

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

PAULO SÉRGIO GADELHA QUEIROGA FILHO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

SOUSA
2016

PAULO SÉRGIO GADELHA QUEIROGA FILHO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Campina Grande como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Alexandre Oliveira da
Silva

SOUSA

2016

PAULO SÉRGIO GADELHA QUEIROGA FILHO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM NO
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
PROJETO DE LEI Nº 4.330/2004

Aprovada em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alexandre Oliveira da Silva - UFCG
Professor Orientador

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço unicamente a Deus, por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades. A Deus, por ter me concebido filho de Paulo Queiroga e Maria José, nos quais deposito todo meu orgulho, amor e gratidão. Obrigado Deus por toda minha família, meu irmão, cunhada, tios, tias, primos, avó, sogros. Obrigado Deus, por minha noiva Gabriella, pessoa tão especial que sei que sempre estará ao meu lado em todas as minhas decisões.

A Deus, pelos amigos que tem me proporcionado: Danilo, Arnaldo, Zé Neto, Igor, Caio César, Junior, Lucas, Arthur. Ao “CDB” nas pessoas de Denis, Breno, Caio, Heitor, Valter. Aos eternos “adeogados” Sandoval, Paolo, José Wilson, Gabriel, Vinícius, Ana Savia, Kamila, Ingra, Beatriz, Amanda, Rhuana.

A todos os meus colegas de curso, pela agradável convivência e respeito que nutrimos durante todos esses anos.

Por último, agradeço à Universidade Federal de Campina Grande-CCJS, bem como a todo seu corpo docente, em especial ao professor Alexandre Oliveira que tão bem me orientou neste trabalho, com paciência e presteza.

A Deus dedico o meu agradecimento maior. Hoje entendo que sou um privilegiado e não posso pedir mais nada, apenas agradecer. Muito obrigado!

RESUMO

Tendo sido originada nos Estados Unidos, logo após a Segunda Guerra Mundial, a terceirização consolidou-se como uma importante ferramenta para reduzir custos e garantir maior eficiência na prestação dos serviços. No âmbito da Administração Pública, a implementação do processo de terceirização demanda cautela, tendo em vista que o emprego de mão de obra terceirizada no setor público deve observar regras específicas, visando obedecer aos princípios que regem a atividade administrativa. Em virtude de ainda não existir no Brasil uma lei específica que regulamente a terceirização em todos os seus âmbitos, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho é o principal instrumento normativo que regulamenta esse processo, estabelecendo que apenas as atividades que não integram o núcleo finalístico da empresa tomadora de serviços é que podem ser delegadas a terceiros. No entanto, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330 de 2004, que tem como um dos seus objetivos permitir que também sejam terceirizadas as atividades-fim da empresa tomadora dos serviços. Devido a isso, o conteúdo do referido projeto passou a ser alvo de vários questionamentos acerca de sua constitucionalidade material. Sob esta ótica, o presente trabalho tem como objetivo analisar a prática da terceirização no âmbito da Administração Pública, abordando quais atividades podem ser terceirizadas, analisando, ainda, a constitucionalidade de uma possível terceirização de atividades-fim no serviço público conforme pretende a redação atual do Projeto de Lei nº 4.330/2004. Para tanto, tem-se como base legal os princípios orientadores da Administração Pública, o princípio do concurso público e os demais instrumentos normativos que regem o processo de terceirização. A pesquisa bibliográfica foi utilizada como fonte metodológica, de modo que foram apresentados posicionamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca da possibilidade de terceirização no âmbito do serviço públicos, permitindo também a análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.330/2004 diante dos posicionamentos apresentados e daquilo que prevê a legislação.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Projeto de Lei nº 4.330/2004.

ABSTRACT

Having originated in the United States after the World War II, the outsourcing has established itself as an important tool to reduce costs and guarantee better efficiency in service delivery. In the scope of public administration, the implementation of the outsourcing process requires caution, given that the outsourced labor employment in the public sector must comply with specific rules, aimed to obey the principles governing of the administrative activity. Because it does not exist in Brazil a specific law regulating outsourcing in all fields, the Precedent 331 of the Superior Labor Court is the main legal instrument to regulate this process, establishing that the only activities that are not part of the core finalistic the borrowing firm services is that can be delegated to third parties. However, transacts in the House of Representatives Bill number 4.330 of 2004, which has as one of its goals also allow them to be outsourced activities-end of the borrowing company services. Because of this, the said project content has become the subject of many questions about its constitutionality material. From this perspective, this study aims to analyze the practice of outsourcing within the public administration, approaching what activities can be outsourced, analyzing also the constitutionality of a possible outsourcing of core activities in the public service as will the current wording the Draft Law number 4.330/2004. Therefore, it has as a legal basis the guiding principles of public administration, the principle of open competition and other legal instruments governing the outsourcing process. The literature was used as a methodological source, so that were presented doctrinal, legal and jurisprudential about outsourcing opportunity in the public service positions, also allowing the analysis of the constitutionality of Draft Law number 4.330/2004 on the position papers and what provides for the legislation.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Draft Law number 4.330/2004.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL	9
2.1 Flexibilização das normas trabalhistas e a terceirização.....	9
2.2 Surgimento da terceirização no Brasil.....	11
2.3 Diferenças entre atividade-fim e atividade-meio.....	16
3 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
3.1 Surgimento da terceirização na Administração Pública	20
3.2 Limites à terceirização na Administração Pública	22
3.3 Responsabilidade subsidiária da Administração Pública como tomadora de serviços	25
3.4 Aspectos favoráveis à terceirização na Administração Pública.....	31
3.5 Aspectos desfavoráveis à terceirização na Administração Pública	32
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	35
4.1 Princípios constitucionais da Administração Pública.....	36
4.2 A terceirização <i>versus</i> o princípio constitucional do concurso público	38
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS.....	49
ANEXO.....	54

1 INTRODUÇÃO

No sentido amplo da palavra, a expressão “terceirização” significa a transferência de serviços a terceiros. O fenômeno de terceirizar atividades teve origem nos Estados Unidos, logo após a Segunda Guerra Mundial, consolidando-se na década de 1950, especialmente na atividade industrial. É uma prática que permite diminuição de custos assim como possibilita uma maior eficiência na prestação dos serviços.

Na esfera privada, a prática da terceirização ocorre quando uma empresa, que é a tomadora de serviço, contrata outra empresa, que é a prestadora de serviço, também chamada de empresa interposta, para executar as atividades que não estão diretamente relacionadas com a atividade primordial dessa tomadora de serviços.

A empresa interposta fornece os trabalhadores para que estes desempenhem funções na empresa tomadora de serviços, sendo essas funções chamadas de “atividades-meio”, ou seja, aquelas tidas como acessórias, que na maioria dos casos são as atividades de vigilância, limpeza, transporte, reprografia, recepção, manutenção de equipamentos, entre outras, desde que estas não façam parte da atividade essencial da empresa tomadora de serviços, também chamada de “atividade-fim”.

Sob esse enfoque, a Administração Pública, percebendo que a atividade de terceirizar era de grande valia para atuação das empresas, de modo que permitia uma redução dos custos bem como uma maior eficiência na prestação dos serviços essenciais das empresas, incorporou essa prática aos seus quadros.

Entretanto, quando a terceirização é praticada no setor público, essa questão é um pouco mais complexa, tendo em vista que a Administração Pública deve observar regras específicas, visando obedecer aos princípios inerentes à Administração, como a moralidade e a impessoalidade, sem desrespeitar, também, o princípio constitucional do acesso aos cargos públicos.

Diante disso, a decisão de terceirizar parte dos serviços de um setor público deve ser tomada a partir de um planejamento prévio sobre a viabilidade e possibilidade dessa transferência de atividades da Administração Pública diante daquilo que determina a Lei nº 8.666/93, a Súmula nº 331 do TST e as demais normas aplicáveis ao processo de terceirização, que só permitem que sejam

terceirizadas as atividades que não integram o núcleo finalístico de atuação de empresas e órgãos públicos que desejem terceirizar seus serviços.

Contudo, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330 de 2004 que tem, entre outros objetivos, o intuito de estender a possibilidade de terceirização também às atividades-fim da empresa tomadora dos serviços. O conteúdo do referido projeto já é alvo de vários questionamentos, tanto em relação à sua constitucionalidade material, diante do art. 7º da Constituição Federal, como também da possibilidade ou não de sua aplicação em relação às atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a prática da terceirização no âmbito da Administração Pública, abordando quais atividades podem ser terceirizadas diante do que prevê a Constituição Federal e os demais instrumentos normativos que regem esse processo, analisando, ainda, a constitucionalidade de uma possível terceirização de atividades-fim no serviço público conforme pretende a redação atual do Projeto de Lei nº 4.330/2004.

No primeiro capítulo, foram analisados os aspectos gerais da terceirização, seu surgimento a partir da flexibilização das normas trabalhistas e sua evolução histórica no mundo e implantação no Brasil, traçando, ainda, uma diferenciação entre os conceitos de atividades-fim e atividades-meio.

No segundo capítulo enfatizou-se o estudo sobre a terceirização no âmbito do serviço público, apresentando seu surgimento, suas limitações, a responsabilidade da Administração Pública quando esta figura como tomadora de serviços e os aspectos favoráveis e desfavoráveis que a atividade de terceirizar pode gerar para o ente público.

Por fim, no último capítulo, buscou-se analisar a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.330/2004, que na sua redação atual prevê a terceirização de atividades-fim no âmbito do serviço público. Para tanto, foi feita uma análise da legalidade desse projeto diante daquilo que estabelece o princípio constitucional do concurso público e os demais princípios que regem a atividade administrativa.

A pesquisa bibliográfica foi utilizada como fonte metodológica, de modo que foram apresentados posicionamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais acerca da possibilidade de terceirização no âmbito do serviço públicos, permitindo também a análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.330/2004 diante dos posicionamentos apresentados e daquilo que prevê a legislação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

Na atual conjuntura da sociedade moderna, onde o mundo se mostra cada vez mais globalizado, as relações políticas, econômicas e sociais estão em constante evolução. Nessa perspectiva, o Direito, assim como as demais ciências sociais, necessita acompanhar essas mudanças para reagir às alterações que surgem diariamente no contexto social.

De igual modo, as relações trabalhistas também são diretamente influenciadas pelas constantes mutações sociais, sendo imperativo que o Direito do Trabalho se adeque à nova realidade imposta pela globalização e competitividade que imperam cada vez mais no mercado de trabalho.

Sob esse enfoque, percebe-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foi promulgada no ano de 1943, não vem acompanhando a nova realidade das relações atuais, gerando em determinados aspectos certa burocratização das relações trabalhistas, além de ser onerosa em alguns pontos tanto para o empregado quanto para o empregador.

