

CONTRATAÇÃO INDIRETA DE MÃO-DE-OBRA VERSUS TERCEIRIZAÇÃO

Benjamin Zymler¹

1. O fenômeno da globalização e a terceirização 2. Contratação indireta de mão-de-obra e terceirização 3. Terceirização no Serviço Público 4. Jurisprudência do TCU 5. Conclusões 6. Bibliografia pesquisada

1. O fenômeno da globalização e a terceirização

A mundialização do capitalismo, trazendo em seu bojo nova divisão internacional do trabalho e da produção e a alteração dos blocos geoeconômicos e geopolíticos, representa a faceta econômica do fenômeno da globalização, entendida como o conjunto de processos pelos quais as pessoas do mundo são incorporadas a uma sociedade global.

Tais mudanças decorrem fundamentalmente da rápida transformação tecnológica e econômica que caracteriza este final de século e que tem trazido uma sensação de ruptura em todos os demais campos da sociedade, como o social, o cultural e o político. Alguns - e não são poucos - anunciam a pós-modernidade, reconhecendo a descontinuidade do processo evolutivo da humanidade e o início de nova era dissociada dos paradigmas da modernidade. Boaventura de Souza Santos² elenca dois fatores indicativos deste cenário: a marginalização do Estado Nacional, com a conseqüente perda de sua autonomia e de sua capacidade de regulação social, e a crise financeira do Estado-Providência.

Na linha indicada pelo sociólogo português, reconheça-se que o conceito de soberania estatal deve ser repensado. Num sistema econômico cada vez mais integrado, caracterizado pela internacionalização do capital e pelo predomínio de mercados comuns e comunidades econômicas, onde organizações multilaterais e corporações transnacionais tomam assento como atores proeminentes, já não é fácil vislumbrar um espaço autônomo para o exercício convencional dos poderes de soberania dos Estados-nação. As ordens jurídicas nacionais, fundadas no conceito de Estado de Direito Constitucional, devem buscar - e estão buscando - integração e harmonização, cujo resultado final ainda é incerto.

Entretanto, a indefinição da função do Estado-nação no processo de globalização não afasta seu papel prioritário como agente regulador e empreendedor da transformação social. Nesse particular, a crise do modelo de Estado do Bem-estar

1. Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União

2. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 4ª ed., São Paulo, Cortez, 1997, pp. 19/22.

Social em todo o mundo, incapaz de responder às crescentes demandas da população, demonstra, de forma insofismável, que a intervenção do Estado nas esferas econômica e social extrapolou os limites de regulação possíveis de uma sociedade tecnológica em mutação contínua. No caso brasileiro, em que parcela ponderável da população não titulariza os mais comezinhos direitos sociais, previstos constitucionalmente, a crise do Estado Social chegou antes de sua própria implementação.

Em decorrência do estado falimentar do *welfare state*, observa-se em todo o mundo, e também em nosso País, vigoroso renascimento do ideário liberal, fundado na predominância absoluta do mercado, como instrumento regulador da economia, e no reconhecimento de uma nova individualidade, fundada nos direitos e garantias individuais de primeira geração. A inexorável constrição dos direitos sociais, de segunda geração, estatuídos constitucionalmente, parece questão de tempo, forçada pela premente necessidade de redução do chamado Custo Brasil, necessária para tornar nossa economia competitiva em escala mundial.

De igual modo, o enxugamento e a reforma da máquina do Estado seguem sua imperturbável marcha, envolvendo, dentre outras formas, a desestatização de suas empresas, a descentralização e desconcentração administrativas e a concessão de serviços públicos.

A terceirização surge, nesse contexto, como uma tentativa de adaptação da sociedade civil e do Estado aos novos tempos de globalização. Nesse momento, em que sobrevoamos rapidamente o tema, basta entendê-la como uma forma de contratação de empresa prestadora de serviço, fornecedora de bens, serviços ou mão-de-obra para o desempenho de atividades que originalmente eram desenvolvidas pela empresa terceirizante. Estabelece, por seu caráter inovador, novos modelos de relacionamento intersubjetivo que elastecem ou extrapolam os lindes fixados pela legislação trabalhista, que regula a relação empregatícia, e pelas normas do Direito Administrativo, que norteiam o relacionamento entre o Estado, seus servidores e os demais cidadãos.

Sua utilização decorreu, modernamente, da atuação dos grandes atores do novo cenário mundial globalizado - as empresas multinacionais ou transnacionais - que estenderam suas redes por todo o mundo, buscando mão-de-obra ou matéria-prima em qualquer lugar onde pudessem obter maior vantagem. Resultou daí uma sofisticação e uma decomposição do processo produtivo. O produto final, extremamente elaborado e diferenciado, passou a ser uma reunião de peças fabricadas em diversos países por empresas diferentes, que se especializaram na fabricação de determinados componentes. É a consolidação do fenômeno da horizontalização, em oposição à verticalização, estrutura organizacional que preponderava anteriormente entre as grandes empresas.

A prática da terceirização foi então disseminada, daí ser tida como requisito essencial para permitir a inserção das empresas no duro regime competitivo do mundo globalizado. Atualmente, o termo terceirização engloba um plexo de modalidades e requer detalhada análise para sua perfeita caracterização.

Gostaríamos de salientar que a livre implementação dos contratos de terceirização, principalmente na sua vertente de fornecimento de mão-de-obra, foi obstada pela forte reação promovida pelas Cortes Laborais, na tutela dos princípios regedores da relação de emprego, e pelo restante do Poder Judiciário e Tribunais de Contas, na exigência de incondicional respeito aos comandos constitucionais e legais que regem o provimento de cargos e empregos públicos e que obrigam, como condição inafastável de sua liceidade, a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Reconhecemos a importante participação dos Tribunais como agentes controladores do processo de transformação do Estado Social Brasileiro e da sociedade civil. De forma a contrapor-se às reengenharias inconseqüentes e ao radicalismo neoliberal, devem os Tribunais, dialeticamente, tutelar, nos casos concretos, de um lado, os direitos e garantias constitucionais do cidadão, e, pelo outro, a legalidade, a legitimidade e a economicidade das ações governamentais e administrativas.

