

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

HENRIQUE VICENTE FAY NEVES

**A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**CURITIBA
2015**

HENRIQUE VICENTE FAY NEVES

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Mestre Murilo Gasparini Moreno

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE VICENTE FAY NEVES

A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Murilo Gasparini Moreno

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade discorrer acerca do fenômeno da terceirização, que é modalidade de contratação de serviços prestados de forma indireta, na Administração Pública, em um paralelo com o mesmo fenômeno no âmbito das empresas privadas, bem como traçar paralelos entre tal fenômeno e a obrigação constitucional de contratação de servidores públicos mediante concurso público, analisando, também, as possibilidades de contratação direta de empregados temporários pela Administração Pública e as possíveis implicações legais, cominadas na Lei de Improbidade Administrativa, para os agentes públicos que ultrapassarem os limites legais estipulados para a terceirização e contratações temporárias.

Palavras-chave: terceirização, administração pública, improbidade administrativa, concurso público, licitação.

ABSTRACT

This monograph aims to discourse about the phenomenon of outsourcing, which is hiring mode services indirectly in Public Administration, in a parallel with the same phenomenon in the context of private companies as well as to draw parallels between this phenomenon and the constitutional obligation of hiring civil servants by public tender, also analyzing the possibilities for direct hiring of temporary employees by the Public Administration and the possible legal implications, comminated in the Administrative Misconduct Law, for public officials who exceed the legal limits stipulated for outsourcing and temporary hiring.

Keywords: outsourcing, public administration, administrative misconduct, tender, bidding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS	11
2.1 Administração Pública: conceito objetivo e subjetivo.....	11
2.2 Regime Jurídico da Administração Pública.....	13
2.3 Serviços Públicos.....	17
2.4 Princípios Relativos aos Serviços Públicos.....	21
2.5 Agentes Públicos.....	24
3 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	27
3.1 Introdução e Breve Histórico.....	27
3.2 Flexibilização Lícita e Ilícita no âmbito privado.....	30
3.3 Terceirização na Administração Pública.....	33
3.3.1 Conceito.....	33
3.3.2 Legislação Federal Pertinente.....	35
3.3.3 Limites à Terceirização na Administração Pública.....	35
4 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA	39
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
4.1 Lei de Improbidade Administrativa.....	39
4.2 Elementos Constitutivos da Improbidade Administrativa.....	44
4.2.1 Sujeitos Ativos e Passivos.....	44
4.2.2 Reserva legal e anterioridade.....	45
4.2.3 Elemento Subjetivo.....	49

4.3 Incidência de Improbidade nos casos de terceirização ilícita na Administração Pública.....	52
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

As ações da Administração Pública direta e indireta devem ser pautadas dentro da estrita legalidade que a Constituição impõe em seu artigo 37, *caput*. Tal imposição se dá pela importância que a Administração detém na organização social do país, onde o estado cresce vultosamente, adquirindo funções novas, inclusive no cenário econômico.

Tal crescimento, sem qualquer julgamento político-partidário, não será, em momento algum, aqui analisado. Ocorre que, ao tomar para si tão grande importância socioeconômica, as suas ações devem ser pautadas pelo estrito cumprimento legal, de modo que qualquer possível arbitrariedade possa ser evitada, ou na sua ocorrência, que seus efeitos possam ser os menores possíveis e os agentes responsáveis sejam exemplarmente punidos.

Isto porque ao cuidar do que é público, do que é de todos, o Administrador Público deve ser pautado por balizas morais inflexíveis, rígidas, herméticas e sem qualquer possibilidade de tergiversação a respeito de tais limites. É neste contexto que a própria Constituição Federal elevou a moralidade ao patamar de princípio constitucional em seu artigo 37, *caput*, uma vez que a Administração Pública não é instrumento de realização de vontade privada, mas sim um meio para se chegar ao fim máximo, quer seja o bem social, como alguns pretendem, ou à organização básica da sociedade, como outros preferem, mas ainda assim, sem adentrar nas discussões de cunho ideológico, não se pode negar que o estado tenha o fim específico de gerir os aspectos essenciais da sociedade, tanto para seu desenvolvimento, quanto para sua proteção.

Há, no âmbito jurídico nacional, grande reticência acerca de princípios abertos e a sua utilização como ferramenta normativa, em que fica clara a preferência por regramentos fechados e herméticos. Esta preferência não deve, ao menos não deveria, excluir ou diminuir a importância dos princípios moralizantes que permeiam a Administração, tão caros ao constituinte originário – talvez ainda mais caros que inúmeros comandos taxativos – já que a Constituição traz em seu bojo grande carga principiológica ao que se deduz ser a Administração não um fim em si mesma, mas sim, ser uma baliza, tanto ética quanto normativa, da Administração Pública e da pátria. Dito isto, então, é de se esperar, no mínimo, que haja moralidade dentro da

motivação dos atos da Administração, pois, menos que isso, é um completo e total disparate.

Um dos pontos de tal moralidade é o respeito pelos comandos legais impostos, dentre eles, o que será aqui discorrido, qual seja a exigência de concurso público à contratação de pessoal, fruto do princípio da isonomia, bem como as possíveis formas de prestação de serviços privados à Administração ou ainda a possibilidade de se transferir parte da prestação de serviços ao terceiro setor¹, de maneira a chamar a sociedade civil organizada para tomar sua parte de responsabilidade na organização e prestação de serviços públicos, já que a sociedade civil organizada brasileira é, no mínimo, incipiente.

Quando a administração pública age de forma indecorosa e insidiosa reiteradamente, com fins nada nobres, para se furtar de suas obrigações básicas, como o estrito cumprimento das normativas legais, como a contratação de funcionários públicos através de certames que possibilitem a todos os capacitados concorrerem à vaga, de maneira impessoal, recompensando o mérito ao invés da “amizade” ou do “apadrinhamento”, ela vai contra toda a ordem jurídica, porquanto contraria a normativa constitucional, bem como demonstra o extremo desrespeito a qualquer preceito democrático, contra a existência de qualquer ética dos agentes públicos, maculando e invalidando, perante a sociedade, os próprios pressupostos de validade da Administração Pública, transformando-a no grande leviatã, sedenta de recursos, corrupta e inapta.

O desrespeito aos ditames legais ocorre diuturnamente, mesmo havendo ferramentas de regulação e de punição. Exemplo disto é a lei de improbidade administrativa, ferramenta da suma importância dentro da jornada que a nação deve percorrer contra a corrupção, para tentar moralizar a Administração.

Neste contexto, a lei de improbidade administrativa também será analisada, uma vez que alguns de seus efeitos são mais temidos do que os efeitos de uma ação penal, como, por exemplo, a obrigação do administrador de devolver o prejuízo ao erário público, artigo 12, inciso II, da Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, além da cominação de multas cujo valor pode ser cominado em até cem vezes o

¹ O primeiro setor é composto pelo Estado/Governo, também denominado de setor público, já o segundo setor é composto pelo mercado, conjunto de empresas que trabalham tanto em benefício próprio quanto em benefício público. O terceiro setor, por fim, é composto por organizações sem fins lucrativos, criadas a partir da sociedade civil. Mais em: PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social**. 8ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro : Forense, 2013.

salário do agente improbo, artigo 12, inciso III, da Lei de Improbidade administrativa. Assim, uma punição severa além de servir de exemplo coercitivo, deve ser uma resposta do próprio Estado à nação, principalmente porque crimes, ou ações ímprobas dentro da Administração, maculam toda a sociedade.

2 CONCEITOS E FUNDAMENTOS

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCEITO OBJETIVO, SUBJETIVO E REGIME JURÍDICO

É importante, desde o princípio, definir e analisar os conceitos básicos dentro do Direito Administrativo, para que não haja defeitos de interpretação ou mesmo duplicidade de sentidos, em deferência à clareza.

Ao mencionar o termo Estado, tem-se em mente o sentido de que é a totalidade de todos os componentes da federação, em que cada um tem seu campo de atuação encerrado dentro dos limites balizados pela Constituição Federal, dentro do preceito fundamental do *rule of law*, em que ele é ao mesmo tempo criador do direito, bem como está sujeito ao próprio direito.

Dentro do Estado, há a expressa separação dos poderes, definição dada pelo artigo 2º da Constituição Federal, cada qual com uma função determinada, típica, mas também portadores de funções atípicas, em que cada poder, quando autorizado pela Constituição Federal, realiza, também, função diversa da sua típica, preponderante, por exemplo, quando o judiciário estadual edita códigos de normas ou mesmo quando contrata ou exonera servidores.

O termo Estado, então, é ligado à unicidade federativa, sendo esta a forma do Estado. Já o termo governo é sinônimo do poder executivo de cada ente federado, organizado a partir do sistema republicano de governo.

Em relação à Administração Pública, diversas são as classificações ofertadas pela doutrina, tanto nacional, quanto internacional. O maior consenso doutrinário aqui reproduzido é a divisão de Administração Pública entre os seus aspectos objetivos e subjetivos, em que o primeiro designa a natureza de atividade e a segunda acepção compreende, basicamente, as pessoas jurídicas, os agentes públicos e os órgãos componentes da atividade do Estado.

Observe-se a classificação dada à Administração Pública em sentido objetivo por José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra:

“Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública (res publica), é infestável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos com vistas a sua proteção segurança e bem-estar. Essa a administração pública, no sentido objetivo.”²

A Administração Pública, neste sentido, está relacionada diretamente com a função política e o governo, com laços mais estreitos com o ramo do Direito Constitucional do que com o Direito Administrativo em si. Tanto por essa proximidade e diferença substancial que alguns autores preferem distinguir a própria grafia do termo, em que “administração pública” com iniciais minúsculas se refere à função política, no sentido objetivo da expressão.

No sentido subjetivo, a Administração Pública, com iniciais maiúsculas, é definida na obra da Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Predominantemente, a função administrativa é exercida pelos órgãos do Poder Executivo; mas, como o regime constitucional não adota o princípio da separação absoluta de atribuições e sim o da **especialização**³ de funções, os demais Poderes do Estado também exercem, além de suas atribuições predominantes – legislativa e jurisdicional – algumas funções tipicamente administrativas. Tais funções são exercidas, em parte, por órgãos administrativos existentes no âmbito dos dois Poderes (as respectivas Secretarias) e, em partes, pelos próprios parlamentares e magistrados; os primeiros, por meio das chamadas leis de efeito concreto, que são leis apenas, em sentido formal, porque emanam do Legislativo e obedecem ao processo de elaboração das leis, mas são verdadeiros atos administrativos, quanto ao seu conteúdo; os segundo, por meio dos atos de natureza disciplinar, atos de provimento de seus cargos, atos relativos à situação funcional dos integrantes do Poder Judiciário.

Assim, compõem a Administração pública, em sentido subjetivo, todos os órgãos integras das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas. São os órgãos da **Administração Direta** do Estado.”⁴

É importante notar, de acordo com a classificação subjetiva acima, que órgãos como o judiciário também possuem atividades administrativas, mesmo que precipuamente sua atividade seja outra, de maneira que, dentro de sua função administrativa, os agentes públicos são passíveis de improbidade administrativa, conquanto não atuem dentro da estrita legalidade e com respeito aos princípios

² CARVAHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo : Atlas, 2012, p. 11.

³ Grifo como qual na obra original.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo : Atlas, 2013, p 58.

administrativos, mesmo dentro de seu campo de discricionariedade, uma vez que um ato administrativo discricionário, mesmo que regularmente realizado, pode ser fruto de uma vontade viciada, imbuída de má-fé, que atente contra os princípios da Administração Pública.

