial, já que permite que as contratações se deem por período de tempo estendido e irrestrito.

Dessa feita, na terceirização do serviço público, a contratação ocorre por meio de seleção em concurso público, sendo as contratações exceção à regra, visto que a execução do serviço público remete a continuidade da ação, feita por pessoas que estão no quadro de efetivos.

Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 13.429/17 torna-se forçoso para que o serviço público continue sem que esteja à mercê de contratações por meio da terceirização, que vão atender a interesses pessoais desrespeitando não somente a continuidade dos serviços públicos como também a regra do concurso público.

Se a administração não pretende com a prestação de serviços obter lucros e sim servir à população, com a terceirização essas questões não podem ser avaliadas, já que inexistindo vínculo também não haverá como fiscalizar ou exigir qualidade ou excelência na prestação.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 13.429/17. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso em 25 out 2017.

BRASIL. Lei 13.429/17. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm). Acesso em 25 out 2017

BRASIL. **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm). Acesso em 15 set 2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. REsp n. 460271/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON. Acesso em 05 nov. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF NOTÍCIAS- Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/472755717/procurador-geral-da-republica-apresenta-adi-contra-lei-das-terceirizacoes>. Acesso em 23 out 2017.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331**. Disponível em [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em 15 out 2017.

BRASIL. Lei 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Lei do Servidor Público**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em 01 set 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL -Noticias STF: **STF recebe nova ADI contra Lei da Terceirização**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341920>>. Acesso em 22 out 2017.

BRASIL. <TJMG - Apelação Cível 1.0209.11.003750-1/001, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/09/2016, publicação da súmula em 11/10/2016.> Acesso em 01 de set 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-02 PP-00255.

CAMPOS, Marcelo Vieira. **A lei de terceirização é inconstitucional**. Revista consultor jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-campos-projeto-lei-terceirizacao-inconstitucional>. Acesso em 13 maio 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 ed. Rev. Ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. Atlas: São Paulo, 2010.

GARCIA, José Cláudio. **A terceirização na justiça do trabalho**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj027606.pdf>>. Acesso em 19 out 2017.

GUERRA, Marcelo. **Valor social do trabalho e da livre iniciativa: um exemplo do uso do critério da concordância prática**. Disponível em [https://marcelolimaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/335867089/valor-social-do-trabalho-e-da-livre-iniciativa-um-exemplo-do-uso-do-criterio-da-concordancia-pratica?ref=topic\\_feed](https://marcelolimaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/335867089/valor-social-do-trabalho-e-da-livre-iniciativa-um-exemplo-do-uso-do-criterio-da-concordancia-pratica?ref=topic_feed). Acesso em 08 nov. 2017.

HARB, Karina Houat. **O princípio da continuidade do serviços públicos e a interrupção**. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interrupcao>>. Acesso em 05 nov 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAFRA, Francisco. **Ideias acerca da função pública**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=495](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=495)>. Acesso em set 2017

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Niterói: Impetus. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3 ed., rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

MENEZES, Tatiane Cândida. **Direito, deveres e responsabilidades do servidor público**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19829-19830-1-PB.pdf>. Acesso em 09 set 2017.

MORAIS, Maria Christina Figueira de. **A flexibilização trabalhista como consequência da atual conjectura econômica mundial**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12133>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **O princípio da continuidade da prestação de serviços no Direito Administrativo contemporâneo**. Disponível em <[http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=1fd97d63-2fe4-433e-9afd-eea90f877ee2&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=1fd97d63-2fe4-433e-9afd-eea90f877ee2&groupId=10136)> Acesso em 03 nov.2017.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa**. Revista doutrina administrativa, TRF 4ª Região, Ed 72,2012. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio\\_Osorio.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html). Acesso em 01 set 2017.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 10ª ed, São Paulo: Editora Método. 2012.

SCHERCH, Vinicius Alves. **A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações**. 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 15 out 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES JUNIOR, Alcídio. **Terceirização: conceitos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25901>>. Acesso em: 31 maio 2017.