

DILEMAS DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NO SETOR PÚBLICO, A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2023.59.7817>

Submetido em: 15/3/2018

Aceito em: 6/10/2022

Elaine Cristina Francisco Volpato

Autor correspondente: Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Av. Tarquínio Joslin dos Santos, 1300 - Lot. Universitario das Americas, Foz do Iguaçu/PR, Brasil. CEP 85870-650. <http://lattes.cnpq.br/1634648588795499>. elacrisfr@hotmail.com

Patrícia da Jornada Pivoto

Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Marechal Cândido Rondon/PR, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/5356793967990132>.

RESUMO

A pesquisa qualitativa, teórica e jurisprudencial empreendida, tem por escopo conceitos e definições acerca da terceirização, para avaliar sua aplicabilidade na Administração Pública nacional, com especial cotejo aos princípios constitucionais cogentes. O objeto de análise é a dicotomia existente entre as atividades-meio e as atividades-fim, na ótica dos Tribunais Superiores brasileiros. Acredita-se, por hipótese, que a terceirização nos serviços públicos possui limites no que concerne ao tipo de atividade a ser desenvolvida, se de meio ou finalística. A análise teórica ocupa-se dos resultados da tendência jurisprudencial, na última década, a fim de responder à questão central sobre a constitucionalidade (ou não) da terceirização de atividade-fim no setor público, concluindo-se que tal prática é inconstitucional, se irrestrita.

Palavras-chave: Constitucionalidade da terceirização de serviços públicos; atividade fim; atividade meio.

DILEMMAS OF OUTSOURCING END-ACTIVITIES IN THE PUBLIC SECTOR, BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

The qualitative theoretical and jurisprudential research undertaken has as scope concepts and definitions about outsourcing, to evaluate its applicability in the national Public Administration, with special reference to cogent constitutional principles. The object of the analysis is the existing dichotomy between “middle activities” and “end activities” in the view of the Brazilian Higher Courts. It is believed, by hypothesis, that outsourcing in public services has limits, on the type of activity to be developed, whether medium or final. The theoretical analysis is concerned with the results of the jurisprudential trend, in the last decade, to answer the central question, about the constitutionality (or not) of outsourcing end-activities in the public sector, concluding that such practice is unconstitutional, if unrestricted.

Keywords: Constitutionality of the outsourcing of public services; activity end; half activity.

1 INTRODUÇÃO

A terceirização¹ vem sendo utilizada com maior frequência no âmbito das atividades econômicas privadas, e está ligada a uma tendência que reduz a extensão da organização empresarial e aumenta a lucratividade, pela eficiência operacional do sistema de produção industrial de bens ou na prestação de serviços. Indica, assim, a transferência, para terceiros, do desenvolvimento de certas atividades específicas, necessárias à prestação do serviço ou à produção e circulação de mercadoria (JUSTEN FILHO, 2014).

No serviço público, os limites para a terceirização estão previstos na Súmula 331, do TST, ao dispor sobre a inviabilidade do reconhecimento de vínculo trabalhista entre a administração pública e prestadores de serviços não concursados, o que implica ser factível a terceirização apenas das atividades-meio e não das atividades-fim (JUSTEN FILHO, 2014).

A Lei Federal nº 13.429/2017 (BRASIL, 2017), ao disciplinar a terceirização de atividades-fim em empresas – o que pode ser utilizado na administração pública por não existir vedação expressa –, acaba por ofender fundamentos previstos na Constituição, entre eles o preceito fundamental do concurso público, inscrito no artigo 37, inciso II, os princípios da legalidade e da impessoalidade inscritos no *caput* do artigo 37 e o princípio da isonomia, este inscrito no *caput* do artigo 5º e inciso I.

Daí a relevância de uma séria discussão sobre a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim no âmbito da administração pública, a partir de uma análise dos princípios previstos na Constituição Federal. Esta pesquisa, qualitativa, bibliográfica e documental, deseja descrever o panorama jurisprudencial, de modo a ilustrar como a doutrina e o Judiciário tem enfrentado a polêmica política de reforma estatal brasileira.