2.2 REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, por vezes, pode ser submetida ao complexo de regramento jurídico reservado aos entes privados, bem como, ao complexo de regramento jurídico reservado especificamente à Administração Pública. Isto se dá diante da necessidade de adequação da Administração perante inúmeras variáveis dentro do seu campo de ação, uma vez que algumas entidades públicas, frutos da descentralização, teriam sua existência e sua operabilidade inviabilizadas, caso seu regime jurídico fosse totalmente preso ao regime Público.

Mesmo que a Administração possa, em casos especificados pela legislação se valer de modelos privados de regime jurídico, essa submissão nunca será integral, pois sempre deverá respeitar, ao menos em parte, as restrições do regime jurídico de Direito Público.

A partir desta dualidade, faz-se imperioso distinguir as expressões Regime Jurídico da Administração Pública e Regime Jurídico administrativo, distinção elaborada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A expressão **regime Jurídico da Administração Pública**⁵ é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito Público e de direito privado que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime Jurídico administrativo** é reservado tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública uma posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.”⁶

Assim, o regime Jurídico da Administração Pública abrange tanto os órgãos que compõe a administração pública, bem como os entes personalizados da administração indireta, elencados em lei, como as autarquias, as empresas públicas,

⁵ Grifo da autora.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 61.

as sociedades de economia mista, as fundações públicas e as associações públicas, também chamadas de consórcios públicos, esta última, conquanto possua personalidade jurídica de direito público, possuem natureza jurídica de autarquia. Desta forma, esta expressão em questão engloba tanto o regime de direito público quanto o regime de direito privado a que a Administração Pública pode ser submetida.

A segunda expressão, qual seja, regime Jurídico administrativo, engloba as prerrogativas e sujeições do próprio Direito Administrativo, em que a Administração se encontra em uma situação diferenciada em relação ao indivíduo, uma vez que a Administração necessita de ferramentas efetivas para que possa adequar o meio de execução para a realização de um fim específico, qual seja o interesse público.

Esta posição vertical, diferenciada, surgiu diante da necessidade de adequação entre a devida proteção dos direitos individuais frente aos frequentes excessos por parte dos estados totalitários do passado e a imperiosidade de suprir os interesses coletivos, dando margem à satisfação de diversas ações por parte da Administração para o bem do povo.

Diante de tal adequação, surgiram as restrições e prerrogativas da Administração Pública:

“Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração: **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explicita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**⁷. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.”⁸

Celso Antônio Bandeira de Melo vale-se de nomenclatura similar, mas com conteúdo muito próximo, em que denomina a “pedra de toque” do direito administrativo, ou seja, a base de todo o sistema do Direito Administrativo, a ideia fundante de tal sistema.

Essa “pedra de toque” do Direito Administrativo é composta por dois princípios, quais sejam, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade de tal interesse: “Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os

⁷ Grifos da autora.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 62.

mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.”⁹

Vale mencionar que o interesse público não é, tão somente, o interesse da Administração, mas sim a confluência entre o interesse geral da sociedade e o interesse da própria Administração Pública, em que em um mundo ideal, o meio termo entre cada qual seria atingido, harmonizado.

Desta maneira, o autor distingue o interesse público entre primário e secundário, em que o primeiro é o interesse dos indivíduos enquanto membros da sociedade em geral, não se considerando seus interesses individuais, mas a soma de seus interesses como integrantes de um todo maior. Já o interesse público secundário é o interesse particular do Estado, já que ele também é uma pessoa, mesmo que jurídica, em que seus interesses privados somente são válidos se não estiverem em conflito direto com os interesses públicos primários.

Esta situação de verticalidade entre a Administração e o indivíduo se faz necessária para que a Administração possa alcançar, mesmo que minimamente, os fins a que ela se dispõe, quais sejam, os interesses públicos:

“A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o poder público encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.”¹⁰

A partir desta posição vertical, a Administração adquire ferramentas hábeis para a consecução de seu fim. Ocorre que, não são poucas as situações em que há flagrantes desrespeitos, uma vez que, para satisfazer algum interesse pessoal, alguns Administradores Públicos se valem de tais prerrogativas para sobrepujar os interesses coletivos e fazer valer somente a sua vontade.

Desta feita, a Administração, além de suas prerrogativas, possui severas restrições em seu âmbito de atuação, principalmente no que tange às limitações

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

¹⁰ *Ibidem* p. 70-71.

impostas pela lei e, também, pelos princípios moralizantes adotados pela Constituição Federal.

A principal restrição a que a Administração é submetida, é à indisponibilidade do interesse público, sendo, de uma maneira geral, a própria razão de sua existência. Assim, os poderes atribuídos à Administração são revestidos de dever:

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de sus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.”¹¹

O desrespeito à supremacia do interesse público caracteriza desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato administrativo ilegal. O agente público responsável por esta ilegalidade pode ser responsabilizado, tanto através da lei de improbidade administrativa quanto pela própria lei penal, dentro de cada caso específico.

Aqui vale ressaltar que a função da Administração Pública é gerir os bens e os serviços públicos com vistas ao interesse público, ao interesse social, à consecução do bem-estar da sociedade e do seu desenvolvimento saudável, não sendo o seu fim a realização de interesses individuais, ou mesmo de interesses da própria Administração, quando em conflito com o real interesse social.

Conclui-se, por fim, que todos os entes e órgãos da Administração Pública, tanto direta quanto indireta, estão ligados ao regime-jurídico da Administração Pública, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas últimas, mesmo que em menor grau, ainda estão sujeitas a este regime jurídico, exemplo disto é a necessidade de realizar concurso público para preenchimento de seus quadros funcionais, mesmo que de maneira mitigada, uma vez que funcionários altamente especializados podem ser contratados sem a incidência de concurso público, desde que a sua contratação por concurso público seja altamente inviável à realização da atividade privada, tanto pela falta de indivíduos com a qualificação necessária ou

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 67.

mesmo a necessidade de contratar algum indivíduo específico, por conta de alguma característica ímpar deste indivíduo, lembrando que tal contratação sem concurso público deve ser devidamente motivada.

2.3 SERVIÇOS PÚBLICOS

O conceito de serviço público evoluiu desde o nascimento do estado liberal, assim como evoluiu a própria noção de estado, até o entendimento atual. Assim, a partir da doutrina, serão reproduzidos, aqui, algumas conceituações.

Esta reprodução se faz necessária para demonstrar que uma das grandes funções atuais da Administração Pública é oferecer serviços à coletividade, bem como demonstrar que esta prestação, por ser atividade-fim, deve ser realizada por agentes públicos contratados através de certame público, de acordo com a normativa do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Primordialmente, é importante definir a própria expressão *serviço público*, uma vez que ela comporta dois sentidos, quais sejam, um amplo e um restrito. O sentido amplo está contido no enunciado do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e o sentido restrito está contido no artigo 175 da Constituição Federal:

“No direito positivo, a expressão é utilizada ora em sentido amplo, ora em sentido restrito. Por exemplo, no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de *serviço público*, esta expressão aparece em seu sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já no artigo 175, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, a expressão serviço público é utilizada em seu sentido mais restrito.”¹²

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 106.

Assim, após a autora definir a diferença dada pela textualidade da lei entre o sentido amplo e o sentido restrito de serviço público, ela, então, o define, em seu sentido amplo, de maneira que tal definição exclui as demais atividades administrativas de natureza pública, tais quais o poder de polícia, o fomento e a intervenção: “Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”¹³

É interessante notar que em seu conceito, a autora frisa a atribuição legal dada ao Estado para o exercício de tal atividade, uma vez que a Constituição Federal, em seus artigos 21, incisos, X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, elencam alguns serviços públicos que poderiam ser da iniciativa privada, mas foram atribuídos ao Estado pela lei.

Por fim, tal conceito traz a exigência de que os serviços sejam prestados para satisfazer as necessidades coletivas, mesmo que determinadas, de maneira que o serviço público não pode ser direcionado somente a um único indivíduo especificamente determinado, devendo ser dirigido sempre à uma coletividade, mesmo que seja individualmente determinável, desde que seja ofertado a todos, como é o caso do fornecimento de energia elétrica. O que não pode é selecionar um indivíduo específico dentro de tal grupo e dar-lhe benesses específicas que são negadas a outros indivíduos que possuam características análogas a ele.

Carvalho Filho, após discorrer sobre a evolução e as características do serviço público, bem como após reproduzir um quadro de conceituações de autores nacionais e estrangeiros, assim conceitua o serviço público: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”¹⁴.

Este conceito reproduz, de maneira analítica, grande parte do conceito já discorrido, principalmente no que diz respeito ao sentido amplo conferido à expressão serviço público, ocorre que, aqui, soma-se a natureza das necessidades da coletividade, que podem ser essenciais ou secundárias, uma vez que, a Administração pode prestar, como deverás o faz, diversos serviços secundários, que poderiam muito

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 106.

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 321.

bem serem relegados à iniciativa privada, com grande vantagem para os administrados, como os serviços de correios e telégrafos, por exemplo.

Mateus Carvalho, em seu manual, define o serviço público como:

“Pode-se definir que será considerado serviço público toda atividade executada pelo Estado de forma a promover à sociedade uma comodidade ou utilidade, usufruída individualmente pelos cidadãos, visando ao interesse público, gozando das prerrogativas decorrentes da supremacia estatal e sujeições justificadas pela indisponibilidade do interesse público. Por fim, a atividade deve ser prestada pelo poder público, de forma direta ou mediante delegação a particulares que atuarão por sua conta e risco”¹⁵.

Quando o autor supracitado se refere ao uso das prerrogativas da supremacia estatal e das respectivas sujeições, ele cita, basicamente, o regime jurídico-administrativo.

Por fim, o último conceito a ser replicado é o conceito clássico oferecido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador das prerrogativas de supremacias e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”¹⁶.

A partir de todos os conceitos aqui expostos, pode-se inferir a existência de três elementos essenciais para o serviço público. Primeiramente, o elemento material do serviço público, que é a atividade em si, o “oferecimento de utilidade ou comodidade material”, a própria prestação do serviço de interesse público. Vale frisar que a iniciativa privada também pode manter atividades que beneficiem ou interessem à coletividade, como precipuamente o fazem, já que é ela a força motriz do desenvolvimento da sociedade, em que o desenvolvimento é consequência, não causa, já que o interesse primário da iniciativa privada é o lucro.

Ademais, a noção da atividade a ser prestada a título de serviço público para os administrados é mutável, de forma que é necessário haver definição legal que indique tal interesse e de como será a sua prestação.

¹⁵ CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2 Ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador : Juspodivm, 2015, p. 602.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 679.

O segundo elemento inferido a partir destes conceitos é o elemento subjetivo, que leva em conta a pessoa que presta o serviço e que realiza a atividade, ou seja, o Estado e seus delegados, permissionários e parceiros. A gestão Estatal sobre a consecução de tais interesses se dá a partir da normativa do artigo 175 da Constituição Federal, que permite a execução direta ou indireta.

O terceiro e último elemento, é o formal, em que se leva em conta o regime jurídico da prestação do serviço público que, a partir do conceito amplo de serviço público, o regime jurídico deve ser, ao menos em parte, o de Direito Público.

Ocorre que, com a evolução e o crescimento da sociedade, o modelo clássico de estado liberal acabou sendo modificado, em que a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado se tornou inviável, de forma que este passou a utilizar o expediente da delegação e da criação de pessoas jurídicas específicas para atuarem em determinadas áreas, em que o regime jurídico não é exclusivamente o de direito público.

