**COMISSÃO TEMÁTICA 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE.**

**AUTOR: CSB – CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS (ENTIDADE DA SOCIEDADE CIVIL)**

**EMENTA:** TERCERIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO. ABRAGÊNCIA. A Lei n. 6.019/74, alterada pela Lei n. 13.467/2017, no que tange à prestação de serviços a terceiros, nao se aplica à Administração Pública Direta ou Indireta, em razão do disposto no art. 37, *caput* e incisos I e II da Constituição Federal.

**FUNDAMENTAÇÃO DA TESE**

 Inicialmente, cumpre conceituar a terceirização, a qual, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente, sendo que por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com a prestadora de serviços (entidade interveniente)”.[[1]](#footnote-1)

 Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, os fundamentos da terceirização eram extraídos com respaldo no disposto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho[[2]](#footnote-2), a qual entende por terceirização lícita aquela que ocorre na atividade-meio da tomadora. Por outro lado, considera ilícita aquela que ocorre na atividade-fim da tomadora ou, ainda, nas hipóteses em que resta configurada a subordinação estrutural do trabalhador com o tomador de serviços.

 Ressalte-se que a referida Súmula também se aplica à terceirização na Administração Pública direta ou indireta, inclusive dispõe que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vinculo de emprego com os órgãos do Poder Público, em razão do art. 37, II, da CF/88.

 Ocorre que aos 13 de março de 2017 foi publicada a Lei n. 13.429 que incluiu na Lei n. 6.019/74, que trata do trabalho temporário, dispositivos para regular as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

 A referida legislação considerava empresa prestadora de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante **serviços determinados e específicos.**

 Todavia, aos 13 de julho de 2017 foi publicada a Lei n. 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista, a qual alterou a CLT e dispositivos da Lei n. 13.429/2017 que tratam da terceirização.

 A nova legislação traz um conceito mais abrangente sobre a terceirização, ao conceituá-la em seu art. 4-A, *verbis:*

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante **da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução*.*

 Assim, a reforma trabalhista possibilitou a terceirização em quaisquer atividades da tomadora de serviços, inclusive em sua atividade principal.

 Contudo, tanto a Lei n. 13.429/2017 quanto a Lei n. 13.467/2017 em nada tratam sobre a terceirização na Administração Pública direta ou indireta.

 Diante desse cenário, surge a discussão acerca da possibilidade ou não de se ter a terceirização irrestrita no setor público.

 Pois bem. Adentrando nas considerações acerca da terceirização no serviço público, importante transcrever os termos do art. 37 e seus incisos I e II da Constituição Federal:

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas **são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei,** assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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.”

 Têm-se, assim, fixados na Constituição os requisitos para a execução de serviços públicos: **impessoalidade, publicidade, moralidade, acessivo amplo e concurso público.**

 Nesse sentido, Jorge Souto Maior leciona[[3]](#footnote-3):

**Resulta desses dispositivos que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público.**

 No que tange especificamente à terceirização na Administração Pública, assim explica Jorge Souto Maior[[4]](#footnote-4):

Nestes termos, a contratação de pessoas, para prestarem serviços à Administração, por meio de licitação fere o princípio do acesso público. Assim, se, por exemplo, algum município quiser contratar um servidor, deverá faze-lo mediante realização de concurso público de provas e títulos, que será acessível a todos os cidadãos, respeitados os requisitos pessoais exigidos em termos de qualificação profissional, por acaso existentes e justificados em razão do próprio serviço a ser realizado. **Ao se entender que o mesmo município possa realizar esse mesmo serviço por meio de uma empresa interposta, estar-se-á, simplesmente, dando uma rasteira no requisito do concurso público e mais permitindo o favorecimento de uma pessoa jurídica, que, no fundo, estará recebendo dinheiro público, sem uma justificativa para tanto.**

 Somado a esse entendimento, o Tribunal de Contas da União, em análise feita ao pedido de reconsideração no TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara, **afirmou que não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública.**

 Ademais, tem-se o Decreto n. 2.271/97, o qual dispõe sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que em seu art. 1º disciplina quais atividades podem ser terceirizadas:

Art. 1º no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.**

§ 1º as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º **não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade,** salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

 E mais, o Tribunal de Contas da União no mesmo TC 032.202/2010-5 – 1ª Câmara entendeu pela necessidade de se aplicar por analogia o disposto no Decreto mencionado acima às empresas estatais.

 Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa clara afronta aos princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal.

 Conclui-se, portanto, que não há em nosso ordenamento constitucional a possibilidade de que as atividades principais (atividades-fim) que façam parte da dinâmica administrativa do ente público serem executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta, não podendo ser aplicada a terceirização irrestrita, conforme dispõe a Lei n. 6.019/74, alterada pela Lei n. 13.467/2017.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**DELGADO, Maurício Godinho.** Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 487.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional.

NAVARRO, Vera Lucia; LOURENÇO, Edvânia Ângela Lourenço (organizadoras). O avesso do trabalho IV: terceirização: precarização e adoecimento do mundo do trabalho. 1. Ed. São Paulo: Outras Expressões, 2017.

1. **DELGADO, Maurício Godinho**. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 487. [↑](#footnote-ref-1)
2. **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. [↑](#footnote-ref-2)
3. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/terceiriza%C3%A7%C3%A3o\_na\_administra%C3%A7%C3%A3o\_p%C3%BAblica-\_uma\_pr%C3%A1tica\_inconstitucional.pdf [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem. [↑](#footnote-ref-4)