O advento da Constituição Federal de 1988 permitiu alguns avanços nas relações trabalhistas, tendo em vista que o texto constitucional privilegiou em determinados aspectos a proteção da livre iniciativa, abrindo margem para que fossem celebradas negociações entre empregados e empregadores, permitindo, então, que determinadas normas que regem as relações laborais pudessem ser flexibilizadas.

2.1 Flexibilização das normas trabalhistas e a terceirização

A Constituição Federal de 1988 tutelou a proteção ao trabalho de forma ampla, de modo a garantir que as condições mínimas dos trabalhadores fossem respeitadas, traçando as normas gerais que regulamentam as relações trabalhistas.

Por outro lado, diante da constante evolução da sociedade, que também reflete nas relações do Direito do Trabalho, a flexibilização das normas trabalhistas

surge como forma de complementar as lacunas existentes na legislação que trata desse ramo do Direito.

A própria Constituição Federal de 1988 internalizou, ainda que de forma tímida, essa concepção de flexibilidade das leis trabalhistas, quando estabeleceu a valorização da autonomia privada nas negociações coletivas para mitigar a rigidez das regras trabalhistas, desde que respeitadas as normas gerais sobre a temática, conforme se vê no art. 7º do texto constitucional:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Nesse sentido, conforme afirmam Oliveira e Cunico (2010, p. 120):

As garantias oferecidas pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) abrem espaço a uma premente realidade, qual seja, a ineficácia e inaplicabilidade de algumas normas, em contrassenso à ausência de um regramento jurídico mais adequado à dinâmica trabalhista atual.

Martins (2010, p. 205), ao discorrer sobre a flexibilização das normas trabalhistas, afirma que:

A flexibilização do direito do trabalho vem a ser um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

Sob esse enfoque, a flexibilização das normas trabalhistas surge como forma de preencher as lacunas existentes na legislação, as quais foram criadas pela nova

realidade social, permitindo que a legislação acompanhe as mudanças sociais, políticas e econômicas que refletem no âmbito trabalhista.

Nessa perspectiva está inserido o fenômeno da terceirização, o qual é resultado de uma modernização das relações trabalhistas, de modo a reduzir custos da produção e, ao mesmo tempo, aumentar a produtividade.

Conforme Andrade (2010, p. 1):

A terceirização é uma das formas de flexibilização das regras tradicionais que a realidade está impondo ao direito. Em outras palavras, o modelo tradicional de trabalho, do empregado estável, dependente e por conta própria, está sendo colocado em xeque pelo surgimento de circunstâncias que não se amoldam ao Direito do Trabalho clássico, mas sim, caminham no sentido de sua transformação.

Nesse sentido, no contexto brasileiro, é cada vez maior o número de terceirizações existentes, o que vem demonstrando a preferência por esse modelo de contratação tanto na esfera privada quanto no âmbito da Administração Pública.

Em que pese ainda não haver legislação específica que regule a terceirização em todos os seus âmbitos, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho é, atualmente, o principal instrumento que regulamenta a temática, considerando lícita a terceirização apenas no que se refere às atividades que não integrem o núcleo finalístico de atuação da empresa ou ente público que queira terceirizar suas atividades.

Desse modo, inicialmente, necessário se faz traçar uma visão geral da terceirização no Brasil, conceituando o instituto, apresentando sua evolução histórica no mundo bem como sua evolução legislativa no Brasil.

2.2 Surgimento da terceirização no Brasil

Na concepção mais ampla da palavra, a terceirização pode ser definida como a transferência de serviços para terceiros. Nos dias atuais, a grande maioria das empresas, em seu processo produtivo, delega a outras empresas as atividades que

dão suporte à produção, ou seja, aquelas atividades tidas como apoio, que não integram seu núcleo finalístico.

De acordo com Martins (2010, p. 23), a terceirização consiste:

[...] na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários. Envolve a terceirização uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra. É também uma forma de parceria, de objetivo comum, implicando mútua e complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer.

O processo de terceirização teve origem nos Estados Unidos, consolidando-se na década de 1950, principalmente no campo industrial. É uma prática que consiste em transferir a terceiros as atividades que não integram o núcleo final da empresa.

Trata-se, pois, de uma ferramenta de reorganização administrativa, que permite que as empresas concentrem seus esforços na sua atividade finalística, deixando as atividades de suporte a cargo de uma empresa especializada nessas funções.

Ramos (2001, p. 50) citando Ciro Pereira da Silva, conceitua o instituto da terceirização como sendo

(...) transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham esta atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e garantindo competitividade.

Sob o mesmo enfoque, na definição de Giosa (2003, p. 11), a terceirização é

(...) uma técnica moderna de administração e que se baseia num processo de gestão que leva a mudanças estruturais da empresa, a

mudanças de cultura, procedimentos, sistemas e controles, capilarizando toda a malha organizacional, com um objetivo único quando adotada: atingir melhores resultados, concentrando todos os esforços e energia da empresa para a sua atividade principal.

Conforme Fortini (2009, p. 43), a prática da terceirização foi originada inicialmente nos Estados Unidos e na Europa, vindo a se consolidar e se desenvolver como uma ferramenta de gerência administrativa, e não apenas como simples contratação de mão de obra.

Essa evolução foi provocada principalmente quando se passou a entender que a delegação dos serviços acessórios permitiria que uma empresa se concentrasse em suas atividades primordiais, ou seja, aquelas que dizem respeito ao seu núcleo fundamental de atividade, o que garantiria uma maior eficiência na prestação dos serviços.

Nesse sentido, de acordo com Cabral (2002, p.18):

a expressão terceirização correspondia ao termo inglês outsourcing, que significa suprir fontes externas, representando a decisão da organização no sentido de utilizar transações de mercado em vez da utilização de transações internas, visando atingir determinados fins, em regra propósito econômico. [...] a estratégia empresarial que consiste em uma empresa transferir para outra, e sob o risco desta, a atribuição, parcial ou integral, da produção de uma mercadoria ou a realização de um serviço, objetivando – isoladamente ou em conjunto – a especialização, a diminuição de custos, a descentralização da produção ou substituição temporária de trabalhadores.

Reforçando esse entendimento, Giosa (2003, p. 12) afirma que logo após a Segunda Guerra Mundial é que a terceirização foi difundida nos Estados Unidos, quando as indústrias bélicas passaram a buscar parceiros para aumentar sua capacidade de produção, as quais passaram a delegar suas atividades acessórias a empresas especializadas nesses serviços.

Nesse contexto, Basso (2008, p. 94) discorre que:

Nos Estados Unidos, o outsourcing teve forte impulso durante a Segunda Grande Guerra, com o aumento sem precedentes na produção bélica, e consolidou-se a partir da década de 50, com o virtuoso crescimento da economia do pós-guerra, mormente na indústria, chegando ao século XXI com um nível de terceirização nunca antes alcançado, incluindo o offshoring, sendo, atualmente, as companhias americanas as maiores clientes das empresas de

terceirização da Índia e China, principalmente na área de TI (Tecnologia da Informação). Hoje em dia, até mesmo as declarações de imposto de renda de boa parte dos cidadãos norte-americanos são preparadas na Índia a preços competitivos.

Carvalho (2008, p. 10), na mesma perspectiva, complementa que:

(...) a indústria bélica bastante sobrecarregada e sem condições de atender à demanda, passou a delegar serviços a terceiros. Tal experiência acarretou uma mudança no modelo de produção tradicional. Do modelo de produção denominado “fordismo”, onde se centralizavam todas as etapas da produção sob um comando único, passou-se ao modelo japonês denominado “toyotismo”, com base na desconcentração industrial e no enxugamento das empresas.

Castro (2000), por oportuno, aduz que antes da Segunda Guerra Mundial já existiam atividades realizadas por terceiros em algumas empresas, mas que não são consideradas como marco histórico da terceirização, visto que foi somente a partir da Segunda Grande Guerra que a terceirização de serviços passou a interferir na economia e na sociedade.

Posteriormente, a terceirização se desenvolveu e se consolidou como um procedimento administrativo eficiente, visto que a prática das empresas de se concentrarem em suas atividades finalísticas, deixando as funções acessórias a cargo de empresas especializadas, proporcionou uma maior eficiência na prestação dos serviços, maior competitividade do mercado e, conseqüentemente, maior possibilidade de lucro para as empresas.

No Brasil, conforme afirma Martins (2010, p. 16),

(...) a noção de terceirização foi trazida por multinacionais por volta de 1950, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com essência do seu negócio. A indústria automobilística é exemplo de terceirização, ao contratar a prestação de serviços para a produção de componentes do automóvel, reunindo peças fabricadas por aqueles e precedendo a montagem final do veículo.

O fenômeno da terceirização, a partir desse contexto, ganhou força no Brasil com o surgimento de empresas especializadas em atividades acessórias, tais como limpeza e vigilância, vindo a surgir, de forma gradativa, empresas especializadas em diversos outros tipos de serviços, que também passaram a ser terceirizados.

Martins (2010, p. 23) salienta, no entanto, que

A terceirização não está definida em lei, nem há norma jurídica tratando até o momento, do tema. Trata-se, na verdade, de uma estratégia na forma de administração das empresas, que tem por objetivo organizá-la e estabelecer métodos da atividade empresarial.

Nesse sentido, apesar de a terceirização já vir sendo praticada no Brasil desde a década de 1950, existe certa omissão por parte do Poder Legislativo acerca do instituto, tendo em vista que ainda não existe uma lei específica no país que regulamente a terceirização em todos os seus âmbitos, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência os critérios de definição desse processo.

Devido a essa omissão legislativa, diversas ações foram ingressadas na Justiça do Trabalho relativas a conflitos decorrentes da terceirização de serviços, o que gerou a necessidade de unificação dos entendimentos dos Tribunais sobre a matéria, levando o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Súmula nº 331, abaixo transcrita:

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

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

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

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.

Conforme dispõe o texto da súmula, a empresa tomadora de serviços e a prestadora de serviços devem atuar em áreas distintas e ter finalidade diversa, sendo lícito apenas terceirizar as atividades-meio, ou seja, os serviços acessórios, aqueles que não integram o núcleo principal de atividade da tomadora de serviços, ficando vedada, pois, a terceirização de atividades-fim, que são aquelas atividades finalísticas da tomadora de serviços.

2.3 Diferenças entre atividade-fim e atividade-meio

No campo do Direito do Trabalho, as expressões “atividade-fim” e “atividade-meio” surgiram para diferenciar as atividades desenvolvidas pelas empresas, de modo a se distinguir as atividades finalísticas daquelas que são tidas como acessórias e dão mero apoio à atividade principal.

Maurício Godinho Delgado (2012, p. 442-443), estabelecendo essa diferenciação, leciona que:

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

Nesse sentido, a Súmula nº 331 do TST abriu margem para que a terceirização de atividades-meio passasse a ser implantada na Administração Pública, tal como já ocorria nas empresas privadas.