O texto está dividido em três seções bem delimitadas: a primeira, introdutória, lança bases para a compreensão da constitucionalidade da terceirização para, num segundo momento, ocupar-se da polêmica tipologia das atividades meio e atividades fim; já a terceira parte debruça-se nos principais argumentos jurídicos dos Tribunais Superiores sobre a terceirização no setor público, com sua constitucionalidade questionada por diferentes ações diretas de inconstitucionalidade.

2 CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal, em seu artigo 37, prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios deve obedecer aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O inciso II do artigo 37 da Carta Magna dispõe que 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, sendo ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

No setor público, a exigência de concurso é a regra, não sendo permitida a terceirização nas atividades-fim, que seria uma forma de fraudar os dispositivos constitucionais supracitados.

A autoridade que desobedecer a essa previsão constitucional poderá ser punida e seu ato será nulo, nos termos do parágrafo 2º do artigo 37 da CF e do item II da Súmula 331, do TST, fato que caracteriza óbice à terceirização de atividades inerentes e essenciais da administração pública, a serem desempenhadas por servidores públicos. Em princípio, somente serviços considerados acessórios e de suporte (atividades-meio) é que podem ser objeto de contratação com empresas terceirizadas (GARCIA, 2017).

A contratação terceirizada pelo setor público possui limites definidos em razão do Regime Jurídico Administrativo, previsto na legislação brasileira. Dispõe o artigo 3º do Decreto Federal nº 9.507/2018 que apenas atividades acessórias, instrumentais ou complementares é que poderão ser objeto de execução indireta:

¹ O trabalhador terceirizado é funcionário da empresa prestadora de serviço, que disponibilizará o obreiro às empresas tomadoras de serviço. Diferencia-se do trabalhador temporário, cuja categoria não permite que o obreiro seja subordinado à empresa que se beneficia de seu serviço.

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. (BRASIL, 2018a).

De acordo com o inciso IV do referido artigo, as atividades inerentes às categorias funcionais, abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, não poderão ser objeto de execução indireta, salvo disposição legal em contrário, o que, por si só, já revela uma vedação à terceirização de atividade-fim no setor público.

Já para as empresas públicas e sociedades de economia mista houve uma flexibilização, trazida pelo referido Decreto, em seu artigo 4º:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere. (BRASIL, 2018a).

Na ocorrência das hipóteses previstas nos incisos do referido artigo, é permitida a terceirização nas empresas públicas e sociedades de economia mista, em razão dos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade.

Com a edição do Decreto 9.507/2018 (BRASIL, 2018a), houve o estabelecimento, pelo Governo Federal, da Portaria 443/2018 (BRASIL, 2018b), que determina os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta.

A contratação de terceiros pelo setor público de forma legal está prevista no Decreto-Lei nº 200/1967, da Presidência da República, nas tarefas executivas mediante a execução indireta (BRASIL, 1967). A Lei Federal nº 5.645/1970, no parágrafo único do artigo 3º, possibilita que atividades relacionadas com transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas sejam objeto de contratação indireta (BRASIL, 1970). Ainda, a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê, no seu artigo 10º, que obras e serviços sejam prestados por execução direta ou indireta, sendo que a indireta pode ser sob os regimes de empreitada ou tarefa (BRASIL, 1993).

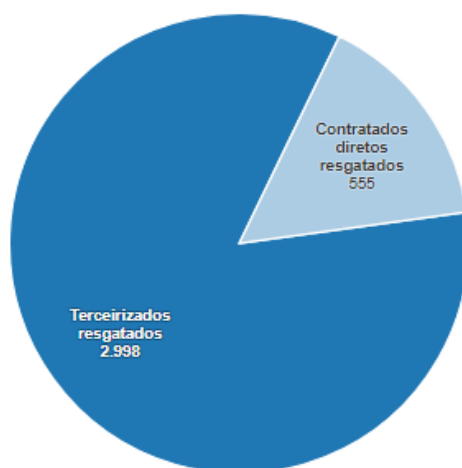
Quando desrespeita os casos regulamentados, a terceirização pelo setor público acaba configurando abuso de direitos, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

Além de esvaziar a qualidade e o comprometimento no serviço prestado, em áreas consideradas prioritárias, a terceirização, quando fora dos casos regulamentados, todos referentes apenas a atividades de apoio, frustra a regra constitucional do concurso público e, frequentemente, estando vinculada a empresas fornecedoras de mão-de-obra, representa uma meia privatização. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Cf. Representação nº 020.784/2005-7. Plenário, Relator Marcos Vinícios Vilaça. D.O.U em 30/8/2006).