Entretanto, o Direito não pode abrir mão de sua função social - a de regular o comportamento humano. Não pode dissociar-se da realidade que caracteriza, por exemplo, o subsistema econômico, sob pena de ser tido como fato e não como norma - como "ser" e não como "dever ser". Nessa hipótese, ao invés de regular a economia, as normas jurídicas serão invariavelmente concebidas a partir da racionalidade estratégica dos agentes econômicos, que pondera tão-só a relação custo-benefício de sua violação.

Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo atualmente com o Direito do Trabalho, como bem enfatiza o eminente Ministro Almir Pazzianotto em diversas entrevistas concedidas para os órgãos da imprensa. Além de reconhecer que um expressivo percentual dos trabalhadores brasileiros está à margem de sua proteção - integram a chamada economia informal, situada ao largo das normas jurídicas -, demonstra o Sr. Ministro que empregado e empregador, ao final da relação empregatícia, buscam a Justiça do Trabalho munidos de visão instrumental que implode o modelo de relacionamento entre capital e trabalho adotado em nosso País. O empregado almeja obter um *plus* em relação às verbas indenizatórias já pagas, e o empregador, prevendo a demanda no juízo trabalhista e confiando numa conciliação economicamente favorável - e aí conta com o longo período de tramitação das lides trabalhistas -, dificilmente faz o prévio pagamento de todas as parcelas indenizatórias devidas.

Em síntese: o Direito do Trabalho, ao revés de exercer sua função na sociedade - a de estabilizar expectativas de comportamento entre os atores sociais³ -, serve como fonte de dissenso entre empregado e empregador.

Algo similar ocorre com o Direito Administrativo. Calcado na experiência francesa, moldado para adequar-se aos reduzidos espaços estatais ocupados pelo Estado Liberal, o Direito Administrativo tornou-se insuficiente para regular a

3. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

atuação do Estado Social. As múltiplas ingerências do *welfare state* nos campos econômico e social, as inúmeras formas assumidas pelo Estado, como pessoa jurídica de direito público e de direito privado, promoveram a proliferação de uma legislação administrativa desconexa, de difícil enquadramento sistêmico. Particularmente, em relação à legislação de pessoal, o exemplo brasileiro é dramático, marcado por uma instabilidade derivada da edição sucessiva de medidas provisórias casuísticas.

As demandas que chegam ao TCU, que tratam de irregularidades em contratos de terceirização, no âmbito da administração direta e indireta, longe de simbolizarem um recrudescimento de práticas dolosamente ilícitas, demonstram, isso sim, a situação de desarmonia entre a realidade enfrentada pelo gestor público e o regime jurídico administrativo positivado.

A crise de regulação do Direito do Trabalho e do Direito Administrativo está inserida numa crise maior, que atinge o Direito como um todo. O positivismo jurídico, após alçar a visão dogmática a um patamar de conhecimento estabilizado, universalmente reconhecido, já não responde mais às demandas das sociedades hodiernas. As perguntas parecem inadequadas e as respostas oferecidas soam insuficientes.

A superação do modelo paradigmático de direito é questão complexa e transcende a possibilidade limitada dessa palestra. Deve-se ter em mente que as soluções propostas partem do reconhecimento de que o sistema jurídico - nas suas componentes administrativa, jurisdicional e legiferante - não é capaz de acompanhar a rapidez das mudanças que vêm ocorrendo nos diversos subsistemas sociais. Dessa forma, como acentuado por Gunther Teubner,⁴ ao tratar das alternativas sugeridas por diversos autores para tratar de conflitos entre o Direito e outros subsistemas sociais, podem os ordenamentos jurídicos, ao revés de buscar uma regulamentação substantiva detalhada, contemplar normas principiológicas, mais genéricas e abstratas, que permitam uma maior flexibilidade aos operadores jurídicos. Nesses casos, de forma a mitigar o aumento do nível de indeterminação do Direito, devem os sistemas normativos acentuar as normas adjetivas, que modelem a existência de um processo equilibrado e que incentivem a autocomposição entre as partes. A maior "processualização" do Direito deve fazer com que o sistema jurídico tenha uma leitura o mais fiel possível dos fenômenos complexos dos outros subsistemas sociais, como o econômico, o político, o administrativo etc.

Além disso, parece inafastável que o Direito assuma um novo modelo, mais próximo do caráter tópico-argumentativo do discurso e do raciocínio jurídico. O modelo lógico-sistemático, que vem prevalecendo hodiernamente no direito jurisdicional, como decorrência da forte influência positivista, é marcadamente dedutivo, calcado em operações silogísticas. O método dialético-retórico, proposto por Perelman,⁵ argumenta a partir de opiniões ou pontos de vista geralmente aceitos

4. TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*, tradução de José Engrácia Antunes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, pp. 220/221.

5. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 516/531.

(os *topoi*) e delibera por meio de uma lógica do razoável em face das circunstâncias concretas que cercam o problema.

A Teoria da Argumentação de Perelman ataca frontalmente a noção purista do Direito formulada por Kelsen.⁶ O mestre positivista entendia que o objeto do estudo do Direito era a norma e o sistema normativo, devendo serem afastadas todas as considerações que são estranhas ao seu objeto. A dinâmica do sistema normativo - a criação de normas - provinha da vontade dos agentes competentes, justificada por considerações de ordem política ou moral, ou seja, alheias ao Direito.

Perelman questiona esta visão restrita do fenômeno jurídico. Afirma que ela resulta de uma teoria de conhecimento que só dá valor ao saber não controverso. Opõe-se a esta visão uma ciência do Direito tal com ele é, e não tal como deveria ser. Propõe a razão prática e o discurso argumentativo como forma de apurarem a razoabilidade de uma decisão jurídica, não de forma absoluta - certa ou errada -, mas sim relativa, tomando em conta as circunstâncias históricas, sociais, pessoais etc.

Do exposto, parece lícito supor que tanto o Direito do Trabalho quanto o Direito Administrativo deverão incorporar, paulatinamente, uma concepção tópicargumentativa do Direito, na medida em que o enfoque lógico-dedutivo indique mostras de sua insuficiência na regulação da dinâmica social.

Essa introdução procurou revelar, de forma superficial, o quadro atual de profunda mutação do Estado, da Sociedade e do Direito. Nesse contexto, o tratamento que o sistema jurídico tem dado à terceirização está evoluindo no sentido de flexibilizar, caso a caso, sua utilização em situações em que a realidade social tem imposto sua adoção. As experiências da Justiça do Trabalho e do Tribunal de Contas da União, no trato com a matéria, são extremamente úteis para ilustrar a mudança do enfoque jurídico sobre tão instigante tema.

