

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA (FACER)

TUANY PRISCILLA DE PAIVA BAÍA

**REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMISSÃO DE CANDIDATOS
APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS REALIZADOS POR EMPRESAS
PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS**

**RUBIATABA/ GO
2016**

TUANY PRISCILLA DE PAIVA BAÍA

**REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMISSÃO DE CANDIDATOS
APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS REALIZADOS POR EMPRESAS
PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS**

Monografia apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba sob a orientação da Professora especialista Marilda Leal como requisito parcial para aprovação no curso e integralização do currículo.

RUBIATABA/GO

2016

TUANY PRISCILLA DE PAIVA BAÍA

**REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMISSÃO DE CANDIDATOS
APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS REALIZADOS POR EMPRESAS
PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS**

Monografia Jurídica apresentada no Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba sob a orientação da Professora Especialista Marilda Ferreira Machado Leal como requisito parcial para aprovação no curso e integralização do currículo.

Data da aprovação: 30/06/2016

Orientador:

Prof. Esp. Marilda Ferreira Machado Leal
Professor da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

1º Examinador (a):

Prof. Esp. Marise de Melo Lemes
Professor da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

2º Examinador (a)

Prof. Me. Vilmar Martins Moura Guarany
Professor da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba

**RUBIATABA/GO
2016**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus; aos meus pais Edmilson e Lúcia; ao meu esposo Alisson; a meu irmão Mário e ao meu primeiro filho Miguel, que está prestes a nascer. Na minha vida tudo o que faço é por vocês.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus que foi quem me concedeu a oportunidade de realizar o sonho de cursar Direito, e que esteve comigo todos os dias nas viagens, nas aulas, nas provas, trabalhos, em tudo;

Agradeço aos meus queridos pais Edmilson e Lúcia pelo amor, carinho, por sempre acreditarem em mim e por sonhar comigo os meus sonhos e me apoiarem nos momentos mais difíceis que vivi;

Ao meu amado esposo Alisson pela confiança, força e amor que sempre me transmitiu ao estar do meu lado em todos os momentos;

Ao meu querido irmão Mário, por sempre me incentivar a seguir em frente e não desistir. Aos meus tios João Milton e Maria Helena, e a toda minha família pela compreensão;

Enfim, a minha orientadora, Professora Marilda Leal, pelo grande apoio e contribuição para a formação deste trabalho e aos demais estimados professores, que sempre estiveram na difícil tarefa de transmitir conhecimento a todos nós, em nome da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – Goiás pela importância na minha formação;

A todos os meus sinceros agradecimentos, obrigada.

“O amor de Jesus faz superar todas as dificuldades.”

Santa Teresinha

RESUMO

O tema proposto da monografia em questão tem como objetivo principal analisar os aspectos jurídicos da terceirização de atividades-fim da Administração Pública. A finalidade precípua do tema volta-se para a demonstração da forma pela qual a contratação de trabalhadores terceirizados acarreta prejuízos diretos aos candidatos aprovados em concurso público, e o que faz convolar a mera expectativa de direito destes candidatos aprovados e classificados no cadastro reserva em autêntico direito subjetivo. A princípio será feita uma análise da evolução histórica do fenômeno da terceirização. Para em seguida demonstrar quais as atividades da Administração Pública podem ser terceirizadas. Em um segundo momento realizar-se-á a identificação das implicações legais do uso irregular deste instituto. E por fim, definir-se-á a responsabilidade da Administração Pública perante os candidatos aprovados em concurso público. Ademais, será apresentada a posição do Direito Brasileiro frente a essa realidade, identificando na doutrina e na jurisprudência brasileira os entendimentos majoritários sobre a matéria.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Concurso público. Cadastro de reserva. Expectativa de direito. Direito subjetivo à nomeação.

ABSTRACT

The proposed theme of the monograph in question has as main objective to analyze the legal aspects of outsourcing core activities of the public administration. The theme of the main purpose back to the demonstration of the way the hiring outsourced workers entails direct losses to successful candidates in an open competition, and what makes convolar the mere expectation of a right of these candidates and classified in the registration book in authentic subjective right. At first there will be an analysis of the historical evolution of the outsourcing phenomenon. To then demonstrate that the activities of the public administration can be outsourced. In a second phase will be held to identify the legal implications of irregular use of this institute. Finally, you set yourself up to liability of Public Administration before the successful candidates in an open competition. Moreover, the position of the Brazilian law against this reality will be presented, identifying in doctrine and Brazilian jurisprudence majoritarian understanding on the matter.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Public tender. Booking registration. Expectation of law. Subjective right to appointment.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AI – Agravo de Instrumento

AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

ARE - Agravo em Recurso Extraordinário

CEF – Caixa Econômica Federal

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

Min. – Ministro (a)

RE – Recurso de Extraordinário

RR – Recurso de Revista

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO.....	14
2.1	Noções conceituais e histórica sobre o instituto da terceirização: conceito, evolução histórica, leis, jurisprudência e súmulas.....	14
3	ACESSO A EMPREGO PÚBLICO EM EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS.....	24
3.1	Diferenças entre cargo e emprego públicos.....	24
3.2	Empresas pública, sociedades de economia mista e subsidiárias: conceito.....	27
3.3	Empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias: disposições constitucionais (artigos 37 e 173 CF/88)	31
4	REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMISSÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS REALIZADOS POR EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS.....	36
4.1	Acesso a empregos públicos: vagas diretas e cadastro de reserva.....	36
4.2	Aprovação em concurso público e não admissão do candidato aprovado.....	38
4.3	Expectativa de direito e direito subjetivo à nomeação: acesso ao Poder Judiciário para requerer a vaga.....	45
4.4	Competência da Justiça do Trabalho para o conhecimento, processamento e julgamento de demandas relativas à fase pré-contratual.....	45
4.5	Aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.....	47
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A partir da década de 1980, a Administração Pública Brasileira iniciou um processo de aprimoramento, visando reduzir o aparelho administrativo, tornando-se menos burocrática e mais eficiente. Surge o instituto da privatização, em sentido amplo, o qual compreendia entre outros a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público, a delegação de serviços públicos aos particulares e a terceirização, na qual se buscava a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração Pública.

Nesse sentido, se bem executada, a terceirização agregaria benefícios aos órgãos da Administração Pública. Porém, o uso dessa ferramenta no decorrer dos anos demonstrou a existência de vários desvios de finalidade. As empresas e notadamente a Administração Pública vêm se utilizando da terceirização com o propósito de burlar as leis e obrigações trabalhistas.

A Súmula 331 do TST elenca algumas situações em que se admite a terceirização, quais seja, trabalho temporário, atividades de vigilância e atividades de conservação e limpeza.

A referida súmula dispõe sobre a licitude da terceirização de atividades meio, ou seja, aquelas atividades que se enquadram como acessórias à atividade principal da empresa e seus ocupantes (empregados terceirizados) não apresentam a pessoalidade e a subordinação direta com a empresa tomadora dos serviços. Contudo, o que se vê cotidianamente é a violação dessas disposições, ou seja, a terceirização de atividades-fim e a precarização das relações de emprego.

Tendo em vista a relevância da terceirização no âmbito da Administração Pública, especialmente da Indireta, a proposta desse trabalho é discorrer sobre a terceirização de atividades da Administração Pública, a posição dos Tribunais Superiores, mormente do Colendo Tribunal Superior do Trabalho – TST, e demonstrar como a terceirização reflete negativamente na admissão de candidatos aprovados em concurso público ao ferir direito líquido e certo destes.

São muitos os fatores que justificam a pesquisa desejada, como a burla ao disposto na Constituição Federal, no seu art. 37, inciso II, que disciplina a obrigatoriedade de concurso público para o preenchimento do quadro funcional estatal, quer na administração direta quer na indireta; o aumento da contratação de pessoal de forma precária pelos entes públicos, sobrepondo-se, inclusive, à

nomeação de candidatos aprovados em concurso; e a falsa ideia de aumento da eficiência da máquina pública e satisfação do interesse público, usando como prerrogativa o estabelecido no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200/67, dentre outros reflexos negativos.

O presente trabalho abordará a contratação de terceirizados e temporários em detrimento de candidatos legitimamente aprovados em concurso público. Na mesma linha, a possibilidade de provocação do Judiciário mediante o ajuizamento de reclamatória trabalhista para buscar a correção de tais desvios, nos casos em que o candidato aprovado em concurso público realizado por empresas públicas, sociedades de economia mista e/ou seu subsidiário e preterido seria contratado segundo as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ademais, quanto a metodologia, para o desenvolvimento deste projeto adotou-se a pesquisa exploratória, mediante a utilização de material bibliográfico, que, segundo Gil (2007, p. 44), “é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, os quais se baseiam na leitura de doutrinas e artigos jurídicos, materiais retirados de internet, revistas, jornais e leis, tudo relacionado com o tema em questão”.

Quanto ao raciocínio, a pesquisa abordará o tema por meio do método dedutivo, demonstrando de que modo a terceirização vem sendo usada para burlar os princípios fundamentais do Direito Administrativo, do Trabalho e Constitucional. Por meio da análise de jurisprudência trabalhista da Corte Superior do Trabalho, demonstrar-se-á que a prática constante na Administração Pública deve ser rigorosa e sistematicamente fiscalizada.

No primeiro capítulo será exposta a evolução histórica do instituto da terceirização. De início, será apresentado um estudo sobre o surgimento da terceirização, os objetivos, o fundamento e justificação. Será apresentado também o conceito, dando enfoque ao contraponto do modelo clássico do vínculo bilateral bem como a evolução legislativa e jurisprudencial acerca ao tema.

No segundo capítulo, será analisado como se dá o acesso a empregos públicos na Administração Pública Indireta. Será feita uma exposição das diferenças entre cargo e empregos públicos, noções conceituais de empresa pública, sociedade de economias mistas e subsidiárias; e abordar-se-á as disposições consagradas nos artigos 37 e 173 da CF/88.