A subcontratação de serviços em atividades finalísticas tem consequências ruins, como a precarização de salários e do ambiente de trabalho, além do enfraquecimento dos sindicatos, o que dificulta a criação de normas protetivas, facilita a edição de normas precarizantes e tira a vida de normas já construídas (VIANA, 2017).

O auditor fiscal do trabalho, Vitor Araújo Figueiras, realizou um gráfico, no qual demonstra que cerca de 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo (entre 2010 e 2014) eram terceirizados (REPÓRTER BRASIL, 2017), conforme pode ser verificado a seguir.

Gráfico 1 – Quantidade de trabalhadores terceirizados em condição análoga a escravo em relação aos empregados diretos



Fonte: REPÓRTER BRASIL (2017)..

O gráfico comprova que a maior parte dos trabalhadores resgatados de condições análogas à escravidão eram terceirizados, algo que não se pode admitir nem em empresas, e muito menos no setor público.

Dessa forma, a mínima possibilidade de terceirizar atividades-fim no setor público ofende fundamentos previstos na Constituição, principalmente o preceito fundamental do concurso público, inscrito no inciso II do artigo 37, além dos princípios da legalidade e da impessoalidade, constantes do *caput* do artigo 37, norteadores da atividade administrativa.

Neste sentido, a Lei Federal nº 13.429/2017 jamais autorizou expressamente a terceirização para a administração pública direta, indireta, autárquica ou fundacional. Não se pode, portanto, inferir tal autorização diante da ausência de vedação legal (STF, 2017).

Ao ferir os princípios constitucionais analisados, a referida lei é objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, assunto a ser também tratado aqui, após o aprofundamento do foco sobre a polêmica divisão de atividades-meio e atividades-fim na terceirização de serviços.

3 A POLÊMICA QUESTÃO DAS ATIVIDADES-MEIO E ATIVIDADES-FIM

Questões das mais discutidas sobre a terceirização de serviços é a tipologia em “atividades-meio” e “atividades-fim”, tendo em vista que não existe uma definição sólida em nosso ordenamento jurídico acerca desses termos, sendo papel de doutrinadores do direito estabelecerem características diferenciadoras capazes de bem definir o assunto.

A maior parte das fraudes envolvendo a terceirização está direcionada a atividades vinculadas ao que se denomina de “atividade-fim”, entretanto, a violação de direitos pode ocorrer em qualquer atividade desenvolvida pela empresa (SANTOS, 2014).

Apontar uma distinção entre atividades “meio” e “fim” é imprescindível, tendo em vista que a licitude da terceirização e a responsabilidade do tomador de serviços estão diretamente ligadas a essas definições (PEREIRA, 2014).

De acordo com a Súmula 331² do TST, os conceitos de atividade-fim e atividade-meio não são jurídico-trabalhistas, ou seja, não surgiram no âmbito do Direito do Trabalho (CASTRO, 2003).

Em suma, as atividades-fim são aquelas essenciais da empresa, pois constituem o seu objetivo principal. Já as atividades-meio exercem função secundária, servindo apenas para assegurar a efetiva realização daquelas atividades principais. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, as atividades-fim podem ser conceituadas como:

... as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (DELGADO, 2017, p. 518).

Tais conceitos refletem que a principal diferença entre essas duas formas de terceirização reside no fato de que uma envolve a atividade finalística das empresas, e a outra, atividade de apoio e logística³, conforme visto.

As atividades-meio não estão descritas expressamente, mas se caracterizam pela circunstância unívoca de não se ajustarem ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços, enquanto atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador.