Conforme afirma Di Pietro (2008, p. 28), tratando acerca da terceirização de serviços no setor público,

A partir da década de 80, a Administração Pública Brasileira iniciou um processo de reforma, visando reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, tornando-a mais flexível, eficiente e voltada para o atendimento ao cidadão. Surge o instituto da privatização, em sentido amplo, o qual compreendia entre outros a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público, a delegação de serviços públicos aos particulares e a terceirização, na qual se buscava a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração.

Nesse contexto, no intuito de reduzir seus custos e garantir uma maior eficiência na prestação dos seus serviços, a Administração Pública passou a optar, em algumas situações específicas, pela contratação de mão de obra especializada na execução dessas tarefas.

Na prática, o que ocorre é a contratação de empresas especializadas em exercer as atividades-meio do órgão público, ou seja, aqueles serviços que não integram o núcleo de atuação do órgão, especialmente aquelas atividades de vigilância, informática, limpeza, recepção, telecomunicações, manutenção de equipamentos, etc.

Contudo, a terceirização das "atividades-meio" da Administração Pública gera certa polêmica na doutrina e na jurisprudência, pelo fato da grande possibilidade de interpretação de quais seriam essas funções, uma vez que nem todas as atividades da Administração Pública podem ser delegadas a terceiros, sob pena de inconstitucionalidade por ferir o princípio constitucional do concurso público, conforme será estudado nos próximos capítulos.

3 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o objetivo de reduzir seus custos e garantir uma maior eficiência na prestação dos seus serviços, a Administração Pública tem optado, em algumas situações específicas, pela contratação de mão de obra especializada na execução dessas tarefas. Desse modo, a Administração Pública deixa a cargo de terceiros a realização de determinadas atividades acessórias para poder se dedicar apenas à atividade principal do órgão ou instituição.

Entretanto, essa possibilidade de utilização de mão de obra de terceiros para exercer determinadas funções típicas inerentes à Administração Pública requer o preenchimento de determinados critérios jurídicos para que possa ser efetivada.

Isso porque cada vez que se opte por delegar serviços a terceiros que não fazem parte dos quadros da Administração, é necessário respeitar determinadas regras específicas, para que não sejam violados os princípios estampados no art. 37 da Constituição Federal, especialmente o princípio constitucional do concurso público.

Sob esse enfoque, o conceito de Administração Pública abrange todos os órgãos e sujeitos que exercem as funções administrativas, sejam elas no Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, podendo tal conceito ser interpretado tanto de forma objetiva quanto subjetiva.

Nesse sentido, como bem ilustra Alexandre de Moraes (2009, p. 323):

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

De acordo com Marçal Justen Filho (2011, p. 231), a expressão Administração Pública pode ser entendida em três sentidos:

Numa acepção subjetiva, Administração Pública é o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitam atividade administrativa. Em sentido objetivo, Administração Pública é o conjunto de bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa. Sob um enfoque funcional, a Administração Pública é

uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais.

De acordo com Dora Maria de Oliveira Ramos, (2001, p. 92),

a função administrativa, considerada em sua acepção objetiva (atividade de dirigir), pode ser realizada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como por terceiros autorizados a atuar em nome do Estado, como se dá com os permissionários e concessionários de serviços públicos.

Di Pietro (2008, p. 101) aduz que o exercício de serviços públicos é regido por princípios próprios, como a igualdade dos usuários perante o serviço, a continuidade do serviço público, a mutabilidade do regime jurídico, a generalidade e a eficiência.

Conforme afirma Cunha (2011, p. 131-132):

(...) as chamadas “novas formas de prestação de atividades administrativas” – no sentido mais amplo que se possa dar à temática –, abarcam uma série de formulações jurídicas distintas para a arregimentação, ou seja, formas pelas quais, ao longo dos anos, se buscou “admitir” pessoal na Administração Pública para exercício de múnus específico, ainda que não típico, em termos finalísticos. O que se vê, pois, é que tais formas destoam daquelas expressamente destacadas pelo ordenamento constitucional, na dicção já relatada do Ministro Carlos Ayres Britto: o concurso público (art. 37, II), a nomeação para cargo em comissão (art. 37, V) e a contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Nesse íterim, é importante frisar que o emprego de mão de obra terceirizada deve observar um regramento específico visando obedecer aos princípios inerentes à Administração, como a moralidade e a impessoalidade, sem desprezar, também, o princípio constitucional do acesso aos cargos públicos.

Destarte, existem muitas dúvidas a respeito do processo de terceirização no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que, não raro, muitos acreditam que o conceito de terceirização abarca qualquer prestação de serviço público por terceiro que não faz parte dos quadros públicos, como, por exemplo, a concessão de serviços públicos.

Entretanto, no processo de terceirização, o gestor não somente repassa, por meio de um contrato, a prestação de determinado serviço para que este seja executado por terceiro. Não se configura, pois, de uma transferência de gestão de serviço público, mas de uma prestação de serviços.

Logo, a terceirização não pode ser utilizada para substituir por completo o exercício da competência atribuída pela Constituição Federal à Administração, sob pena de burla ao princípio do concurso público. Apenas as atividades acessórias, ou seja, aquelas que dão apoio à atividade primordial do órgão público, é que podem ser delegadas a terceiros.

3.1 Surgimento da terceirização na Administração Pública

A terceirização no âmbito público teve como marco legal o Decreto-lei nº 200/67, o qual permitia que a Administração Pública se valesse, sempre que possível, da execução indireta de determinadas tarefas, desde que por meio da celebração de um contrato e que fossem atendidas algumas condições, conforme se vê no dispositivo:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Tal decreto passou a permitir que a Administração delegasse uma série de atividades materiais por meio da contratação de serviços de mão de obra da iniciativa privada, visando, assim, uma maior eficiência na prestação do serviço público, uma vez que a Administração Pública poderia, a partir de então, voltar suas forças apenas para a sua função pública primordial.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 5.645/70, a qual trouxe em seu texto um rol de serviços que poderiam ser delegados a terceiros, seguindo aquilo que previa o Decreto-lei 200/67, conforme se vê:

Art. 3º (...) Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67.

Nesse sentido, conforme afirma Maurício Godinho Delgado (2012, p. 438):

No quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200/67), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de descentralização administrativa, através da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante as empresas componentes do segmento privado da economia. Tais textos normativos consistem no art. 10 do Dec.-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública.

De outro lado, como a terceirização vinha sendo utilizada de forma desenfreada na esfera privada, o Tribunal Superior do Trabalho, visando evitar fraudes nesse processo de contratação, editou a Súmula nº 256, em 1986, a qual determinava que:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Quase cinco anos depois, outra modificação foi inserida no texto da referida súmula, agora para conferir a responsabilidade subsidiária ao tomador de serviços. O texto da referida súmula, entretanto, não levou em consideração as exceções previstas no artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e na Lei nº 5.645/70.

Devido a isso, a Súmula nº 331 do TST foi editada no intuito de acabar com os questionamentos ao referido texto da Súmula nº 256, incorporando, agora, as

possibilidades de terceirização previstas pelo Decreto-Lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70, acolhendo, ainda, a proibição constitucional de contratação de pessoal sem concurso público.

Posteriormente, o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a possibilidade de delegação de serviços a terceiros, devendo tal processo preceder de licitação e ser regulamentado por lei específica, conforme se vê:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Diante disso, em 1993, a Lei nº 8.666, denominada Lei de Licitações e Contratos, foi editada para regulamentar esse dispositivo constitucional. A referida lei estabeleceu um rol de serviços em que a contratação exige licitação ou esta pode ser dispensada, dando início, então, a propagação de contratos administrativos no país.

Como o rol previsto na referida lei não é exaustivo, a Administração Pública passou a celebrar contratos de terceirização dos mais variados serviços, como limpeza, vigilância, impressão gráfica, entre outros.

Muito se indaga, então, sobre quais os critérios que a Administração Pública deve utilizar para aplicar a terceirização em seus quadros.

3.2 Limites à terceirização na Administração Pública

Pelo fato de ainda não existir no ordenamento jurídico brasileiro uma lei específica que regule a delegação de atividades a terceiros em todos os seus âmbitos, a Súmula nº 331 do TST e os princípios previstos na Constituição Federal são as fontes utilizadas para fundamentar o processo de terceirização no país.

A Administração Pública, então, para terceirizar seus serviços, deverá atuar da mesma maneira que se é exigida das empresas privadas, ou seja, com respeito às normas legais inerentes aos direitos trabalhistas, devendo também observar o preceito constitucional de acesso aos cargos públicos, estampado no art. 37, II, da Constituição Federal.

A respeito das regras que regem os contratos de terceirização, assim dispõe Luciano Ferraz (2007, p. 2):

Por esta correlação neste tipo de contrato entre o setor privado e a Administração Pública [...] a regência desses contratos dar-se-á por intermédio do Direito Administrativo, mas a relação mantida com as pessoas físicas que desempenham o objeto do contrato será regida pelas normas de Direito do Trabalho.

Conforme dito anteriormente, a Súmula nº 331 do TST foi editada com a finalidade de evitar fraudes e irregularidades na terceirização, substituindo a antiga Súmula nº 256 do TST que era considerada incompleta e limitada em relação aos desdobramentos jurídicos do processo de terceirização.

A referida Súmula nº 331 do TST estabeleceu a possibilidade de delegação a terceiros daqueles serviços tidos como acessórios, desde que não estejam presentes os requisitos de pessoalidade e subordinação nessa relação entre o empregado e a tomadora de serviços.

Assim, para o processo de terceirização ser considerado lícito, a empresa prestadora de serviço deve ser especializada na atividade a ser terceirizada; não devem existir subordinação e pessoalidade dos empregados da prestadora de serviços para com a tomadora; e o serviço terceirizado deve ser uma atividade acessória da empresa tomadora.

O § 7º, do artigo 10 do Decreto-Lei nº 200/67 e o artigo 1º, § 1º do Decreto Federal nº 2.271/97 elencam um rol de serviços passíveis de delegação a terceiros, como aqueles de limpeza, conservação, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, telecomunicações, reprografia e manutenção de prédios, equipamentos e instalações; ou seja, atividades acessórias, também chamadas de atividades-meio.

Sob esse enfoque, o fenômeno da terceirização se apresenta como uma ferramenta de grande valia para o Estado, uma vez que esta prática pode diminuir

custos e melhorar a prestação do serviço por meio da transferência de atividades aos prestadores de serviços.

A Administração Pública, nesse contexto, contrata milhares de trabalhadores por meio de empresas prestadoras de serviço; entretanto, muitas dessas empresas não atendem aos requisitos básicos exigidos por lei para figurarem como prestadoras de serviços ou, quando já contratadas, não cumprem fielmente as obrigações estabelecidas.

