

Brasília, 31 de março de 2017.

NOTA JURÍDICA

Assunto: Projeto de Lei n. 4.302/1998. *Terceirização de atividades-meio e atividades-fim*. Inaplicabilidade *parcial* à Administração Pública. Violação à regra do concurso público. Indelegabilidade de atividades *típicas de Estado*.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ANALISTAS E ESPECIALISTAS EM INFRAESTRUTURA, ANEINFRA, solicita a elaboração de Nota Jurídica a respeito das alterações promovidas pelo Projeto de Lei (PL) n. 4.302/1998, aprovado pela Câmara dos Deputados em sessão realizada em 22 de março de 2017.

Em síntese, a Associação deseja saber se as inovações legais relacionadas à *terceirização* de serviços são aplicáveis aos servidores públicos, especialmente aos Analistas e Especialistas em Infraestrutura filiados.

I – ANÁLISE JURÍDICA

Nos termos de seu preâmbulo, o PL n. 4.302/1998 “*Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.*”

Em sua redação original, a Lei n. 6.019/1974 apenas regulamentava o trabalho temporário. Era, portanto, silente com relação ao instituto da *terceirização*.

Ante a omissão legislativa, a jurisprudência e a doutrina pátrias consolidaram o entendimento de que apenas as *atividades-meio* poderiam ser terceirizadas, ou seja, apenas aquelas não diretamente relacionadas ao objetivo principal da empresa.

Inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou o Enunciado n. 331 de sua Súmula, que vedou expressamente a *terceirização* para as atividades finalísticas da empresa. Essa modalidade de contratação só era permitida para as *atividades-meio* e desde que não existisse subordinação do trabalhador em relação ao tomador de serviços.

Vale conferir o inteiro teor do referido Verbete Sumular:

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), de conservação e limpeza, **bem como a de**

serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade 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. (grifos aditados)

O Enunciado n. 331 da Súmula do TST buscou esclarecer o contraponto entre *terceirização lícita e ilícita*.

Via de regra, seria *ilegal* a contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta, com a exceção dos casos de contratação de: i) trabalho temporário para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal da empresa tomadora; ii) serviço de vigilância; iii) serviço de conservação e de limpeza; e de iv) **serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador**¹.

A ausência de subordinação jurídica e de personalidade dos trabalhadores com o tomador do serviço era um dos pressupostos para a *licitude* da *terceirização*. Os trabalhadores terceirizados deveriam manter esses vínculos com a empresa prestadora de serviços², e não com a tomadora.

¹ Nos termos do da Instrução Normativa n. 3/1997, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), tomador do serviço é “a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que celebrar contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros, com a finalidade de contratar serviços”.

² A mesma Instrução Normativa n. 3/1997-MTE dispõe que “A empresa de prestação de serviços a terceiros a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa **fora do âmbito das atividades-fim** e normais para que se constitui essa última.”

Essas regras também eram aplicáveis ao Poder Público. Eventualmente, caso houvesse a contratação *ilegal* de trabalhadores mediante empresa interposta, não seria possível configurar vínculo empregatício com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional³, sob pena de violação à regra constitucional do concurso público, inserta no art. 37, II, da Constituição da República (CR):

Art. 37. (...)

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. (grifos aditados)

Especialmente no que se refere às atribuições dos Analistas e dos Especialistas em Infraestrutura, relativas ao planejamento e à fiscalização de projetos e obras de infraestrutura de grande porte⁴, eventual *terceirização* de suas atividades finalísticas violaria não apenas o art. 37, II, da CR, mas também o art. 174 do texto constitucional, que assim dispõe: “*o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento*”.

De acordo com a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), qualquer atividade estatal que envolvesse poder de polícia, tal como a fiscalização de projetos e de obras de infraestrutura de grande porte, seria indelegável a terceiros e, portanto, deveria ser exercida diretamente pelo Estado.

³ Vale destacar que, em **30.03.17**, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário n. 760.931, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada.

Na ocasião, confirmou-se o entendimento adotado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, que vedava a responsabilização automática do Poder Público. Para que isso ocorra, é imprescindível a prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva do Estado na fiscalização dos contratos.

⁴ Lei n. 11.539, de 8 de novembro de 2007.

Art. 1º Ficam criados, no âmbito da administração pública federal direta, a seguinte Carreira e cargos isolados de provimento efetivo: (Vide Lei nº 12.702, de 2012)

I – Carreira de Analista de Infra-Estrutura, estruturada nas Classes A, B e Especial, composta do cargo de Analista de Infra-Estrutura, de nível superior, com **atribuições voltadas às atividades especializadas de planejamento**, coordenação, **fiscalização**, assistência técnica e execução de projetos e obras de infra-estrutura de grande porte; e

II – cargo isolado de Especialista em Infra-Estrutura Sênior, de nível superior, estruturado em classe única, com **atribuições de alto nível de complexidade voltadas às atividades especializadas de planejamento**, coordenação, **fiscalização**, assistência técnica e execução de projetos e obras de grande porte na área de infra-estrutura. (grifos aditados)

É o que se extrai do julgamento da ADI n. 1.717/DF (DJ 28.3.2003), de Relatoria do Ministro SIDNEY SANCHES, em que a Suprema Corte concluiu pela **indelegabilidade de qualquer atividade típica de Estado**, especialmente aquelas vinculadas ao poder de polícia (inerente à atuação fiscalizatória):

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, **leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir**, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.

(STF, Tribunal Pleno, ADI 1717, Relator Min. SYDNEY SANCHES, DJ 28.03.2003, grifos aditados)

Esse era, portanto, o cenário jurídico acerca do instituto da *terceirização* até a superveniência do PL n. 4.302/1998: somente era permitida a contratação de trabalhadores por meio de empresa interposta para a realização de *atividades-meio* da tomadora dos serviços.