Ilustrativamente, as atividades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”, atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento e, esse tipo de terceirização, em conformidade com a Súmula 331, sempre foi permitida pela jurisprudência trabalhista (DELGADO, 2017).

Já a terceirização de atividade-fim permite que uma terceira pessoa se inclua na relação bilateral (empregado-empregador), atritando com o eixo fundamental da legislação trabalhista e, por sua vez, trazendo consequências imensuráveis no campo da organização sindical e da negociação coletiva, na medida em que resulta no enfraquecimento das categorias profissionais, diante da pulverização das atividades ligadas aos setores produtivos e da consequente multiplicação do número de empregadores (MELLO FILHO, 2014).

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 31/5/2011.

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.

³ Para Delgado (2017), as atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que “não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo”. (p. 518).

A dualidade “atividades-meio” versus “atividades-fim” já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 80 e 90, por influência dos dois antigos diplomas legais dirigidos à administração pública e da nova direção constitucional emergente, talvez como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização, para além dos estritos limites colocados pela antiga Súmula 256, do TST.

A Súmula 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico (DELGADO, 2017), de modo que, em seu item III, faz referência direta à atividade-meio, no entanto, em nenhum momento define o que seja essa espécie de atividade, restringindo-se, tão somente, a considerar a não formação de vínculo empregatício na contratação de “[...] serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador” (CARNEIRO, 2016).

Tanto é a controvérsia nesse assunto, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu Repercussão Geral no julgamento de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, que trata da fixação de parâmetros para caracterização do que representa a atividade-fim de um empreendimento. Segundo o relator, Ministro Luiz Fux, “[...] existem milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade”, o que torna necessária a discussão do tema (STF, 2014).

Na prática, o que se observa é que a verificação da atividade-fim da empresa é feita mediante análise do seu contrato social. Se o empregado realiza alguma atividade que contribua para a produção do objeto social da empresa, este não presta serviço terceirizado e poderá ter o vínculo empregatício com o tomador de serviços reconhecido, conforme determinado pela Súmula 331, do TST (CARNEIRO, 2016).

Outra corrente doutrinária defende que não é possível afirmar que a terceirização deva restringir-se à atividade-meio da empresa. Tal escolha precisa ficar no âmbito da discricionariedade do administrador, porém, ao decidir tal questão, é preciso analisar sua licitude, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988).

A indústria automobilística é um exemplo da delegação de serviços da atividade-fim, decorrente das novas técnicas de produção e tecnologia, pois uma atividade que antes era considerada principal pode ser acessória nos dias de hoje (MARTINS, 2003). Como não existe uma precisão acerca da definição de atividade-meio e de atividade-fim, em muitas situações os conceitos acabam se confundindo.

No setor público, o artigo 37 e incisos da Constituição Federal são óbices intransponíveis a uma possível pretensão de substituição de um servidor público por empregado terceirizado. Qualquer ação nesse sentido é considerada um ato nulo de pleno direito, caracterizada pela ocorrência de contratação irregular de mão de obra (MARTINS, 2003).

Existem limites para a concessão de serviços públicos à iniciativa privada. Na terceirização, por exemplo, a Súmula 331 do TST dispõe não ser viável o reconhecimento de vínculo trabalhista entre a administração pública e prestadores de serviços não concursados, e de que seria cabível a terceirização apenas das atividades-meio e não das atividades-fim (JUSTEN FILHO, 2014).

A Lei Federal nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) permite a terceirização na Administração Pública em alguns tipos de serviços, ao prever que as obras e serviços sejam prestados por execução direta e indireta, segundo observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que a referida Lei, em seu artigo 10º, permite que as obras e serviços sejam prestados por execução direta e indireta, sob os regimes de empreitada ou tarefa (PIETRO, 2014). Tanto é verdade, que o artigo 6º, inciso II, define o serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais”.