Devido a isso, a terceirização no âmbito do setor público suscita grandes debates, tendo em vista que muitos contratos de trabalhadores terceirizados têm sido celebrados sob a forma de prestação de serviços técnicos especializados, visando garantir uma aparência legal, quando, na verdade, são contratos utilizados para burlar a exigência do concurso público.

Em tais contratos de terceirização, onde estão presentes a pessoalidade e a subordinação, o que existe, na realidade, é uma simulação de prestação de serviços, traduzindo-se em uma modalidade ilícita de contratação de pessoal.

Como bem assevera Di Pietro (2008, p. 217):

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

Ainda, segundo a mesma autora:

Na realidade, a terceirização, nesses casos, normalmente se enquadra nas referidas modalidades de terceirização tradicional ou com risco, porque mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público. (DI PIETRO, 2008, p. 218).

Na esfera privada, caso um contrato de terceirização seja caracterizado ilícito, ou seja, quando não observar os limites impostos pela legislação, que são a prestação de atividade acessória e inexistência de personalidade e subordinação, ficará reconhecido o vínculo empregatício direto entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços.

Ocorre que, em se tratando da Administração Pública, essa regra não se aplica, uma vez que a redação do inciso II, da Súmula nº 331 do TST, embasada no artigo 37, II, da Constituição Federal, que impossibilita a investidura em cargo e emprego público sem a aprovação em concurso, proíbe o reconhecimento do vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

A terceirização, portanto, não poderá ser utilizada de forma indiscriminada, devendo a Administração fiscalizar seus contratos no intuito de evitar uma eventual responsabilização por verbas não adimplidas, caso fique comprovada a omissão do ente estatal nesse processo.

3.3 Responsabilidade subsidiária da Administração Pública como tomadora de serviços

Conforme já mencionado, para que o processo de terceirização seja lícito é necessário que a atividade contratada esteja ligada à atividade-meio da empresa tomadora e que não exista personalidade nem subordinação direta entre o trabalhador e a empresa tomadora.

Nesse sentido, a Súmula nº 331 do TST impôs alguns limites à prática da terceirização, visando evitar abusos e prejuízos aos envolvidos nesse processo.

Quando a terceirização ilícita se refere à empresa privada como tomadora de serviços, a Súmula nº 331 do TST é categórica ao afirmar que a responsabilidade pelas verbas trabalhistas é direta, ou seja, a empresa tomadora é responsabilizada porque forma-se o vínculo de emprego diretamente com ela, conforme se vê no inciso I da referida súmula:

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).

No entanto, quando no contrato de terceirização a Administração Pública é quem figura como tomadora de serviço, a questão da responsabilidade pelas verbas trabalhistas mostra-se mais complexa, uma vez que a temática também envolve normas de Direito Administrativo, o qual é regido por seus princípios constitucionais específicos.

Quando o processo de terceirização passou a ser regulamentado no Brasil, não se fazia distinção, de início, entre empresas privadas e Administração Pública quanto à responsabilidade pelo inadimplemento de verbas trabalhistas por parte da prestadora de serviços. Qualquer destas que figurassem como tomadora de serviços no processo seria responsabilizada subsidiariamente caso a prestadora de serviços estivesse inadimplente, conforme previa o item IV da antiga redação da Súmula nº 331 do TST, abaixo transcrito:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Ocorre que a redação original da referida súmula não levou em consideração o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, o qual exclui das entidades públicas a responsabilidade pela inadimplência de seus contratados, conforme se vê na transcrição do referido artigo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Em virtude disso, a Administração Pública mostrou-se irredutível com o texto do referido item IV da Súmula nº 331 do TST porque tal dispositivo ia de encontro àquilo que determinava o parágrafo primeiro do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, passando a gerar grandes debates acerca da constitucionalidade do referido artigo da lei de licitações.

Com isso, diversas dúvidas foram suscitadas acerca da responsabilidade da Administração Pública em relação ao inadimplemento de verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, tendo em vista que a lei de licitações desobrigava a Administração, mas a Súmula nº 331 do TST estabelecia o contrário.

Após sucessivos debates e diversas demandas judiciais, as divergências sobre a constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 71 da lei de licitações foram definitivamente afastadas com a decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, no qual a Suprema Corte afirmou a validade do referido artigo.

Eis a ementa do julgamento:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (STF – ADC: 16 DF, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 24/11/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011 EMENT VOL-02583-01 PP-00001)

A partir dessa decisão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho modificou a Súmula nº 331, passando, então, a distinguir as hipóteses em que o tomador dos serviços é uma empresa privada (inciso IV) daquelas em que o tomador é um ente público (inciso V), incluindo, ainda, mais um inciso ao corpo da súmula, ficando assim redigidos os mencionados itens:

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.

Conforme se vê, o inciso IV da referida súmula estabelece que, caso haja inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa interposta, a empresa tomadora de serviços será responsabilizada subsidiariamente, desde que tenha participado da relação processual e que conste também no título executivo judicial.

Já o inciso V trata de forma específica sobre a responsabilidade da Administração Pública quando esta figura como tomadora no processo de terceirização. Referido inciso, conforme se vê, determina que o simples inadimplemento por parte da empresa interposta não gera responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Nessa situação, é necessária a comprovação da conduta culposa do ente público, principalmente na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da empresa interposta.

Por fim, o inciso VI da citada súmula assevera que caso seja de fato consolidada a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, esta compreenderá todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação de serviços.

Verifica-se, pois, que o TST adequou seu entendimento ao estabelecido pelo STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública no processo de terceirização não decorre apenas da contratação de uma empresa terceirizada que não cumpriu com os encargos trabalhistas devidos aos empregados. Para que o ente público responda subsidiariamente, a Súmula nº 331 do TST trouxe expressamente

previsto em seu texto que a conduta culposa do ente da Administração Pública deve ficar devidamente comprovada.

Tal culpa seria advinda da falta de fiscalização da Administração Pública em relação ao fiel cumprimento das obrigações legais e contratuais da prestadora de serviços como empregadora. Trata-se, pois, da chamada culpa *in vigilando*.

Nesse sentido, conforme afirma Delgado (2012, p. 452):

Após o debate de todas estas questões, os Ministros entenderam por declarar a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da Lei nº. 8.666/93, porém sem eliminar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando verificada a culpa *in vigilando* relativa ao descumprimento das obrigações trabalhistas do contrato de terceirização.

Assim, o entendimento passou a ser o de que a responsabilidade da Administração Pública não é irrestrita, pois não basta apenas que a empresa interposta esteja inadimplente com as obrigações trabalhistas. É necessário também que fica provada a conduta culposa do Estado em fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações legais e contratuais pela empresa prestadora de serviços para que o ente público seja responsabilizado.

Vale ressaltar que, conforme prevê o art. 37, inciso II da Constituição Federal, “a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público (...)”. Logo, não é possível a formação de vínculo entre o empregado terceirizado e a Administração Pública quando a terceirização é irregular.

Entretanto, caso haja essa conduta culposa do Estado na fiscalização do fiel cumprimento do contrato, o trabalhador não ficará desamparado se a prestadora de serviços estiver inadimplente, pois a Administração Pública arcará de forma subsidiária com os encargos trabalhistas não pagos, desde que fique comprovada sua culpa *in vigilando*.

Dantas (2014, p. 1) ainda nos diz que a Administração Pública deve ser prudente ao selecionar a empresa prestadora de serviços para terceirizar seus serviços, pois, segundo o autor:

(...) se a empresa terceirizada, já no momento da contratação, não apresenta capacidade patrimonial para o pagamento das

obrigações trabalhistas, fica caracterizada a culpa *in eligendo*, pois o ente contratante deveria ter indicado no edital as exigências que pudessem afastar essa possibilidade de empresa inidônea participar da concorrência.

Logo, a Administração Pública tem o dever de atuar com a máxima diligência quando da contratação de uma empresa para prestação de serviços. Caso o ente público não cumpra esse dever de prudência, contratando uma empresa sem habilidade jurídica, técnica ou que não tenha capacidade patrimonial pra fornecer garantias de cumprimento do contrato, também restará clara e inequívoca a responsabilidade subsidiária da Administração se essa empresa não cumprir com suas obrigações trabalhistas.

Depreende-se, pois, que a Administração Pública, quando atua como tomadora de serviços, pode incorrer em dois tipos de culpa: a culpa *in eligendo*, caso contrate uma empresa prestadora de serviços que seja inidônea financeiramente; e a culpa *in vigilando*, caso não fiscalize de forma correta o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Nesse sentido, como bem sintetiza Cunha (2011, p. 136):

(...) o expediente que surge para a Administração, no sentido de viabilizar suas contratações de mão de obra pela terceirização e adequá-las aos preceitos legais, passa por dois enfoques distintos: 1) controle prévio, no bojo do certame licitatório tendente à contratação administrativa (terceirização), no qual deverá a Administração zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada, nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei nº 8.666/93; 2) controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório (vide art. 67 da Lei nº 8.666/93), na busca da integral consecução dos termos ajustados e no adimplemento de todas as parcelas acessórias à prestação contratada (*in casu*, todas as decorrências de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra).

Assim, para que não seja responsabilizada subsidiariamente no processo de terceirização, a Administração Pública de ser diligente ao contratar uma empresa para que lhe preste serviços, observando se esta possui habilidade técnica, jurídica e capacidade econômica para cumprimento do contrato, devendo, ainda, fiscalizar

atentamente se essa empresa prestadora de serviços está cumprindo suas obrigações de natureza trabalhista para com os empregados.

3.4 Aspectos favoráveis à terceirização na Administração Pública

A afirmação da terceirização como um instrumento de gestão inovador, capaz de transformar a atuação das organizações de maneira significativa, ocasionou uma série de mudanças estruturais e sistemáticas que acabaram por refletir também no desempenho da atividade da Administração Pública.

Nesse sentido, quando a Administração Pública opta por terceirizar serviços, os aspectos de curto, médio e longo prazo decorrentes dessa ação devem ser analisados de forma cautelosa, no intuito de evitar eventuais prejuízos ao desempenho da atividade pública.

Para Polonio (2000, p. 99):

o objetivo de um processo de terceirização é a liberação da empresa da realização de atividades consideradas acessórias (ou atividades meios), permitindo que a Administração concentre suas energias e criatividade nas atividades essenciais. Como resultado desse processo alcança-se maior eficiência com produtos de melhor qualidade.

Diante disso, percebe-se que a terceirização não se trata simplesmente de uma mera transferência da gestão de recursos humanos à empresa prestadora de serviços, no intuito de apenas diminuir custos com pessoal.

A atividade de terceirizar implica, pois, em desenvolvimento econômico, que se reflete na criação de novas empresas, as quais procuram oferecer serviços específicos a partir da oferta de mão de obra de pessoal de diferentes níveis de qualificação, o que gera um aumento do nível de emprego e, conseqüentemente, também gera mais receita para o Estado.