Assim, para a satisfação do interesse público, a Administração Pública também atua em áreas específicas e de maneira específica, atuação esta que não pode ser confundida com prestação a de serviço público, como é o caso do poder de polícia, atividade vital da Administração de controle, bem como a exploração e a intervenção no campo da atividade econômica, sem contar, ainda, a execução de obras públicas, que não pode ser confundida com serviço público, uma vez que é meio e não o fim em si da Administração:

“Enquanto o serviço público visa a *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais.”¹⁷

O mesmo autor, ainda, diferencia serviço público de obra pública. Esta última é estática, ou seja, um produto de uma ação humana, sua fruição não é condicionada a uma prestação, não sendo necessário prévia existência de um serviço para que a obra

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 693.

seja executada. Já o serviço público é dinâmico, uma atividade que é ensejadora de desfrute¹⁸.

É forçoso, por fim, diferenciar serviço público de exploração estatal, de atividade econômica, uma vez que a atividade econômica é atribuída aos particulares, em que ao Poder Público somente é admitido exercer tal atividade expressamente através do texto Constitucional, em seu artigo 173. Outra grande diferença entre ambos é que a atividade econômica explorada pelo Poder Público será, majoritariamente, através dos ditames do regime de Direito Privado, diferentemente do serviço público, que será realizado através do regime de Direito Público, ou seja, do regime jurídico-administrativo.

O serviço público, tal qual o sentido estrito, prestado pela Administração Pública, mesmo que indiretamente através de concessionário, será remunerado através de tarifa, quando sua prestação puder ser individualizada e a lei permitir sua cobrança, uma vez que a Carta Magna confere a obrigação de prestação gratuita de alguns serviços públicos, que são verdadeiros direitos sociais, como a prestação de serviços referentes à saúde, educação, entre outros.

2.4 PRINCIPIOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Dentro da doutrina nacional e internacional, há grande variação de denominações dos princípios que regem a prestação de serviços públicos. É fato que a grande maioria dos princípios discorridos em tais doutrinas são variações ou ramificações de três princípios básicos, sendo eles o princípio da continuidade do serviço público, da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

Assim, “o princípio da **continuidade do serviço público**¹⁹, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos **contratos administrativos** e ao **exercício da função pública**.”²⁰

As consequências deste princípio em relação aos contratos administrativos são várias, dentre elas: rigorosidade de prazos; aplicabilidade da teoria da imprevisão, com

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 693.

¹⁹ Grifos da autora.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 112.

o fim de manter o contrato equilibrado financeiramente e permitir a continuidade do serviço; a inaplicabilidade, em partes, da exceção de contrato não cumprido contra a Administração; e os privilégios para a Administração, como a possibilidade de encampação, uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, de maneira a que o serviço seja continuado.

Em relação à função pública, este princípio gera efeitos dentro de diversos casos, como os prazos para que o servidor público permaneça no cargo, após pedido de exoneração; a relativização do direito à greve; e alguns institutos como a delegação, a suplência e a substituição.

O segundo princípio que rege os serviços público é o da mutabilidade do regime jurídico:

“O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins²¹ autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários ode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.”²²

Importante ressaltar um dos efeitos diretos deste princípio, como citado pela autora acima, é a impossibilidade de aquisição de direito adquirido perante a Administração, em que o interesse público ligado à prestação do serviço público suplanta o direito individual ao direito adquirido, de maneira que a Administração possa ter flexibilidade suficiente para desenvolver novas prestações de serviços públicos, sem ficar algemada às situações fáticas passadas.

Claro que essa flexibilidade não pode ser utilizada com fins escusos, estando o administrador sujeito às penalidades da lei de improbidade administrativa caso suas motivações sejam ilegais, no sentido de considerar somente interesses individuais e não os interesses sociais primários.

Ainda em relação à possibilidade da Administração de rescindir unilateralmente os contratos, isto faz parte das prerrogativas do regime jurídico-administrativo, respeitado as disposições contratuais e o interesse público.

²¹ Grifo da autora.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 113.

Carvalho Filho utiliza a nomenclatura “princípio da eficiência”, em uma versão ainda mais ampla do princípio da flexibilização dos meios aos fins, uma vez que engloba, em sua visão, o uso da evolução tecnológica, bem como avaliações que adequem o serviço à demanda social.²³

O terceiro princípio, o da igualdade dos usuários, garante que qualquer pessoa que faça jus às condições legais tem o direito de ter prestado o serviço público sem distinção originada por caráter pessoal. Ocorre que há a possibilidade de distinção na prestação de serviços públicos:

“A Lei de concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13-2-95) prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas ‘em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários’; é o que permite, por exemplo, isenção de tarifa para idosos ou tarifas reduzidas para os usuários de menor poder aquisitivo; trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade.”²⁴

O princípio da modicidade está englobado pelo princípio da igualdade dos usuários, uma vez que, a partir da razoabilidade, tem-se que os valores cobrados devem ser módicos, uma vez que o lucro não é função específica da prestação de serviços públicos pela Administração, além do que, os valores devem ser de tal monta que não exclua a possibilidade de uso pela parte mais humilde dos administrados.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, elenca dez princípios, em que a grande maioria são derivados dos princípios acima percorrido, ainda assim, é de grande valia citá-los:

a) Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; b) princípio da supremacia do interesse público; c) princípio da adaptabilidade; d) princípio da universalidade; e) princípio da impessoalidade; f) princípio da continuidade; g) princípio da transparência; h) princípio da motivação; i) princípio da modicidade das tarifas; e j) princípio do controle (interno e externo)²⁵.

Por fim, tem-se que a lei de concessões de serviços públicos, que é a Lei nº8.987/1995, em seu artigo 6º, §1º, diz que: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. ”

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* P.336.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 113.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pp. 686-687

Assim, a lei de serviços públicos acaba por elencar algumas condições que acabam por serem incorporados como princípios balizadores da prestação de serviços públicos pela Administração.

A não prestação ou mesmo a prestação inadequada dos serviços públicos obrigatórios, quando fruto da inépcia dolosa do Administrador Público, gerará responsabilidade, a ser apurada e punida através dos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que alguns setores da comunidade jurídica nacional queiram ceifar seu alcance, através do garantismo irracional e contra produtivo, que tem por efeito, como sempre, proteger os que tolgem o futuro da nação, uma vez que, ao tentar reduzir a incidência dos ditames dos artigos 9º e 11º somente aos casos dolosos, excluindo, inclusive, a culpa grave, nada mais fazem que postergar o domínio da imoralidade e da falta de ética dos agentes políticos nacionais.

2.5 AGENTES PÚBLICOS

A Constituição Federal se vale do termo “servidor público” em diversas oportunidades, em que tal expressão adquire mais de um significado, como por exemplo no título III, em seu capítulo VII, seções I, II e III, em que cada seção utiliza tal designação para um determinado tipo de agente público. Neste ponto, ainda, a Constituição deixa de utilizar a expressão funcionário público, que é utilizada, em diversos casos, pela legislação infraconstitucional, bem como discorre, também, acerca de pessoas que exercem função pública.

Essa imprecisão linguística presente na Constituição é solucionada a partir de interpretação expansiva do termo servidor público, devendo ser entendida como agente público, conforme a unanimidade da doutrina nacional o faz, e como ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro: “De alguns tempos para cá, os doutrinadores brasileiros passaram a falar em agentes públicos nesse sentido amplo. (...) Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.”²⁶

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo : Atlas, 2015, p. 654.

A Lei 8.429 de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa – em seu artigo 2º, acertadamente se vale do vocábulo “agente público” e o conceitua como: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

A partir do conceito dado pela Lei de Improbidade Administrativa, aceito pela doutrina e adotado pela jurisprudência, bem como pela conceituação doutrinária, os agentes públicos podem ser divididos em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o poder público.

Em um primeiro momento, o Mateus Carvalho oferece uma definição ampla de servidores públicos como integrantes do gênero agentes públicos:

“Sendo assim, podem ser considerados agentes públicos aqueles que exercem função pública em virtude de relação trabalhista, em qualquer dos entes da Administração Pública Direta ou Indireta, seja este regime estatutário, mediante a nomeação de servidores que se submetem às regras definidas em estatuto próprio, seja em regime de emprego, por meio de contratação de empregados, sob regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, para prestarem serviços, mediante emprego público.”²⁷

Neste quesito de agente público em função pública, tem-se, também, os servidores temporários, que são contratados através de processo simplificado, mitigando o dever de realizar concurso público, por uma necessidade excepcional de interesse público temporária, estando tal possibilidade de contratação inscrita no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal e regulada através de lei de competência de cada ente federativo.

Vale algumas considerações em relação aos particulares em colaboração com o Poder Público, em que o Poder Público responde objetivamente pelos atos praticados pelos particulares em colaboração, uma vez que, durante sua atuação, possuem função pública, representando diretamente o Poder Público:

“Também podem ser considerados agentes públicos aqueles que, mesmo não possuindo qualquer vínculo de natureza administrativa ou política com o ente estatal, atuam no exercício de funções públicas, como, por exemplo, o mesário no dia da eleição ou o jurado, no dia em que presta o serviço de atuação no júri popular, ou ainda, os agentes das concessionárias e permissionários de serviços públicos e os titulares das serventias de

²⁷ CARVALHO, Mateus. *Op. Cit.* p. 748.

cartório, autorizados, após aprovação em concurso, para execução de serviços notariais, mediante delegação.

Em todos casos, o Estado responde pelos atos praticados pelo sujeito, se ele causar dano a alguém no exercício da função pública, haja vista o fato de que, naquele momento, ostenta qualidade de agente público atuando em nome do ente estatal. De fato, a Administração Pública os habilita para atuarem em seu nome. ”²⁸

Existe certa controvérsia em relação à definição dos agentes políticos, principalmente após julgado do Supremo Tribunal Federal que considerou os Magistrados como agentes políticos²⁹, bem como em relação aos membros do Ministério Público.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são agentes políticos:

“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. ”³⁰

Assim, para o referido autor, somente aqueles são agentes políticos por conta da natureza política com que são vinculados ao Estado, em que sua atuação não é profissional, mas sim membros da sociedade que se dispõem a conduzir os rumos da Sociedade.³¹

Em relação aos membros da Magistratura, o Supremo Tribunal Federal os considerou agentes políticos por praticarem atos de soberania e de funções essenciais ao Estado. Já em relação aos membros do Ministério Público, é justificada pela função de controle, atribuída diretamente pelo texto constitucional, em seu artigo 129.

²⁸ CARVALHO, Mateus. *Op. Cit.* p. 748.

²⁹ RE 228.977, rel. min. **Néri da Silveira**, julgamento em 5-3-2002, Segunda Turma, DJ de 12-4-2002

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, pp. 247-248.

³¹ *Idem.*

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 INTRODUÇÃO E BREVE HISTÓRICO

A relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie. A primeira é genérica, em que a atividade de um indivíduo constitui ou é o objeto da relação ou do contrato em relação a outra parte.³²

A relação de emprego clássico é uma relação bilateral, com requisitos para sua configuração inscritos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis de Trabalho, resumidamente configurada na relação através da subordinação jurídica, personalidade do empregado, não-eventualidade e onerosidade:

“Os principais elementos da relação de emprego gerada pelo contrato de trabalho são: a) a personalidade, ou seja, um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar os serviços em favor de outrem pessoalmente; b) a natureza não eventual do serviço, isto é, ele deverá ser necessário à atividade normal do empregador; c) a remuneração do trabalho a ser executado pelo empregado; d) finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.”³³

Com o desenvolvimento do processo de produção e a oferta de serviços, diante da alta especialização da mão de obra contemporânea e do surgimento de novas necessidades no campo produtivo, em meados da segunda metade do século XX, surgiu uma nova figura no setor terciário, a terceirização, nomenclatura dada ao fenômeno de interposição entre o fornecedor imediato de mão de obra para o fornecedor mediato de serviços.