Assim, para Pietro (2014), a remuneração é meramente exemplificativa, conforme decorre do uso da expressão “tais como”. Logo, o autor conclui que é perfeitamente possível a terceirização dos serviços indicados na Lei nº 8.666, sobretudo com o cotejo do artigo 13, que indica os serviços técnicos profissionais especializados alcançados pela lei. É possível, dessa forma, que o Estado terceirize determinados tipos de atividades. Isso ocorre com o objetivo de reduzir a burocracia estatal, para que a administração pública possa desenvolver, com maior dedicação, atividades fundamentais.

Há, portanto, a transferência de atividades que podem ser exercidas por terceiros, os quais têm potencial para oferecer mais eficiência. Serviços de justiça, segurança pública, de fiscalização, de diplomacia, entre outros, não podem ser objetos de terceirização, uma vez que são serviços públicos característicos, ou seja, que implicam atividades-fim e que, portanto, devem ser realizadas por agentes públicos concursados (MARTINS, 2003).

A Lei Federal nº 13.429/2017, ao permitir a terceirização de atividades-fim no trabalho temporário⁴ e não vedá-la à terceirização em geral, principalmente no setor público, acaba gerando uma grande insegurança jurídica, a ser resolvida por intermédio da aplicação jurídica prática nos casos concretos, que serão levados à discussão jurisprudencial e às instâncias administrativas (BRASIL, 2017).

4 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.429/2017

O Supremo Tribunal Federal recebeu, até o mês de novembro/2017, quando se concluiu o presente estudo, cinco ações diretas de inconstitucionalidade questionando a terceirização ampla e irrestrita, propiciada, aparentemente, pela Lei Federal nº 13.429/2017.

Foram protocoladas a ADI nº 5.685 da Rede Sustentabilidade, a ADI nº 5.686 da Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), a ADI nº 5.687 do Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil (PC do B), a ADI nº 5.695 das entidades representativas dos trabalhadores na indústria química (CNTQ) e nas fábricas de tecidos, couros e calçados (Conacovest), além da ADI nº 5.735, proposta pelo procurador geral da República, Rodrigo Janot.

A primeira análise revela que os sujeitos ativos das ADI da Lei Federal nº 13.429/2017 são bastante distintos, incluindo partidos políticos, entidades de classe e o Procurador Geral da República.

Esse fato demonstra que a Lei da Terceirização atingiu diversos setores da sociedade, os quais tentaram declarar sua inconstitucionalidade, por acreditarem que a lei está em desacordo com os fundamentos da Constituição pátria violando direitos dos trabalhadores.

Em um segundo momento, serão examinados os principais argumentos utilizados nas ações acerca do tema específico da terceirização de atividade-fim no setor público.

Na ADI nº 5.685, o partido Rede Sustentabilidade sustenta que o preceito fundamental do concurso público consiste em um comando primário para a administração pública direta e indireta, alcançando, inclusive, entidades públicas empresariais, de personalidade jurídica de direito privado, que visam a lucratividade, quais sejam as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

Esse preceito não pode sofrer desvios por uma norma infraconstitucional, como é o caso da nova lei de 2017, sob pena de negar vigência à lei fundamental. Assim, em consonância com o texto constitucional, a possibilidade de se terceirizar atividades-fim no âmbito das entidades administrativas colide, frontalmente, com o princípio constitucional do concurso público – artigo 37, inciso II, da CF –, incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Somente se admite a terceirização no setor público quando não há, nos quadros de pessoal do órgão ou entidade, cargo, emprego ou função pública que possa realizar a função objeto de subcontratação.

Na ADI nº 5.687, de autoria do Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B), é sustentado que a violação ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal no que concerne ao acesso a emprego e cargo público via concurso de provas e títulos.

Os partidos argumentam que a nova lei, ao não trazer ressalva de incidência aos contratos firmados pela administração pública, nem limitação em relação às atividades que podem ser objeto de contrato, deixa claro o propósito do legislador ordinário de expandir a terceirização às atividades-fim dos órgãos e das entidades públicas. Para corroborar tal argumento, apresenta-se trecho de uma entrevista dada pelo deputado Laércio Oliveira, relator do Projeto de Lei n. 4.302/1998, a seguir transcrito:

⁴ Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (BRASIL, 2017)

Deputado Laércio Oliveira – “A terceirização no serviço público já existe. Ela só existiu até hoje com referência a esses serviços de alimentação, logística, recepção, atendimento, telemarketing, telefonista, vigilância... Só avançou até aí, porque tem uma súmula (do TST) dizendo que só pode terceirizar atividade meio. Então, parou aí. Com o texto dizendo que é possível terceirizar ‘serviços’, pode-se terceirizar qualquer atividade. Claro, que no serviço público, existem as carreiras essenciais do estado e essas não serão alcançadas” (FOLHA DIRIGIDA, 2017, s.p.).