Quando a Administração Pública enfatiza apenas a sua atividade-fim, ela irá aprimorar sua atuação, pois se dedicará somente aos serviços que compõem sua

finalidade precípua, já que uma empresa especializada passará a executar as tarefas que não são próprias do núcleo primordial do serviço público ofertado.

Para um bom desempenho da terceirização no âmbito público, a Administração deve ser responsável por estabelecer controles de qualidade, os quais irão refletir na boa execução do serviço, valorizando as atividades e, ao mesmo tempo, reforçando os parâmetros estabelecidos nos contratos.

Sob esse prisma, Castro (2000) afirma que a terceirização deu início a um processo de mudanças para reduzir custos, recuperar o atraso tecnológico e manter a competitividade.

Nota-se, pois, que o processo de terceirização na Administração Pública apresenta vantagens, onde a atividade fim é beneficiada pela contratação de atividades acessórias, o que possibilita um aumento na produtividade, na qualidade da prestação dos serviços e uma economia de recursos, dinamizando o atendimento público, modernizando a máquina administrativa e utilizando a tecnologia como um instrumento para alcançar a excelência na prestação do serviço.

Contudo, é importante frisar que a modernização das ferramentas de gestão pública é um desafio ainda a ser superado, tendo em vista as diversas dificuldades em que esbarra o processo de implementação efetiva da terceirização do serviço público.

3.5 Aspectos desfavoráveis à terceirização na Administração Pública

O processo de terceirizar os serviços públicos, quando é bem planejado e executado, gera muitas vantagens para os tomadores de serviços. No entanto, como todo negócio, o uso desse instrumento de gestão de pessoas pode apresentar riscos ou desvios.

Conforme preconiza Silva (2015, p. 112):

A terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública, quando realizada sem observar os aspectos e princípios legais, pode acarretar consequências para todos os envolvidos neste processo. A contratação irregular, nesse caso, não produz vínculo empregatício com a Administração Pública tomadora do serviço. Todavia, o ente

estatal que contrata não pode se afastar de realizar o pagamento correspondente aos serviços prestados, pois não pode o ente público enriquecer de maneira ilícita à custa da empresa terceirizada ou de seus empregados.

Para Queiroz (2008, p. 15), existem poucas desvantagens, mas existem alguns problemas, como por exemplo, conseguir estabelecer uma perfeita integração sem perder a identidade e a autonomia, as ameaças à preservação da independência e o eventual choque cultural entre o tomador e o prestador de serviços, os quais nem sempre as mesmas filosofias empresariais e de relações com os seus colaboradores.

Conforme Silva (2015, p. 70) citando Di Pietro (2008, p. 127):

a terceirização pode implicar fraude aos direitos sociais do trabalhador do ente público tomador de serviço, o que expõe a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Como desvantagem para o trabalhador, pode-se citar a perda do emprego, no qual tinha remuneração, além da diminuição dos benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas da categoria e também o custo das demissões que ocorrem na fase inicial.

Silva (2015, p. 71), citando Cerutti et al. (2006, p. 85), também destaca os impactos da terceirização para o setor de Recursos Humanos, a saber:

- a) desmotivação e resistência do pessoal interno, provenientes pelas instabilidades relacionadas ao processo;
- b) degradação do moral, sentimento de menosprezo, queda de produtividade, ansiedade gerada pelos rumores de demissões, ameaça de demissão;
- c) os funcionários que permanecem na empresa, após um período de reestruturação com enxugamento dos quadros, sentem-se inseguros em razão da incerteza quanto à sua permanência futura;
- d) ressentimentos relativos ao antigo empregador, no caso de transferência de pessoal.

Ainda, segundo Silva (2015, p. 71), podem ser identificados aspectos negativos à terceirização no serviço público no que se refere a serviços de tecnologia,

(...) como a perda de confiabilidade e a redução da segurança. A entrada de uma prestadora de serviços pode aumentar as chances de vazamento de informações confidenciais da empresa ou de empresas públicas, bem como a perda na qualidade de serviço devido à falta de compromisso do contratado.

Já em relação ao empregado terceirizado, pode-se frisar que a terceirização age como objeto de exclusão social e discriminação, tendo em vista que a contratação diferenciada de trabalhadores para exercerem cargos por vezes equivalentes gera, por vezes, comparações e diferenciações de tratamento entre funcionários temporários e efetivos.

Pode, ainda, afetar as relações trabalhistas, uma vez que os terceirizados não tem acesso ao plano de carreira e ao salário da classe de trabalhadores efetivos.

Outro risco é o de não se chegar aos objetivos esperados com a terceirização, tais como a diminuição dos custos, a celeridade na prestação dos serviços ou a melhoria na qualidade desse serviço.

Para que a terceirização contribua para um bom desempenho dos serviços da Administração Pública, é necessário que esse processo seja acompanhado em todas as suas etapas. Esse acompanhamento, conforme determina a Lei nº 8.666/93, deve ser realizado por um representante da Administração devidamente capacitado para exercer essa função.

Por isso, a decisão de terceirizar parte das atividades de um setor público deve ser tomada a partir de um planejamento prévio acerca da viabilidade e possibilidade legal dessa transferência de atividades da Administração Pública, seguindo o que determina a Lei nº 8.666/93, a Súmula nº 331 do TST e as demais normas aplicáveis ao processo de terceirização.

Contudo, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.330 de 2004, que tem como objetivo, em termos gerais, ampliar a possibilidade de terceirização também às atividades-fim da empresa tomadora dos serviços.

O conteúdo do referido projeto já é alvo de vários questionamentos, tanto em relação à sua constitucionalidade material, diante do art. 7º da Constituição Federal, como também da possibilidade ou não de sua aplicação em relação às atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública, conforme será visto no próximo capítulo.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Projeto de Lei nº 4.330, que tramita no Congresso Nacional desde o ano de 2004, foi elaborado com o objetivo de regulamentar o processo de terceirização, ampliando sua abrangência.

Na exposição dos motivos que justificam a edição da Lei, fica evidente a intenção do legislador em suprir a carência que existe no Brasil de uma lei que regule a terceirização, de modo a retirar da competência do Judiciário a regulamentação das relações de trabalho que decorrem do processo de terceirização.

Conforme Severo (2015, p. 6):

A tramitação do PL 4330 na Câmara dos Deputados foi feita em regime de urgência e a portas fechadas. A primeira votação teve como resultado 324 votos a favor e apenas 137 contrários ao projeto. Em segunda votação, a Câmara aprovou uma emenda aglutinativa alterando alguns pontos do projeto, por 230 votos a favor e 203 contra. Encaminhado ao Senado, o projeto (agora PLC 30/2015) passa pela análise das comissões.

O referido projeto, que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho que dele decorrem, traz, de forma positivada, alguns entendimentos já consolidados na jurisprudência trabalhista. Por outro lado, a proposição abre margem para tornar legais situações que até então são vedadas pela jurisprudência e pela doutrina majoritária, como a possibilidade de terceirização de atividades-fim da empresa tomadora de serviços.

Diante disso, um grande debate foi instalado na sociedade, uma vez que o conteúdo do referido projeto vai de encontro àquilo que a doutrina, súmulas e orientações jurisprudenciais trabalhistas determinam: que a terceirização só é lícita se for restrita apenas àquelas atividades que não fazem parte do núcleo finalístico da empresa ou entidade administrativa.

Necessária se faz, pois, uma análise do texto do PL nº 4.330/2004 à luz da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que não é admissível que uma legislação infraconstitucional seja privilegiada em detrimento da supremacia

constitucional, notadamente naquilo que se refere à atividade administrativa, uma vez que esta é regida por diversos princípios constitucionais.

Nesse sentido, é válida uma análise inicial acerca dos princípios constitucionais que regem a atividade da Administração Pública, de modo a analisar, ao final, uma possível inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 4.330/2004 naquilo que se refere à possibilidade de terceirização de atividades-fim no âmbito do serviço público.

4.1 Princípios constitucionais da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988, no caput do art. 37, elenca cinco princípios que devem orientar a atividade da Administração Pública, direta ou indireta, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conforme preceitua o art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

Diante do referido dispositivo constitucional, denota-se que o princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública somente poderá agir de acordo com aquilo que está expressamente autorizado em lei.

De acordo com Meirelles (2000, p. 82):

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Sob esse enfoque, denota-se que o princípio da legalidade restringe a atividade administrativa às situações que estão previstas pela legislação, de modo

que os atos praticados deverão seguir aquilo que está expressamente previsto em lei e nas demais espécies normativas.

Acerca do princípio da impessoalidade, Alexandrino e Paulo (2015, p. 214) aduzem que:

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência. Dessa forma, impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será nulo por desvio de finalidade.

Sobre o princípio da moralidade, Alexandrino e Paulo (2015, p. 212) discorrem que “para atuar observando a moral administrativa não basta ao agente cumprir formalmente a lei na friezsa de sua letra. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético”.

Nesse sentido, conforme Moraes (2009), o princípio da moralidade se apresenta como pressuposto de validade do ato administrativo, estando diretamente relacionado ao princípio da legalidade, complementando-o, tendo em vista que não basta que a Administração respeite apenas a lei, sendo necessário também que respeite os princípios éticos de razoabilidade e justiça.

Acerca do princípio da publicidade, Alexandrino e Paulo (2015, p. 217) entendem que este

(...) apresenta uma dupla acepção em face do sistema decorrente da Constituição de 1988, a saber: a) exigência de publicação oficial, como requisito de eficácia, dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos e dos atos que impliquem ônus para o patrimônio público; b) exigência de transparência da atuação administrativa.

Desse modo, o princípio da publicidade determina a busca da transparência dos atos praticados perante a própria Administração e perante os administrados, representando, pois, como afirma Meirelles (2000, p. 265), “um dos requisitos de eficácia e moralidade do ato administrativo”, quando o ato não for protegido pelo sigilo constitucional.

Por último, o princípio da eficiência, que fora inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelece que o administrador público desempenhe sua atividade da melhor maneira possível, visando alcançar sempre os melhores resultados em benefício da população.

Conforme afirma Moraes (2009, p. 330):

O princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.

Ao longo do texto da Constituição Federal de 1988, é possível encontrar diversos outros princípios que, embora não estejam prescritos no rol do art. 37, caput, também orientam a atividade da Administração Pública.

Dentre estes, o princípio constitucional do concurso público, estampado no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, guarda direta relação com os princípios orientadores da atividade administrativa elencados no caput do art. 37, uma vez que o concurso público garante a isonomia, impessoalidade e moralidade no acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

Desse modo, diante da possibilidade criada pelo PL nº 4.330/2004 de ser estendida a terceirização também às atividades finalísticas de empresas e entidades administrativas, forçosa se faz a análise entre tal possibilidade de terceirização diante daquilo que prevê o princípio constitucional do concurso público, visto que tal princípio atua como limitador da terceirização no âmbito do serviço público.

