

DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM considerações gerais

A fim de melhor apreender as notícias que vem sendo veiculadas em relação ao processo de terceirização do trabalho, em especial junto à Administração Pública, é que se pretende pontuar as presentes considerações.

Nesse sentido, duas foram as decisões do Supremo Tribunal Federal, cujas teses de repercussão geral foram aprovadas, merecedoras do presente registro:

1. Licitude da terceirização da atividade fim (tema 725, STF)

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018).

2. Inexistência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento de encargos trabalhistas dos terceirizados. (tema 246, STF)

“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (STF, Pleno, RE 760.931/DF, DJe 2/5/2017).

Em linhas gerais, conforme noticiado no site do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), sobre o **tema 725** do STF, decidiu a Suprema Corte que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra.

Para o Min. Celso de Mello, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente, *“sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial”*. Apontou ainda que o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas: *“O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados”*. E continuou sua avaliação política, motivadora do seu julgamento anti-jurídico, citando dados estatísticos que comprovariam o aumento de vagas no mercado formal em decorrência do aumento da terceirização em empresas dos mais diversos segmentos econômicos. *“O impedimento absoluto da terceirização trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará a redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização nos últimos anos”*.

Já a Min. Cármen Lúcia, por sua vez, alegou que a garantia dos postos de trabalho não está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada. *“Com a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho”*.

O que viu-se nesse julgamento, mais uma vez, foram argumentos vazios de conteúdo jurídico. Registre-se que divergiram desse entendimento os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Vale dizer que, após a reforma trabalhista¹, já se admitia a terceirização de forma ampla, ou seja, de quaisquer das atividades da contratante (tomadora), inclusive de sua atividade principal, o que veio a ser confirmado pelo julgamento do STF. Logo, com a reforma trabalhista, já estava superada a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, anteriormente adotada pela jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal julgou ainda procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questionou a constitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que restringiam a terceirização com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho². O relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão desse julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, j. 30/8/2018).

•Da Terceirização na Administração Pública

Vários são os preceitos legais que já vislumbravam a possibilidade da terceirização da mão de obra na Administração Pública.

A título exemplificativo, o parágrafo 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal), admite a terceirização no serviço público. Tal dispositivo legal determina que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão compatibilizados como "outras despesas de pessoal".

Já o art. 1º do Decreto 2.271/97, que regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estabelece que podem ser executados indiretamente os serviços de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Quando o Estado se socorre da terceirização, deve ainda desempenhar as suas funções consoante os princípios da Administração, como os elencados no artigo 37 da CF/88, em especial o da eficiência e o da economicidade, princípios esses introduzidos pela Emenda Constitucional 19/98, que determina que o Poder Público deve primar pela excelência dos meios utilizados para a execução de suas atividades.

•A responsabilidade do Estado enquanto tomador de serviços terceirizados

¹ Em linhas gerais, destacamos os pontos aprovados pela reforma trabalhista no tocante à terceirização: i) a terceirização deve envolver a prestação de serviços, e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta, o que, se assim deflagrado, pode vir a ser caracterizada fraude na contratação; ii) a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços (artigo 4º-A, parágrafo 1º, da Lei 6.019/1974, incluído pela Lei 13.429/2017). Vale dizer, a subordinação jurídica do empregado terceirizado existe em face da empresa prestadora de serviços (e não do tomador ou contratante), cabendo à empresa tomadora do serviço a responsabilidade subsidiária; iii) Os empregadores podem demitir seus trabalhadores e contratar só terceirizados, mas não pode haver características de vínculo empregatício, como subordinação e frequência dos trabalhadores. Nestes casos, é considerado fraude. Se a empresa quiser substituir todo o quadro por terceirizados, ela precisa contratar uma prestadora de serviço que vai gerenciar toda a mão de obra; iv) as empresas podem substituir assalariados por pessoa jurídica somente se não houver característica de vínculo de emprego; v) A empresa não pode demitir um funcionário e recontratá-lo como terceirizado de imediato. Para evitar fraudes, um funcionário só pode ser recontratado como terceirizado depois de um ano e meio da demissão; vi) O trabalhador terceirizado é um funcionário cujo contrato é regido pela CLT. Portanto, tem direito a garantias previstos na convenção coletiva da categoria dos terceirizados. Não necessariamente funcionários terceirizados têm direito a receber o mesmo salário que os empregados da empresa contratante. A reforma trabalhista prevê que contratante e contratada podem firmar esse e outros direitos em contrato de trabalho, contrariando, mais uma vez, a jurisprudência firmada até então pelo TST, que defendia o princípio da isonomia (OJ 383 da SDI-1 do TST, a saber):

"383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974."