Em razão disso, os partidos clamam pela inconstitucionalidade dos artigos 4º-A e 5º-A, acrescidos pela Lei Federal nº 13.429/2017 à Lei Federal nº 6.019/1974, por absoluta incompatibilidade com o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal; ou, ao menos, que os dispositivos sejam interpretados conforme a Constituição, para afastar sua incidência das atividades finalísticas dos órgãos e das entidades da administração pública direta e indireta.

As entidades representativas dos trabalhadores na indústria química (CNTQ) e nas fábricas de tecidos, couros e calçados (Conaccovest), na ADI nº 5696, argumentaram que é inconstitucional uma norma legal infraconstitucional que autorize a regulação do trabalho nas empresas privadas e no serviço público, estabelecendo, no mesmo espaço produtivo, duas categorias diferentes de direitos trabalhistas, por ofender diretamente os fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nos termos dos incisos II, III, IV do artigo 1º da CF, além do princípio da isonomia previsto no *caput* do artigo 5º da CF (BRASIL, 1988).

Neste mesmo contexto, o procurador geral da República, Rodrigo Janot, propôs a ADI nº 5735, na qual pleiteia a declaração de inconstitucionalidade, sem a redução de texto dos artigos 4º-A, 5º-A e 9º, parágrafo 3º, da Lei Federal nº 6.019/1974, na redação inserida pela Lei Federal nº 13.429/2017, para que deles se afaste interpretação que implique permissão de terceirização de atividades finalísticas nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por afronta à regra constitucional do concurso público inscrita no artigo 37 e no parágrafo 1º, inciso II, do artigo 173 da CF (BRASIL, 1988).

Conforme o procurador, uma interpretação que admita terceirizar todas as atividades da administração pública ofende a regra constitucional do concurso público, prevista no inciso II do mencionado artigo 37, que é um requisito de impessoalidade na admissão em cargos e empregos públicos, e que somente pode ser excetuado nas hipóteses de cargo em comissão de livre e nomeação, conforme o inciso V do mesmo artigo.

Na pesquisa realizada, foram examinados os argumentos acerca da inconstitucionalidade da nova lei de 2017 que mais se repetem entre as cinco ADIs, e aqueles que são distintos, além da fundamentação jurídica utilizada, resultando no Gráfico 2, a seguir.

Gráfico 1 – Demonstrativo dos argumentos de inconstitucionalidade da Lei nº 13.429/2017



Fonte: Dados da pesquisa.

Verifica-se, assim, que os argumentos mais sólidos acerca da inconstitucionalidade da nova lei são: i) a ofensa aos direitos dos trabalhadores; e, ii) a valorização do trabalho humano e existência digna – visto que esses argumentos estão presentes nas cinco ADIs e representam grave ofensa à Constituição Federal por parte dessa lei.

Observa-se, de outro lado, que os argumentos menos utilizados foram: i) a violação a direitos sociais, ii) a violação ao princípio do retrocesso social e iii) a ofensa à organização sindical, tendo em vista que estavam presentes em uma das ADIs apenas. Por fim, duas ADIs não trataram sobre a violação do inciso II do artigo 37 da CF, que é o principal artigo atingido na terceirização de atividades finalísticas pelo setor público, objeto do presente estudo.

5 CONCLUSÃO

A análise acerca da constitucionalidade ou não da terceirização das atividades-fim, especificamente no setor público, é elemento essencial. Após exame do tema, conclui-se que esse tipo de subcontratação é inconstitucional, pois afronta fundamentos da Constituição Federal, dentre eles cabendo destacar, sobretudo, o preceito constitucional do concurso público, além dos princípios da legalidade e da impessoalidade, e da isonomia.

