

“REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

“LABOR REFORM” AND OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: CRITICAL REFLECTIONS

Bárbara Natália Lages Lobo*
Regiane Pereira da Silva**

RESUMO

O presente artigo versa sobre os contratos mantidos entre a Administração Pública para a prestação de serviços públicos, utilizando-se da terceirização trabalhista. Além de reflexões críticas sobre o instituto e a possibilidade de sua utilização para desvios de verbas públicas, serão analisadas as normas que dispõem sobre o tema e as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Corrupção.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, a denominada “Reforma Trabalhista”. A despeito das inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais da norma, bem como do discurso falacioso governamental e midiático a respeito dos benefícios advindos com a sua promulgação, dentre eles o restabelecimento da estabilidade econômica e o aumento do número de empregos, os quais, sabemos, não se resolvem com medidas flexibilizatórias, ressaltamos que não se trata a aludida lei de elemento único da “reforma trabalhista”, somando-se a ela outras políticas e normas justralhistas, destacando-se a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017.

As referidas leis alteraram a redação da Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, sendo a principal norma

* Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro *O direito à igualdade na constituição brasileira* (2013). 2. ed. (2016). Servidora pública da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Assistente nas Pós-Graduações de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC-Minas.

** Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Advogada.

que rege a terceirização trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito da Administração Pública, aplica-se, ainda, para a finalidade de terceirização de atividades, a Lei n. 8.666/1993, que institui normas para licitação e contratos. Todas as leis referidas serão objeto de análise no presente artigo, assim como serão feitas reflexões críticas sobre os efeitos de sua aplicação.

2 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República de 1988 estabelece, no artigo 37, II e § 2º, que as entidades da Administração Pública direta e indireta devem realizar concurso público prévio, de provas ou de provas e títulos, para admissão de pessoal; sendo, portanto, um requisito obrigatório para investidura em emprego ou cargo público, *in verbis*:

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:

[...]

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;

[...]

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (BRASIL, 1998).

Apesar da imperatividade da norma constitucional, subsistiu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se contratar trabalhadores, no âmbito da Administração Pública, sem a prestação de concursos públicos, dentre outras formas, pela terceirização, em virtude do permissivo constante no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (“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, que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), o qual se entendeu ter recepcionado as normas em vigor sobre o tema, quais sejam, Lei n. 6.019/74 (alterada pela Lei n. 13.429, de

31 de março de 2017¹), que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas empresas urbanas, e a Lei n. 7.102/83, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estipulando normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

Além da recepção das referidas normas, o advento da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, possibilitou a contratação pela Administração Pública de empresas de terceirização para a prestação de serviços, conforme artigos 1º, 2º e 6º, II.²

A Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) versa sobre a legalidade do contrato de prestação de serviços, reconhecendo a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, exceto no caso de trabalho temporário.

Assim, no item I da Súmula, temos a limitação temporal que possibilita a terceirização, qual seja, o trabalho temporário, o qual é caracterizado, nos termos do artigo 2º da Lei n. 6.019, como aquele trabalho prestado para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Conclusão lógica do referido item é a seguinte: se o trabalho prestado não visa à substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços, o trabalhador não poderá prestar serviços mediante a interposição de empresa prestadora de serviços e a real empregadora, a tomadora dos serviços.

Contudo, no item III da referida Súmula, o TST estabeleceu outras exceções à formação do vínculo empregatício com o tomador, quais sejam,

¹ A constitucionalidade da Lei n. 13.429/2017 está sendo questionada pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5.686 e 5.687, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - Serviço - 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 técnico-profissionais; [...]. (BRASIL, 1993).

“[...] a contratação de serviços de vigilância 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.”

Dessa forma, admitir a possibilidade excepcional de a terceirização de serviços ser a regra para determinadas categorias de trabalhadores somente endossa as desigualdades já observadas na esfera social, precarizando as relações de trabalho das pessoas de classes sociais mais baixas.

Em virtude das inúmeras contendas visando à declaração da ilicitude de terceirizações perpetradas pelo Estado e pleiteando a declaração do vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública, o TST editou a Súmula 331, II, segundo a qual “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).”

Apesar de o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública ser inviável, o Judiciário entendeu que o princípio da isonomia previsto nos artigos 5º, *caput*, e inciso I, e 7º, XXXII, CF/88, deve ser respeitado. Nesse sentido, em 2011, a Seção de Dissídios Individuais I do TST editou a Orientação Jurisprudencial n. 383, com o seguinte teor:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3/1/1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011.

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 n. 6.019, de 3/1/1974. (BRASIL, 2011).

Assim, caso se reconheça a ilicitude da terceirização, ao trabalhador terceirizado asseguram-se todas as verbas trabalhistas devidas ao empregado público que desenvolva as mesmas funções, porém sem a formação do vínculo empregatício com a Administração Pública, que responderá subsidiariamente, comprovada a conduta culposa, pelo adimplemento das verbas reconhecidas (itens IV e V da Súmula n. 331 do TST, em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - n. 16)³; nesse sentido foi acrescido à Súmula n. 331 do TST o item V e modificado o item IV, *in verbis*:

³ ADC n. 16: EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente

[...]