² "331 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993. Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000. Nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

(...) 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. (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 - Nova Redação - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

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 nº 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. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 760931, **tema 246**, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada, confirmando-se o entendimento adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade (ADC) 16, que veda a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor – seguido pela ministra Cármen Lúcia e pelos ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes – lembrou o parágrafo 2º do artigo 71 da Lei de Licitações, que prevê a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários. “*Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas*”, ressaltando que o legislador não previu expressamente a responsabilidade solidária dos encargos trabalhistas como o fez em relação aos encargos previdenciários: “*Se não o fez, é porque entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada*”.

A decisão do STF provocou a revogação do entendimento anterior do TST, consubstanciado pela Súmula 331 (já mencionada), que assim preceituava anteriormente à mudança:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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.

Desse modo, entenderam os Ministros do STF que somente a falta de zelo na fiscalização do contrato pela Administração Pública poderá fazer com que esta se responsabilize solidariamente pelas empresas contratadas.

Segundo doutrina trabalhista, quando o trabalhador emprega sua energia de trabalho, não é possível determinar o retorno do empregado ao *status quo ante*, justamente por não ser possível o restabelecimento de tal energia, pelo que deve receber de quem foi beneficiado da prestação dos serviços a respectiva contrapartida. Nesse sentido, a tomadora de serviços teria culpa *in eligendo* e *in vigilando* pela escolha inadequada da empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. A discussão sobre a culpa, portanto, à luz dos princípios do Direito do Trabalho, é de importância secundária. Isto porque o trabalhador que já forneceu sua energia de trabalho precisa receber a contraprestação.

Contudo, veja-se que não havia por parte do Tribunal Superior do Trabalho a declaração de vínculo de emprego com a administração, mas unicamente a possibilidade de responsabilizar o ente público no caso de inadimplemento de verbas por prestador de serviços que fora, legal e legitimamente contratado pelo Estado com a intenção de executar parte de suas atividades, ainda que consideradas como não essenciais.

A responsabilização do ente público, conforme antiga redação da Súmula 331 do TST, visava garantir unicamente o recebimento de todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao trabalhador que cumpriu suas funções junto ao tomador de serviços. Ou seja, unicamente receberia as parcelas a que faz jus, sem qualquer tipo de declaração de vínculo empregatício, vedado pela Constituição.

Por meio de recente decisão, o Supremo Tribunal Federal trouxe entendimento no sentido de que o Estado não é responsável pelas parcelas trabalhistas não adimplidas pelos prestadores de serviços. Tal entendimento, em seu bojo, afronta a princípios básicos do Direito do Trabalho, na medida em que deixa a descoberto aqueles que desempenharam suas funções em prol do Estado e deixaram de receber parcelas de natureza alimentar.

Pelo novo entendimento esposado pelo STF, dessa forma, estar-se-á garantindo que um ilícito trabalhista, consubstanciado no inadimplemento de verbas de natureza salarial (e portanto alimentar) seja referendado pelo Estado, ao fim e ao cabo, o maior beneficiado com a utilização da mão de obra do trabalhador.

•O Decreto 9507/18, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

No tocante aos contornos e à extensão da terceirização admitida ou incentivada, o antigo decreto ora revogado (Decreto Federal 2.271/97) alcançava a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O novo decreto (9507/18) alcança ainda as empresas estatais federais.

Além de provocar o alargamento da terceirização na administração pública federal, muitas críticas se opõem ao Decreto 9.507/18, a começar pelos artigos 1º e 2º, assim redigidos:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Art. 2º Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação.

As novas regras não qualificam as atividades passíveis de execução indireta, nada aludindo a atividades-fim ou meio, e não enumeram ou exemplificam os serviços objeto da contratação, diferentemente da regra antiga. A opção pela nova redação não pode ser ignorada. Não é despropositado o desaparecimento da alusão ao enquadramento da atividade. Sob esse ângulo, compreende-se o repúdio que a norma tem provocado, partindo-se do pressuposto de que a mudança representaria um risco à própria carreira pública, por meio de uma violação “autorizada” à regra da contratação por meio de concurso público.