2. Contratação indireta de mão-de-obra e terceirização

Neste momento, impende debruçarmo-nos sobre o conceito preciso de terceirização. Para o Professor Wilson Antonio Rodrigues Bilhalva,⁷ "terceirização é a transferência da execução de determinadas atividades empresariais, até então realizadas por pessoal próprio, para parceiros idôneos e especializados".

Francisco Antonio de Oliveira,⁸ de seu turno, entende terceirização como o "liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviços, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo, com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade-fim, por cuja realização somente

6. PERELMAN, Chaïm. Ob. cit., pp. 473/480.

7. BILHALVA, Wilson Antônio Rodrigues. *Terceirização*, Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 96, jun/97, p. 22.

8. OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Da terceirização e da flexibilização como estágios para a globalização*. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas 10/97, vol. 17, p. 28.

responde a empresa prestadora de serviço não tendo a empresa tomadora qualquer possibilidade de ingerência na mão-de-obra da empresa prestadora. A contratação poderá ter como escopo a produção de bem (etapas de uma linha de produção) bem como a prestação de serviços (limpeza, vigilância, segurança, serviços de importação e de exportação, treinamento de pessoal etc.).”

Consoante magistério de Maria Sylvia Zanella de Pietro,⁹ “a terceirização assume, na prática, variadas formas, dentre as quais a empreitada de obra e de serviço e a locação de serviços por meio de interposta pessoa (fornecimento de mão-de-obra)”.

Na primeira hipótese – a empreitada –, o objeto do contrato é a realização de uma certa atividade pela empreiteira, visando a um determinado resultado que pode ser uma obra, um serviço, ou mesmo o fornecimento de bens. No que se refere à locação de serviços, como espécie do gênero empreitada, a doutrina e a jurisprudência acentuam a natureza do ajuste, que ganha forma de contrato regulado pelo Direito Civil, Comercial ou Administrativo. Aqui, o objeto preciso do ajuste é a realização do serviço, não se estabelecendo vinculação direta entre o tomador de serviço e o empregado terceirizado.

Em relação à modalidade de terceirização correspondente ao fornecimento de mão-de-obra, cabe diferenciar o lícito do ilícito. Para melhor ilustrar a hipótese, lançamos mão de um modelo simples, em que se considera a contratação indireta como o conjunto formado pela terceirização lícita e pela terceirização ilícita, entendendo terceirização, a partir deste momento, sob a ótica restrita de fornecimento de mão-de-obra. Ou seja, a contratação indireta de mão-de-obra é o gênero de que são espécies a terceirização lícita e a ilícita, que, rigorosamente, não poderia ser denominada de terceirização. Eis a pergunta inevitável que se segue: quando a terceirização é lícita e quando é ilícita? A resposta, em um primeiro momento, parecerá óbvia: a terceirização é lícita quando permitida pelo ordenamento jurídico e será ilícita sempre que infirmar as normas regedoras da matéria. Essa incongruência pode dar-se tanto em relação às normas de direito público, definidoras do estatuto dos servidores públicos, quanto à regulamentação prevista na legislação consolidada. Para melhor ilustrar a tese expendida, pedimos licença para trazer os ensinamentos do Professor Sérgio Pinto Martins¹⁰ a respeito do tema: “A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere à locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos em relação aos trabalhadores”. (grifo nosso).

9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Terceirização de serviços públicos*, Boletim de Direito Administrativo, Janeiro/96, p.16.

10. MARTINS, Sérgio Pinto. Terceirização lícita e ilícita. Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário, Caderno 2, São Paulo, 8, abr/97, pp. 155/158.

O conceito ora trazido restringe-se ao âmbito do Direito Trabalhista, mas pode perfeitamente ser estendido ao Direito Público, se acrescentarmos à definição de terceirização lícita a ausência de intenção de burlar as normas constitucionais e legais que regem as relações do Estado com os servidores públicos, em especial a que torna obrigatório o concurso público para o provimento de cargos ou empregos na Administração Pública (CF, art. 37, II). Não nos deteremos neste ponto, por ora, pois trataremos dele, especificamente, mais à frente.

Debrucemo-nos, por necessário, sobre o significado do termo terceirizar. Esclareça-se que a expressão foi criada inicialmente pelos economistas e depois adotada por juristas, que procuram entender e estudar o fenômeno sob as luzes do Direito. Porém, ao contrário do que podem imaginar alguns, a terceirização não é fenômeno recente, criado a partir da nova ordem mundial globalizada. Já no século passado, o assunto era ventilado, sendo que, em 1848, os franceses, ainda sob influência dos ideais revolucionários, aboliram o que denominavam de *merchandage*, por entenderem que o trabalho, fruto direto do esforço humano, não poderia ser considerado mercadoria e, portanto, não seria suscetível de intermediação.

No mundo moderno, não é demais repisar, a economia alcança escala global e desenvolve-se em velocidade espantosa, graças à sucessão contínua e exponencial de avanços tecnológicos, principalmente na área da informática e da comunicação. A competição, por conseguinte, torna-se cada vez mais ferrenha. As empresas, e aí não importa o tamanho e importância, vêem-se na obrigação contínua de reduzirem seus custos, a qualquer preço, para conseguirem sobreviver no mercado. Assim, buscam novas formas de contratação de pessoal, que lhes sejam menos onerosas.

Fácil é perceber, portanto, que o fenômeno da terceirização é universal, geral e irreversível. Dessa forma, não pode o Direito ficar alheio à realidade que se impõe. Neste ponto, com a permissão do eminente Ministro Almir Pazzianoto que, com insuperável maestria, já abordou o assunto, tangenciarei, rapidamente, a terceirização no setor privado e sua abordagem pela Justiça do Trabalho. Importa frisar que o Direito do Trabalho trata da questão das relações de emprego sob ótica protecionista em relação ao obreiro, considerado como hipossuficiente. Dessa forma, é natural que a Justiça do Trabalho acompanhe o fenômeno com cautela e reserva, visando sempre a assegurar os direitos e garantias dos empregados.