Desta maneira, rompe-se o paradigma da relação bilateral empregatícia e inaugura-se a relação trilateral empregatícia:

“Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força

³² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015, p. 172.

³³ *Ibidem*, p. 173.

de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalho envolvido.”³⁴

A empresa tomadora de serviços irá ter uma relação econômica de trabalho com a terceirizante, porquanto “aluga” a prestação de serviços desta empresa. Esta, a terceirizante, irá ter uma relação jurídica de trabalho com o empregado prestador de serviços, de maneira que cria uma relação trilateral entre o trabalhador, empresa terceirizante e empresa contratante.

Em meados da década de 1940, quando da compilação da Consolidação das Leis do Trabalho, tal fenômeno ainda não havia adquirido qualquer relevância social, porquanto o modelo de gestão e contratação empresarial somente passou a adotar tal prática décadas depois.

De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho havia reconhecido dois tipos de contratação que poderiam ser consideradas como percussoras de algumas práticas de interposição trabalhistas, tais quais os contratos de empreitada e os contratos de subempreitadas, reguladas nos artigos 455 e 652, alínea ‘a’, inciso III, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Foi somente décadas após a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho que a terceirização acabou por adquirir relevância socioeconômica, sendo que, a ordem jurídica reconheceu esta nova modalidade, ainda que, a partir de um movimento do próprio segmento público, em um viés descentralizador de alguma de suas atividades executivas.

“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 que não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor definido: 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.”³⁵

Neste ponto, a Administração Pública descentraliza algumas de suas tarefas, tais quais as meramente executivas e de caráter instrumental, através da contratação

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo : LTr, 2015, p. 473.

³⁵ *ibidem* p. 474.

de empresas interpostas, mediante contrato. O Decreto-Lei nº 200/67 foi, no mínimo, omissivo em relação ao alcance destas atividades, pois o legislador deixou de criar rol de atividades passíveis de serem terceirizadas.

Somente com a promulgação da Lei nº 5.645/70 é que foi definido os termos básicos desta terceirização administrativa:

“Observe-se o rol lançado pela Lei 5.645/70: atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. Trata-se de claro rol exemplificativo, como se vê. Não obstante isso, é também inquestionável que todas as atividades referidas neste rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio.

A autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividade-meio, atividades meramente instrumentais. Não há na ordem jurídica até então qualquer permissivo à terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço.”³⁶

No começo da década de 1990, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, diante da grande lacuna deixada pelo legislador e definiu algumas regras pertinentes à terceirização, sendo tal súmula válida atualmente, após diversas atualizações efetuados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que o artigo 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70, que trazia o rol exemplificativo e a vedação à terceirização da atividade-fim, foi revogado pela Lei nº 9.627/97. Além do que, esta última lei modificou várias outras leis, trazendo expressões genéricas, que poderia ampliar, e muito, as possibilidades de terceirização. Estas modificações ocorreram durante o período das privatizações do final da década de 1990, em que se tentou ampliar sobremaneira as margens aplicáveis à terceirização.

Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho, além de reafirmar a vigência da Súmula 331, mantém grande unicidade no que tange ao entendimento nela transcrito:

“Embora tais alterações normativas tenham produzido influencia em certos tribunais, com algumas dissensões frente à síntese interpretativa exposta pela Súmula 331 do TST (divulgada esta, como se sabe, originalmente, em dezembro de 1993) a verdade é que a ampla maioria da jurisprudência trabalhista do país (são 24 Tribunais Regionais do Trabalho em todo o Brasil), inclusive a larga maioria das oito turmas do TST e a própria Seção de Dissídios Individuais da mesma Corte Superior, tem compreendido a pertinência e atualidade do critério de terceirização exposto na Súmula 331.”³⁷

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.*, p. 477.

³⁷ *Ibidem* p. 481.

Já em relação à regulamentação legislativa acerca da terceirização no âmbito privado, será discorrido de maneira breve, somente a título de informação. A legislação basilar referente a tal fenômeno dentro das relações privadas se dá pela lei n. 6.019/74 (trabalho temporário) e pela Lei nº 7.102/83 (trabalho de vigilância bancária), pois até a edição destas leis, aplicava-se ao âmbito privado, analogicamente, a normativa referente à Administração Pública.

Após estas duas Leis, o parágrafo único do artigo 442 da CLT, regulamentou a forma de prestação de serviços entre os cooperados e as cooperativas, sem que houvesse vínculo de emprego entre ambos, desde que tal forma de prestação de trabalho não fosse utilizada somente como simulacro à flexibilização trabalhista.³⁸

Ainda neste viés, entrou em vigor a “Lei das Cooperativas de Trabalho” (Lei nº 12.690/2012), com conteúdo mais amplo que o parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Digno de nota, ainda, é a Lei nº 8.036/1990 (Lei do FGTS): “A lei n. 8.036, de 1990 (Lei do FGTS), por exemplo, tentou reunir na mesma fórmula conceitual referente às figuras de empregador e empregado tanto a relação de emprego típica como a relação trilateral terceirizante distinta da primeira.”³⁹

3.2 FLEXIBILIZAÇÃO LÍCITA E ILÍCITA NO ÂMBITO PRIVADO

A terceirização, como um todo, é regulamentada no Brasil pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

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

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.*, p. 479.

³⁹ *Ibidem*, p. 480.

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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Desta feita, é possível dividir, tanto para fins práticos como didáticos, em 4 grupos de possibilidades para a terceirização lícita no âmbito civil. O primeiro caso está inscrito no inciso I, da referida Súmula, que sejam, as contratações temporárias reguladas pela Lei nº 6.019/74, que traz os requisitos extras para que tal contratação seja considerada terceirização lícita: “Verifica-se no item I da Súmula n. 331, que a contratação por empresa interposta continua sendo ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, excetuada a hipótese de trabalho temporário. O TST continuou, portanto, considerando inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim da empresa, salvo o trabalho temporário.”⁴⁰

O segundo grupo de admissibilidade de terceirização lícita no âmbito civil são as atividades de vigilância, através do regimento específico da Lei nº 7.102/83 (Súmula 331, III, *ab initio*)⁴¹

A terceira possibilidade se dá nas atividades de conservação e limpeza (Súmula nº 331, III).

O último grupo permissivo de contratação terceirizada lícita equivale aos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, em que a prestação não pode estar conectada ao núcleo intrínseco da própria atividade do contratante, da sua atividade preponderante.

⁴⁰ BARRO, Alice Monteiro de. *Op. Cit.* p. 358.

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.*, p. 488.

Cumpra, pois, definir claramente o que é atividade-fim e atividade-meio, bem como diferenciá-las pontualmente, posto que esta é a fronteira entre a licitude e ilicitude da terceirização:

“Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica, contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.”⁴²

Assim, a partir da conceituação do ilustre jurista, tem-se que a atividade-fim é a essência, a natureza da atividade empresarial específica e a sua razão de ser, não tão somente as tarefas executivas que possibilitem a sua função primordial, mas as tarefas intimamente ligadas a esta função primordial, ao seu fim.

Já a atividade-meio é acessória, aquela que não tem por função criar a prestação específica da atividade empresarial, mas tão somente dar apoio material para que a função primeira da atividade empresarial possa ser desenvolvida:

“Por outro lado, atividades-meio são aquelas 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 de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: ‘transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas’. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).”⁴³

Findo esta conceituação, por fim, acerca da terceirização lícita, há de ser verificado a ausência de pessoalidade e subordinação direta, uma vez que a Súmula nº 331 combate a terceirização fraudulenta, mediante empresa interposta ou terceirização excessiva, em que a empresa terceirizante continua a direcionar os serviços a serem efetuados para a empresa tomadora de serviços, ou seja, os seus empregados, mesmo que prestando serviços para a tomadora, continuaram a responder somente à empresa terceirizadora.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.*, p. 489.

⁴³ *Idem.*

Exceção a esta regra é o trabalho temporário, em que há a permissão normativa para que o trabalhador da empresa terceirizadora responda à empresa tomadora de serviços pelo prazo temporário convencionado entre ambas as empresas.

Já a terceirização ilícita no âmbito civil se dá sempre que a prestação laboral terceirizada não seja enquadrada em um dos grupos acima discorridos, uma vez que tal prestação não estará regulamentada em qualquer preceito legal, perdendo, assim, qualquer validade contratual, sendo, então, considerado como contrato de trabalho direto.

Vale, por fim, mencionar, que a pessoa física não pode realizar contratos de terceirização, vez que tais contratos são exclusivos de pessoas jurídicas. Caso uma pessoa física realize tal acordo, será considerado emprego direto, se houver os traços distintos de não eventualidade, onerosidade, serviços pessoais e subordinados a outrem.

3.3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.3.1 Conceito

Dentre a função administrativa, a partir da sua concepção objetiva, conforme já analisado no primeiro item do primeiro capítulo, em sua atividade diretiva material, pode ser realizada por qualquer um dos três poderes, bem como por terceiros, quando da prestação de serviços públicos⁴⁴.

Neste conceito, é abrangido todas as funções administrativas, como os serviços públicos, o poder de polícia e a atividade de fomento intervenção. Estes três últimos, por serem atividades inerentes da Administração Pública e por serem indelegáveis, não são passíveis de terceirização.

Já os serviços públicos, estes sim passíveis de terceirização até certo ponto, são divididos em gestão estratégica, gestão operacional e execução material. A gestão estratégica está ligada diretamente ao interesse público secundário, ou seja, o interesse público da Administração, no sentido de definir quais são as prestações que devem ser executadas, dentre todos os serviços passíveis de serem prestados, já que

⁴⁴ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo : Ltr, 2001.

a Administração Pública, diante da reserva do possível, dentro de seu campo discricionário, dará enfoque maior ou menor para determinados serviços, bem como os objetivos a serem alcançados através de tal prestação.

A gestão operacional situa-se em nível mais específico, já dentro da operacionalidade da prestação em si, na sua forma específica de prestação, em seus meios de concretização.

Por último, tem-se a execução material, que versa especificamente acerca da pessoa a executar as atividades definidas pelos gestores.

Em resumo, a gestão estratégica versa sobre o que será prestado e a razão de tal préstimo; a gestão operacional define como tal prestação se dará; e a execução material é a definição de quem irá prestar o serviço.

A concessão, a permissão, que são espécies de descentralização por colaboração, e a gestão estratégica sempre ficarão a cargo da Administração, sendo delegada somente a gestão operacional e execução material.

A descentralização com a criação de nova pessoa jurídica de direito público ou privado, através de lei específica, é a forma que o Poder Público delega o serviço como um todo, desde a gestão estratégica até a execução material.

A terceirização em si é a delegação de determinada execução material de um serviço público, assim, a Administração realiza a gestão estratégica e a gestão operacional, somente delegando, no todo ou em partes, a execução material de um determinado serviço⁴⁵.

A distinção entre a concessão e a terceirização se dá tanto pela natureza da atividade, bem como pela natureza da sua remuneração, uma vez que a atividade prestada pela concessão vai desde a gestão operacional, com relativa independência, dentro das possibilidades estabelecidas na licitação e no contrato, até a execução material. A remuneração da concessionária se dá através do pagamento de tarifa pelo usuário do serviço, criando uma relação consumerista com o usuário. Já no contrato de prestação de serviços diretos, terceirização, o contratado é remunerado por meio do contrato firmado com a Administração e figura como mero executor de atividade específica, sem qualquer relação com o usuário⁴⁶.