4.2 A terceirização *versus* o princípio constitucional do concurso público

O texto do Projeto de Lei nº 4.330/2004 é alvo de polêmica em quatro pontos, quais sejam: a possibilidade de a terceirização ser estendida também às atividades-fim das empresas privadas; as obrigações trabalhistas passarem a ser de responsabilidade

apenas da empresa terceirizada; a representatividade sindical, que passaria a ser do sindicato da empresa contratada e não da empresa contratante; e a possibilidade de terceirização irrestrita no serviço público.

Tratando especificamente da possibilidade de terceirização no serviço público, durante a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, foi questionada se seria possível a terceirização ser aplicada de forma irrestrita no âmbito da Administração Pública.

De início, na votação de 8 de abril de 2015 que aprovou o texto principal do projeto, os deputados excluíram da proposta as empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como as suas respectivas subsidiárias.

Entretanto, conforme Cañete e Pinto (2015, p. 147-148):

O projeto, que teve o seu texto principal aprovado, recebeu propostas de alterações, as emendas, que foram aprovadas posteriormente no dia 22 de abril [de 2015]. Entre elas está a Emenda número 18 consagrada por parte de 230 votos contra 203 na Câmara dos Deputados, onde o texto final encontra-se passível, por conseguinte, de votação pelo Senado Federal. Em seu conteúdo não há referência expressa aos termos 'atividade-fim' ou 'atividade-meio', admitindo a terceirização de qualquer setor de uma empresa. (...)Paralelamente, o deputado Carlos Sampaio, autor da emenda, defendeu que o destaque do texto não significa a proibição das terceirizações no setor público, ainda passível de mudança. Em posição semelhante, o parlamentar José Guimarães (PT-CE) discorreu que a aprovação do destaque não impedirá, por consequência, que o projeto se aplique a empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo desnecessário haver expressamente no texto artigo que diga as regras se aplica a essas categorias. (grifei)

Em outras palavras, isto significa que se o Senado mantiver a atual redação da proposta e posteriormente houver a sanção do Presidente, estará autorizada a terceirização no âmbito da Administração Pública indireta, a qual envolve as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Tal possibilidade, então, entrará em choque com a regra estampada no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a qual determina que o acesso aos cargos, empregos e funções públicas depende de prévia aprovação em concurso público.

De acordo com o que preceitua o citado dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Conforme já dito no capítulo anterior, em que pese ainda não haver legislação que regulamente a terceirização, a jurisprudência do TST aduz que é lícita a terceirização no âmbito da Administração Pública apenas no que se refere às atividades de mero suporte à atividade principal do ente público.

Diante do citado art. 37, II, da Constituição Federal, extrai-se, pois, que o acesso a cargos, empregos e funções públicas deve ser precedido de concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo necessário, no entanto, tecer alguns comentários acerca de tal regramento, no intuito de se verificar em que medida a terceirização no serviço público pode ser tida como uma desobediência a tal princípio constitucional.

Verifica-se, diante de tal norma constitucional, que o meio necessário para ingresso efetivo nos quadros da Administração Pública é o concurso público, exceto em relação aos cargos de natureza temporária, os quais exigem apenas processo de seleção simplificado, bem como os cargos de comissão, pois estes são de livre nomeação e exoneração, conforme estabelece o art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

De acordo com Carvalho Filho (2009, p. 525):

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, físico e psíquico de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no

procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Nas palavras de Gasparini (2007, p. 178-179), o concurso público

(...) é um processo competitivo, em que os cargos são disputados pelos vários candidatos. Os cargos não de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância. De sorte que o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago e se deseja ampliar o quadro em razão da necessidade de serviço, devem-se criar os cargos e só depois instaurar o concurso. [...] Pelo concurso afastam-se os inábeis e os indicados por figuras proeminentes do mundo administrativo, social e político, e prestigiam-se os mais aptos à satisfação dos interesses da Administração Pública.

Conforme Meirelles (2006) citado por Alexandrino e Paulo (2015, p. 290):

o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.

Desse modo, a obrigação de realização de concurso público, nos termos do art. 37, da Constituição Federal, abrange tanto órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Isso porque o texto constitucional refere-se a cargos, empregos e funções, sendo aplicável, portanto, no recrutamento de servidores (em sentido estrito) e empregados, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Diante disso, a discussão que paira sobre o PL nº 4.330/2004 decorre do fato de que o texto da proposição, na fase em que se encontra, não faz menção expressa à proibição de sua aplicação em relação à Administração Pública indireta, o que abriria margem para sua aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que estas estão sujeitas ao regime jurídico de empresas privadas.

Nas palavras de Cañete e Pinto (2015, p. 148):

O ponto fundamental e determinante para esse raciocínio consubstancia-se no artigo 173 da Constituição Federal. Nele, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, logo, por analogia, esse projeto de terceirização é um regime jurídico aplicado às empresas privadas e deverá ser aplicado também às empresas públicas, ao Banco do Brasil, à Petrobras.

Nesse sentido, conforme preceitua o art. 173 da Constituição Federal de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Desse modo, o atual texto do Projeto de Lei nº 4.330/2004 permite a terceirização de atividades-fim não apenas em relação às empresas privadas, incluindo também as empresas públicas e sociedades de economia mista, excluindo apenas as entidades da Administração Pública Direta.

Atualmente o projeto encontra-se no Senado, sem data para ser votado. Caso os senadores modifiquem a proposição em algum ponto, a matéria volta a ser discutida na Câmara de Deputados. No entanto, se o Senado mantiver o texto da forma como está e aprová-lo, o projeto vai para sanção presidencial.

Caso o Presidente vete algum ponto do projeto, ele retorna para ser apreciado pelas duas Casas Legislativas em sessão conjunta, na qual os vetos presidenciais podem ser mantidos ou derrubados.

Nesse contexto, se o atual texto do Projeto de Lei nº 4.330/2004 for aprovado pelo Senado e houver a posterior sanção presidencial sem modificações, a

terceirização tanto de atividades-meio quanto de atividades-fim poderá ser aplicada às empresas públicas e sociedades de economia mista, contrariando, então, aquilo que preconiza o art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

Isso porque, conforme o citado dispositivo, a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o preenchimento de cargos, empregos e funções públicas tanto em relação aos entes da Administração Pública direta quanto aos entes da Administração Pública indireta.

Diante disso, se aprovado, o PL nº 4.330/2004 possibilitará a contratação de pessoal sem concurso para as empresas estatais, sendo, portanto, eivado de inconstitucionalidade material.

Tal inconstitucionalidade decorre do fato de que a ampliação da terceirização para atividades-fim no âmbito do serviço público caracteriza burla ao princípio constitucional do concurso público, contrariando também os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que são os fundamentos da Administração Pública.

Nesse sentido, como consignou o Acórdão nº 31, de 2010, do Plenário do Tribunal de Contas da União:

Imediatamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 algumas estatais suscitaram dúvidas acerca da aplicabilidade de tal dispositivo (art. 37, II) face o também previsto no art. 173. Essa questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal em 06.06.1990, oportunidade onde foi corroborada a exigência de prévia aprovação em certame público às admissões nos entes integrantes da Administração Indireta, data essa considerada por este Tribunal como sendo um marco às empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa interpretação do Tribunal acabou por flexibilizar, portanto, as admissões em tais entidades apenas no período compreendido entre 05.10.88 a 05.06.90, e ainda assim desde que comprovada a contratação direta dos empregados, sem interveniência de terceiros.

Superada essa questão, após 06.06.1990, não há que se falar em dúvida acerca da obrigatoriedade do concurso público para ingresso na Administração Pública. Não obstante, o instituto da terceirização, idealizado e incentivado também no serviço público objetivando desobrigar as empresas da realização de obrigações acessórias, se dedicando a finalística, passou a ser desvirtuado, consistindo em contratações de locações de mão de obra disfarçadas como sendo de serviços, tanto em substituição a tarefas inerentes ao plano de cargos e salários das entidades, como na realização de atividades-fim, em detrimento da seleção por certame público (p. 31).

Conforme Delgado (2006, p. 305):

A partir de sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 direciona o intérprete a compreendê-la como a base de unidade das relações de trabalho no Brasil, ao mesmo tempo em que exige dos juslaboralistas que decidam os casos concretos e fundamentem suas decisões a partir da sólida relação entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho. Somente assim, o Direito do Trabalho, refletido eticamente, poderá se afirmar como um dos mais sólidos e democráticos instrumentos para a concretização e vivência da dignidade do ser humano.

Discorrendo sobre o conteúdo do PL nº 4.330/2004, Wüthrich (2015, p. 1) assevera que:

O projeto em si carece de um problema conceitual e, em parte, constitucional. Começemos com o mais simples. O artigo 1º parágrafo primeiro é claro no sentido de que é permitida a terceirização pela Administração Pública indireta e, considerando o restante da lei, em qualquer atividade. Isso viola claramente a exigência de concurso público, nos termos da Constituição, na medida que permitiria a contratação de qualquer atividade sem a necessidade de concurso de provas e títulos, violando claramente os preceitos do artigo 37, II, da Carta Magna.

Nesse sentido, permitir que a terceirização seja ampliada às atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública representa uma clara violação ao núcleo essencial do princípio do concurso público, o qual visa, justamente, garantir a isonomia no acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

Isso porque o concurso público garante a impessoalidade no acesso ao serviço público efetivo, assegurando também que os candidatos concorram em igualdade de condições, o que impede que preferências pessoais dos gestores públicos e agentes políticos possam influenciar na seleção para preenchimentos das vagas.

Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, especificado na Súmula nº 363, o qual defende a exigência de prévia aprovação em concurso público para ingresso no serviço público, tornando nula qualquer contratação sem observância do certame, conforme se vê:

Súmula nº 363 do TST**CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Sob esse enfoque, Carvalho Filho (2009, p. 583) aduz que:

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alcançar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.

Assim, permitir a terceirização de atividades-fim no âmbito do serviço público implicaria na substituição de servidores recrutados via concurso por trabalhadores terceirizados, abrindo margem para que apadrinhados políticos, corrupção e troca de favores.

Ainda, conforme Cañete e Pinto (2015, p. 149):

[Uma] possível terceirização criaria uma distinção entre os trabalhadores, já que por idêntica prestação de serviços a um mesmo tomador, uns ganham mais, e outros ganham menos transgredindo princípios constitucionais atinentes ao valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. (grifei)

Analisando a temática, bem discorreu Cavalcante Filho (2015, p. 16):

É preciso, assim, utilizar a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição para sustentar que as disposições do PL nº 4.330, de 2004 (e, mais ainda, as do substitutivo PL nº 4.330-A, de 2004) sejam lidas à luz da CF. Só assim, cremos, será possível evitar

a declaração de inconstitucionalidade pura e simples da norma gerada com a possível aprovação da proposta.