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. 8.666, de 21/6/1993, 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.

Portanto, deve a Administração Pública fiscalizar a empresa intermediadora, no intuito de verificar se esta cumpre com as obrigações trabalhistas, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelo não adimplemento por parte da empresa. E é esse o ponto sensível que relaciona a terceirização na Administração Pública à prática de corrupção no Brasil, como noticia Julpiano Cortez:

É comum no setor público a utilização da terceirização para atender interesses políticos, burlando a Constituição Federal quando determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

[...]

A terceirização se faz presente no setor público, mediante processo de licitação, por meio das empresas prestadoras de serviços nas atividades-meio, como transporte público, serviços de conservação e limpeza, coleta de lixo, saúde, segurança, vigilância, informática, construção e manutenção de estradas, medição de consumo (água, energia elétrica e gás) etc. (CORTEZ, 2015).

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 n. 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 n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995. (BRASIL, 2010). Mauricio Godinho Delgado elucida o teor da decisão: “[...] o STF, ao julgar a ADC 16, em sessão de 24/11/2010, declarando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados. Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando*, da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa). (DELGADO, 2015).

Vem de longa data, na Administração Pública brasileira, a utilização da máquina pública pela classe política para obtenção de benefícios pessoais, para familiares e amigos, valendo-se da terceirização trabalhista, instrumentalizada pela realização de licitações para contratação de empresas inidôneas, inadimplentes e fraudulentas para o fornecimento de mão de obra, possuindo as empresas vencedoras algum vínculo com membros da classe política (ou os beneficiando financeiramente); tornando-se, desse modo, meio de enriquecimento ilícito em detrimento da qualidade e isenção dos serviços prestados, bem como dos direitos dos trabalhadores contratados.

Dessa forma, além de todos os problemas relacionados à terceirização trabalhista analisada de forma genérica, quais sejam, precarização dos direitos trabalhistas, insegurança dos trabalhadores em desrespeito ao princípio da continuidade de emprego, exposição da saúde e integridade dos trabalhadores, desmantelamento das categorias para pleitear direitos etc., no âmbito da Administração Pública, a terceirização facilita a prática de corrupção pelos desvios de verbas públicas na realização de licitações e contratações das empresas encarregadas pelo fornecimento da mão de obra a órgãos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.⁴

A conduta supra onera duplamente o erário (consequentemente, os contribuintes e a sociedade), inicialmente, pelos dispêndios com a contratação da empresa fornecedora de mão de obra e, posteriormente, em virtude da inadimplência das verbas trabalhistas, e previdenciárias pela contratada (constituída para atuação fraudulenta). Reconhecida a conduta culposa da Administração Pública, surge a necessidade de novo pagamento em decorrência da responsabilidade estatal subsidiária.

Inúmeras decisões no âmbito da Justiça do Trabalho, em todas as instâncias, são proferidas diariamente nesse sentido, reconhecendo o Supremo Tribunal Federal igualmente essa possibilidade, como dito acima, resolvendo-se de forma paliativa e individual a questão, sem, contudo, aprofundar-se o Judiciário na raiz do problema, de matriz legislativa. Cabe a utilização, como exemplo, de recente decisão proferida pelo STF, publicada em 12/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário n. 760.931, fixando tese para aplicação a casos semelhantes.

⁴ O próprio relator da "Reforma Trabalhista", deputado Rogério Marinho, é investigado em Inquérito que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob o número 3.386, por relação com terceirizada fraudulenta (Preserve Recursos Humanos, a qual teria se apropriado de quase meio milhão de reais, devidos aos trabalhadores), bem como por suspeita de favorecimento da referida empresa em licitações realizadas pelo Município de Natal, como noticiado por André Campos e Piero Locatelli, em 26/04/2017, no seguinte link: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/26/stf-investiga-relator-da-reforma-por-relacao-com-terceirizada-fraudulenta.htm>>.

Na referida decisão, o magistrado cita inúmeros benefícios gerados pelo instituto da terceirização, bem como a essencialidade da terceirização para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos, além de ser instrumento que possibilita à Administração Pública atender ao seu dever de eficiência.⁵ Em que pese a robusta fundamentação

⁵ Recurso Extraordinário n. 760.931: Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no

do magistrado, *d.m.v.*, discordamos das inúmeras qualidades conferidas pelo ministro ao instituto, em virtude da realidade exploratória e precarizadora de direitos trabalhistas possibilitada pela terceirização e entendemos pela prejudicialidade ao conjunto de direitos sociais consagrados na Constituição, bem como desvalorização do trabalho pela desigualdade fática existente entre os trabalhadores que mantêm vínculo direto com a empresa para a qual prestam serviços em detrimento do relacionamento indireto relegado aos empregados terceirizados.

3 “REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

O Legislativo, em franco atendimento aos comandos mercadológicos do capitalismo financeiro, consolidou normas flexibilizadoras, ocultando sob o título “Reforma Trabalhista” o desmonte dos direitos dos trabalhadores.