No terceiro e último capítulo serão apresentados os reflexos da terceirização na admissão de candidatos aprovados em concursos públicos realizados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Será abordada a diferença entre vagas diretas e o cadastro de reserva; investigar-se-á a aprovação e não admissão do candidato aprovado e a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as demandas relativas à fase pré-contratual, por fim será exposta a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e mencionados dispositivos legais, jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores e comentários da doutrina acerca do tema.

2 REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO

2.1. Noções conceituais e histórica sobre o instituto da terceirização: conceito, evolução histórica, leis, jurisprudência e súmulas

Após o conflito mundial, os países vencedores apresentaram grandes conquistas no plano econômico. Surgiu, então, naquele momento, o modelo de produção chamado taylorismo, o qual propunha segundo Delgado (2005, p. 56) “a minuciosa separação de tarefas e sua conseqüente rotinização no processo laborativo interno à empresa, reduzindo a necessidade de sofisticada especialização do trabalho, transformando-o em uma seqüência de atos basicamente simples”.

O fordismo, ao implementar as proposições tayloristas, também produziu de acordo com Delgado (2005, p. 46) “inovações no estratagema de gestão da força de trabalho e do próprio empreendimento empresarial, dando origem a um modelo de grande influência nas décadas seguintes no ocidente desenvolvido”.

Nos anos de 1970, houve uma crise estrutural do capitalismo que instaurou uma fase de retrocesso e de limitação de direitos, cujos impactos afetaram estruturas e componentes do sistema capitalista de produção.

Na Europa Ocidental, essa crise da década de 70 provocou um abalo nas relações de trabalho e de emprego. Surge, então, um novo modelo de produção chamado de toyotismo, que visava, dentre outras coisas, elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor. (CRUZ, 2009, p. 321)

O modelo toyotista, em suma, propunha a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas as tarefas instrumentais ao produto final. Assim, a empresa concentraria em si apenas as atividades essenciais ao seu objetivo principal, e repassaria às subcontratadas o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto almejado.

Nesse sentido, surgiram diversas empresas de menor porte com o objetivo de prestar serviços considerados de importância periférica, não pertencentes ao objeto principal da empresa beneficiária.

Assim, o processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas e pelos conglomerados empresariais fez surgir empresas de pequeno e médio portes dispostas a subsidiá-las, mediante a produção de atividades-meio, possibilitando a complementação do ciclo do processo produtivo.

Desse modo, percebe-se que a terceirização trabalhista teve origem durante a Segunda Guerra Mundial e foi implementada a partir do modelo toyotista, que, por sua vez, utilizou-se dos fundamentos dos modelos taylorista e fordista.

A *priori*, cumpre observar que a terceirização trabalhista “recebe outras denominações, tais como focalização, horizontalização, *outsourcing*, externalização de atividades, parceria, contrato de fornecimento, subcontratação, entre outras” (CASTRO, 2000, p. 78). O termo terceirização é uma expressão que demonstra a real intenção da empresa principal em repassar a terceiros a posição de empregador na relação empregatícia e consequentemente de responsável pelos encargos e obrigações trabalhistas dos seus empregados.

A expressão terceirização advém do fato de que normalmente a empresa contrata empregados, e o Estado admite servidores públicos, mas ao invés da contratação direta de trabalhadores, ambos preferem contratar uma terceira pessoa (a empresa prestadora de serviços) a fim de que esta preste os serviços demandados pela empresa (tomadora) ou pela administração pública. Coloca-se um terceiro entre o tomador dos serviços e quem ordinariamente seria por ele contratado. (SILVA, 2013, p. 80).

Assim, o termo terceirização estabeleceu-se definitivamente no processo econômico, a ponto de indicar a existência de um terceiro que reúne competência, especialidade e qualidade, na condição de parceiro, para prestar serviços ou produzir bens para a empresa principal/contratante. A terceirização trabalhista, então:

Consiste no 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 preservam fixados com uma atividade interveniente” (DELGADO, 2012, p. 430).

Também é possível compreendê-la como uma relação jurídica que envolve três partes interessadas. A primeira, que contrata os serviços de uma empresa especializada em determinado serviço, de modo a concentrar os seus recursos econômicos e humanos em sua atividade principal, ou seja, a empresa tomadora. A segunda, por sua vez, a empresa especializada nos serviços contratados é chamada

de prestadora. Finalmente, a terceira, o empregado contratado pela empresa prestadora, que desempenha suas funções beneficiando diretamente a empresa tomadora. (LEITE, 2015, p. 02)

Portanto, a flexibilização da relação de emprego que decorre do processo de terceirização se relaciona diretamente à possibilidade de contratar terceiros para realizar atividades que não constituem o objeto finalístico da empresa tomadora. Vale dizer, a empresa tomadora e beneficiária deverá delegar necessariamente à empresa prestadora a execução de atividades secundárias, assim compreendidas aquelas que não se situam no campo das atividades-fim.

Assim, a terceirização, nas relações de trabalho consiste na contratação de serviços por uma empresa a uma pessoa física ou jurídica que os prestará por meio de seus empregados, de quem receberão as ordens e o pagamento dos salários. A finalidade da terceirização consiste em permitir que se possa captar o trabalho das atividades-meio por um intermediário, para que a empresa tomadora possa aperfeiçoar a sua qualidade e competitividade e concentrar-se exclusivamente na sua atividade-fim.

Nos dias atuais é incomum uma empresa administrar todo o processo produtivo sem contar com o auxílio de outras empresas, dedicadas à produção de serviços que vão agregar o produto final.

No Brasil, a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio. As empresas que têm por atividade limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização de serviços no Brasil, pois existem desde, aproximadamente, 1967. (ALENCAR, 2011, p. 05)

Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho — administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e Lei n. 5.645/70. (DELGADO, 2012, p.436)

Notável, desde tempos remotos, a preocupação com um modelo de gestão empresarial que permitisse a especialização das atividades da empresa, com o objetivo de aumentar sua eficiência, ao possibilitar a concentração de esforços na sua atividade-fim e, ao mesmo tempo, garantir a lucratividade das suas operações.

Na verdade, a terceirização é um fenômeno que se estabeleceu nos meios empresariais de forma abrangente e que vem se solidificando cada vez mais. Tal feito interfere na clássica e pragmática relação de emprego, pois transfere a execução de certas atividades para outras empresas, visando ao incremento da competitividade pelo aumento da produtividade, que poderá possibilitar a redução de custos e o aumento de qualidade. (ALENCAR, 2011, p. 04)

Para o direito do trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista 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 trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2012, p. 435).

A terceirização possibilita, dessa forma, maior agilidade, flexibilidade e transformação do sistema produtivo, permitindo a desverticalização das empresas, já que colabora para a especialização das atividades. (DELGADO, 2003, p.430)

Cada vez mais, a terceirização vem ganhando espaço na busca pela racionalização da produção, com o escopo de proteger uma realidade social, e com objetivo de propiciar uma convivência pacífica, em um mundo globalizado, entre os contratos de terceirização e o contrato de trabalho, dando possibilidades ao empresário de racionalizar a sua linha de produção, ao mesmo tempo em que possa garantir oferta de trabalho. (MEIRELES, 2016, p. 02)

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações.

Percebe-se, assim, que a terceirização é uma realidade que se faz presente nos dias atuais. Nas empresas, é tratada como uma prática cotidiana, cujos objetivos são aumentar a produtividade e reduzir os custos com pessoal e encargos sociais, em curtos intervalos de tempo.

Num primeiro momento, a terceirização apresenta-se como uma prática extremamente vantajosa, pois um dos seus aspectos mais atraentes vem da possibilidade de transformar custos fixos em variáveis, eliminando-se boa parte das operações não essenciais e liberando o capital para a aplicação na melhoria do

processo produtivo, em novas tecnologias e em novos produtos. Soma-se a isso a ideia do aumento de qualidade das tarefas realizadas, em razão da especialização das empresas prestadoras dos serviços.

Desse modo, a terceirização nos dias atuais proporciona maior competitividade no universo empresarial, uma vez que o incremento da produtividade e da qualidade na produção levam a um mercado mais competitivo, barateando custos e preços dos produtos, favorecendo os consumidores de modo geral.

Além disso, a terceirização contribui para a minimização dos índices de desemprego, pois cria postos de trabalho e possibilita o desenvolvimento socioeconômico dos países que sediam as grandes empresas que a implementam.

Como decorrência disso, cresce o número de empresas dentro da economia nacional, e, conseqüentemente, ampliam-se o postos de trabalho. Os reflexos sociais e econômicos dessa alavancagem são claros, já que um dos objetivos do Direito do Trabalho é justamente o de assegurar o pleno emprego e garantir a empregabilidade a todos.

Na mão contrária dos argumentos alhures apresentados sobre as vantagens da terceirização, posicionam-se aqueles que compreendem o processo de terceirização como uma verdadeira precarização das relações laborais.

Em primeiro plano, alegam os defensores dessa corrente que a terceirização não é capaz de proporcionar rendimentos satisfatórios sem ampliar o desemprego, já que reduz, simultaneamente, o mercado consumidor, gerando uma queda nas vendas e, conseqüentemente, nos lucros.

Prosseguem afirmando que a terceirização busca apenas ganhos de produtividade e acaba com o emprego, pois desnatura a relação tradicional de trabalho entre empregador e empregado, criando postos de trabalho, mas sem vínculo estável. Além disso:

O mecanismo terceirizante também estimula processos de alta rotatividade da mão-de-obra, sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho. (DELGADO, 2012, p. 171)

No que tange à redução dos custos, sustentam os contrários à terceirização que a delegação das atividades periféricas às empresas prestadoras de serviço, de fato, não representa diminuição de gastos. A empresa tomadora praticamente mantém os gastos com contratação, treinamento, encargos trabalhistas, entre outros,

porquanto no momento da celebração do contrato com a prestadora de serviços, todos os valores investidos são repassados a ela, não caracterizando assim qualquer minimização de custos.

Por fim, concluem afirmando que, inobstante a terceirização sobreviva sob os argumentos de desenvolvimento econômico e competitividade no mercado, ela consiste, efetivamente, numa precarização das relações laborais, em que o empregado tem seus direitos fragmentados.