É justo por isso que afirmamos: ou o PL nº 4.330, de 2004, é modificado para se deixar claras as restrições à terceirização na Administração Pública; ou se sustenta a possibilidade de sua leitura à luz da Constituição, de forma a evitar a burla ao princípio do concurso público; ou o texto resultante de sua aprovação deverá ser declarado inconstitucional, na parte em que se choca com o inciso II do art. 37 da CF.

Desse modo, verifica-se que uma eventual aprovação do atual texto do PL nº 4.330/2004 implicaria em flagrante inconstitucionalidade, por burla ao princípio constitucional do concurso público e por violar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, alicerces da atividade administrativa, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento, o que certamente seria alvo de ações judiciais no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade do referido projeto de lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos, pois, diante de tudo que fora exposto no presente trabalho, que a terceirização é uma importante ferramenta tanto para as empresas privadas quanto para a Administração Pública, tendo em vista que esta atividade propicia uma redução de custos operacionais assim como permite que as empresas privadas e órgãos públicos que adotam essa prática se concentrem nas suas atividades finalísticas, o que garante uma maior eficiência na prestação dos serviços.

Entretanto, essa possibilidade de utilização de mão de obra de terceiros para exercer determinadas funções típicas inerentes à Administração Pública requer o preenchimento de determinados critérios jurídicos para que possa ser efetivada.

Isso decorre do fato de que é necessário respeitar determinadas regras específicas para se terceirizar atividades no âmbito do serviço público, de modo que não haja violação aos princípios estampados no art. 37 da Constituição Federal, especialmente o princípio constitucional do concurso público.

Em decorrência disso, a decisão de terceirizar parte dos serviços de um ente público deve ser tomada a partir de um planejamento prévio acerca da viabilidade e possibilidade legal dessa transferência de atividades da Administração Pública, seguindo aquilo que estabelecem a Lei nº 8.666/93, a Súmula nº 331 do TST e as demais normas aplicáveis ao processo de terceirização.

No entanto, a redação atual do Projeto de Lei nº 4.330/2004 abre margem para tornar legais situações que até então são vedadas pela jurisprudência e pela doutrina majoritária, como a possibilidade de terceirização de atividades-fim da empresa tomadora de serviços.

Caso o Senado Federal mantenha a atual redação da proposta de lei e posteriormente haja a sanção presidencial, a terceirização no âmbito da Administração Pública indireta estará autorizada, a qual envolve as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Projeto de Lei nº 4.330/2004, portanto, é eivado de inconstitucionalidade material, pois permite a contratação de pessoal sem concurso para as empresas estatais.

A referida inconstitucionalidade decorre do fato de que o texto da proposição fere a regra estampada no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a qual

determina que o acesso aos cargos, empregos e funções públicas depende de prévia aprovação em concurso público.

Permitir que a terceirização seja estendida às atividades-fim no âmbito da Administração Pública representa clara violação aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que são os pilares da atividade administrativa, além de ferir o núcleo essencial do princípio do concurso público, o qual visa, justamente, garantir a isonomia no acesso aos cargos, empregos e funções públicas, evitando nepotismo e apadrinhamentos políticos.

Portanto, defendemos que, para que o PL nº 4.330/2004 não seja alvo de ações questionando sua constitucionalidade em caso de uma eventual sanção de seu texto atual, é necessário que sua redação seja modificada, deixando claras as restrições à terceirização no âmbito da Administração Pública, proibindo que atividades finalísticas do serviço público sejam terceirizadas, seguindo, assim, aquilo que determinam os princípios orientadores da atuação administrativa bem como o princípio constitucional do concurso público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Marcus T. **Aspectos Controvertidos da Terceirização Trabalhista**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/8623/1/Aspectos-Contravertidos-Da-Terceirizacao-Trabalhista/pagina1.html>> Acesso em: 6 ago. 2016

BASSO, Guilherme Mastrichi. **Terceirização e mundo globalizado: o encadeamento produtivo e a complementaridade de serviços como potencializadores da formalização de contratos**. In: Revista do TST. Brasília, vol. 74. n. 4. out-dez 2008. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5388/005_74-4.pdf?sequence=1.> Acesso em: 11 ago. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.330, de 2004**. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5E601F1AD3583AD9799DF64FCF033C45.proposicoesWeb1?codteor=1325350&filename=Tramitacao-PL+4330/2004> Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. **Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <> Acesso em: 9 ago. 2016.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104116/lei-5645-70>> Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm> Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 10 ago. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.** Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 24/11/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-173. DIVULG 08-09-2011. PUBLIC 09-09-2011. EMENT VOL-02583-01 PP-00001. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf>> Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256 (cancelada).** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363> Acesso em: 6 ago. 2016.

CABRAL, Sandro. **Terceirização de processos industriais sob a ótica da economia dos custos de transação.** Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração: Salvador, 2002. Disponível em: <<http://www.adm.ufba.br/pt-br/publicacao/terceirizacao-projetos-industriais-sob-otica-economia-custos-transacao>> Acesso em: 6 ago. 2016.

CAÑETE, Bruna Brandl. PINTO, Luiza Arcoverde. **Terceirização na administração pública:** o projeto de lei nº 4330 e sua (im)possibilidade de aplicação no âmbito das empresas públicas. In: Revista Pesquisas Jurídicas. Vol. 4, n. 3, ago/dez. 2015.

Disponível em:

<<http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/download/17/137>> Acesso em: 17 ago. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Samuel Antunes de. **Terceirização no Poder Judiciário do Estado do Ceará**. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/235/1/Monografia%20Samuel%20Antunes%20de%20Carvalho.pdf>> Acesso em: 16 ago. 2016.

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

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Terceirização na Administração Pública e o 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: 6 ago. 2016.

CUNHA, Bruno Santos. **Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra**: uma nova exegese e reforço de incidência. Rev. TST. Brasília, vol. 77, n. 1. jan/mar 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313002/6.+Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o+de+contratos+administrativos+de+terceiriza%C3%A7%C3%A3o+de+m%C3%A3o+de+obra+-+uma+nova+exegese+e+refor%C3%A7o+de+incid%C3%Aancia?version=1.0>> Acesso em: 20 ago. 2016.

DANTAS, Aldemiro. **A terceirização e a responsabilidade dos entes da Administração**. In: Jus Brasil. 2014. Disponível em: <<http://aldemirodantas.jusbrasil.com.br/artigos/121935821/a-terceirizacao-e-a-responsabilidade-dos-entes-da-administracao-publica>> Acesso em: 20 ago. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais na relação de trabalho**. In: Revista Legislação do Trabalho, ano 70, n. 6. São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Luciano. **Terceirização, contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública**. In: Boletim de Direito Municipal, v. 01, p. 1-8, 2007.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2011.

FORTINI, Cristina (Org.). **Terceirização na Administração**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIOSA, Lívio Antônio. **Terceirização**: uma abordagem estratégica. São Paulo: Pioneira, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 edição. Editora Atlas: São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Lourival José de. CUNICO, Dayane Souza. **Os limites da flexibilização no Direito do Trabalho sob uma perspectiva constitucional**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/123/126> Acesso em: 6 ago. 2016

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização**: Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários. São Paulo: Atlas, 2000.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Manual da terceirização**. 3. ed. São Paulo: STS, 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

SEVERO, Valdete Souto. **Terceirização**: o perverso discurso do mal menor. In: Revista da FEMARGS/RS. Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: < <http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor/terceirizacao-o-perverso-discurso-do-mal-menor.pdf>> Acesso em: 17 ago. 2016.

SILVA, Saimon Vinícius Barros da. **Responsabilidade trabalhista em decorrência da terceirização e a súmula 331 do TST no âmbito da administração pública**. In: Jus Navigandi. 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/37837/responsabilidade-trabalhista-em-decorrencia-da-terceirizacao-e-a-sumula-331-do-tst-no-ambito-da-administracao-publica>> Acesso em: 17 ago. de 2016.

WÜTHRICH, Rafael. **A terceirização e o PL 4.330**. In: Jornal GGN. 2015. Disponível em: < <http://jornalggn.com.br/noticia/a-terceirizacao-e-o-pl-4330-por-rafael-wuethrich>> Acesso em: 22 ago. 2016.

ANEXO



REDAÇÃO FINAL
PROJETO DE LEI Nº 4.330-I DE 2004

Dispõe sobre os contratos de
terceirização e as relações de
trabalho deles decorrentes.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei regula os contratos de
terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se às empresas
privadas.

§ 2º As disposições desta Lei não se aplicam aos
contratos de terceirização no âmbito da administração pública
direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do
Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente, no que couber, ao
contrato de terceirização entre a contratante e a contratada
o disposto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -
Código Civil.

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - terceirização: a transferência feita pela
contratante da execução de parcela de qualquer de suas
atividades à contratada para que esta a realize na forma
prevista nesta Lei;

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra
contrato de prestação de serviços determinados, específicos e
relacionados a parcela de qualquer de suas atividades com
empresa especializada na prestação dos serviços contratados,
nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; e



III - contratada: as associações, sociedades, fundações e empresas individuais que sejam especializadas e que prestem serviços determinados e específicos relacionados a parcela de qualquer atividade da contratante e que possuam qualificação técnica para a prestação do serviço contratado e capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º Podem figurar como contratante, nos termos do inciso II do *caput* deste artigo, o produtor rural pessoa física e o profissional liberal no exercício de sua profissão.

§ 2º Não podem figurar como contratada, nos termos do inciso III do *caput* deste artigo:

I - a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado da contratante;

II - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade;

III - a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 12 (doze) meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

§ 3º A contratada deverá ter objeto social único, compatível com o serviço contratado, sendo permitido mais de um objeto quando este se referir a atividades que recaiam na mesma área de especialização.

§ 4º Deve constar expressamente do contrato social da contratada a atividade exercida, em conformidade com o



art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 5º A qualificação técnica da contratada para a prestação do serviço contratado deverá ser demonstrada mediante:

I - a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do contrato;

II - a indicação das instalações, dos equipamentos e do pessoal adequados e disponíveis para a realização do serviço;

III - a indicação da qualificação dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, quando for o caso.

§ 6º Tratando-se de atividade para a qual a lei exija qualificação específica, a contratada deverá comprovar possuir o registro de empresa e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, nos termos do disposto na Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980.

Art. 3º A contratada é responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, nos termos previstos no contrato com a contratante.

§ 1º A contratada contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 2º A terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original.



§ 3º A excepcionalidade a que se refere o § 2º deste artigo deverá ser comunicada aos sindicatos dos trabalhadores das respectivas categorias profissionais.