Porém, mesmo a Justiça Laboral não pode ficar alheia - e não ficou - à realidade econômica. Assim, em um primeiro momento, como acentua Valentin Carrion,¹¹ procurou limitar a terceirização com a edição do Enunciado nº 256, que vedou a contratação de trabalhadores por empresa interposta, impondo a formação do vínculo diretamente entre o empregado e o tomador do serviço. No entanto, o mesmo Enunciado ressaltou a possibilidade de contratação de prestação de serviços nas hipóteses previstas na Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário) e na Lei nº 7.102/83 (serviço de vigilância).

11. CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp 293/296.

Mais recentemente, com o Enunciado nº 331, o E. Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar o Enunciado nº 256, ampliou a possibilidade de terceirização de serviços, ao prever, além das duas hipóteses já mencionadas, como lícita a terceirização de conservação e limpeza, bem como de quaisquer serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Ademais, mantendo a preocupação com os direitos dos empregados, estabelece a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto às obrigações trabalhistas, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial.

Outro ponto de destaque do referido Enunciado nº 331 diz respeito à impossibilidade de formação de vínculo de emprego do trabalhador com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, tendo em vista a regra constitucional do concurso público, insculpido no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Sobre a matéria falaremos a seguir.

Pode-se resumir, por fim, o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito das hipóteses admitidas de terceirização no setor privado, dividindo-as em dois grandes grupos:

- a) Serviços Temporários, abrangendo atividades-meio e/ou atividades-fim (Lei nº 6.019/74, Decreto nº 73.841/74 e item I do Enunciado nº 331 do TST);
- b) Serviços Permanentes Especializados, abrangendo as atividades-meio, que, por sua vez, podem ser separados em três subgrupos:
 - b.1) Vigilância, Segurança e Transporte de Valores (Lei nº 7.102/85, Lei nº 8.863/94, Decreto nº 89.056/83 e item II do En. nº 331 do TST);
 - b.2) Conservação e Limpeza (item III do En. nº 331 do TST);
 - b.3) Demais serviços relativos às atividades da área-meio (item III do En. nº 331 do TST).

3. Terceirização no Setor Público

Consoante anteriormente destacado, os novos tempos vividos neste final de milênio têm obrigado o Poder Público a buscar parâmetros alternativos de atuação. Nesse sentido, é evidente o movimento retrátil do Estado, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Como reflexo dessa tendência de enxugamento da máquina estatal, também o Direito está tendo que se adaptar à nova realidade. Mais especificamente, deve o Direito Administrativo, obrigatoriamente, rever conceitos, para adequar-se aos rumos que o Estado moderno vai tomando.

Dentro do movimento de redução da atividade estatal, serviços, outrora prestados diretamente por órgãos ou entidades públicas, estão sendo objeto de delegação a terceiros. Não significa dizer que tais serviços deixem de ser públicos. Ao contrário, mantêm sua natureza de serviço público, porém não são mais prestados

diretamente pelo Estado, mas por particulares, em nome e sob responsabilidade do Estado.

A sempre citada administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro¹² elenca as diversas formas de contenção da atuação do Poder Público no Brasil, a saber:

- a) venda de empresas estatais, normatizada pela Lei nº 8.031/90, com suas alterações e regulamentações, ordinariamente chamada de privatização *stricto sensu*;
- b) desregulação – diminuição da intervenção do Estado na atividade econômica;
- c) desmonopolização de atividades econômicas;
- d) privatização de serviços públicos - com sua devolução à iniciativa privada;
- e) delegação de serviço público, por meio de concessões e permissões, regulamentada pela Lei nº 8.987/95 e demais normas específicas de cada setor;
- f) contracting out, definidos pela Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro como sendo a modalidade que abarca os contratos pelos quais a Administração Pública busca a colaboração do setor privado, para a execução de serviços na atividade-meio, inserindo-se aí a chamada terceirização.

Verifica-se, assim, que a terceirização nos serviços públicos, nos moldes como é tratada pela doutrina e jurisprudência, é permitida e até mesmo desejada pelo ordenamento. Não se confunde com a terceirização dos serviços públicos. Esta última somente pode ser efetuada mediante concessão ou permissão, precedida do indispensável certame licitatório exigido pelo art. 175 da Constituição Federal.

Diferem terceirização e concessão em vários pontos, abaixo relacionados:

- a) pelo objeto – a concessão e a permissão visam ao complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, enquanto que a terceirização destina-se à determinada atividade que não é essencial ao Estado e que ele exerce apenas acessoriamente ou como instrumento para a consecução de sua atividade-fim;
- b) pela forma de remuneração – a empresa prestadora dos serviços é inteiramente remunerada pela Administração Pública, enquanto que as concessionárias e as permissionárias, em regra, são remuneradas pelos usuários dos serviços;
- c) pelas prerrogativas públicas concedidas – as concessionárias e permissionárias detêm algumas prerrogativas do Poder Público, como o

12. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Terceirização de serviços públicos*, Boletim de Direito Administrativo, Janeiro/96, p.16.

poder de cobrar tarifas, instituir servidões etc., o que não ocorre na terceirização;

d) pela possibilidade de intervenção – o Estado tem o poder de intervir na empresa concessionária ou permissionária, dentro dos limites legais, o que não ocorre em relação à empresa terceirizada;

e) pelo tipo de usuário – na terceirização, o usuário do serviço é, em regra, a própria Administração Pública. Já na concessão e permissão, os usuários são os cidadãos.

Cabe ressaltar que a terceirização de determinados tipos de serviço foi prevista, inicialmente, para o setor público, pelo Decreto-Lei nº 200/67, que, em seu art. 10, § 7º, estabeleceu a possibilidade de a Administração Pública desobrigar-se da realização de atividades executivas, transferindo-as à iniciativa privada. Posteriormente, a Lei nº 5.645/70, em seu art. 3º, parágrafo único, previu que a execução dos serviços de transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros semelhantes seria, preferencialmente, realizada pela iniciativa privada, mediante contrato.

É de mencionar, ainda, que os comandos legais pertinentes às licitações e contratos administrativos prevêm a hipótese de contratação de empresas prestadoras de serviço, desde que obedecidas as regras de contratação no serviço público, consoante disposto na Lei nº 8.666/93, art. 7º e art. 6º, inciso II, que define o que seja serviço para efeito do referido Estatuto.