⁴⁵ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. Cit.* p. 44.

⁴⁶ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. Cit.* p. 121.

3.3.2 LEGISLAÇÃO FEDERAL PERTINENTE

A evolução histórica legislativa em relação à legislação federal pertinente à terceirização já foi analisada neste capítulo, conforme item 3.1, parte-se, então, para a análise da legislação pertinente atual, no âmbito federal.

Atualmente, a possibilidade de a Administração Pública contratar empresas para executar serviços na modalidade de terceirização foi criada pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que permitiu esta modalidade de contratação, com a necessidade de prévia licitação, para assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Este artigo foi, posteriormente, regulamentado com a promulgação da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações).

O governo federal, através do Decreto nº 2.271/97, disciplinou a contratação de prestadores de serviço pela Administração Federal direta e indireta, com rol de atividades a serem executadas preferencialmente de forma indireta ou terceirizada.

O Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, a partir de sua secretaria de logística e tecnologia da informação, criou a Instrução Normativa nº 18/97, para que fosse disciplinado a contratação de serviços de execução indireta e continuada.

Esta instrução normativa era falha no sentido de não prever regras específicas sobre o plano e fiscalização de contratação pela Administração. Desta maneira, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 02/2008, atualizada em 6 ocasiões⁴⁷.

O último elemento normativo acerca da terceirização no âmbito da Administração Federal foi a súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que foi atualizada após o julgamento de Ação Direta de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁸.

3.3.3 Os LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir do regime jurídico-administrativo, tem-se que a Administração deve ser pautada pela estrita legalidade de seus atos, de maneira que ela somente pode firmar

⁴⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitações para Contratação de Serviços Continuados ou Não, A Terceirização na Administração Pública**. 1 ed. São Paulo : Matrix, 2015.

⁴⁸ Ação Direta de Constitucionalidade número 16/DF.

contratos de prestação de serviços executivos de terceirização nos casos específicos previstos em lei, sob pena de responsabilização do agente que desrespeitar os limites legais. Em regra, tais contratações devem ser realizadas mediante procedimento licitatório.

O dispositivo do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, que autoriza a contratação temporária de excepcional interesse público, é regulada no âmbito federal pela Lei nº 8.754/93, em queo seu artigo 1º autoriza tais contratações: “Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.”

Já o artigo 2º desta lei traz rol exaustivo acerca do que é considerado necessidade temporária de excepcional interesse público e os demais artigos da lei trata da maneira como a contratação será feita, bem como define dotação orçamentária específica à contratação, a duração do prazo de contratação e a remuneração dos contratados temporários.

Uma segunda forma lícita de terceirização de serviços públicos é a definida na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitação), sendo que os artigos 1º e 2º definem a competência da lei e institui a contratação mediante processo licitatório como regra geral:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

O artigo 2º autoriza a contratação de serviços no sentido de execução direta de atividade por parte do contratado, mas tais serviços somente são exemplificados no artigo 6º, inciso II, da Lei de Licitações:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

O Decreto nº 2.271/97, ao disciplinar a contratação de serviços pela Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, em seu artigo 1º, autoriza a: “execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. ”

O artigo 1º, § 1º, do decreto em questão, traz, também, pequeno rol de atividades que devem ser realizados preferencialmente mediante execução indireta: “§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta”.

Por fim, o Decreto, em seu artigo 1º, § 2º, veda a execução indireta de atividades que possuam plano de carreira específico, com exceção de cargos extintos, total ou parcialmente: “§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

A partir desta vedação, a contratação para execução indireta de serviços em que haja plano de carreira e quadro funcional, caracteriza claro desrespeito à exigência de concurso público. A Administração tem a obrigação de criar tais cargos, quando a prestação de serviços dizer respeito à essência do próprio serviço⁴⁹, entretanto, em alguns casos, a Administração deixa de criar tais cargos, ou mesmo atrasa a sua criação por prolongado lapso temporal, e se vale da ausência do cargo para realizar a contratação de prestação indireta do serviço.

Em relação à contratação para execução indireta de serviços pela Administração Federal, dos órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG – regulado pela Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, é interessante ressaltar a normativa contida no

⁴⁹ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. Cit.* p 134

artigo 10, inciso I, da Instrução Normativa que veda o exercício do poder de mando sobre os empregados terceirizados:

Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

I - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário;

Isto se dá a partir da necessidade de precaução da Administração, uma vez que a subordinação direta é um dos requisitos para a configuração de relação direta de emprego, de maneira que esta vedação é instrumento de assaz necessidade para prevenir a Administração e o agente público fiscalizador de possível responsabilização, uma vez que o prestador de serviço indireto se tornaria um servidor público de fato, contrariando os preceitos legais da contratação de servidores públicos a partir de concurso público. Neste mesmo sentido, a Lei de Licitações e Contratos exige que a empresa contratada mantenha preposto aceito pela Administração: “Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato”.

Neste sentido, a partir da Consolidação das Leis do Trabalho e do princípio da primazia da realidade, estaria configurada a relação de trabalho. Entretanto, a exigência de concurso público para provimento de cargos é exigência constitucional inscrita em seu artigo, 37, inciso II, de maneira que não é possível que se forme vínculo empregatício com a Administração por outra via que não a do concurso público.

O artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, confere como prerrogativa à Administração de fiscalizar a execução do serviço, em que o verbete prerrogativa deve ser lido a partir da concepção do regime jurídico-administrativo, ou seja, não no sentido de uma vantagem, mas sim de um poder-dever, uma obrigação da Administração.

Vale mencionar que a contratação de empresas para prestação de serviços indiretos, na forma de terceirização deverá constar no orçamento do ente federado, como “outras despesas de pessoal”, que, logicamente, entrará no computo geral para o limite de gastos com pessoal, definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁰.

⁵⁰ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Op. Cit.* p 156

4 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A TERCEIRIZAÇÃO ILÍTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

4.1 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cumpre, pois, de início, a título de considerações gerais, enfatizar que a lei de improbidade administrativa não foi criada somente para combater à corrupção, posto que a corrupção é um dos grandes males que afligem a administração pública, mas não é a totalidade do objetivo da lei. A corrupção é espécie do gênero improbidade:

(...) a corrupção configura tão-somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadrados sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.⁵¹

Durante toda a história legislativa do Brasil, a preocupação acerca da probidade administrativa foi uma constante, pelo menos a partir da instauração da república, em que as Constituições de 1891 e 1934 trataram a violação da probidade como crime de responsabilidade. Já a Carta Constitucional de 1946 a previu como delito político. A Carta Militar de 1967 manteve a improbidade como crime político, somado à Emenda Constitucional nº 1/69, que trouxe o atentado à probidade como crime de responsabilidade, sendo o primeiro diploma legal a trazer a improbidade com natureza dúplice, de crime de responsabilidade e de crime político⁵².

Ainda na década de 60, teve início a criação do atual microsistema de proteção à moralidade administrativa, hoje composto, basicamente, pelas Leis nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular); 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública); Constituição da República de 1988; e 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Este microsistema de proteção à moralidade administrativa, denominada por parte da doutrina administrativa como Direito Administrativo Sancionador, teve o sentido e o alcance da preocupação com a probidade administrativa ainda mais alargado, uma vez que trata do assunto em diversos momentos, como por exemplo no

⁵¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2ª edição, editora Lumem juris, rio de janeiro, 2004, pág. 7.

⁵² BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, Pág. 22.

capítulo atinente aos direitos políticos; no capítulo da Administração Pública; e também no capítulo relativo ao Poder Executivo:

“O constituinte originário, portanto, ao frisar em diversas posições, espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional – ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos políticos, à Administração Pública e ao Poder Executivo – deixou clara a necessidade de sancionar gravemente os atos de improbidade administrativa, estabelecendo como uma das metas da República Federativa do Brasil o controle e combate incessante da improbidade administrativa (...)”⁵³

Fica patente a preocupação constante do constituinte originário acerca da probidade administrativa, principalmente através de toda a carga principiológica contida na Constituição Federal, de maneira que toda e qualquer interpretação, inclusive da lei de improbidade administrativa, deve ser feita a partir do conjunto teleológico constitucional, até mesmo porque a noção de probidade e improbidade administrativa, construída ao largo do tempo em cada sociedade, ainda não encontrou definição clara para a sociedade brasileira:

“Improbidade Administrativa para a sociedade brasileira possui um significado próprio, e pelo que indicam as fores diferenças entre as lições dos autores que tentaram conceitua-la, esta real significação pode ainda não ter sido captada, fato que coloca em dúvida, inclusive, o proveito dessas concepções doutrinárias, para compreender o teor e os limites da categoria sob crivo. Nessa medida, eventual doxismo há de ser superado.

A efetiva verificação das regras e princípios, implícitos contidos no ordenamento jurídico, relacionados à improbidade administrativa, constitui-se em indispensável condição para desconstruir ou confirmar o que já foi produzido, ou, então, descortinar algo novo.”⁵⁴

Esta construção de identidade própria nacional do que seja improbidade está sendo construída aos poucos, em que o ponto de convergência de todas as concepções figura na Constituição, tanto a partir de seus princípios expressos, quanto em sua significação principiológica como uma unidade. Atualmente, a doutrina classifica em cinco acepções a configuração de um ato de improbidade:

- A) Concepção substantiva: Reconhece o ato de improbidade administrativa como violação do princípio da moralidade administrativa;
- B) Concepção legalista ou formal: O ato improprio é aquele que viola a estrita legalidade;

⁵³ BERTONCINI, Mateus. *Op. Cit.*, p. 24.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 72.

- C) Concepção mista: Ato de improbidade como violação simultânea dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa (binômio legalidade-moralidade);
- D) Concepção principiológica restrita: Entende o ato de improbidade como violação dos princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal; e
- E) Concepção Principiológica ampla ou da juridicidade: Defende o ato de improbidade como violação de todos os princípios da Administração Pública ou como atentado à juridicidade ou à legalidade em sentido amplo.⁵⁵

No que tange ao princípio da legalidade, é possível identificar um sentido amplo e um sentido estrito:

“Hoje, é possível falar em legalidade restrita, significando exigência de lei, em sentido formal, para a prática de determinados atos, em especial os que restringem direito do cidadão, tal como decorre do artigo 5º, II, da Constituição.

Todavia, também é possível falar em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico.

Neste sentido amplo, a legalidade (ou o direito) absorveu todos os demais princípios, inclusive o da moralidade. No sentido restrito, a legalidade exige obediência à lei, enquanto a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade.”⁵⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello faz análise acerca do são os princípios e a sua validade dentro do sistema jurídico:

“Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: ‘Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico’. Eis porque: ‘violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra’.”⁵⁷

⁵⁵ BERTONCINI, Mateus. *Op. Cit.*, p. 70.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 971.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 53.

Assim, quando a Constituição Federal elege seus princípios essenciais, eles adquirem uma importância muito maior do que simples enfeites ou embelezadores textuais.

Longe da pretensão de eleger uma concepção ou outra como melhor ou com mais pontos positivos, vale a análise sintática sobre a improbidade administrativa e o combate à corrupção e às práticas desabonadoras da Administração Pública:

“O enfrentamento da corrupção, segundo se pode inferir, constitui-se em ideologia constitucional e em necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que se possa construir, gradativamente, uma sociedade livre, justa e solidária – proba, em última análise –, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º da CF). Não há dúvida de que esses objetivos constitucionais são incompatíveis com os deletérios efeitos causados pela corrupção, devidamente denunciados no preâmbulo da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, transcrito na primeira parte deste trabalho.