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 1º Configurados os elementos da relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada, a contratante ficará sujeita a todas as obrigações dela decorrentes, inclusive trabalhistas, tributárias e previdenciárias.

§ 2º A exceção prevista no *caput* deste artigo no que se refere à formação de vínculo empregatício não se aplica quando a contratante for empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como suas subsidiárias e controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 3º É vedada a intermediação de mão de obra, salvo as exceções previstas em legislação específica.

Art. 5º Além das cláusulas inerentes a qualquer contrato, devem constar do contrato de terceirização:

I - a especificação do serviço a ser prestado e do objeto social da contratada;



II - o local e o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III - a exigência de prestação de garantia pela contratada em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada;

IV - a obrigatoriedade de fiscalização pela contratante do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato, na forma do art. 15 desta Lei;

V - a possibilidade de interrupção do pagamento dos serviços contratados por parte da contratante se for constatado o inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada; e

VI - a possibilidade de retenção em conta específica das verbas necessárias ao adimplemento das obrigações referidas no art. 15 desta Lei.

§ 1º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo será correspondente a 4% (quatro por cento) do valor do contrato, limitada a 130% (cento e trinta por cento) do valor equivalente a 1 (um) mês de faturamento do contrato em que ela será prestada.

§ 2º Para o atendimento da exigência de prestação de garantia a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo, cabe à contratada optar por uma das seguintes modalidades:

I - caução em dinheiro;



II - seguro garantia;

III - fiança bancária.

§ 3º É nula de pleno direito cláusula que proíba ou imponha condição à contratação pela contratante de empregado da contratada.

Art. 6º Na celebração do contrato de terceirização de que trata esta Lei, a contratada deve apresentar:

I - contrato social atualizado, com capital social integralizado, considerado pela empresa contratante compatível com a execução do serviço;

II - inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; e

III - registro na Junta Comercial.

Art. 7º A contratante deverá informar ao sindicato da correspondente categoria profissional o setor ou setores envolvidos no contrato de prestação de serviços terceirizados, no prazo de 10 (dez) dias a contar da celebração do contrato.

Art. 8º Quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 9º Os contratos relativos a serviços continuados podem prever que os valores provisionados para o pagamento de obrigações de natureza trabalhista e



previdenciária dos trabalhadores que tenham sua atividade integralmente voltada para a execução do serviço contratado sejam depositados pela contratante em conta vinculada aberta no nome da contratada e em face do contrato, que somente poderá ser movimentada por ordem da contratante.

Parágrafo único. Entendem-se por serviços continuados, para os fins deste artigo, aqueles cuja necessidade de contratação estenda-se por mais de um exercício financeiro e com continuidade.

Art. 10. Para fins de liberação da garantia de que trata o inciso III do *caput* do art. 5º desta Lei, a contratada deverá comprovar à contratante a quitação das obrigações previdenciárias e das trabalhistas relativas aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços contratados.

§ 1º A garantia terá validade por até 90 (noventa) dias após o encerramento do contrato, para fins de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias.

§ 2º Para contratos nos quais o valor de mão de obra seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) do total, a garantia terá validade de 90 (noventa) dias após o encerramento do contrato.

Art. 11. É vedada à contratante a utilização dos empregados da contratada em atividades diferentes daquelas que são objeto do contrato.

Art. 12. São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições:



I – relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Parágrafo único. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Art. 13. A contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto esses estiverem a seu serviço em suas dependências ou em local por ela designado.

Parágrafo único. A contratante deve comunicar à contratada e ao sindicato representativo da categoria profissional do trabalhador todo acidente ocorrido em suas dependências ou em local por ela designado, quando a vítima for trabalhador que participe direta ou indiretamente da execução do serviço objeto do contrato.



Art. 14. Na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

§ 1º Para os empregados de que trata este artigo, o período concessivo das férias deve coincidir com os últimos 6 (seis) meses do período aquisitivo, não se aplicando o disposto no *caput* do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 2º Havendo a rescisão do contrato de trabalho antes de completado o período aquisitivo das férias, a compensação devida será feita no momento da quitação das verbas rescisórias, observado o disposto no § 5º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 3º É vedada a redução do percentual da multa prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, na rescisão contratual dos empregados de que trata este artigo.

Art. 15. A responsabilidade da contratante em relação às obrigações trabalhistas e previdenciárias devidas pela contratada é solidária em relação às obrigações previstas nos incisos I a VI do art. 16 desta Lei.

Parágrafo único. Na hipótese de subcontratação de parcela específica da execução dos serviços objeto do contrato, na forma do § 2º do art. 3º desta Lei, aplica-se o



disposto no *caput* deste artigo cumulativamente à contratante no contrato principal e àquela que subcontratou os serviços.

Art. 16. A contratante deve exigir mensalmente da contratada a comprovação do cumprimento das seguintes obrigações relacionadas aos empregados desta, que efetivamente participem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução dos serviços contratados:

I – pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

II – concessão de férias remuneradas e pagamento do respectivo adicional;

III – concessão do vale-transporte, quando for devido;

IV – depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V – pagamento de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato de terceirização;

VI – recolhimento de obrigações previdenciárias.

§ 1º Caso não seja comprovado o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias a que se refere o *caput* deste artigo, a contratante comunicará o fato à contratada e reterá o pagamento da fatura mensal, em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.

§ 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, a contratante deve efetuar diretamente o pagamento dos



salários, os recolhimentos fiscais e previdenciários e o depósito do FGTS.

§ 3º Os valores depositados na conta de que trata o art. 9º desta Lei poderão ser utilizados pela contratante para o pagamento direto das verbas de natureza trabalhista e previdenciária.

§ 4º O sindicato representante da categoria do trabalhador deve ser notificado pela contratante para acompanhar o pagamento das verbas referidas nos §§ 2º e 3º deste artigo.

§ 5º Os pagamentos previstos nos §§ 2º e 3º deste artigo não configuram vínculo empregatício entre a contratante e os empregados da contratada.

Art. 17. Ficam mantidas as retenções na fonte previstas no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e nos arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

§ 1º Nos contratos de terceirização não abarcados pela legislação prevista no *caput* deste artigo, fica a contratante obrigada a reter o equivalente a 20% (vinte por cento) da folha de salários da contratada, que, para tanto, deverá informar até o 5º (quinto) dia útil do mês o montante total de sua folha de salários referente ao serviço prestado à contratada no mês anterior.

§ 2º A contratante deverá recolher em nome da empresa contratada a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia.



§ 3º O valor retido de que tratam o *caput* e o § 1º deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa contratada, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social.

§ 4º Na impossibilidade de haver compensação integral no mês da retenção, o saldo remanescente poderá ser objeto de compensação nos meses subsequentes ou de pedido de restituição.

§ 5º Na ausência de retenção ou na retenção a menor do que o valor devido, ficará a contratante solidariamente responsável pelo pagamento integral da contribuição previdenciária devida pela contratada sobre a folha de salários dos empregados envolvidos na execução do contrato.

Art. 18. A empresa contratante de serviços executados nos termos desta Lei deverá reter, sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço, a título de:

I - imposto de renda na fonte, a alíquota de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) ou a alíquota menor prevista no art. 55 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, a alíquota de 1% (um por cento);

III - contribuição para o PIS/Pasep, a alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento); e



IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, a alíquota de 3% (três por cento).

§ 1º As alíquotas de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 3% (três por cento) aplicam-se inclusive na hipótese de a prestadora do serviço enquadrar-se no regime de não cumulatividade na cobrança da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

§ 2º No caso de pessoa jurídica beneficiária de isenção, na forma da legislação específica, de uma ou mais das contribuições de que trata este artigo, a retenção dar-se-á mediante a aplicação da alíquota específica correspondente às contribuições não alcançadas pela isenção.

§ 3º Os valores retidos no mês deverão ser recolhidos ao Tesouro Nacional pela pessoa jurídica que efetuar a retenção ou, de forma centralizada, pelo estabelecimento matriz da pessoa jurídica, até o último dia útil do segundo decêndio do mês subsequente àquele mês em que tiver ocorrido o pagamento ou crédito à pessoa jurídica prestadora do serviço.

§ 4º Os valores retidos na forma do *caput* deste artigo serão considerados como antecipação do que for devido pelo contribuinte que sofreu a retenção, em relação ao imposto de renda e às respectivas contribuições.

§ 5º Na impossibilidade de haver compensação integral no mês pela contratada, o saldo poderá ser compensado com os recolhimentos dos tributos nos meses subsequentes ou ser objeto de pedido de restituição.



Art. 19. A retenção de má-fé do pagamento devido pela contratante à contratada caracteriza-se como apropriação indébita, na forma do art. 168 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As exigências de especialização e de objeto social único, previstas no art. 2° desta Lei, não se aplicam às atividades de prestação de serviços realizadas por correspondentes contratados por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, nos termos da regulamentação do Conselho Monetário Nacional - CMN, enquanto não for editada lei específica acerca da matéria.

Art. 21. O disposto nesta Lei não se aplica à relação de trabalho doméstico e às Guardas Portuárias vinculadas às Administrações Portuárias.

Art. 22. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora às seguintes penalidades administrativas, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada:

I - por violação aos arts. 11, 12, 13 e 14 e aos §§ 1°, 2° e 4° do art. 16, multa administrativa correspondente ao valor mínimo para inscrição na dívida ativa da União, por trabalhador prejudicado;

II - por violação aos demais dispositivos, multa administrativa correspondente ao valor mínimo para inscrição na dívida ativa da União.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo



Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, sem prejuízo da aplicação da legislação tributária por parte dos órgãos fazendários.

Art. 23. Para fins do enquadramento no disposto nesta Lei, no que se refere à garantia de direitos dos trabalhadores, contratante e contratada devem adequar o contrato vigente no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Parágrafo único. A contratante e a contratada não poderão prorrogar contratos em vigor que não atendam ao disposto nesta Lei.

Art. 24. A contratante poderá creditar-se da contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, até o limite da retenção ocorrida nos termos dos incisos III e IV do art. 18 desta Lei, calculadas sobre o valor pago à empresa contratada pela execução de atividades terceirizadas que se enquadrem nas hipóteses de crédito previstas no art. 3° da Lei n° 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Parágrafo único. A apuração de créditos sobre dispêndios decorrentes das atividades não tratadas nesta Lei permanece regida pela legislação aplicável à contribuição para o PIS/Pasep e à Cofins.

Art. 25. A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto nos arts. 17, 18 e 24 desta Lei.

Art. 26. Os direitos previstos nesta Lei serão imediatamente estendidos aos terceirizados da administração direta e indireta.



Art. 27. A quota a que se refere o art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, deverá ser cumprida pela empresa contratante em seus contratos de terceirização, considerando o somatório de seus empregados contratados e terceirizados.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 22 de abril de 2015.

Deputado ARTHUR OLIVEIRA MAIA
Relator