Também o Decreto nº 2.271/97, ao dispor sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, possibilita, expressamente, em seu art. 1º, a terceirização de serviços relativos às atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares à atividade-fim do órgão ou entidade. Elenca, ainda, o §1º do referido artigo algumas atividades que podem ser enquadradas na definição geral do *caput*, estabelecendo que deverão ser, preferencialmente, objeto de execução indireta. São elas: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática – quando esta não for a atividade-fim do órgão ou entidade -, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Veda, entretanto, o sobredito Decreto a terceirização das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, com exceção daqueles extintos ou quando houver expressa autorização legal.

Merece especial ênfase a edição da Medida Provisória nº 1.626-49/98, pelo Poder Executivo. Esta iniciativa inédita - até mesmo ousada - possibilitou à Administração Pública contratar, mediante procedimento licitatório prévio, em face de situações de emergência ou de excepcionalidade, empresas de auditorias independentes para, sob a coordenação da Secretaria Federal de Controle, atuarem junto às empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 22). Abre-se a possibilidade de o Governo Federal terceirizar serviço essencialmente público: fiscalização e controle de empresas estatais.

Dentro desse cenário, que legitima de forma restrita a terceirização, não surpreende a linha seguida pela doutrina e jurisprudência, que a têm admitido, no âmbito da Administração Pública, nas atividades não integrantes dos serviços essenciais do órgão ou entidade, ou seja, nas atividades consideradas instrumentais ou complementares da Administração. Ademais, os Tribunais não toleram a terceirização, quando os serviços a serem executados indiretamente integrarem o plexo de atribuições de cargos ou empregos relacionados nos planos de cargos ou salários dos órgãos e entidades.

Impende realçar, ainda, a tendência moderna do Estado brasileiro no intuito de reduzir a sua atuação ao mínimo essencial. Nesse sentido, dentro de uma nova concepção de Estado, na esteira da propalada reforma administrativa, em fevereiro próximo passado, o Sr. Presidente da República editou o Decreto nº 2.487/98, que dispõe sobre a qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas e estabelece critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão e dos planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucionais das entidades qualificadas. Dentre o conteúdo dos referidos planos das entidades candidatas à qualificação como Agência Executiva, estão inseridos os objetivos, a política e as metas de terceirização de atividades mediante contratação de serviços e estabelecimento de convênios. Circunstância essa que corrobora o fato de que a terceirização deve ser entendida como um dos principais instrumentos de descentralização das atividades estatais.

Importa, neste momento, distinguir a terceirização no âmbito das empresas estatais (onde os empregados obedecem ao regime trabalhista comum, com as ressalvas elencadas pela Constituição Federal) da terceirização adotada no restante da Administração Pública (servidores regidos pelo regime estatutário). É de destacar, inicialmente, que, em ambos os casos, mostra-se impossível a formação de vínculo empregatício ou estatutário, conforme o caso, entre os prestadores de serviço e a Administração Pública. Isso, tendo em vista o mandamento insculpido no inciso II do art. 37 da Carta Magna, que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, à exceção dos cargos de livre provimento.

Não ocorre a formação do vínculo nem mesmo quando presentes as características da pessoalidade e da subordinação, essenciais para a configuração da relação de emprego, pois a Constituição determina a nulidade dos atos de contratação de pessoal que não sejam precedidos de prévio concurso público (art. 37, § 2º, CF). Neste ponto, reside diferença fundamental entre a terceirização no setor público e na esfera privada, já que, em relação a esta última, configurados os requisitos que caracterizam a formação da relação de emprego, a jurisprudência da Justiça Laboral é uniforme no reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador do serviço. Na hipótese ora tratada, que cuida de contratação efetuada pelo Poder Público, nem mesmo as verbas trabalhistas são devidas. Em decorrência da nulidade absoluta do ato de admissão, a prestação devida pela Administração Pública perde o caráter salarial, uma vez ausente o vínculo empregatício. Os valores devidos assumem caráter indenizatório, visto que não há como retornar ao *status quo ante*, pois os

serviços já foram prestados e o nosso ordenamento veda o enriquecimento sem causa de quem quer que seja, inclusive do Poder Público.

Entretanto, algumas diferenças devem ser realçadas. Os empregados públicos das sociedades de economia mista e das empresas públicas são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e, como tal, a eles se aplicam as normas regedoras da matéria pertinentes ao setor privado, evidentemente, naquilo que for compatível com a Constituição Federal, inclusive o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, *in totum*.

Merece destaque, ainda, a análise da terceirização nas hipóteses de contratação temporária legalmente previstas. De início, cabe mencionar que a matéria é tratada em duas normas legais: a Lei nº 6.019/74 e a Lei nº 8.745/93. A primeira, regulamentada pelo Decreto nº 73.841/74, estabelece as normas regedoras do trabalho temporário nas empresas urbanas. Tem por objeto o trabalho exercido por pessoa física, destinado a suprir as necessidades transitórias de pessoal, seja para substituição temporária de seus empregados permanentes, seja para prover acréscimos extraordinários de serviços.

O inciso IX do art. 37 da Constituição Federal prevê a possibilidade de contratação temporária de pessoal, na hipótese de prestação de serviços públicos emergenciais, reservando sua regulamentação à lei ordinária. Assim, também a Lei nº 8.745/93 dispõe sobre a contratação de pessoal, por tempo determinado, para acudir a necessidade temporária de excepcional interesse público nos órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional (art. 1º). A própria Norma define, em seu art. 2º, quais as situações que devem ser consideradas como necessidade temporária de excepcional interesse público, quais sejam:

- a) assistência a situações de calamidade pública;
- b) combate a surtos endêmicos;
- c) realização de recenseamentos;
- d) admissão de professor substituto e professor visitante;
- e) admissão de professor ou pesquisador visitante estrangeiros; e
- f) atividades especiais nas organizações das Forças Armadas, na área industrial ou para atender a encargos temporários de obras e serviços de engenharia.

Fácil é perceber que a Lei nº 8.745/93 não visou a atender eventuais situações emergenciais de carência de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, consoante reza o art. 1º já indicado, a elas não se aplica a citada Lei. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹³ anui à tese ao afirmar que os contratos temporários previstos no inciso IX do art. 37 da Carta Política "só poderão existir nas entidades da administração direta, autárquica e fundacional pública (pessoas jurídicas de direito público), uma vez que as paraestatais (pessoas jurídicas de direito

13. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na constituição de 1988*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1991, p. 19.

privado) não poderão contratar recursos humanos senão nas modalidades trabalhista (com relação de emprego) e civil (serviços profissionais autônomos sem relação de emprego)".