A ideologia constitucional de probidade na Administração Pública é também uma finalidade que vincula a todos, que há de ser revelada em qualquer concepção e respectivo conceito de ato de improbidade administrativa, que realmente tenha o compromisso de expressar a linguagem constitucional, prisma pelo qual o jurista deve proceder a interpretação dessa categoria, adensando ao seu termo esse princípio e esse compromisso finalístico e pragmático, contra a cultura de improbidade, e em respeito à força normativa da Constituição, à sua ‘força ativa’, no dizer de Konrad Hesse(...)”.⁵⁸

É neste enfoque que a Lei de Improbidade Administrativa vai ser analisada neste trabalho, a partir da efetivação da vontade constitucional, deste compromisso de expressar a linguagem constitucional, dentro de um prisma pragmático, com compromisso finalístico.

Para tanto, faz-se necessário definir, desde já, a diferença sutil entre imoralidade administrativa e improbidade, uma vez que a Constituição se vale do termo improbidade administrativa nos artigos 15, V e 37, § 4º da Constituição, conquanto utiliza o termo imoralidade administrativa nos artigos 5º, LXXIII, e 37, *caput*, da Constituição.

A Constituição deixou ambas as expressões sem uma definição específica e completa, cabendo, então, ao Supremo Tribunal Federal fixar exatamente o conceito e o alcance de tais expressões. Enquanto tal corte não o faz, cabe a doutrina jurídica nacional dar um conceito aproximado a tais termos, com base na interpretação da própria Constituição, uma vez que não seria coerente buscar outro texto legal para

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Op. Cit.*, p. 141.

dar-lhe valoração que não o próprio texto máximo nacional, inclusive o texto que traz tais expressões.

Neste sentido que torna possível a inferição da imoralidade administrativa como diferente da imoralidade no sentido comum, uma vez que a imoralidade administrativa versa sobre a moralidade jurídica que advém da Constituição e está alicerçada dentro do regime jurídico-administrativo, posto que somente pode figurar como sujeito ativo de ações ímprobadas aqueles que mantem vínculo com a Administração, qualquer que seja a natureza de tal vínculo, até mesmo aparente.

Sendo a moralidade administrativa uma moralidade jurídica, tem-se que é uma conjunção de regramento que versam acerca da conduta disciplinadas dentro da Administração⁵⁹.

A Improbidade Administrativa pode ser conceituada como espécie, em que o gênero, mais amplo, é a imoralidade administrativa:

“Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a Improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente⁶⁰.”

Desta maneira é possível que um agente público possa agir de maneira imoral e não ter sua conduta abrangida pela Lei de Improbidade Administrativa, se ausente a desonestidade. Já que se o contrário fosse, qualquer infração meramente administrativa daria ensejo à punição, tal como uma infração de trânsito, ou mesmo a sua impontualidade:

“Se assim é, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as ideias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo⁶¹.”

⁵⁹ ALVARENGA, Aristides Junqueira et al. **Improbidade Administrativa Questões Polêmicas e Atuais**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 106.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁶¹ ALVARENGA, Aristides Junqueira et al. *Op. Cit.*, p. 108.

Ocorre que, o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa traz a forma culposa, em que parte da doutrina considera tal elemento subjetivo como inconstitucional, sem razão alguma, pois agindo o agente público de forma ilegal e causando danos ao erário, desde que provada o nexo causal entre a ação ou omissão ilegal no exercício da função e o dano.

Seria irresponsável, para dizer o mínimo, da parte de qualquer jurista defender a obrigatoriedade do elemento subjetivo ser somente o dolo para a responsabilização do agente público nos termos do artigo 10 da referida lei, a não ser que se queira perpetuar o descaso, o desperdício e a impunidade com que a Administração Pública é marcada. É claro que a punição através da culpa deve ser analisada em cada caso concreto, de maneira a evitar generalizações, através do alvito cuidadoso do Magistrado.

4.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE

4.2.1 SUJEITOS PASSIVO E ATIVO

O ato de improbidade para ser caracterizado obrigatoriamente deve possuir o sujeito passivo, o sujeito ativo, a ocorrência de ato danoso descrito na lei e o prejuízo ao erário público ou atentado contra os princípios da administração pública, bem como o elemento subjetivo, dolo ou culpa.

O sujeito passivo está definido no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita

anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Importante frisar que as empresas privadas ligadas ao Estado a partir das ações de fomento, por meio de subvenções, incentivos ou contribuições, estão incluídas no rol de sujeito passivo que pode ser atingido por atos de improbidade administrativa. Aqui são incluídas as entidades de serviços sociais autônomos, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer tipo de entidade criada ou mantida com recursos públicos.⁶²

O sujeito ativo pode ser qualquer um que, “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”⁶³. Os agentes públicos foram previamente definidos e analisados neste trabalho, conforme item 2.5.

4.2.2 RESERVA LEGAL E ANTERIORIDADE

É antigo e longo o dissenso doutrinário acerca da natureza dos atos de improbidade, em que a doutrina majoritária tende a aproximar tais atos ao regramento penal e aos princípios, como o princípio da anterioridade e da reserva legal.

Ocorre que a prévia previsão legal de conduta ilícita, tal qual no direito penal, encontra incompatibilidade com a Lei de Improbidade Administrativa, principalmente quando tal lei deixa de estabelecer rol taxativo de condutas para seu campo de incidência ou mesmo quando faz referência a princípios normativos de natureza aberta, sem qualquer conduta específica.

Desta feita, faz-se necessário adaptar tais princípios penais à Lei de Improbidade Administrativa, como respostas a estes questionamentos:

“A resposta, a rigor, é simples: tais ideias são antitéticas. Reserva legal e anterioridade, postulados próprios do direito penal, conforme definidos no art. 1º, do CP, não são compatíveis com a concepção de que os princípios podem ser causa bastante de ato de improbidade e conseqüentemente sanções. Com efeito, não se pode esquecer que as normas-princípio são *standarts* e que ‘não prescrevem conduta, permitindo diversos graus de concretização’ nos termos da já citada lição de Canotilho”.⁶⁴

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.*, p. 981.

⁶³ Artigo 3º, da Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.

⁶⁴ BERTONCINI, Mateus. *Op. Cit.*, p. 155.

Caso o jurista se atenha estritamente à dogmática penal clássica, sem considerar a natureza híbrida e ainda sem determinação específica da Lei de Improbidade Administrativa, sem fazer qualquer consideração em relação à distinção entre regras e princípios, pois o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa tipifica princípios como conduta, ele irá, invariavelmente, esvaziar, quase que por completo, a eficácia em seu sentido amplo da Lei de Improbidade Administrativa e da própria Constituição, uma vez que a Lei Maior pugna pela moralidade administrativa e pela probidade, bem como a Lei de Improbidade nada mais é que uma das ferramentas criadas para efetivação desta finalidade da Lei Maior:

“Sem o compromisso com a vontade da Constituição, presta o jurista com sua retórica um desserviço à comunidade, mantendo incólume e segura – porque não revelada – a ideologia dominante em parcela significativa dos círculos de poder, representada pela histórica, constante, volumosa e lesiva corrupção administrativa, contribuindo, assim, inconscientemente, por meio da dogmática jurídica descompromissada, para a socialização, homogeneização e perpetuação da setorial cultura de improbidade, cujos ilegítimos valores contrastam com a linguagem e a ideologia universalmente acolhidas e tornadas norma pela Constituição de 1998.”

“Dentre essas promessas de modernidade da Constituição de 1998 encontra-se o programa de implementação da cultura de probidade na Administração Pública, numa superação da velha contracultura da improbidade administrativa. Não há dúvida de que a linguagem e a ideologia da Constituição merecem e devem ser consideradas pelo intérprete da Lei Contra a Improbidade Administrativa, de forma a compreendê-la em seus reais contextos linguísticos, sistêmico e funcional, do que certamente emergirão a adequada conceituação de ato de improbidade administrativa e, o mais importante, a preservação da força normativa da Constituição.”⁶⁵

É claro que os princípios da reserva legal e da anterioridade não podem ser descartados, eles devem ser adaptados, já que a norma de improbidade não é a norma penal, de maneira que os postulados penais devem ser lidos frente à natureza específica da Lei de Improbidade Administrativa, bem como é importante frisar que a tipificação e o tipo não são privativos do direito penal, mas são modelos ou padrões determinados, pertencentes à teoria geral do direito.⁶⁶

Assim, a tipificação dentro da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente no que tange ao artigo 11, é diferente da tipificação penal, pois o tipo para o Direito Penal é a conduta específica, já para a Lei de Improbidade, é um padrão:

⁶⁵ BERTONCINI, Mateus. *Op Cit.*, p. 143-144.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 158.

“Diversamente, em se cuidando de violação a princípio constitucional, não há que se falar em descrição prévia da conduta, diante da natureza própria dos princípios, que não descrevem comportamentos, mas diferentemente, cuidam de valores fundamentais, estabelecem *standarts* comportamentais, que permitem diversos graus de concretização, a serem aferidos, caso a caso, pelo Poder Judiciário. Cuida-se, portanto, de uma segunda modalidade de tipo de improbidade administrativa – tipo de improbidade administrativa por violação de princípio normativo – que não encontra correspondência no direito penal.”⁶⁷

Conclui-se, desta maneira, que a tipicidade para a Lei de Improbidade, não é a descrição específica de uma conduta, mas sim, da especificação normativa do princípio que possua o condão sancionador em caso de desrespeito, ou seja: “prévia previsão de princípio dotado de sanção (reserva legal e anterioridade de ato de improbidade)”⁶⁸.

Os artigos 9º e 10, da referida lei, são mais específicos, fixando condutas que caracterizam os atos ímprobos, diferentemente do artigo 11, que é delineando por regras e por princípios, casos em que havendo descumprimento, haverá improbidade. Assim, os dois primeiros artigos citados são a regra geral, já o último, alberga a casuística excepcional:

“Como ficou claro a partir do estudo realizado relativamente às espécies normativas, incube as regras a fixação de condutas, ficando a cargo dos princípios outras funções, sendo apenas excepcionalmente empregados para a prescrição de comportamentos. Transferida essa doutrina para a Lei 8.429/92, não há dúvida de que as condutas ilícitas dos agentes públicos serão avaliadas inicialmente à luz das regras que fixam condutas, e, excepcionalmente, a partir dos princípios referidos na Lei 8.429/92.”⁶⁹

Ora, não aceitar esse modelo interpretativo é, até certo ponto, temerário, uma vez que, igualar as regras da Lei nº 8.429/92 aos ditames penais equivale a apagar, quase que por completo, qualquer possibilidade de incidência desta lei, ou seja, significa garantir a impunidade aos ímprobos. Por outro lado, interpretar esta lei a partir de uma visão simplista, pela exegese extrema, ao considerar somente a textualidade da lei, geraria, no mínimo, certo grau de incerteza e insegurança jurídica, pois haveria o risco de considerar improbo até atos administrativos simples, bem como a própria autotutela da Administração, ao reconhecer um ato nulo, então ilegal, seria prova suficiente de que houve o desrespeito a algum princípio administrativo.

⁶⁷ BERTONCINI, Mateus. *Op. Cit*, p. 159-160.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 161.