A legislação sobre a terceirização em âmbito privado surgiu no Brasil, ainda muito timidamente, na década de 1960, tratando, em sua maioria, da possibilidade de contratação para a prestação de serviços em relação à segurança bancária.

Porém, nessa mesma década, foi promulgado o Decreto-lei n. 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal brasileira. O § 7º do artigo 10 do aludido Decreto deixa evidente que “o próprio Estado adotou o sistema terceirizado, enfatizando a prática da descentralização administrativa no tocante à operacionalização de tarefas meramente executivas” (DELGADO, 2012, p. 128).

Mais adiante, a Lei n. 5.645/70, objetivando definir quais as atividades poderiam ser transferidas para empresas prestadoras, cuidou de estabelecer que as atividades relacionadas ao transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhados atendiam ao disposto do artigo 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200/67.

Percebe-se, dessa forma, que o rol exemplificativo trazido pelo diploma legal supracitado compreende somente atividades que não correspondem às atividades principais da máquina administrativa do Estado.

No âmbito da economia privada, em 1974, foi editada a Lei n. 6.019, que disciplina até os dias atuais o trabalho temporário. Nove anos após, promulgou-se a Lei n. 7.102/83, que trata dos serviços de vigilância bancária.

O trabalho temporário consiste naquele “prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º da Lei n. 6.019/74).

A Lei n. 7.012/83, a seu turno, regula a segurança para estabelecimentos financeiros, instituindo normas para constituição e funcionamento das empresas

particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. A referida lei possibilita, ainda, a terceirização permanente dos serviços de vigilância.

A terceirização, antes restrita a serviços de vigilância patrimonial e transporte de valores, com as modificações introduzidas pela Lei 8.863/94, criou-se a possibilidade de prestação de serviços de segurança privada a pessoas, estabelecimentos comerciais, industriais, entidades sem fins lucrativos, além de residências e empresas públicas.

Restou evidente a existência de diversas modificações legislativas que possuíam em comum a intenção de implementar a terceirização no Brasil. Nesse ponto, a jurisprudência de nossos Tribunais interferiu na questão, de modo a sistematizar e projetar as repercussões do processo de terceirização pátrio.

O Enunciado n. 256 da Súmula do Colendo Tribunal Superior do Trabalho – TST, no ano de 1986, considerava ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta que não se enquadrasse nos casos previstos nas Leis n. 6.019/74 e 7.012/83, ou seja, atividades ligadas ao trabalho temporário e vigilância bancária.

Percebe-se que as outras formas de contratação de mão-de-obra seriam consideradas ilegais, além de estabelecer vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

O referido enunciado jurisprudencial, considerado de aplicação restrita, foi revisto e deu origem ao Enunciado n. 331 da Súmula do TST, aprovada no ano de 1993, cuja redação atual é a seguinte:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. 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). 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

O item I da Súmula veda expressamente a intermediação de mão-de-obra, sob qualquer circunstância. Porém, cria a possibilidade de contratação de trabalhadores por empresa interposta no caso de trabalho temporário. A desobediência a essa regra decreta a formação direta de vínculo empregatício com o tomador de serviços.

O item III, por sua vez, autoriza a prática da terceirização de serviços especializados, ou seja, aqueles que não sejam objeto da atividade finalística da empresa tomadora.

Alguns doutrinadores defendem a fusão dos itens I e III do supracitado enunciado jurisprudencial. No entanto, a maioria da doutrina se posiciona contrariamente a essa sugestão, sob o argumento de que o inciso I fala de intermediação de mão-de-obra, enquanto que o inciso III trata de terceirização de serviços.

No item III, vê-se que não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, terceirização regulamentada pela Lei nº 7.102/83, e de conservação e limpeza, além de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Entretanto, o final do item III salienta que o vínculo dar-se-á na atividade-meio se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Destarte, reafirmou o TST a impossibilidade de intermediação de mão-de-obra, dando vazão ao princípio da primazia da realidade, onde a situação de fato prevalece sobre a ficção jurídica.

O item II traz um reforço ao entendimento da previsão constitucional de acesso aos cargos, empregos e funções públicas somente através dos concursos públicos de provas ou provas e títulos (art. 37, II, Constituição Federal de 1988), atendendo-se, dessa forma, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência, consoante disposto no *caput* do artigo 37 da CF/88.

Portanto, o inciso II traz uma exceção à regra anterior do mesmo enunciado que prevê a geração de vínculo automático com o tomador de serviços em caso de intermediação irregular de mão-de-obra, porquanto esta situação em órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional não pode ocasionar o vínculo empregatício, sob pena de se burlar a regra democrática insculpida no art. 37 da CF/88, segundo a qual a entrada no serviço público deve ser realizada somente por concurso público.

Finalmente, o item IV da Súmula 331 do TST determina que haverá responsabilidade subsidiária entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim incluídos os entes da Administração Pública nas esferas municipal, estadual e federal.

Nesses casos, parte da doutrina tem sugerido a aplicação analógica das disposições do Código Civil relativas à responsabilidade solidária, considerado que os atos ilícitos são praticados por ambas, devendo ter como contrapartida a responsabilização.

A jurisprudência, a partir da Súmula 331 do TST, estabeleceu aquelas hipóteses nas quais a terceirização será permitida. Dito isso, pode-se apresentar, de forma sintética, a terceirização lícita composta por quatro grandes grupos definidos nos itens I e III da aludida súmula: a) trabalho temporário; b) serviços de vigilância; c) serviços de conservação e limpeza; e d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Assim, pode-se afirmar que a Súmula 331 do TST definiu as situações em que a terceirização é transitória, *in casu*, o trabalho temporário previsto na Lei n. 6.019/74, bem como situações nas quais o processo de terceirização é permanente, como observado em relação aos serviços de vigilância patrimonial, limpeza e conservação e aqueles especializados relacionados às atividades-meio do tomador. As atividades-meio são, por assim dizer:

Funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição do contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (DELGADO, 2012, p. 442-443)

Cumpra, sobretudo, asseverar que a necessidade de ausência da subordinação e da pessoalidade em relação à empresa tomadora para a caracterização da terceirização lícita, de forma permanente. Por outro lado, no caso do trabalho temporário de que trata a Lei n. 6.019/74, a própria Súmula 331 traz exceção que confere ao empregado exercer suas atividades com pessoalidade e subordinação em relação à empresa beneficiária.

Nesses termos, vale lembrar que a prestadora poderá substituir seu empregado sempre que lhe convier, estando obrigada, por força do contrato que celebrou com a tomadora, apenas a manter em execução os serviços contratados.

Quanto ao tomador de serviços, não poderá estabelecer ordens técnicas ou regulamentares diretas ao trabalhador contratado pela prestadora de serviços. Também não poderá aplicar-lhe punições disciplinares, pois se assim agir, estará transferindo o vínculo de emprego da prestadora para si, cristalizando-se a figura do empregado.

Dessa feita, a partir do estudo das hipóteses de terceirização lícita, torna-se menos complexa análise da configuração da terceirização rechaçada pela jurisprudência, porquanto serão irregulares as formas de contratação que não se enquadrem nos limites impostos definidos na jurisprudência através da Súmula 331 do Colendo TST.

Assim, impende destacar que havendo a presença dos elementos fáticos e jurídicos da relação de emprego, assim entendidos, pessoalidade e subordinação direta, na relação entre a empresa interposta e o prestador de serviços, estaremos diante de uma hipótese de terceirização irregular.

Caso o trabalhador esteja executando uma tarefa relativa a alguma atividade-fim da empresa tomadora, restará caracterizada mais uma situação de terceirização irregular.

Sendo assim, quando ocorrer a intermediação de mão-de-obra, vale dizer, a contratação através de empresa interposta, haverá, como consequência, a desconstituição da relação de emprego com a empresa prestadora e caracterização de vínculo empregatício com o tomador de serviços.

Além disso, reconhecido o vínculo empregatício, devem ser aplicadas retroativamente todas as normas relativas à categoria profissional de trabalhadores, de modo que se corrijam as parcelas que forem devidas ao obreiro.

3 ACESSO A EMPREGO PÚBLICO EM EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS

No que diz respeito ao preenchimento de cargo ou emprego público das entidades da Administração Pública direta, indireta e fundacional, a Constituição Federal elevou a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos à condição de requisito indispensável para a investidura em cargo/emprego público. Nesse sentido, Bandeira de Mello afirma que:

A Constituição estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I), mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada a nomeação para cargos de provimento em comissão, assim declarados em lei, nos quais são livres a nomeação e a exoneração (art. 37, II). (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 285)

O provimento ou preenchimento de cargo ou emprego público é o ato de designação de alguém para sua titularidade. Nesse sentido, temos a nomeação como forma de provimento originário, conforme ensinamentos de Bandeira de Mello:

O provimento autônomo ou originário é aquele em que alguém é preposto no cargo independentemente do fato de ter, não ter, haver ou não tido algum vínculo com cargo público. Vale dizer, o provimento não guarda qualquer relação com a anterior situação do provido. Por isto se diz autônomo ou, então, originário. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 314)

Para que haja concretização do vínculo entre a Administração Pública e o nomeado é necessário que este tome posse, que é a manifestação de aceitação do cargo/emprego, e complementarmente ocorrerá a chamada investidura. Nesse sentido, leciona Moreira Neto:

A expressão investidura, empregada no texto constitucional, parece guardar sinonímia com provimento; não obstante, é possível distingui-las, reservando-se o termo provimento para designar o processo administrativo pelo qual alguém ingressa na função pública, e a expressão investidura, para o momento ou fase do procedimento do qual a lei faz depender o exercício regular das funções em que se deu o provimento. (MOREIRA NETO, 2014, p. 417)

3.1 Diferença entre cargo e emprego públicos

A organização do serviço público brasileiro encontra-se regulamentado na Constituição Federal, que traz, dentre outras regras, a exigência de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos na Administração Pública. Introdutoriamente, trazemos ensinamentos de Meirelles:

A organização legal do serviço público é exigida pela Constituição ao permitir a acessibilidade dos cargos públicos a todos os brasileiros "que preenchem os requisitos estabelecidos em lei" (art. 37, I). A parte final do dispositivo refere-se expressamente à lei. Isto significa que todo cargo público só pode ser criado e modificado por norma legal aprovada pelo Legislativo. Todavia, o Executivo pode, por ato próprio, extinguir cargos públicos, na forma da lei (CF, art. 84, XXV), competindo-lhe ainda provê-los e regulamentar seu exercício, bem como praticar todos os atos relativos aos servidores (nomeação, demissão, remoção, promoção, punição, lotação, concessão de férias, licença, aposentadoria etc.). (MEIRELLES, 1998, p.349)

Partindo-se do princípio de que o acesso a cargos e empregos públicos na Administração Pública se dá mediante concurso público, à exceção dos cargos de livre nomeação e exoneração, temos então que os admitidos no serviço público se subdividem em duas classes: servidor público e empregado público. Sobre o conceito de servidor público, Bandeira de Mello explica que:

Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantem vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 253-254)

Na mesma linha de raciocínio de Bandeira de Mello, Moreira Neto leciona que:

São servidores públicos, no sentido amplo, todos os indivíduos que estão em serviço civil remunerado das pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Territórios (quando existentes) e das respectivas autarquias, incluídas as fundações públicas com natureza autárquica. (MOREIRA NETO, 2014, p. 405)

Importante salientar que existe grande diferença, não só de denominação, quando fala-se em cargo e emprego no âmbito da Administração Pública. Para cada realidade é importante distingui-las. Sobre o conceito de cargo, Moreira Neto (2014,

p.411) afirma que “a ideia de cargo se conota ao lugar que deverá ser ocupado pelo servidor na organização da Administração Pública. Esses cargos públicos são criados por lei, com denominação, funções e remuneração próprias.”: Já Meirelles (1998, p.348) ensina que:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

Sobre o conceito de empregado público, Moreira Neto (2014, p. 406) explica que “os empregados públicos da administração direta e indireta são servidores contratados sob o regime trabalhista comum [...]”. Nessa conjuntura, quanto à natureza jurídica do vínculo entre os titulares de cargos e o Poder Público:

A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, - ao contrário do que se passa com os empregados não é de índole contratual, mas estatutária, institucional. Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.261)

Di Pietro, sobre essa distinção e no mesmo sentido de Meirelles e Moreira Neto, nos ensina que:

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90) . (DI PIETRO, 2014, p. 604)

Podemos dizer então que, quando utilizada a terminologia “emprego público”, a doutrina faz referência ao desempenho de atividades funcionais que decorrem de contrato de trabalho, que é vínculo obrigacional submetido à Consolidação das Leis do Trabalho.

Já o regime jurídico que a CF/88 impõe por força do *caput* do art. 39, aos entes da Federação, suas autarquias e fundações públicas, é obrigatoriamente o estatutário. Em suma, a terminologia emprego público será aplicada para indicar o

exercício funcional existente nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista.

3.2 Empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias

Compõem a Administração Pública Indireta, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e os consórcios públicos.

Entidades de destaque no estudo em questão, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são instrumentos de atuação do Estado e fazem parte da Administração Pública Indireta ou Descentralizada, isto é, são entidades auxiliares que contribuem de maneira fundamental na busca pela satisfação do interesse público.

Para Di Pietro (2014, p.493), “quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, há de se entender que todas elas foram incluídas no conceito constitucional de 'Administração Pública Indireta', sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de atividade econômica de natureza privada [...]”.

Para Aragão (2013, p. 239) “o conceito de Administração Indireta é intimamente ligado ao de descentralização, já que todas as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta são manifestação da descentralização administrativa.”

Nesse contexto, Di Pietro (2014, p. 481) ensina que “descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”. Dessa forma, sob o ponto de vista administrativo:

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, e em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais. (DI PIETRO, 2014, p. 482)

Portanto, considerando-se que a descentralização administrativa ocorre a partir do momento em que os entes administrativos, de forma descentralizada, exercem suas atribuições a partir do poder central, Aragão acrescenta:

[...] a descentralização não trata de mera criação de órgãos dentro da mesma pessoa jurídica. A atividade administrativa descentralizada é exercida por pessoa jurídica diversa do ente político central – União, estados, Distrito Federal ou municípios –, que seria originariamente competente para exercê-la. O ente central, ao qual a CF atribuiu a competência, vale-se de uma entidade distinta, dotada de personalidade jurídica própria, para exercê-la. (ARAGÃO, 2013, p. 238-239)

Importante apontar quanto ao regime jurídico, que as empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado que atuam na exploração de atividade econômica em pé de igualdade com as suas concorrentes, como prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 173. Sobre o tema, pondera Di Pietro:

Por outras palavras, a Administração Pública, ao instituir, com autorização em lei, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado, está socorrendo-se de meios de atuação próprios do direito privado; foi precisamente o regime jurídico de direito privado que levou o Poder Público a adotar esse tipo de entidade, pois, sob esse regime, ela pode atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público. (DI PIETRO, 2014, p.496)

A sociedade de economia mista, como pessoa jurídica de direito privado e ente da Administração Pública Indireta, caracteriza-se por ser uma sociedade de ações criada por lei, com controle acionário do ente estatal que a instituiu e participação acionária de particulares, nacionais e/ou estrangeiros. Di Pietro traz o seguinte conceito:

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do Poder Público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada e com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição). (DI PIETRO, 2014, p. 497-498)

Bandeira de Mello não destoa da conceituação de Di Pietro e acrescenta:

Sociedade de economia mista federal há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação

governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria a União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 195)

Já a empresa pública, como pessoa jurídica de direito privado e ente da Administração Pública Indireta, é criada por lei, sob qualquer das formas admitidas em Direito e com capital inteiramente pertencente a ente público que a instituiu. Quanto ao conceito de empresa pública, Di Pietro leciona:

A empresa pública é pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da Administração Indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito. (DI PIETRO, 2014, p.498)

Do escólio extrai-se o seguinte conceito de empresa pública:

Deve-se entender que empresa pública federal e a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionaria residente na esfera federal. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 191)

As chamadas subsidiárias das empresas públicas ou sociedades de economia mista são aquelas nas quais a própria empresa pública ou sociedade de economia mista cria, a partir de manifestação do ente estatal instituidor e controlador, e controla diretamente, passando o Estado, assim a gerir a pessoa jurídica de direito privado principal e a subsidiária. A respeito das empresas estatais subsidiárias, Carvalho Filho ressalta:

Empresas subsidiárias são aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado. Em outras palavras, o Estado cria e controla diretamente determinada sociedade de economia mista (que podemos chamar de primária) e essa, por sua vez, passa a gerir uma nova sociedade mista, tendo também o domínio do capital votante. É essa segunda empresa que constitui a sociedade subsidiária. Alguns preferem denominar a empresa primária de sociedade ou empresa de primeiro grau, e a subsidiária, de sociedade ou empresa de segundo grau. Se houver nova cadeia de criação, poderia até mesmo surgir uma empresa de terceiro grau e assim sucessivamente. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 430)

No que tange às características comuns entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, podemos elencar: a) criação e extinção autorizadas por lei; b) personalidade jurídica de direito privado; c) sujeição ao controle estatal; d) vinculação aos fins definidos na lei instituidora; e) desempenho de atividade de natureza econômica; e f) derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público.

Nessa linha de raciocínio, a exigência de lei específica para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista baseia-se no artigo 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200/67. Com relação às sociedades de economia mista, foi repetida no artigo 236 da Lei nº 6.404/76. Já a CF/88 em seu artigo 37, XIX, traz como exigência a lei específica para a criação da empresa pública e sociedade de economia mista. Ademais no inciso XX do mesmo dispositivo constitucional exige autorização legislativa, em cada caso, para a criação de subsidiárias dessas entidades. Di Pietro nos explica a vinculação aos fins definidos na lei instituidora:

[...] a vinculação aos fins definidos na lei instituidora é traço comum a todas as entidades da Administração Indireta e que diz respeito ao princípio da especialização e ao próprio princípio da legalidade; se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinou-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender a finalidade diversa. (DI PIETRO, 2014, p. 522)

Na mesma linha de raciocínio, quanto às características diferenciadoras das empresas públicas e sociedades de economia mista, temos a forma de organização e a composição de capital, pois a sociedade de economia mista, necessariamente, será uma sociedade de ações e seu controle será diversificado, ou seja, entre o ente estatal instituidor e particulares; nesse caso, o controle acionário será sempre do Estado. Sobre isso, Bandeira de Mello salienta:

Os pontos diferenciais entre elas, que merecem realce, são os seguintes: a) enquanto o capital das empresas públicas é constituído por recursos integralmente provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, nas sociedades de economia mista há conjugação de recursos particulares com recursos provenientes de pessoas de Direito Público ou de entidades de suas Administrações indiretas, com prevalência acionária votante da esfera governamental; b) empresas públicas podem adotar qualquer forma societária dentre as em Direito admitidas (inclusive a forma de sociedade unipessoal”), ao passo que as sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima (art. 52 do Decreto-lei 200); [...] (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 197-198)

Assim, em decorrência das previsões legais, tem-se que a empresa pública pode ser de natureza civil ou comercial, ao passo que a sociedade de economia mista será sempre uma sociedade comercial. Nesse sentido, explica Di Pietro:

Quanto à forma de organização, o artigo 5º do Decreto-lei nº 2 00/67 determina que a sociedade de economia mista seja estruturada sob a forma de sociedade anônima e, a empresa pública, sob qualquer das formas admitidas em direito; disso decorre que a primeira é sempre sociedade comercial e a segunda pode ser civil ou comercial. (DI PIETRO, 2014, p.522-523)

Ademais, a respeito da composição do capital, a sociedade de economia mista é formada por capital público e privado, já a empresa pública apenas por capital público. Assim, nas palavras de Moreira Neto:

Nas empresas públicas, o capital é exclusivamente público, distintamente das sociedades de economia mista, em que o capital é em parte público, em parte privado. A sociedade de economia mista se organiza sob a forma de sociedade anônima, enquanto que inexistente modelo específico para a empresa pública. (MOREIRA NETO, 2014, p.380)

Portanto, tem-se que a intervenção do Estado na atividade econômica, na forma prevista no texto constitucional, dar-se-á sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista e, como visto alhures, serão criadas por lei específica e organizadas ou com natureza civil ou comercial, no caso da empresa pública, ou somente comercial, como no caso da sociedade de economia mista, que será sempre uma sociedade por ações.