Deixe-se assente que, aqui, não há falar em terceirização. A contratação temporária na Administração Direta, autárquica e fundacional, como estabelecido na Constituição Federal, regulamentada pela norma legal acima indicada, pode ser considerada, na verdade, como um regime jurídico especial de contratação de pessoal.

Entretanto, parece lícito inferir que, não raramente, as empresas estatais enfrentarão - se já não enfrentam - situações de caráter emergencial, necessitando da contratação temporária de pessoal. Como já demonstrado acima, não será viável a aplicação da Lei nº 8.745/93. A solução que se nos apresenta, por conseguinte, parece advir do próprio sistema jurídico, interpretado sistematicamente. O Diploma Básico, em seu art. 173, § 1º, determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista serão regidas pelo regime jurídico aplicável às empresas particulares, inclusive quanto às obrigações trabalhistas.

Já vimos que, no caso das empresas privadas, a matéria é regulada pela Lei nº 6.019/74 e pelo Decreto nº 73.841/74. Assim, em princípio, não há óbice para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, diante da necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou em face do acréscimo extraordinário de serviços, possam contratar empresas especializadas no fornecimento de pessoal temporário. Portanto, parece viável a terceirização, no caso das empresas estatais, também nas situações previstas pela Lei nº 6.019/74, na forma do item I do Enunciado nº 331 do E. TST, evidentemente precedida do inevitável procedimento licitatório.

Ademais, importa deixar registrado que a aplicação da Lei nº 6.019/74 deve ser observada como decorrente de expresso mandamento constitucional - o inciso IX do art. 37. Deste modo, não há falar em violação ao princípio do concurso público estabelecido no inciso II do mesmo artigo. Em resumo, entendemos que a necessidade temporária de contratação é regulada, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, pela Lei nº 8.745/93, e para as sociedades de economia mista e empresas públicas, pela Lei nº 6.019/74.

Ambas decorrem, forçoso é repetir, do comando constitucional que determinou ao legislador ordinário normatizar os casos de contratação temporária para toda a Administração Pública (art. 37, IX, CF).

Cabe registrar, ainda, que a 1ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar a legalidade da contratação de empresa prestadora de mão-de-obra, admitiu a possibilidade da contratação temporária de pessoal, pela Caixa Econômica Federal - empresa pública -, nos termos da Lei nº 6.019/74 (RO nº 417.322/90-RS, Relator Juiz Vladimir Passos de Freitas, DJ de 24.6.92, pp. 18.665).

Admitindo, como admitimos, portanto, que a Lei nº 6.019/74 tem plena aplicabilidade às empresas públicas e sociedades de economia mista, a conclusão lógica que se impõe, no momento, é que também para estas entidades incidirá o item I do sempre citado Enunciado nº 331 do TST. Por conseguinte, a nosso sentir,

estando presentes os requisitos estabelecidos na referida Lei - necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços - lícita será a contratação de empresa interposta, especializada no fornecimento de mão-de-obra, ainda que para execução de serviços permanentes e correspondentes ao plexo de atribuição constante do Plano de Classificação de Cargos e Salários, porventura existente. Enfim, nesta situação entendemos lícita a terceirização.

Outro ponto a merecer debate mais acurado diz respeito à possibilidade de o empregado da prestadora de serviços, na hipótese de descumprimento de obrigação trabalhista, acionar subsidiariamente a Administração Pública. As opiniões doutrinárias divergem. A União, quando interpelada judicialmente, vem alegando que o art. 71 do Estatuto das Licitações e Contratos, que rege os contratos firmados entre a Administração Pública - tomadora dos serviços - e as empresas fornecedoras dos serviços, prevê que o contratado é o único responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato. O § 1º do referido artigo vai mais além, ao exonerar a Administração Pública da responsabilidade - subsidiária ou solidária - pelos encargos retromencionados. Exceção à regra anterior vem estabelecida pelo § 2º do mesmo artigo, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/95, que prevê a responsabilidade solidária da Administração, em relação aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

Entretanto, alguns autores e mesmo juízes, como, v.g., Desirré D. A. Bollmann¹⁴, têm pugnado pela inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, do supracitado normativo legal. Justificam seu posicionamento, defendendo a tese de que o § 6º do art. 37 do Diploma Básico impõe, em todos os casos, a responsabilidade objetiva do Estado. Assim é que, verificado o dano causado a terceiros, por ação do Poder Público, nasce o direito à reparação para os prejudicados, independentemente da prova de culpa do agente público. Arrematam sustentando que, se a Administração Pública elegeu empresa inidônea para prestar serviços e esta, em decorrência de conduta culposa, deixa de cumprir com suas obrigações trabalhistas, a culpa é presumida da Administração (culpa *in eligendo*), tendo em vista o comando constitucional já mencionado.

Data maxima venia, parece correto inferir que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 não padece do vício de inconstitucionalidade. A responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal (art. 37, § 6º) decorre da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito da tese da responsabilidade civil do Estado, que iniciou com a teoria que pugnava pela irresponsabilidade total - *The King can not do wrong* - até o moderno entendimento sobre a responsabilidade civil objetiva. Dessa forma, em relação à responsabilidade do Estado, discute-se em quais situações deverá o

14. BOLLMANN, Desirré D. A. & ÁVILA, Darlene Dorneles de. *Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações: Responsabilidade da Administração Pública Direta e Indireta (inclusive Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista) à luz do Enunciado nº 331 do C. TST* Revista LTR, Vol. 62, nº 2, fev/97, pp.183/187.

Poder Público responder por eventuais danos causados a terceiros por atos ou omissões de seus agentes. Verifica-se da letra constitucional que o § 6º do art. 37 é dirigido à proteção de terceiros que sejam pacientes de atividade faltosa - ou mesmo de ausência de atividade - da Administração Pública, na execução de serviços públicos de interesse geral. É, como define Yussef Said Cahali¹⁵, "*a obrigação legal, que lhe é imposta (ao Estado), de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.*"

Pressuposto fundamental para se falar em responsabilidade civil objetiva é a existência de dano decorrente da execução de serviço público. Não é o caso da hipótese sob comento. Aqui não há falar em serviço público, propriamente dito, a cargo da Administração. Ao contrário, as atividades objeto de terceirização são consideradas como instrumentais, acessórias, possibilitando, tão-só, que o Estado execute os serviços públicos da melhor forma possível, direta ou indiretamente, mediante delegação.