De igual sorte, atentam frontalmente as garantias dos direitos sociais, tendo o poderoso potencial de gerar a violação ao princípio do retrocesso social, na medida em que ofendem à organização sindical, atentando os direitos dos trabalhadores e causando a desvalorização do trabalho humano; e afrontam a existência digna. Estes são argumentos que estão presentes nas cinco ADIs, e representam grave ofensa à Constituição Federal por parte da Lei nº 13.429/2017 (BRASIL, 2017).

Neste contexto, a regra constitucional do concurso público garante a impessoalidade na admissão em cargos e empregos públicos e está afetada por apenas uma exceção, que são as hipóteses de cargos em comissão de livre nomeação.

Em nosso ordenamento jurídico, a terceirização no setor público jamais pode ser uma exceção à regra do concurso público, pois tem caráter excepcional de contratação e apenas se justifica em atividades de apoio administrativo. Não deve atingir, portanto, as atividades finalísticas, que só podem ser praticadas por servidores públicos devidamente investidos em cargos ou em empregos públicos.

6 REFERENCIAS

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: Editora LTR, 2009.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Lei Nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5645.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Lei Nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Lei Nº 13.429, de 31 de março de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Decreto Nº 9.507, de 21 de setembro de 2018*. 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9507.htm. Acesso em: out. 2022.

BRASIL. *Portaria Nº 443, de 27 de dezembro de 2018*. 2018b. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-no-443-de-27-de-dezembro-de-2018>. Acesso em: out. 2022.

- BRASIL. *Projeto de Lei Nº 4.302/1988*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20794>. Acesso em: out. 2022.
- CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na administração pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61-80, jul./dez. 2016.
- CASTRO, Cláudio Dias. Terceirização: atividade-meio e atividade-fim. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 20, n. 964, maio 2003.
- CORREIA, Henrique. *Terceirização e trabalho temporário*. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/28257953/henrique-correia---lei-da-terceirizacao---2017-pdf>. Acesso em: 1º set. 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.
- FOLHA DIRIGIDA. *Relator do Pl da terceirização comenta efeitos nos concursos*. Disponível em: <http://www.folhadirigida.com.br/noticias/concurso/especial/exclusivo-relator-do-pl-da-terceirizacao-comenta-efeitos-nos-concursos>. Acesso em: 1º nov. 2017.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. 3. ed. Salvador, BA: Editora JusPODIVM, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *ADI 1923: legitimação e ampliação da terceirização no setor público*. São Paulo, 22 de abril de 2015. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/adi_1923_legitimação_e_ampliação_da_terceirização_no_setor_público.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 98.
- MELLO FILHO, Luiz Phelipe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. A terceirização de atividade-fim: caminhos e descaminhos para a cidadania no trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 80, n. 3, jul./set. 2014.
- OLIVEIRA, José Carlos de. *Terceirização na administração pública*. Franca, SP: UNESP/Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012.
- PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista; SOUZA, Larissa Martins de. Acerca da dicotomia atividade-fim e atividade meio e suas implicações na licitude da terceirização trabalhista. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- REPÓRTER BRASIL. *Pesquisadores reunidos em São Paulo apontam relação entre trabalho escravo e terceirização*. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/11/pesquisadores-reunidos-em-sao-paulo-apontam-relacao-entre-trabalho-escravo-e-terceirizacao/>. Acesso em: 3 out. 2017.
- SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo*. 713.211. Minas Gerais. Relator.: Min. Luiz Fux. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5667074>.
- STF. Supremo Tribunal Federal. Procuradoria Geral da República. *Procurador-geral da República apresenta ADI contra Lei das Terceirizações*. 27/06/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347835>.
- VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. 3. ed, São Paulo: LTr, 2017.
- VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, Oscips e demais entidades do “Terceiro Setor”. *Revista Eletrônica TST*, v. 1, n. 10, ago. 2012.

Todo conteúdo da Revista Direito em Debate está
sob Licença Creative Commons CC – By 4.0