Com as alterações promovidas pelo PL n. 4.302/1998, foram incluídos 4 (quatro) dispositivos na Lei n. 6.019/1974 (4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B), que passaram a dispor expressamente sobre o instituto da *terceirização*. Vale conferir:

Art. 2º. A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C:

“Art. 4º-A Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, **ou subcontrata** outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”

“Art. 4º-B São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

“Art. 5º-A Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

“Art. 5º-B O contrato de prestação de serviços conterá:

I - qualificação das partes;

II - especificação do serviço a ser prestado;

III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;

IV – valor.” (grifos aditados)

Como se percebe, o texto aprovado pela Câmara permitirá a contratação de terceirizados, de forma livre e irrestrita, em todas as atividades de uma empresa, sejam elas *atividades-meio* ou *atividades-fim*.

A empresa prestadora dos serviços será responsável pela contratação, pela remuneração e pela supervisão do trabalho dos empregados terceirizados e a ela será permitido, ainda, subcontratar.

Por outro lado, a tomadora dos serviços (ou contratante) passará a assumir responsabilidades antes inexistentes, tais como garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos terceirizados nas hipóteses em que o trabalho for realizado em suas dependências ou em local previamente convencionado em contrato.

Embora o diploma normativo não trate especificamente sobre a *terceirização* no âmbito da Administração Pública, o conceito de “contratante”, previsto no art. 5º-A⁵, é bastante amplo e abrange qualquer pessoa jurídica, o que dá margem à interpretação de que os entes públicos dotados de personalidade jurídica também estão abrangidos pela Lei.

A dúvida que exsurge, então, é a seguinte: se a *terceirização* passou a ser autorizada para todas as atividades das empresas tomadoras de serviços (*atividades-meio* e *atividades-fim*), essa regra também passará a valer para a Administração Pública?

⁵ “A Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.”

Ainda que se considere que os preceitos normativos são aplicáveis ao Poder Público, a Lei, caso venha a ser aprovada nesses termos, deve ser interpretada de acordo com a Constituição.

Ou seja, os novos dispositivos passarão a reger a contratação de terceirizados pela Administração Pública naquilo que não contrariar a Constituição, sob pena de violação ao *princípio da hierarquia das normas* (art. 59 da CR).

Essa é uma questão cara ao sistema democrático constitucional brasileiro, que constitui corolário do *princípio da legalidade* (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da CR). Por força desse princípio, os atos normativos estão subordinados àqueles de posição hierárquica superior. A Carta Magna ocupa justamente o topo da pirâmide hierárquica e, por isso, todos os outros atos normativos (leis complementares, leis ordinárias, decretos, etc) devem ser com ela compatíveis.

A Lei não pode, portanto, regulamentar fora dos limites estabelecidos pela Constituição ou criar direitos que se contrastem com as regras e os princípios constitucionais. Se a própria Constituição estabelece a regra do concurso público (art. 37, II, CR) e dispõe, de forma expressa, que o Estado exercerá as funções de fiscalização e de planejamento (art. 174 da CR), não pode a Lei normatizar em sentido contrário.

Não bastasse isso, eventual *terceirização* das atividades finalísticas da Administração Pública configuraria, ainda, violação aos princípios constitucionais da *impessoalidade*, da *moralidade* e da *eficiência* (*caput* do art. 37).

Terceirizar as atividades a cargo dos Analistas e dos Especialistas em Infraestrutura implicaria graves consequências gravíssimas ao planejamento e à fiscalização de projetos e de obras de grande porte na área de infraestrutura, pois a confusão de interesses público-privados conduziria certamente ao comprometimento da atividade fiscalizatória e de planejamento.

Assim, é juridicamente insustentável a delegação de serviço público inerente ao Poder Público a pessoas não integrantes da *carreira de Estado* competente para tanto.

A atividade fiscalizatória e de planejamento estatal deve ser norteadas pelos *princípios da eficiência* e da *impessoalidade*, pelo conhecimento técnico de servidores públicos **concursados**, aptos a realizar de forma qualificada e **imparcial** suas funções institucionais.

Por isso, ainda que se considere que a Administração Pública se insere no conceito de “contratante” (art. 5-A da Lei n. 6.019/1974, com redação dada pelo PL n. 4.302/1998) e que as novas regras relativas ao instituto da *terceirização* são aplicáveis ao serviço público, os preceitos devem ser empregados tão somente no que se refere à *terceirização* de *atividades-meio*, já permitida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias (Enunciado n. 331 da Súmula do TST).

II – CONCLUSÃO

O próximo passo para a publicação da Lei é o envio do PL n. 4.302/1998 à sanção presidencial. Caso o texto seja aprovado sem alterações, o ordenamento jurídico passará a dispor formalmente sobre o instituto da *terceirização*.

A partir de agora, a contratação de trabalhadores mediante empresa interposta será permitida por lei, seja para a realização de *atividades-meio*, seja para a realização de *atividades-fim* da tomadora dos serviços.

Especificamente no que se refere à Administração Pública, os dispositivos legais apenas deverão ser aplicados para a *terceirização* de *atividades-meio*, sob pena de afronta: i) à regra do concurso público (art. 37, II, CR); ii) ao *princípio da hierarquia das normas* (art. 37, II, CR), corolário do *princípio da legalidade* (art. 5º, II, CR); iii) ao art. 174 da CR; e iv) aos *princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência* (*caput* do art. 37).

Diante das peculiaridades do tema, o escritório se coloca à total disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Assim a opinião de quem abaixo subscreve

TORREÃO BRAZ ADVOGADOS

Bruno Fischgold

Larissa Benevides Gadelha Campos

Deborah de Andrade Cunha e Toni

Paulo Vitor Liporaci Giani Barbosa