3.3 Empresa pública, sociedades de economia mista e subsidiárias: disposições constitucionais (artigos 37 e 173, CF/88)

De extrema relevância para nosso estudo, o artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso II, traz as formas de investidura em cargos ou empregos públicos:

Art. 37. [...]. II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nessa essência, a CF/88 traz de forma expressa o princípio do concurso público. Por esse princípio é estabelecido que, via de regra, aplicar-se-á à Administração Pública direta, indireta e fundacional a exigência de que a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Nesse sentido, assim esclarece Bandeira de Mello:

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. art. 37, V, da CF). (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 309-310)

A regra para acesso a cargos e empregos disponibilizados pela Administração Pública é o concurso público, salvo a previsão constitucional dos cargos de livre nomeação e exoneração, também conhecidos como ad nutum. Dessa forma, quando fala-se em seleção por concurso público, Moreira Neto pondera:

Há obrigatoriedade da aprovação prévia em concurso público, que vem a ser um certame seletivo de provas ou de provas e títulos, indispensável para qualquer investidura em cargo e emprego público, sem exceções, salvo as previstas na própria Constituição. É a institucionalização do sistema do mérito e a sacralização da impessoalidade no recrutamento de servidores públicos (CF, art. 37, II). (MOREIRA NETO, 2014, p.416)

No que tange à presente imposição, pode-se afirmar que em razão do princípio do concurso público decorrerá conseqüentemente o respeito aos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade quando da realização dos atos de seleção de pessoal para ocupação de cargos ou empregos públicos. Conforme ponderação de Meirelles:

O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. (MEIRELLES, 1998, p.362)

Nessa esteira, consistir-se-á na adoção prática que assegura a igualdade de oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos, que serão selecionados a partir de critérios objetivos com o fim de se promover a melhor escolha possível.

Vale salientar que a presente exigência constitucional será aplicada para cargos ou empregos de provimento efetivo, não abrangendo os cargos em comissão que por sua vez são considerados de livre nomeação e exoneração, nem mesmo a contratação por tempo determinado para necessidade temporária de excepcional interesse público. Outro dispositivo constitucional que ganha destaque no presente estudo é o art.173, CF/88, o qual preconiza que ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Sobre a referente previsão constitucional, Di Pietro explica que:

Houve aí uma ampliação da possibilidade de atuação direta no domínio econômico; a Constituição anterior, no artigo 170, § 1º, somente a permitia para subsidiar a iniciativa privada, enquanto a atual permite, genericamente, para fins de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, deixando à legislação ordinária a tarefa de definir o alcance dessas expressões. (DI PIETRO, 2014, p. 516)

Assim, a exploração da atividade econômica pelo Estado, mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista, carece do atendimento aos imperativos de segurança nacional ou do relevante interesse coletivo. Bandeira de Mello, sobre o tema, por sua vez, leciona:

Quando o Estado interfere, suplementarmente, na exploração de atividade econômica, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de serviços governamentais, e não de serviços públicos. Neste caso, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, submeter-se-ão, basicamente, ao mesmo regime aplicável as empresas privadas. E o que estabelece o § 12 do art. 173, que estatui: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 826)

Sobre as empresas estatais subsidiárias, Moreira Neto (2014, p. 379) dia que “sob a denominação, de amplo emprego, de empresas estatais, incluem-se entes

acima estudados, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias [...]”. Ainda sobre o dispositivo constitucional, destacamos:

Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre : I - sua função e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

O artigo 173 da CF/88 dá o devido direcionamento ao Estado para criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo regras quanto à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens e prestação de serviços. Nessa toada, pondera Di Pietro:

Uma primeira ilação que se tira do artigo 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente. Outra conclusão é a de que, se a própria Constituição estabelece o regime jurídico de direito privado, as derrogações a esse regime somente são admissíveis quando delas decorrem implícita ou explicitamente. A lei ordinária não pode derogar o direito comum, se não admitida essa possibilidade pela Constituição. Tais conclusões, repita-se, somente se aplicam quando as empresas governamentais sejam instituídas para atuar na área da iniciativa privada. Isto porque, como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o artigo 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (DI PIETRO, 2014, p.516)

Com base nas assertivas mencionadas, pode-se afirmar que ao Estado é garantido a prerrogativa de exercer atividades reservadas à iniciativa privada, conforme disciplinado em lei, a intervenção na atividade econômica ou atuação direta no domínio econômico por meio das empresas estatais. No entanto, esclarece Di Pietro (2014, p. 490) que “o direito brasileiro tem os dois tipos de empresas estatais: as que prestam serviços públicos (comerciais e industriais do Estado) e as que exercem atividade econômica de natureza privada.”

Quando o Estado exerce atividade com a finalidade de intervir no domínio econômico, ele se submeterá às normas de direito privado, com as devidas derrogações das normas de direito público. Nesse sentido, Martins (2000, p. 167) esclarece que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica têm obrigações trabalhistas, sendo consideradas empregadoras (§ 1º do art. 173 da CF).”

4 REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMISSÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSOS PÚBLICOS REALIZADOS POR EMPRESAS PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS

4.1. Acesso a empregos públicos: vagas diretas e cadastro de reserva

O acesso a cargo/emprego público se dá em regra a partir do concurso público, que tem por finalidade a seleção dentre aqueles que se inscrevem, dos mais aptos para o exercício das atribuições. Sobre o conceito e finalidade do concurso público, acentua Carvalho Filho:

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos. (CARVALHO FILHO, 2001, p. 472)

Dessa forma, pode-se afirmar que o concurso público é o método por meio do qual se assegura a eficácia do princípio da isonomia para concorrer aos cargos e empregos públicos. Bandeira de Mello, a respeito do concurso público, pondera:

O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.86)

A Administração deve manter-se numa posição de neutralidade em relação aos administrados, ficando proibida de estabelecer discriminações gratuitas. Só pode fazer discriminações que se justifiquem em razão do interesse coletivo, pois as gratuitas caracterizam abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies do gênero ilegalidade. Sobre o princípio da impessoalidade Moreira Neto, leciona:

Este princípio, que se conta entre os que o legislador constitucional houve por bem de explicitar (art. 37, caput), tem uma tríplice acepção. Na primeira, proíbe a Administração de distinguir interesses onde a lei não o fizer. Na segunda, proíbe a Administração de prosseguir interesses públicos secundários, dela próprios, desvinculados dos interesses públicos primários. Neste caso, enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deverá atuar em seu exclusivo benefício, como pessoa

instrumental, mas sempre no da sociedade. Na terceira acepção, proíbe com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos, ou seja, os da sociedade, postos à sua cura. (MOREIRA NETO, 2014, p. 167)

Quando o edital do certame divulga o número de vagas previstas, isso significa que existem cargos/empregos vacantes e, conseqüentemente, a necessidade destes serem preenchidos, o que se convencionou chamar de “vagas diretas”.

Nessa esteira, pode-se afirmar que a previsão de vagas no edital que rege o certame é a confirmação da existência de cargos/empregos vagos e de recursos financeiros disponíveis. Conforme salienta Di Pietro:

Se o Poder Público realiza concurso, que é um procedimento oneroso, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados em consonância com o edital. (DI PIETRO, 2009, p. 527)

O princípio da eficiência quanto à previsão de vagas a serem providas pelo concurso público visa garantir eficácia a este axioma, no sentido de determinar a contratação de empregado devidamente concursado e aprovado em certame oneroso à Administração Pública para cargos porventura irregularmente ocupados por terceirizados ou temporários. Nesse diapasão, pondera Carvalho Filho:

Se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções. Assim, deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação. Sendo assim, a falta de nomeação é que deve constituir exceção, cabendo ao órgão público comprovar, de forma fundamentada, a sua omissão. Somente com tal orientação poderá impedir-se o arbítrio da Administração, ao mesmo tempo em que com ela poderá respeitar-se, com impessoalidade, a ordem classificatória advinda do concurso público, obstando-se a que os aprovados fiquem à mercê dos caprichos e humores dos dirigentes administrativos. (CARVALHO FILHO, 2015, p.660)

Outro instituto de destaque neste estudo é o chamado “cadastro de reserva”. O art. 12 do Decreto n. 6.944/2009 regulamentou a possibilidade de sua criação no âmbito federal, o que logo foi adotado pelos demais entes federativos.

O “cadastro de reserva” é uma relação à disposição da Administração Pública, que deriva da conclusão de processo de concurso público. É utilizada quando

não há vagas abertas, mas a Administração Pública, antevendo seu surgimento, adota a formação de um cadastro de pessoas para eventualmente preencher vagas que surgirão durante o prazo de validade do concurso.

A respeito disso, afirma Carvalho Filho (2015, p. 663) “a Administração Pública, nos últimos tempos, tem-se valido do concurso para cadastro de reserva, modalidade na qual, como regra, não se especifica o número de cargos ou empregos a serem preenchidos”.

Cumpram demonstrar que são situações que exigirão a contratação de novos servidores para compor o quadro de pessoal por exemplo os casos de aposentadorias, exonerações, etc.

Assim, o “cadastro de reserva” tem como objetivo classificar candidatos habilitados que futuramente virão a assumir cargos/empregos no serviço público. Trata-se, a princípio, de perspectiva de necessidade de vagas futuras e incertas.

4.2 Aprovação em concurso público e não admissão do candidato aprovado

Referente ao prazo de validade do concurso público, a CF/88 traz em seu art. 37, III, que o prazo de validade será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Sobre esse prisma, o prazo será computado da data da homologação do concurso, que é o ato praticado pela autoridade competente que dá validade ao concurso e sua finalização regular.