A simples incompreensão ou inaptidão para evolução não pode ter o condão de perpetuar o positivismo puro, que se acredita superado, principalmente através da promulgação da Constituição de 1988, em que criou um sistema baseado tanto no sistema de regras como no sistema de princípios:

“Se, de um lado, o modelo da Lei 8.429/92 pode gerar a incompreensão de alguns, que não aceitam a novidade representada pela improbidade decorrente de princípio normativo, de outro lado, não se pode esquecer a importância dessa espécie normativa no sistema, a autorizar esse verdadeiro avanço, escapando-se do tradicional legalismo estrito (tipicidade penal). Nas situações envolvendo a Administração Pública – em razão de sua grande dinâmica e constante transformação – ignorar o avanço poderia ser extremamente prejudicial, por deixar ao desabrigo valores constitucionais de fundamental importância, como é o caso do princípio da finalidade, cuja transgressão até então era desacompanhada de punição.”⁷⁰

Assim, a partir da Constituição de 1988, que inaugurou o sistema aberto de princípios e regras, exige-se do jurista maior desforço para compreender a legislação nacional como um todo, tanto no que tange suas regras como em relação aos seus princípios basilares e formadores do sistema normativo. Este é o novo papel do jurista nacional, ser um defensor de valores, transmutar-se de um autômato aplicador da textualidade legal para um pensador e concretizador dos valores inscritos na Constituição Federal:

“A incompreensão quanto a essa nova postura é esperada, haja visto o abandono da hermenêutica tradicional, no que se refere, especialmente, ao papel reservado ao Poder Judiciário, considerado até então apenas mero aplicador mecânico de regras estritas, e não do novo direito do Estado Democrático de Direito.”⁷¹

Este é o desafio, a responsabilidade e a função última de todo e qualquer jurista nacional, tanto Advogado, quanto Promotor ou Magistrado, ou seja, atingir a forma justa de distribuir a justiça, em que a busca por absolutos dentro da norma reguladora significa a não compreensão do que é justiça ou mesmo do que é o direito.

⁷⁰ BERTONCINI, Mateus. *Op. Cit.*, p. 162.

⁷¹ *Ibidem*, p. 165.

4.2.3 ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo trazido à baila para os casos de incidência de Improbidade Administrativa são tradicionalmente estudados dentro do regramento penal.

Hodiernamente, a necessidade do elemento subjetivo à punição, qualquer que seja o âmbito da responsabilização, toma ares absolutos porque a responsabilidade objetiva necessita da expressa previsão legal para tomar lugar no mundo jurídico.

Assim, deverá haver desencadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado para haver responsabilização. Dentro deste quadro de desencadeamento lógico, a vontade pode figurar através de duas formas distintas, o dolo e a culpa.

O dolo, longamente estudado dentro do Direito Penal, tem por definição mais básica como sendo: “a vontade consciente de realizar conduta típica”⁷², ou seja, a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo aceitar conscientemente o risco de produzi-lo.

A culpa é definida como: “comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado.”⁷³

Isto posto, a Lei nº 8.429/92 identificou três grupos de ação ou omissão relevantes e puníveis: Artigo 9º, que discorre acerca dos atos que importam em enriquecimento ilícito; artigo 10, que discorre acerca dos atos que causam prejuízo ao erário; e artigo 11, que discorre acerca dos atos que atentam contra os princípios administrativos.

Somente as ações e omissões previstas no grupo do artigo 10 prevê, expressamente, a incidência de responsabilização pelos dispositivos da Lei nº 8.429/92 por culpa do agente público. Já o artigo 9º e o 10, não previram expressamente a responsabilização por esta modalidade de elemento subjetivo:

“Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 7 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 233.

⁷³ *Ibidem*, p. 239

prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade. ”⁷⁴

O artigo 10 não traz qualquer distinção acerca da modalidade e grau de culpa, ficando, assim, ao arbítrio do julgador acerca da responsabilidade do agente público, através dos elementos probatórios trazidos dentro do caso concreto, em consideração ao grau de culpa e à previsibilidade do efeito danoso.

Já nos artigos 9º e 11, não há esta previsão expressa, sendo esta uma das razões determinantes para que a doutrina e o Superior Tribunal de Justiça deixassem de considerar a possibilidade de punir o agente público quando o fato tipificado em um destes dois artigos fosse praticado culposamente:

“Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo como primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se o fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais. ”⁷⁵

O Superior Tribunal de Justiça aceitava a teoria de responsabilização por ação ou omissão culposa do agente público que incorresse nas condutas inscritas nos artigos 9º e 11, principalmente na segunda turma. Ocorre que, a partir do ano de 2008, a primeira turma especial do Superior Tribunal de Justiça já havia, por unanimidade, reconhecido a necessidade da existência do elemento subjetivo doloso à configuração dos tipos fixados nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.

A segunda turma do Superior Tribunal de Justiça aderiu a tal entendimento no ano de 2010, com o julgamento do Recurso Especial Nº 765.212 - AC (2005/0108650-8), julgado em 02 de março de 2010:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO

⁷⁴ GARCIA, Emerso; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2 ed. rev. ampl., Rio de Janeiro : 2004, p. 297-298.

⁷⁵ GARCIA, Emerso; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. Cit.*, p. 298-299.

ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo. 2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal. 3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008). 4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11. 5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. 6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República. 7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade. 8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ. 9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário. 10. Recurso Especial parcialmente provido.

Assim, a matéria relativa ao elemento subjetivo dentro do âmbito de aplicação dos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, está pacificada no Superior Tribunal de Justiça, ressaltando-se que, ambas as turmas reconhecem a necessidade

do dolo para configurar o tipo de tais artigos, sendo aceito os casos de dolo genérico, como pode ser visto no voto do Ministro Herman Benjamin, na supracitada decisão:

“Repiso, contudo, que, como ressaltado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, não se exige dolo específico, mas dolo genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se desnecessária a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário. Tomando-se como exemplo a contratação de servidor sem concurso público, temos que o dolo está configurado se for manifesta a vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame (art. 37, II, da Constituição da República). É dolo *in re ipsa*⁷⁶.”

Por fim, vale destacar que o dolo *lato sensu* (direto – resultado querido e aderente à ação – ou eventual – risco de produção do resultado) é suficiente para configurar a subsunção da ação ou omissão aos ditames dos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

4.3 INCIDÊNCIA DE IMPROBIDADE NOS CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A construção jurisprudencial aceita no Superior Tribunal de Justiça é a de que os tipos inscritos nos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa somente incidem, no caso concreto, se presente o elemento subjetivo da vontade humana dirigida, quer seja, o dolo na ação ou omissão do administrador, ainda que genérico.

Somente é aceita a incidência da culpa para a tipificação inscrita no artigo 10 da referida lei. Assim, para que o autor do ato de terceirização seja responsabilizado nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, deverá ele agir imbuído de má-fé para burlar a exigência de concurso público para contratação de servidores.

Nos casos emergenciais, onde a necessidade de prestação de serviços público entra em conflito com a demora da contratação de servidores através de concurso público, há a possibilidade de ser realizada licitação para a contratação de mão de

⁷⁶ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=832125&num_registro=200501086508&data=20100623&formato=PDF visitado em 15 de setembro de 2015.

obra apta a realizar tal tarefa, desde que tal prestação seja feita por um decurso de tempo determinado e de curta duração:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ.

Não era exigível da ré ou de seus administradores conduta diversa para resolver emergencialmente, e por prazo exíguo, a falta de pessoal para a continuação da prestação dos serviços.⁷⁷ Diante da omissão do órgão responsável por autorizar a abertura de concurso público para as diversas áreas da ré, procedeu-se à licitação na modalidade convite, para que as empresas prestadoras de serviços pudessem fornecer a mão de obra necessária para suprir as deficiências, por curto espaço de tempo. A lei é regra de conduta geral e deve ser observada como norma de convivência social, mas não pode ser interpretada de forma a macular a honra das autoridades investidas, ainda que temporariamente, de uma parcela de poder político, como no caso dos autos. Evidente que a manifestação de vontade da Codesp através de seus dirigentes, não teve como finalidade causar dano, quer patrimonial, quer moral, à empresa. Apelações improvidas.

Fica patente que os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua, sem interrupções, de maneira que a Administração possui a faculdade de realizar a contratação indireta mediante licitação quando a falta de servidores importe na interrupção do serviço público.

Ocorre que esta situação de falta de servidores não pode ser alicerçada na desídia e má-fé do Administrador, uma vez que, a existência de concurso público válido com aprovados no limite de vagas não empossados, mesmo após lapso temporal razoável, obriga o mesmo a nomeá-los, caso contrário, o Administrador não poderá efetuar tais contratações via indireta, sob pena de incorrer em ato improprio:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO PARA O EXERCÍCIO DE DIVERSAS ATIVIDADES, NA COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CEDAE, MESMO NA EXISTÊNCIA DE CONCURSADOS À ESPERA DA NOMEAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, APOIADO EM ANÁLISE DE AMPLO ACERVO PROBATÓRIO, CONSTATA A CONDUTA DOLOSA DOS RÉUS E CONCLUI PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. REVISÃO OBSTADA PELA SÚMULA N. 7 DO STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA INADEQUADA DAS PROVAS. NECESSIDADE DE RÉEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. ARTIGOS 128 E 460 DO CPC NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS.

1. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, após análise de amplo acervo probatório e atento à legislação local, constatou que as condutas dos réus foram praticadas dolosamente, **porquanto, mesmo**

⁷⁷ Grifo nosso.

cientes da necessidade de contratação de pessoal por meio do concurso público, continuaram a contratar pessoal, por meio de contratos de terceirização, para as mais diversas atividades, em detrimento daqueles que lograram aprovação em concurso público.⁷⁸

(...)

7. Com relação ao art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ante a gravidade da conduta descrita no acórdão recorrido, não se observa desproporcionalidade das penas impostas, quais sejam: (I) perda da função pública, (II) suspensão dos direitos políticos por cinco anos, (III) proibição de contratar com o Poder Público pessoalmente ou por interposta pessoa, ainda que como sócios majoritários de pessoa jurídica, e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos, e (IV) multa de dez vezes o valor da mais alta remuneração percebida no período da respectiva gestão.

8. Recursos especiais interpostos por Lutero de Castro Cardoso e Celso Almeida Parisi não conhecidos; Recursos especiais interpostos por Celso Leitão Correa e Aluizio Meyer de Gouvêa Costa parcialmente conhecidos e, na parte correlata, não providos.

Ficou evidenciado, no caso supracitado, a má-fé do Administrador, uma vez que, mesmo havendo aprovados em concurso público, este deixou de empoçá-los e manteve as sucessivas contratações mediante terceirização ilícita. Ocorre que, mesmo não havendo concurso público dentro de seu prazo de validade, o Administrador é obrigado a realizar tal certame para a contratação de servidores, onde a sua desídia e demora injustificada não são argumentos válidos para elidir sua responsabilidade:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.⁷⁹

2. (...)

3. (...)

4. O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para

⁷⁸ Grifo nosso.

⁷⁹ Idem.

trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

5. In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de dano ao patrimônio público, porquanto os ocupantes dos cargos públicos efetivamente prestaram os serviços pelos quais foram contratados, consoante assentado pelo Tribunal local, tampouco ensejou o enriquecimento ilícito aos seus dirigentes. Esses fatos impedem as sanções econômicas preconizadas pelo inciso III, do art. 12, da Lei 8429/92, pena de ensejar enriquecimento injusto.

6. (...)

7. Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se auffer pela proibição de para contratar com a Administração Pública.

8. Destarte, considerada a inocorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, uma vez que os serviços foram realizados, a reversão ao estado anterior manifesta-se impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*).

9. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, o fato de a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, ter se dado mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra (terceirização de serviços) e não de contratação originária, consoante afirmado no voto proferido na sessão realizada em 06.11.2007, não enseja a alteração do entendimento externado naquela assentada, máxime porque "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrados no acórdão, não podem servir de justificativa para eximir o agente público e isentá-lo das sanções previstas em lei. Mal aplicados, os princípios podem significar a impunidade e frustrar os fins da lei" (REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006). 10. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

11. Recurso especial parcialmente provido para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas (REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007)

Meras irregularidades no procedimento licitatório de terceirização sem qualquer elemento probatório que demonstre o elemento subjetivo doloso é considerado mera irregularidade, devendo a própria Administração, a partir do seu poder de autotutela, regularizar o feito, sem que haja responsabilização de seus responsáveis através dos dispostos da Lei de Improbidade Administrativa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI 8.429/92) NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DOS AGENTES PÚBLICOS. a) Restou devidamente comprovado que nas licitações de modalidade convite para contratar advogado, serviços de informática e serviços agrícolas, o requisito exigido no art. 22 da Lei 8.666/93 foi cumprido pelos Apelados, porque a Administração Pública Municipal convidou três pessoas ou empresas em condições de prestarem os serviços, sendo que apenas uma apresentou proposta e foi habilitada, tendo o objeto da licitação validamente adjudicado. b) A Constituição da República dispõe no art. 37 que "a

investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (. .).” Como no caso da terceirização de serviços de limpeza pública, gestão de aterro sanitário e de assistência técnica a agricultores não há a investidura em cargo ou emprego público, não se exige o concurso público, sendo necessário apenas o regular procedimento licitatório, que foi realizado pelo Município de Nova Esperança. c) A interpretação corrente do art. 11 da Lei 8.429/92, tem concluído que a conduta que revela a improbidade administrativa ultrapassa o limite da simples irregularidade do ato, evidenciando a má-fé e desonestidade do administrador, porque uma interpretação ampliada poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, ofendendo-se os princípios da proporcionalidade e do bom senso . **d) logo, mesmo que tenha havido irregularidades nos Procedimentos Licitatórios e na terceirização de serviços praticadas pelos Apelados, não assumem contornos de improbidade administrativa como pretende o Ministério Público, porquanto as irregularidades só caracterizam improbidade quando a conduta fere os princípios constitucionais da Administração Pública somados pela má-fé do administrador. e) no caso, não restou provado que os atos praticados pelo Prefeito e pelos membros da Comissão de Licitação originaram de desonestidade, corrupção ou fraude, não podendo configurar improbidade administrativa.**⁸⁰ Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. (...) o Ministério Público pretende subsumir as condutas dos Apelados no art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei nº 8.429/92, sustentando a existência de improbidade administrativa. Interpretando o dispositivo legal, chegou-se à conclusão de que a conduta que revela a improbidade administrativa ultrapassa o limite da simples irregularidade do ato, evidenciando a má-fé e desonestidade do administrador e, tendo em vista as severas consequências impostas pela Lei de Improbidade, faz-se necessária a prova do elemento subjetivo. **Logo, mesmo que tenha havido irregularidades nos Procedimentos Licitatórios e na terceirização de serviços praticadas pelos Apelados, não assumem contornos de improbidade administrativa como pretende o Ministério Público, porque as irregularidades só caracterizam improbidade quando a conduta fere os princípios constitucionais da Administração Pública acrescidos pela má-fé do administrador.**⁸¹ Isso porque as normas que dispõem sobre a improbidade administrativa devem ser interpretadas dentro do princípio da proporcionalidade e bom senso, amoldando-as ao espírito constitucional, para evitar situações arbitrárias. No caso, não restou provado que os atos praticados pelo Prefeito e pelos membros da Comissão de Licitações originaram de desonestidade, corrupção ou fraude, não podendo configurar improbidade administrativa. Mesmo que tenha havido pequenas irregularidades administrativas cometidas por membros da Comissão de Licitações, constituída pelos próprios servidores municipais, normalmente carentes de assessoria técnica, não podem ser admitidas como atos de improbidade, principalmente quando os Processos Licitatórios atenderam aos requisitos legais e não houve prova da fraude ou má-fé dos agentes públicos. Com efeito, eventual análise acerca da alegada violação dos dispositivos constitucionais objetos do presente recurso ensejaria o necessário reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos e da legislação processual invocada, o que se mostra de inviável ocorrência no âmbito do recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula nº 279 desta Corte. (...) ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 24 de fevereiro de 2014. Ministro Dias Toffoli-Relator-Documento assinado digitalmente

⁸⁰ Grifo nosso.

⁸¹ Idem.

Desta feita, a terceirização mediante licitação somente é possível nos casos específicos supracitados, quais sejam, necessidade temporária e excepcional, onde a Administração não possa deixar de prestar o serviço público em questão. Nestes casos, ainda, quando aplicáveis, é possibilitado ao Administrador Público contratar empresas fornecedoras de mão-de-obra específica sem licitação quando ela for dispensável, nos termos do artigo 24, da Lei nº 8.666/1992, bem como quando for inexigível, nos termos do artigo 25 da referida Lei de Licitações.

Por último, vale ressaltar que tais contratos de terceirização devem sempre serem computados como gasto de pessoal, nos termos do artigo 18, § 1º da Lei Complementar nº 101/2004 – Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso o Administrador deixe de computar tais gastos como “outras despesas de Pessoal”, excedendo o limite máximo de gastos desta natureza, de maneira reiterada, tem-se clara prática improba:

ADMINISTRATIVO. GESTÃO PÚBLICA. EXCESSO DO LIMITE DE GASTOS COM PESSOAL. NOTIFICAÇÃO PREVENTIVA DA CORTE DE CONTAS. DESCUMPRIMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO. IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. SANÇÕES. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Na gestão pública, o postulado da legalidade é comando primeiro imposto ao administrador público, de tal que o descumprimento sistemático da Lei de Responsabilidade Fiscal, mormente quando notificado pelo Tribunal de Contas que determinou a observância da citada norma, implica na caracterização da improbidade administrativa, na medida em que presente o dolo representado pelo descumprimento voluntário e escusável das leis financeiro-orçamentárias. As sanções político administrativas previstas no Estatuto da Improbidade - Lei 8.429/92 - devem ser aplicadas consoante a razoabilidade e a proporcionalidade, considerando-se, nesse caso, a gravidade da infração, a conduta do agente público, a lesividade ao erário, dentre outras, a fim de evitar punições exacerbadas e inconstitucionais, sempre tendo em vista que o princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito, impondo ao julgador que, com este princípio, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. É a conjugação do Princípio da Proibição do Excesso do Princípio da Proporcionalidade e do Princípio da Razão do Suficiente.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. A parte recorrente alega violação ao art. 1º, II e III; 3º, I, II e III; 4º, II; 6º, caput; 196; 205; e 206, I, todos da Constituição Federal. A decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário sob o fundamento de que a matéria constitucional não estaria devidamente prequestionada (Súmula 282/STF). O recurso é inadmissível. Isso porque, para dissentir da conclusão do Tribunal de origem acerca da caracterização do ato de improbidade administrativa em razão do descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, bem como a análise da legislação infraconstitucional aplicável à hipótese, o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no

art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 06 de fevereiro de 2015. Ministro Luís Roberto Barroso Relator

Somente é possível, desta feita, qualquer afirmação acerca da proibidade ou não da terceirização, mesmo que ilícita, na Administração Pública, a partir de uma análise substancial do caso concreto, tendo por ponto inicial as situações fáticas e contextuais supramencionadas, que trazem à baila os casos mais comuns enfrentados pelos Magistrados em seu ofício.

CONCLUSÃO

Diante da necessidade de uma atuação transparente, clara, equitativa e em obediência ao interesse social, tem-se que as ações da Administração Pública devem ser pautas pela mais rigorosa legalidade, uma vez que os interesses sociais primários não podem ser objetos de barganha ou de soluções duvidosas.

É neste contexto fático que a Constituição Federal, a partir de uma longa evolução, primou pela proteção da probidade administrativa, não tão somente como obrigação da Administração, mas principalmente, como direito da sociedade como um todo, uma vez que a Administração Pública assume, hodiernamente, importância cada vez mais relevante no contexto econômico-social.

Frente a esta obrigação de probidade que a Lei de Improbidade Administrativa surgiu como instrumento hábil para coibir e punir o Administrador desonesto e displicente, vez que suas ações geram consequências de grande impacto na sociedade atual. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, acabou por dar uma interpretação restritiva a este instrumento legal, em consideração à pesada carga punitiva constante na Lei de Improbidade Administrativa, em que a subsunção entre ação ou omissão e os tipos constantes na referida Lei, demandam cuidadosa análise do elemento subjetivo, sendo que os atos que importam em enriquecimento ilícito e que atentem contra os princípios da Administração Pública, dependem do dolo do Administrador, onde a forma culposa não está sendo aceita como hábil a responsabilizar o Administrador improbo.

Desta feita, a terceirização ilícita na Administração Pública nem sempre será suficiente para que haja qualquer responsabilização ao Administrador faltoso, uma vez que sua culpa, ainda que grave, não tem o condão de responsabilizá-lo quando houver enriquecimento sem causa ou quando o mesmo atente contra os princípios da Administração Pública, sendo a sociedade obrigada a arcar com os custos de tais atuações faltosas.

Este é o atual quadro nacional na constante busca pela por uma Administração Pública focada nos interesses sociais, principalmente, em tese, nos primários, onde o país vivencia uma crise institucional sem precedentes.

O desenvolvimento de uma noção de probidade/improbidade própria da sociedade brasileira está em pleno desenvolvimento, assim como os institutos nacionais de combate à improbidade e corrupção, não sendo possível, ainda, precisar de maneira absoluta quais os alcances da Lei de Improbidade Administrativa, bem como quais os limites aos atos discricionários da Administração Pública e a possível responsabilização de seus agentes.

O que é possível precisar no momento é que esta discussão é fértil e de grande valor para a sociedade brasileira, uma vez que se faz necessário uma maior participação social na construção da identidade nacional, bem como na construção do quadro de valores sociais a que a Administração deva respeitar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio. **Improbidade Administrativa**. São Paulo : Malheiros, 2001.

ALVARENGA, Aristides Junqueira et al. **Improbidade Administrativa Questões Polêmicas e Atuais**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo : Malheiros, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa, 15 Anos da Lei 8.429/92**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações para Contratação de Serviços Continuados ou Não, A Terceirização na Administração Pública**. 1 ed. São Paulo : Matrix, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm, acessado em 10/09/2015.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm, acessado em: 12/08/2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm, acessado em: 15/08/2015.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm, acessado em: 16/09/2015.

BUENO, Cassio Scarpinella (coord.); PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). **Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais.** 2 ed. rev. atual. ampl., São Paulo : 2003.

CARVAHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo : Atlas, 2012.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo.** 2 Ed. Rev. Ampl. Atual. Salvador : Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público:** considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2015 (Texto para Discussão nº 173). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de abril de 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14 ed. São Paulo : LTr, 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. Ed. São Paulo : Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28 ed. São Paulo : Atlas, 2015.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público: Peculato, Concussão, Corrupção Passiva e Prevaricação.** São Paulo : Atlas, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Improbidade Administrativa: Comentários e Anotações Jurisprudenciais**. São Paulo : Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte geral: Parte Especial**. 7 ed. rev. atual. ampl., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de Responsabilidade Fiscal: Atos de Improbidade Adiministrativa por Violação da Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Civis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal: Legislação e Jurisprudência Atualizadas**. São Paulo : Atlas, 2002.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo : Ltr, 2001