Mas o Decreto 9.507/18 repete o que já consta da Instrução Normativa 5/17 do MPOG, repudiando a execução indireta na administração direta, autárquica e fundacional em casos que (art. 3º):

- envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;
- sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;
- 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. Essa restrição também constava do decreto revogado.

•

O decreto, todavia, disciplina de outra forma a contratação pelas empresas estatais, dela cuidando o artigo 4º. O referido artigo, embora repita, em síntese, a proibição da contratação quando os serviços desejados demandem profissionais com atribuições inerentes aos cargos constantes dos planos de cargos e salários, não a veda de forma absoluta.

O parágrafo 3º afasta a restrição quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção, redação semelhante a do inciso IV do artigo 3º, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, já comentado. Mas o que mais chama atenção é a parte final do caput que estabelece que a vedação não persiste se contrariar os princípios administrativos da eficiência, economicidade e razoabilidade, indicando como uma das hipóteses a impossibilidade de competir no mercado.

Assim, não estaria vedada a execução indireta, ainda que os serviços ambicionados exigissem profissionais com atribuições inerentes aos cargos referenciados no plano de cargos e salários, se a medida pudesse sacrificar a competitividade no mercado. Esse dispositivo merece atenção porque o argumento da competitividade poderá ser empregado para alavancar o esvaziamento dos empregos públicos nas estatais.

Em Nota Técnica, a Assessoria Jurídica Nacional do Andes divulgou também considerações a respeito do aludido Decreto, destacando:

"O Decreto no 9.507/18 também estabelece uma hipótese de vedação geral aplicáveis a todos os entes públicos (art.5o), consubstanciada no fato de a pessoa jurídica na qual o administrador ou sócio com poder de direção tenham relação de parentescos com o detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação ou autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

Os outros capítulos tratam do (III) instrumento convocatório e do contrato, (IV) da repactuação e reajuste. Nas disposições finais, o Decreto no 9.507/18 estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista controladas pela União adotarão os mesmos parâmetros das sociedades privadas naquilo que não contrariar seu regime jurídico e o que por ele disposto (art.14) e atribui competência ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para expedir normas complementares ao seu cumprimento (art.15).

De pronto, é facilmente percebível que o Decreto no 9.507/18 padece de inconstitucionalidade latente. Isto porque, viola frontalmente o artigo 37, II, da Constituição, que prevê a exigência do concurso público para investidura em cargo ou emprego público, corolário dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da eficiência, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da isonomia e da segurança jurídica.

Os conceitos vagos e imprecisos do Decreto no 9.507/18, sujeitos ainda a autorizações e regulamentações posteriores, e impregnados de uma discricionariedade desmedida pavimentam uma larga avenida para que trabalhadores possam ingressar no serviço público sem concurso, malferindo os princípios constitucionais acima elencados"

Por fim, cabe-nos, contudo, oferecer resistência à interpretação do decreto que implique eventualmente no desvio das contratações das carreiras públicas, a fim de que, por óbvio, observe a Constituição da República, que oferece um conjunto de normas, a remeter a um quadro de trabalhadores próprio. Não sem razão a Constituição menciona os servidores estatutários e os empregados públicos. Vale dizer, a Constituição da República prevê a existência de vínculo direto com os trabalhadores, observado, como regra, o disposto no artigo 37, inciso II.

Também importante considerar que a decisão do STF sobre a constitucionalidade da terceirização de atividade-fim não se debruçou sobre as peculiaridades da Administração Pública. Daí, me parece, não ser possível concluir diretamente, apoiando-se na ADPF, pela regularidade da contratação de terceirizados na atividade-fim no âmbito da Administração Pública.

Claro que não se pode desconsiderar o voto do ministro Gilmar Mendes que menciona a dificuldade de se diferenciar a atividade-meio da atividade-fim. Mas, salvo melhor juízo, os demais argumentos apresentados pelos ministros para afirmar a constitucionalidade se aplicam ao campo privado, sendo imprestáveis para a esfera pública em especial diante das diversas regras peculiares a esse setor.

Assim, ainda que se insista em elastecer a terceirização, quer nos parecer que existe ainda um campo de interpretação e resistência amparado na Constituição Federal até um pronunciamento em sentido contrário pelo STF.

É o que me parece.

São Paulo, 01 de novembro de 2018

Lara Lorena Ferreira
OAB/SP 1