A respeito da realização de concurso público antes do término da validade de concurso vigente, Meirelles (1998, p.363) explica que “os concursados remanescentes, enquanto não esgotado o prazo de validade do concurso realizado, têm prioridade sobre os novos concursados (CF, art. 37, IV)”.

Diante do mencionado, quando o edital que rege o concurso público prevê número certo de vagas a serem preenchidas e decorrido o prazo de validade do certame, com efeito, o candidato aprovado dentro deste número de vagas terá direito subjetivo de nomeação segundo a ordem de classificação. Assim ressalta Moreira Neto:

Os candidatos, entretanto, não adquirem direito à realização do concurso pelo mero fato da publicação do edital, mas, uma vez homologado, a seu término, durante o prazo improrrogável previsto no edital, os aprovados, pela ordem

de classificação, terão prioridade sobre novos concursados para ocupar os lugares vagos, para o preenchimento dos quais se realizou o certame seletivo. (MOREIRA NETO, 2014, p. 417)

Insta salientar que o fato do candidato aprovado estar classificado dentro do números de vagas oferecidas no edital terá este direito líquido e certo de ser nomeado, competindo à Administração, dentro do prazo de validade do certame no uso de seu poder discricionário, nomeá-los conforme a conveniência e oportunidade.

Como abordado anteriormente, quando a Administração divulga o número de vagas é porque já foi constatada a necessidade de estas serem preenchidas. Assim, forma-se entendimento que nesse caso existirá direito subjetivo à nomeação. Segundo Carvalho Filho:

No que tange ao direito subjetivo à nomeação, caberia indagar em qual momento nasce a pretensão do candidato aprovado. Tendo em vista que a pretensão nasce ao momento da violação do direito (art. 189, Código Civil), na hipótese surgirá ao fim do prazo de validade do concurso ou, se antes dele, sobrevier fato administrativo que indique a ofensa ao direito por parte da Administração. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 660-661)

A contratação de pessoal terceirizado ou temporário para ocupar irregularmente cargos que deveriam ser providos por candidatos aprovados em concurso público implica em reconhecer não apenas a necessidade do serviço, mas também o aperfeiçoamento do direito subjetivo à contratação daquele que teve o seu direito ferido, ainda que se revestisse de mera expectativa de direito. Sobre isso, pondera Delgado:

Direito subjetivo é a prerrogativa conferida pela ordem jurídica ao titular no sentido de agir para satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual por esta protegida. Contrapõe-se a uma obrigação. (DELGADO, 2012, p.677)

As Cortes Superiores da República têm amplo e uníssono posicionamento acerca do tema, ou seja, para elas, demonstrada a ocupação irregular de funções na Administração Pública por pessoal temporário ou terceirizado, resta caracterizada a preterição e o direito subjetivo à nomeação daquele que, aprovado em concurso público para as mesmas funções, aguarda ser admitido nos quadros do serviço público. Assim, colhe-se da jurisprudência:

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PREENCHIMENTO DE CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. [...] **Assim, discute-se a possibilidade de contratação de pessoal terceirizado para a ocupação de função disponibilizada em concurso público, ainda que preenchidas todas as vagas ofertadas no certame. A admissão precária de trabalhador nessa hipótese implica preterição dos candidatos aprovados. A esse respeito, consigne-se que a aprovação em concurso público gera direito subjetivo à nomeação para a vaga existente, respeitada a ordem de classificação do candidato aprovado. Tal direito subjetivo afasta a conduta da entidade estatal que traduza preterição direta ou indireta, afastando também a validade da inércia quanto à convocação dos aprovados nas vagas existentes. A decisão de não convocação somente pode ocorrer em situações excepcionais e desde que consistentemente motivada, fundada em fatores que se caracterizem, simultaneamente, pela superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade. Não configuradas tais circunstâncias excepcionais e motivadas, mas nítida preferência pela preterição indireta, via terceirização, prepondera o direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação.** Recurso de revista conhecido por violação do art. 37, II, da Constituição Federal e provido.” (TST - RR: 3605731920105050000, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 10/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015) [grifamos]

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS: DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 2. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Tema cuja repercussão geral foi reconhecida. Precedente. 2. A contratação temporária de pessoal, no período de validade do concurso público, configura preterição do candidato aprovado e intolerável burla ao princípio do concurso público.**” (STF - ARE 816455 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014) [grifamos]

“CONCURSO PÚBLICO DIREITO À NOMEAÇÃO. **Possui direito à nomeação candidato aprovado e classificado dentro de número de vagas anunciadas em edital de certame público, haja vista o disposto no artigo 37 da Carta da Republica.** Precedente – Recurso Extraordinário 192.568/PI, de minha relatoria.” (STF - AI: 574052 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 02/04/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2013 PUBLIC 24-04-2013) [grifamos]

Um contraponto à questão anteriormente abordada, vagas de preenchimento imediato, é a figura do cadastro de reserva. Cumpre enfatizar que uma vez aprovado em concurso público e classificado dentro do número de vagas de cadastro de reserva, o candidato, *a priori*, detém apenas a mera expectativa de direito à nomeação, uma vez que sua admissão apoia-se na análise de conveniência e

oportunidade conferida à Administração em razão do poder discricionário. Sobre o poder discricionário, colhe-se do Di Pietro que “o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador” (2014, p.221). No entanto, o poder discricionário da Administração Pública encontra limitações, como ilustram as palavras de Di Pietro:

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. (DI PIETRO, 2014, p. 220-221)

Com base no mencionado, vale salientar que, em certas hipóteses, será reconhecida a existência de direito subjetivo à nomeação de candidato classificado em cadastro de reserva.

A comprovada existência de admissão precária de pessoal temporário ou terceirizado, na hipótese de existir candidatos aprovados em concurso público para preenchimento de vagas que correspondam àquelas funções por ele executadas, é uma das hipóteses em que a mera expectativa de direito se convola em direito subjetivo à nomeação, pois comprovada a necessidade de servidores e a existência de vagas. Sobre isso, Aragão leciona o seguinte:

[...] a aprovação no concurso em princípio não gera direito à nomeação, salvo em algumas hipóteses e desde que o concurso ainda esteja no seu prazo de validade, que é de até dois anos, prorrogáveis por igual período (ao fixado, que pode ser inferior a dois anos), contados da homologação do seu resultado (art. 37, III). Essas hipóteses excepcionais são as seguintes: [...] b) Se antes do fim do prazo de validade do concurso, e sem que todos os concursados tenham sido nomeados, a Administração começa a preparar a realização de novo concurso público, admite contratados temporários ou terceiriza a função, sempre a depender das peculiaridades do caso concreto, ainda que o concurso não tenha previsto vagas ou se destine apenas à formação de um “banco de pessoal”. (ARAGÃO, 2013, p. 994-995)

Uma vez identificada essa situação, verifica-se infundada a omissão de convocar os aprovados por parte da Administração Pública. Assim, temos que a nomeação, transformar-se-á em ato vinculado. Nestes termos, Moreira Neto ensina:

Ato vinculado, ou regrado, é aquele em que o agente tem competência para praticá-lo em estrita conformidade com as prescrições legislativas aplicáveis, manifestando a vontade da Administração na oportunidade e para os efeitos integralmente previstos na legislação, sem qualquer margem de escolha de atuação, seja de tempo ou de conteúdo. (MOREIRA NETO, 2014, p. 235-236)

A contratação de pessoal terceirizado implica em reconhecer não apenas a necessidade do serviço, mas também o aperfeiçoamento do direito subjetivo à contratação do candidato aprovado, que então tem transmudada para essa qualidade a sua anterior expectativa de direito, a exigir o provimento por meio de nomeação.

Quanto ao princípio da isonomia, qualquer candidato aprovado que se sentir lesado pela ocupação de cargos por pessoal a título precário pode recorrer ao Judiciário para ceifar a lesão ao seu direito, porquanto não se está preterindo candidatos. Pelo contrário, está conferindo efetividade ao seu direito de nomeação, violado pela Administração Pública.

Também não há afronta ao princípio da eficiência, ao contrário, a intervenção do Judiciário visa garantir eficácia a este axioma, no sentido de determinar a contratação de empregado devidamente concursado e aprovado em certame oneroso à Administração Pública para cargos irregularmente ocupados por terceirizados.

Neste sentido, aplica-se, por analogia, a Súmula 15/STF: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Note-se que o critério de ausência de observância da ordem de classificação decorre, indiretamente, da contratação irregular de empregados terceirizados por parte da Administração Pública para realização das mesmas funções afetas ao cargo para o qual o candidato prestou concurso.