Assim, a responsabilização solidária da Administração pelos encargos previdenciários não decorre da regra insculpida pelo art. 37, § 6º, da Carta Política, mas de aplicação direta do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95.

4. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União, no desempenho de sua missão constitucional de fiscalização e julgamento das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, vem enfrentando o tema em várias oportunidades.

As inúmeras decisões a respeito demonstram nítida tendência conservadora do Tribunal, consubstanciada no posicionamento que admite a terceirização das atividades que estejam contempladas por expressa previsão legal autorizando a execução indireta de serviços. Ademais, exige o Tribunal que os serviços a serem terceirizados não estejam incluídos no plexo de atribuições integrantes do Plano de Cargos e Salários da Administração Pública.

É de ressaltar, ainda, que a Corte de Contas vem admitindo a aplicação do Enunciado nº 331 do TST para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Permite-se, assim, que as atividades da área-meio das empresas estatais possam ser objeto de execução indireta, ainda que não exista expressa previsão legal permitindo a terceirização. Mencione-se, contudo, que o Tribunal ainda não enfrentou a questão da possibilidade de terceirização de serviços, nas situações previstas pela Lei nº 6.019/74.

Entende o TCU que, em regra, a contratação de terceiros para executar serviços compatíveis com as atribuições de cargo ou emprego constante do Plano de Classificação de Cargos e Salários (PCCS) configura fraude ao princípio constitucional do concurso público.

15. CAHALI, Yussef, Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo, 1995, Malheiros, p. 9.

Entretanto, cabe mencionar que, por meio da Decisão nº 885/97, o Plenário da Corte de Contas, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero, contra anterior decisão do Tribunal (Decisão nº 325/96 - Plenário) que determinara à referida Entidade não mais realizar, sem o imprescindível concurso público, contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstas em seu PCCS, adotou posicionamento mais flexível, ainda que tacitamente, admitindo a terceirização de serviços, mesmo que integrantes do plexo de atividades inerentes aos referidos cargos.

Tratou-se, na espécie, da possibilidade de a INFRAERO contratar serviços de operador de PABX, telefonista ou de copeira, ainda que tais funções integrem o PCCS da Empresa. Sustentou o eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, Relator do recurso sob comento, que tais serviços, por serem especializados, estão abrigados pelo item II do Enunciado nº 331 do TST, podendo, por conseguinte, ser objeto de terceirização.

Cite-se que o conteúdo da referida decisão não é inédita no sistema jurídico pátrio. O já citado E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dessa feita em decisão proferida pela 2ª Turma, tendo como Relator o eminente Juiz Fernando Jardim de Camargo, admitiu a terceirização de mão-de-obra, no âmbito da Caixa Econômica Federal, mesmo existindo previsão no PCCS de serviços permanentes correlatos. Restou vencido o eminente Juiz Doria Furquim, que entendeu impossível a terceirização de serviços permanentes.

Importa mencionar, ainda, a recentíssima Decisão nº 111/98, proferida pela 1ª Câmara, em Sessão Ordinária de 14.4.98, relator o eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, por meio da qual a Corte admitiu a aplicação da Lei nº 6.014/79 às empresas públicas, sempre que houver carência temporária de pessoal ou excessivo aumento de demanda de serviços, em caráter excepcional. Tratou-se, na espécie, de Relatório de Auditoria realizada na Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, em que foi determinado à Entidade que observe a Lei nº 6.019/74 e o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em relação ao prazo para a manutenção da mão-de-obra temporária.

Cumprir destacar que o Tribunal de Contas da União não se mostra indiferente às dificuldades com que se defrontam os gestores públicos. Em vista disso, pode-se constatar a tendência inequívoca de flexibilização do posicionamento do TCU, sempre que ficarem evidenciadas situações extremas, em que princípios jurídicos maiores da Administração corram risco de ser sacrificados.

Exemplo da postura elástica do Tribunal diante de situações limites enfrentadas pela Administração será trazida ao debate, apesar de não estar adstrita ao tema da presente palestra. Tratou a Corte de Contas de pagamento de horas-extras a servidores do E. Tribunal Superior Eleitoral, ocupantes de cargos em comissão e de cargos efetivos, excedentes ao limite legal. Apesar de o TCU, por meio da Decisão nº 28/97 - Plenário, ter determinado ao Colendo TSE que observasse os limites legais para o pagamento de serviço extraordinário, deixou de fazer qualquer

determinação no sentido de considerar ilegais as horas-extras prestadas, ou no sentido de que fossem restituído o pagamento efetuado.

Reconheceu o Tribunal, ainda que implicitamente, como bem destacado pelo eminente Ministro Bento José Bugarin, Relator do feito, que a Justiça Eleitoral, devido a suas peculiaridades em determinadas épocas (períodos de eleição), enfrenta sérias dificuldades com o acúmulo de serviços necessários ao bom andamento das eleições. Assim, em nome de um princípio constitucional maior - concretização da democracia, por meio de eleições diretas -, o Tribunal relevou eventual irregularidade na prestação e conseqüente pagamento de horas-extras.

5. Conclusões

1) A terceirização é fenômeno universal, geral e irreversível, pois decorre da globalização do sistema econômico mundial. Em resposta ao incremento da competição empresarial e às necessidades de um mercado consumidor cada vez mais exigente e sofisticado, optaram os agentes econômicos pela horizontalização de seu processo produtivo, ou seja, pela especialização em suas atividades-fim, delegando tarefas, geralmente associadas às atividades-meio, a outras empresas, igualmente especializadas.

2) A terceirização pode assumir a forma de empreitada, que visa à realização de serviços, à construção de obras ou mesmo ao fornecimento de bens. Pode também estar associada ao fornecimento de mão-de-obra, hipótese em que a empresa terceirizada fornece à empresa terceirizante trabalhadores que, em regra, atuarão na sede desta última.

3) Em relação à espécie empreitada, o ajuste assume as formas previstas na legislação civil, comercial e administrativa.