Não há violação aos princípios da legalidade e vinculação ao edital, que não podem ser invocados pela Administração Pública no intuito de se beneficiar da prática ilícita perpetrada, qual seja, contratação de terceirizados em atividade-fim que deve ser ocupada por empregados concursados. Como reforço de fundamentação, trazemos os seguintes precedentes do Colendo TST:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. APROVAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. [...] **Todavia, a contratação precária de pessoal, no prazo**

de validade do concurso público - seja mediante comissão, terceirização ou contratação temporária - , para o desempenho das mesmas atribuições do cargo para o qual realizado o certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Magna. 3. No caso concreto, restou comprovado que a Caixa Econômica Federal - CEF, ente integrante da Administração Pública indireta, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de advogado, e no prazo de validade do certame, efetuou contratações para a prestação de serviços advocatícios, bem como realizou novo concurso público, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no concurso anterior. Uma vez constatado que o ente público terceirizou os serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, no prazo de validade do certame, resulta demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital, autorizando concluir pelo desvio de finalidade do ato administrativo. Nessas circunstâncias, convola-se a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. 4. Precedentes. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR- 584-16.2012.5.10.0011, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT de 27/2/2015) [grifamos]

(...). 3. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. **FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA.** CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO, AINDA QUE A SELEÇÃO TENHA-SE DADO APENAS PARA FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. DIREITO SUBJETIVO À CONTRATAÇÃO. **O Tribunal de origem consignou que o autor foi preterido, uma vez que, durante a validade do certame em que aguarda nomeação, houve contratação de trabalhadores de forma precária para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual o reclamante foi aprovado em segundo lugar. Nessa hipótese, a jurisprudência da Suprema Corte inclina-se no sentido de que a expectativa do direito à nomeação pelo candidato aprovado converte-se em direito subjetivo.** Nessa mesma direção, precedentes deste Tribunal Superior. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-220-93.2013.5.03.0014, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 24/4/2015) [grifamos]

CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. **CADASTRO RESERVA.** DIREITO À CONTRATAÇÃO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS POR EMPREGADOS TERCEIRIZADOS 1. O concurso público realizado para formação de cadastro de reserva, em princípio, gera para os candidatos aprovados mera expectativa de direito à nomeação. 2. **Se, todavia, incontroversa a terceirização da atividade para o exercício da mesma função descrita no edital de concurso público durante o prazo de validade do certame, evidencia-se não apenas a existência da vaga, como também a preterição do candidato aprovado.** Em semelhante circunstância, o candidato aprovado tem direito à nomeação e/ou contratação, na forma do que estatui o inciso IV do art. 37 da Constituição Federal. 3. **A jurisprudência assente no Tribunal Superior do Trabalho orienta-se precisamente no sentido de reconhecer-se o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados, a despeito da falta de previsão de vagas no respectivo edital.** 4. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - AIRR - 1932-24.2012.5.10.0802 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 26/08/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015) [grifamos]

Tem-se que a jurisprudência trabalhista pátria vem reconhecendo que os serviços prestados pelos empregados terceirizados são imprescindíveis à atividade finalística dos entes da Administração Pública, especialmente quando se analisa que estes empregados laboram diariamente com serviços e atividades exclusivamente oferecidos pelo serviço público.

Há tempo o Judiciário vem rechaçando essa situação de irregularidade, em que as atividades essenciais dos entes da Administração Pública, sobretudo das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, têm sido desempenhadas por terceirizados.

Nos últimos anos, por exemplo, foram submetidas diversas ações trabalhistas nas quais restou reconhecida a ilicitude de terceirização de atividades essenciais de empresas públicas federais, notadamente da Caixa Econômica Federal – CEF, conferindo aos prejudicados (empregados terceirizados) o direito à isonomia dos direitos da categoria dos bancários, ante a impossibilidade de formação de vínculo com a CEF.

Não é difícil se concluir que tal prática da Administração Pública viola direito dos candidatos aprovados em concurso público, uma vez que obstaculiza a contratação de novos servidores/empregados públicos, para o exercício de tarefas que estão sendo atribuídas a empregados terceirizados, não se olvidando, ainda, que se trata evidentemente de terceirização irregular.

Verifica-se, portanto, que a Administração Pública deixa de cumprir as regras do certame público, frustrando a expectativa de direito dos candidatos aprovados, agindo, dessa forma, em nítido abuso de direito.

É certo que o candidato aprovado para integrar cadastro de reserva, fora do número de vagas contempladas em edital, em princípio, não possui direito subjetivo à nomeação.

Porém, a contratação de pessoal terceirizado para a realização das mesmas funções, ainda que precariamente, denuncia não apenas a existência da vaga, como também a preterição do candidato aprovado em concurso público, a ensejar a aplicação do que dispõe o artigo 37, IV da CF, não podendo o uso da terceirização ser direcionado para camuflar a necessidade de contratação direta.

Nesse sentido, tem-se por atribuído à Administração Pública o encargo de provar o número exato de terceirizados em substituição aos candidatos aprovados

preteridos e se estes estariam ou não posicionados dentro do número de vagas necessárias, ônus do qual os entes da Administração Pública não se desincumbem.

O artigo 37, da Constituição da República, impõe à Administração Pública Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias) a obrigatoriedade da realização de concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos, de sorte que a terceirização de serviços, assim como a contratação temporária, insculpida no artigo 37, IX da CF, deve ser utilizada apenas em caráter excepcional e não para satisfazer a uma necessidade permanente, como a Justiça do Trabalho vem rechaçando reiteradamente nos últimos anos.

4.3 Expectativa de direito e direito subjetivo à nomeação: acesso ao Poder Judiciário para requerer a vaga

Diante da identificação do direito subjetivo a nomeação, a recusa de nomear candidato ensejará a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVIDER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF - RE 227480, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01116 RTJ VOL-00212- PP-00537 RMP n. 44, 2012, p. 225-242). (grifamos)

4.4 Competência da Justiça do Trabalho para o conhecimento, processamento e julgamento de demandas relativas à fase pré-contratual

Ao autor do dano ocasionado a outrem é imposto o dever de reparação, mesmo que o dano tenha sido causado antes da celebração do contrato, isto é, atos

preparatórios, conhecida como responsabilidade civil pré-contratual, sobre esta leciona Barros:

Essa responsabilidade se verifica quando uma das partes viola o dever de boa-fé na fase das negociações que antecedem o contrato, e lesa, com esse comportamento, a outra pessoa. A boa-fé, a que nos referimos, é vista aqui sob o prisma objetivo, alusiva ao dever recíproco de se comportar com lealdade; é assegurada desde as fases preparatórias do contrato. (BARROS, 2011, p. 407-408)

A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF), conforme se depreende dos precedentes jurisprudenciais abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA MATERIAL. **É competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF).** 2. [...] (TST - AIRR - 93-50.2014.5.10.0007, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/06/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/07/2015) [grifamos]

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCURSO PÚBLICO. PRÉ-CONTRATO. **A Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho.** Agravo a que se nega provimento. (TST - Ag-AIRR - 397-90.2012.5.02.0088, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 16/06/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014) [grifamos]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. COMPETÊNCIA MATERIAL. **É competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar litígios referentes ao período pré-contratual de potencial empregado que presta concurso público para ingresso em entidade estatal regida pelo art. 173, §1º, II, da Constituição e pelo Direito do Trabalho (art. 114, I, CF).** Desse modo não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. 2. [...] (TST -AIRR - 1870-94.2010.5.02.0472, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/03/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014) [grifamos]

O colendo TST tem reiteradamente firmado o entendimento de que é da competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar demandas relativas a eventual contratação de empregado aprovado em concurso público realizado por empresa de economia mista ou empresa pública federal.

4.5 Aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

O trabalhador terceirizado situa-se à margem do contexto produtivo. Ele exerce as mesmas atividades dos demais trabalhadores efetivos de carreira, sem lhe sejam reconhecidos os mesmos direitos. Com efeito, dentro do processo de produção, a intenção da tomadora é afastar o vínculo de emprego ao passo em que precariza a relação laboral estabelecida, tomador x prestador, conforme se depreende dos ensinamentos de Silva sobre empresas fornecedoras de mão de obra terceirizada:

Tais empresas passaram a desenvolver atividades próprias do pessoal permanente dos quadros funcionais das tomadoras de serviços, gerando desemprego em massa, subemprego, precarização das condições de trabalho, além de, em muitos casos, flagrante violação das normas ao labor humano. (SILVA, 2013, p.90)

Nesse passo, além de normas protetivas do Direito do Trabalho, a boa-fé contratual e a probidade devem ser elevadas, a fim de garantir a eticidade das relações.

Assim preceitua o art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Assim, ao burlar o princípio constitucional do concurso público, a Administração desrespeita outro princípio constitucional que é o princípio da dignidade da pessoa humana, quando precariamente contrata trabalhadores temporários, por meio de empresa interposta, para o exercício de atividades finalísticas e análogas às dos cargos de provimento efetivo que, via de regra, deveriam ser ocupados por candidatos aprovados em concurso público.

Assim a relação envolvendo terceirização que não se enquadre nos ditames legais consistirá em simulação de prestação de serviços e afronta à dignidade do trabalhador. Nesse sentido Di Pietro:

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. (DI PIETRO, 2008, p. 217)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal axioma constitui o princípio máximo do Estado de Direito. No que concerne à dignidade, Mascarenhas se posiciona:

A dignidade, no dizer de Alexandre de Moraes, é um valor espiritual e moral atinente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto serem humanos (MASCARENHAS, 2008, p. 47 apud MORAIS, 2001, p. 48)

A dignidade da pessoa humana abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de um conceito adequável a realidade e a modernização da sociedade, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano. Sob esse prisma, Moraes expõe:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p. 128)

Em virtude dos aspectos fáticos e essencialmente negativos da terceirização, remete-se a identificação de que a demasiada flexibilização das condições de trabalho tendem a prejudicar a incidência da proteção conferida pela CLT ao hipossuficiente. A precarização do trabalhador atinge-lhe a personalidade e fere-lhe a sua dignidade. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana Awad ressalta que:

O princípio da dignidade da pessoa humana tem íntima relação com o direito natural. Se considerarmos que o direito natural é aquele que nasce com o homem, a dignidade humana faz parte dele, haja vista que o homem detém capacidades próprias e poder de raciocínio já ao nascer, o que diferencia dos demais seres. Todos os homens, ao nascerem, são iguais em dignidade; o que os diferencia num momento posterior, é o contexto sociocultural e econômico no qual estão inseridos. (AWAD, 2006, p. 114)

Nesta mesma linha de raciocínio Nobre Júnior retrata:

Respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida. Adverte, com razão de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelas particulares. (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 04)

A Justiça do Trabalho, a fim de tentar amenizar os efeitos negativos ocasionados pela terceirização, utiliza-se como medida de proteção do trabalhador, do reconhecimento da isonomia salarial. Barros explica que:

Tanto a Justiça do Trabalho como o Ministério Público não têm medido esforços no combate à terceirização de serviços ligados à atividade-fim da empresa fora dos limites traçados pela Súmula n. 331 do TST. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontram-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional. (BARROS, 2011, p. 358)

Quando ocorrer a contratação direta do trabalhador pelo Estado sem concurso público, além da nulidade, o TST vem entendendo que o contrato produzirá todos os efeitos referentes ao dever de pagamento de direitos trabalhistas análogos aos trabalhadores efetivos do ente público, como forma de evitar a discriminação. Nesse sentido, interessante trazer à baila o seguinte precedente do Colendo TST:

RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATAÇÃO DA RECLAMANTE PELO MUNICÍPIO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE VERBAS TRABALHISTAS. CONTRATAÇÃO NÃO SUBMETIDA AO REGIME ESTATUTÁRIO OU AO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO (ART. 37, IX, CF/88). ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO SUBMISSÃO A CONCURSO

PÚBLICO. CONTRATO NULO. EFEITOS. A decisão do TRT está em sintonia com a Súmula nº 363 do TST, que dispõe: -A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § **2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.** - Recurso de revista de que não se conhece.” (TST - RR: 7282420135050195 , Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 17/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015) [grifamos]

A Constituição estabelece, taxativamente, a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF/88). Assim explica Delgado:

Esse problema apresentou-se, inicialmente, nas situações de terceirização ilícita perpetradas por entidades estatais. É que a Constituição da República impedia a retificação da terceirização ilícita e suas consequências pela adoção do mecanismo corretivo de fixação do vínculo jurídico direto com a entidade estatal tomadora de serviços — em face da exigência de cumprimento de concurso público para ingresso no Estado. Nesse quadro, mantinha-se com a jurisprudência o desafio de encontrar, na ordem do Direito, o mecanismo jurídico de correção da iniquidade advinda da prática da ilicitude na terceirização estatal. (DELGADO, 2012, p. 473)

A ideia básica incorporada na regra constitucional já estava expressa no texto celetista, conforme se depreende do seu art. 3º, *in verbis* “Art. 3º.[...]. parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

As normas jurídicas regulamentadoras da terceirização temporária sempre asseguraram a observância desse tratamento isonômico. Esta regra se encontra encartada no dispositivo do art. 12, a, da Lei 6.019/74, *in verbis*:

Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos:
a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;

Sobre o chamado salário equitativo, leciona Delgado:

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico

estabelecido na Lei n. 6.019. Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva o trabalhador temporário. Também não há dúvida de que, em se tratando de terceirização ilícita haverá a isonomia salarial. (DELGADO, 2012, p. 452-453)

Nesse contexto, compreende-se que se estendem ao trabalhador terceirizado todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita (art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74).

Com efeito, essa proteção dada ao Direito do Trabalho tem como fundamento assegurar o mínimo de equidade, em razão da necessidade de proteção e obediência ao princípio da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização surgiu das relações do mundo capitalista e prima pela chamada eficiência. É um novo modelo de relação de trabalho no mundo globalizado. Com o fim de regular esse instituto, a legislação brasileira cuidou de determinar padrões de utilização a serem seguidos.

Nesse contexto, a presente pesquisa buscou investigar os reflexos e os impactos da terceirização no que concerne à admissão de candidatos aprovados em concursos públicos realizados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prática cada vez mais comum no cenário da Administração Pública.

No primeiro capítulo foi elaborado um estudo sobre as noções conceituais e históricas do instituto da terceirização, assim como a evolução legislativa que trata de sua regulação, baseada em leis, jurisprudência e súmulas. Nesta abordagem inicial foi constatado que a terceirização instaura uma forma de contratação indireta, de natureza triangular, envolvendo trabalhador, prestador e tomador de serviços.

No segundo capítulo, a pesquisa exploratória demonstrou como se dá o ingresso no serviço público mediante concurso de provas ou de provas e títulos, quais as diferenças entre cargo e empregos públicos, e os dispositivos de destaque para o estudo os artigos 37 e 173 CF/88.

Já no terceiro e último capítulo, foram apresentados os reflexos e os impactos negativos da terceirização na admissão de candidatos aprovados em concursos públicos realizados por entes da Administração Pública Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias).

Constatou-se que a irregular admissão de pessoas sem a observância do princípio do concurso público e do caráter de excepcionalidade tem se tornado prática corriqueira e usual da Administração Pública. Na maioria das vezes a terceirização nos entes públicos se reveste da fraude à lei trabalhista, porquanto a prestadora atua como mera empresa de interposição de mão de obra, pois contrata um empregado e o repassa imediatamente a uma tomadora para exercer atividades típicas de cargo que deveria ser ocupado por candidato legitimamente aprovado em concurso público.

Por fim, foi abordada a competência da Justiça do Trabalho para conhecer litígios que envolvem as demandas relativas a fase pré-contratual e exposta a

aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando as violações identificadas, o Direito remete a questão para um juízo de ponderação onde devem prevalecer os princípios que resguardam os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que regem as relações de trabalho.

Com efeito, a fim de amenizar os prejuízos causados pela terceirização, com base em dispositivos legais, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho – TST vem reconhecido à isonomia salarial do empregado terceirizado e o direito a perceber retroativamente todos os direitos da categoria profissional da empresa tomadora.

Enfim, diante das irregularidades perpetradas pela Administração Pública, notadamente a Indireta, no decorrer deste estudo e como resposta à problemática, foi possível compreender que a terceirização de atividades realizadas precariamente pelo Estado fere o direito líquido e certo de nomeação de candidatos aprovados em concurso público.

Essa constatação restou claramente demonstrada com base nos posicionamentos doutrinários e na farta jurisprudência das Cortes Superiores, notadamente do Colendo TST, apresentados ao longo da pesquisa exploratória. Portanto, a liberdade de contratar da Administração Pública encontra limites na regra constitucional do concurso público e nos princípios constitucionais que regem o seu agir.

Há que se fazer um juízo de ponderação entre a eficiência administrativa, um dos princípios basilares que regem a atividade estatal, e a terceirização de atividades administrativas, sob pena de se descambar para a precarização das condições de trabalho, o desrespeito à legislação e princípios do Direito do Trabalho, a fraude nas relações laborais e a burla à imposição constitucional do concurso público como forma de admissão de pessoal pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Danielle. **A Terceirização no Brasil**. Disponível em: <http://facavoceadiferenca.blogspot.com.br/2011/07/terceirizacao-no-brasil.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2016. Acesso em: 10 de março de 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AWAD, Fahd. **O Princípio Constitucional da Dignidade Da Pessoa Humana**. JUST. DO DIREITO, Passo Fundo, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo - 30ª Edição**, São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2015.

_____, Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

_____, Código Civil (2002). **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 09 de setembro de 2015.

_____, **Decreto-Lei nº. 200, de 25 de Fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2015.

_____, **Decreto-Lei nº. 6.944, de 21 de Agosto de 2009**. Estabelece medidas organizacionais para o aprimoramento da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos, organiza sob a forma de sistema as atividades de organização e inovação institucional

do Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6944.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2015.

_____, **Lei nº. 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em 05 de novembro de 2015.

_____, **Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 05 de novembro de 2015.

_____, **Lei nº. 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L7102.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

_____, **Lei nº. 8.863, de 28 de março de 1994**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º 15**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100. Acesso: 09 de setembro de 2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 331**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso: 09 de setembro de 2015.

_____, 1ª Turma - STF – **Recurso Extraordinário número 227480, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 16/09/2008, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01116 RTJ VOL-00212- PP-00537 RMP n. 44, 2012, p. 225-242**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28227480%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lznzmgk>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

_____, 1ª Turma - STF - **Agravo de Instrumento número 574052 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2013 PUBLIC 24-04-2013**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28574052%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lup3jh7>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

_____, 2ª Turma - STF – **Agravo em Recurso Extraordinário número 816455 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014.** Disponível em: zgeyjbk. Acesso em: 15 de agosto de 2015.

_____, 1ª Turma – TST - **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 584-16.2012.5.10.0011, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT de 27/2/2015.** Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20584-16.2012.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHMsAAC&dataPublicacao=27/02/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

_____, 3ª Turma – TST- **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 220-93.2013.5.03.0014, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 24/4/2015.** Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20220-93.2013.5.03.0014&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAHnGAC&dataPublicacao=24/04/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

_____, 4ª Turma – TST - **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 1932-24.2012.5.10.0802, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 26/08/2015, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015.** Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201932-24.2012.5.10.0802&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANSeAAF&dataPublicacao=04/09/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2016.

_____, 3ª Turma – TST - **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 93-50.2014.5.10.0007, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/06/2015, Data de Publicação: DEJT 02/07/2015.** Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2093-50.2014.5.10.0007&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA M7q AAN&dataPublicacao=02/07/2015&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

_____, 5ª Turma – TST - **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 397-90.2012.5.02.0088, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 16/06/2014, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014.** Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=Ag-AIR%20-%20397-50.2012.5.0>

2.088&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAN9vAAI&dataPublicacao=01/07/2014&localPublicacao=DEJT&query=. Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____, 3ª Turma – TST - **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 1870-94.2010.5.02.0472, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/03/2014, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014.** Disponível em: AIRR 1870-94: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201870-94.2010.5.02.0472&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANt5AAI&dataPublicacao=21/03/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

_____. 3ª Turma - TST – **Recurso de Revista número 3605731920105050000, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 10/06/2015, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015.** Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202451667/recurso-de-revista-rr-3605731920105050000>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

_____, 6ª Turma – TST – **Recurso de Revista número 7282420135050195, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 17/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015.** Acesso em: 02 de fevereiro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro da. **A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite**. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/32/31>. Acesso em: 10 de março de 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed., São Paulo, Ltr, 2003.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed., São Paulo, Ltr, 2006.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Gisele. **Textos**. Disponível em: <http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=5212774>. Acesso em: 10 de março de 2016.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. 2008. Disponível em: http://www.paulomascarenhas.com.br/manual_de_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 05 de janeiro de 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho** - 10.ª Edição - revista e ampliada, São Paulo: Atlas 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** - 23.ª edição atualizada, São Paulo: Editora RT, 1998.

MEIRELES, Livia Maria Silva. **A Terceirização**. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_1384/artigo_sobre_terceirizacao. Acesso em: 05 de janeiro de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo** - 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view File /47 505/45250](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/File/47505/45250). Acesso em: 10 de junho de 2016.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho**, terceirização de serviços e direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2013.