4) No que se refere à espécie fornecimento de mão-de-obra, a terceirização pode ser lícita ou ilícita. Será ilícita quando ensejar fraudes ou prejuízos aos direitos dos trabalhadores ou aos princípios e regras constitucionais e legais que disciplinam o regime jurídico de Direito Público.

5) Particularmente, o fornecimento lícito de mão-de-obra não configura a existência de relação de pessoalidade e de subordinação direta entre o tomador de serviço e o empregado terceirizado, sob pena de reconhecimento do vínculo empregatício entre ambos.

6) Em relação às contratações de mão-de-obra indireta, por meio de interposta pessoa, efetuadas pelo Poder Público, a jurisprudência pátria - administrativa e jurisdicional - tem firmado a convicção de que não podem, em regra, contemplar o plexo de atribuições dos cargos e empregos previstos nos correspondentes planos de cargos e salários. Nessa mesma linha, as decisões judiciais e administrativas não reconhecem a formação de vínculo, estatutário

ou empregatício, entre trabalhador contratado irregularmente e a Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

7) As contratações por prazo determinado para atender necessidades temporárias de excepcional interesse público serão feitas, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, nos moldes previstos pela Lei nº 8.745/93. Em relação às sociedades de economia mista e às empresas públicas, s.m.j., a Lei nº 6.019/74 tem perfeita aplicabilidade.

8) A terceirização, como fenômeno econômico e social, busca ainda sua exata tradução jurídica, nos planos normativo, jurisprudencial e doutrinário. Nesse sentido, é de mencionar as fricções ainda existentes entre a terceirização, na modalidade de fornecimento de mão-de-obra, e a legislação trabalhista e administrativa.

9) No campo legiferante, a tendência de flexibilização da relação de emprego parece indicar ampla possibilidade de acolhimento progressivo de formas mais aprimoradas de terceirização. Essa maleabilidade é norte importante buscado pelo Poder Executivo, como se depreende da constante edição de medidas provisórias sobre o assunto. Mencione-se, por exemplo, a recente Medida Provisória que ampliou a possibilidade de contratação de empregados por prazo determinado. No campo administrativo, a reforma do Estado está na pauta do dia dos Poderes Legislativo e Executivo, englobando a inserção legal de modelos gerenciais mais flexíveis, que, por certo, tendem a legitimar, igualmente, a implementação de diferentes modalidades de terceirização, ampliando-a, inclusive, a determinadas atividades-fim.

10) Percebe-se, no campo jurisprudencial, sem embargo de reconhecer uma predominância expressiva da tutela rígida dos princípios trabalhistas e administrativos, uma evidente evolução no sentido de buscar interpretações extensivas capazes de permitir que o Direito cumpra sua função de regulação social, absorvendo formas de contratação de mão-de-obra menos ortodoxas.

11) O processo de adaptação do ordenamento positivo, da jurisprudência e da doutrina à nova realidade econômica e social está em marcha e deve ser acompanhado pelos Tribunais Judiciários e Administrativos. Deverão, estas Cortes, dialeticamente, zelar pela obediência aos direitos e garantias constitucionais do cidadão e pela legitimidade da ação governamental, de forma a, por um lado, permitir a imprescindível atualização do Direito e, pelo outro, rejeitar alterações e rupturas que signifiquem simplesmente modismos derivados de inovações inconseqüentes.

6. Bibliografia pesquisada

BILHALVA, Wilson Antônio Rodrigues. *Terceirização*, Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, nº 96, jun/97, pp. 21/28.

- BOLLMANN, Desirré D. A. & ÁVILA, Darlene Dorneles. *Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei de licitações: responsabilidade da administração pública direta e indireta (inclusive empresa pública e sociedade de economia mista) à luz do enunciado n. 331 do C. TST*, Revista LTr, nº 2, Vol. 61, fevereiro/97, pp. 183/187.
- CAHALI, Yussef, Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo, 1995, Malheiros.
- CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Eduardo Bittencourt. *A legalidade dos contratos entre órgãos da administração pública direta e indireta e empresas privadas para locação de mão-de-obra para terceirização e/ou serviços assemelhados*, Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ago-nov/95, pp. 55/68.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Terceirização dos serviços públicos*, Boletim de Direito Administrativo, janeiro/96, pp. 16/19.
- _____, *O sistema de parceria entre os setores público e privado - Execução de serviços através de concessão, permissão e terceirização - Aplicação adequada destes institutos*, Boletim de Direito Administrativo, setembro/97, pp. 586/590.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *A terceirização na administração pública*, Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, nº 4, Vol. 13, out-dez/94, pp. 107/119.
- FERNANDES, Flávio Sátiro. *Admissões irregulares de servidores públicos e suas conseqüências jurídicas*, Palestra proferida no Ciclo de Debates da Justiça Trabalhista, outubro/97.
- FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *A terceirização no serviço público*, Informativo de Licitações e Contratos, Ano II, nº 26, abr/96, pp. 251/259.
- FREITAS, Juarez. *O sistema de parceria entre os setores público e privado - Execução de serviços através de concessão, permissão e terceirização - Aplicação adequada destes institutos*, Boletim de Direito Administrativo, maio/97, pp. 327/330.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Terceirização na administração pública*, Repertório IOB Jurisprudência, nº 6, 2ª quinzena de março/95, pp. 113/115.
- KALUME, Pedro de Alcântara. *Terceirização*, Revista LTr, nº 3, Vol. 58, março/94, pp. 284/288.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Terceirização lícita e ilícita*, Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário, Caderno 2, São Paulo, nº 8, abr/97, pp. 155/158.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Regime jurídico único dos servidores públicos na constituição de 1988*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1991.

- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Da terceirização e da flexibilização como estágios para a globalização*, ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, Brasília, 10/97, vol. 17, pp. 27/44.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- PIMENTA, Carlos César. *Novos modelos de gestão descentralizada e de parcerias para as administrações estaduais*, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 3/95, vol. 29, jul-set/95, pp.171/187.
- SANTOS, Alvacir Correa dos. *Contratação Temporária na Administração Pública*, Curitiba, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 4ª ed., São Paulo, Cortez, 1997.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Terceirização de Serviços de Auditoria na Administração Pública*, Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, Caderno 1, São Paulo, nº 13, jul/97, pp. 309/310.