No que tange à terceirização, como dito supra, inicialmente, pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, aumentou as possibilidades de sua utilização. No dia 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

Esta última alterou alguns tópicos atinentes à terceirização trabalhista conforme veremos a seguir.

mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) (*sic*) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “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 n. 8.666/93.” (BRASIL, 2017).

No tocante às “atividades-fim” e “atividades-meio”, ficções jurídicas referendadas por teorias⁶ e pelo Judiciário, anteriormente não era possível a terceirização das primeiras, em detrimento das segundas. A partir da vigência da modificação da Lei n. 6.019/1974, em 14/11/2017, as “atividades-fim”, denominadas pela lei “atividade principal” da empresa, poderão ser desenvolvidas por terceirizados, conforme alterações nos artigos 4º-A e 5º, respectivamente incluído e alterado pela Lei n. 13.429/2017, e já modificados pela Lei n. 13.467/2017, conforme destaque abaixo:

Art. 2º A Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A. 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. [...]” (NR).

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.” (BRASIL, 2017)

A referida norma representa um retrocesso na legislação trabalhista, que deveria voltar-se para a completa erradicação do instituto, não se admitindo em nenhuma hipótese a terceirização, por precarizar direitos fundamentais trabalhistas. Ao contrário, a Lei n. 13.467/2017 sedimenta o instituto prejudicial, elastecendo sobremaneira as possibilidades de sua utilização e, no âmbito da Administração Pública, amplia a necessidade de realização de licitações para contratação de terceirizados, conseqüentemente, novas oportunidades para desvios de dinheiro público.⁷

⁶ A atividade-fim ou atividade principal pode ser definida como aquelas atividades “nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.” (DELGADO, 2015, p. 489). Já a atividade-meio se refere a “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (DELGADO, 2015, p. 489). Julpiano Chaves Cortez apresenta a seguinte diferenciação entre a atividade-fim e atividade-meio: “Em que pese as controvérsias, são consideradas como atividades-meio as atividades acessórias ou intermediárias necessárias para que a empresa alcance seu objetivo essencial ou principal. [...] Considera-se atividade-fim a atividade principal, essencial ou preponderante (CLT, art. 581, § 2º), justificadora da constituição da empresa. A empresa poderá desenvolver mais de uma atividade-fim. A distinção entre atividade-fim e atividade-meio de uma empresa nem sempre se constitui em tarefa fácil”. (CORTEZ, 2015).

⁷ Após a publicação da Lei n. 13.429/2017, a Caixa Econômica Federal expediu norma interna RH 037, permitindo a contratação de terceirizados para realização das atividades dos bancários, em flagrante desatendimento à norma constitucional inscrita no inciso II do artigo 37 da CR/1988.

A Lei n. 13.467/2017 acresce à Lei n. 6.019/74 o artigo 4º-C, que garante aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de alimentação, serviços de transporte, ambulatorios e sanitários dos funcionários contratados da empresa tomadora de serviços, o que já era garantido pela jurisprudência sedimentada, como visto:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, 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.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º 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. (BRASIL, 2017).

Destaca-se ainda que a Reforma prevê que a empresa tomadora de serviços não pode contratar como prestadora de serviço uma empresa que tenha como sócio uma pessoa que foi seu empregado nos últimos 18 meses.⁸ Tal proibição visa a evitar a “pejotização”, prática comum, cuja ocorrência se verifica pela determinação empresarial de que o empregado constitua uma pessoa jurídica para lhe prestar serviços, sem o dever de arcar com as verbas trabalhistas, fiscais e previdenciárias.

⁸ “Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.” (BRASIL, 2017).

Embora a justificativa seja “nobre”, seus efeitos práticos no que tange à prevenção da “pejotização” são inócuos, tendo em vista a inclusão na CLT, pela Lei n. 13.467/2017, do artigo que permite a “contratação” de trabalhador “autônomo”, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, *in verbis*: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Dessa maneira não se evita a “pejotização”, pois a sua implementação foi facilitada pelo bizarro instituto trabalhista de contratação de trabalhador autônomo sem contrato de trabalho, desonerando o trabalhador do dever de instituição de pessoa jurídica, mas precarizando sua relação de trabalho da mesma forma.

Destaca-se ainda que o empregado que for demitido não poderá ser contratado imediatamente por empresa prestadora de serviços e atuar como terceirizado da sua antiga empregadora. A lei prevê um prazo de carência para a contratação de 18 meses.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (BRASIL, 2017).

Somente se conforma com o teor do artigo supra quem não conhece a realidade administrativa brasileira, não convivendo de perto com a realidade da terceirização, sobretudo no âmbito da Administração Pública, em que as empresas prestadoras de serviços rescindem os contratos de trabalho, ao final do prazo do contrato administrativo, e esses trabalhadores, em sua maioria, são recontratados pela nova prestadora e, assim, sucessivamente, permanecendo esses trabalhadores, durante anos, registrados por empresas distintas, mas vinculados à tomadora de serviços, não se beneficiando, contudo, do tempo de dedicação e prestação de serviços, tampouco do *status* que detêm os servidores ou empregados públicos, bem como das vantagens constitucionais, estatutárias e legais inerentes aos referidos cargos e empregos.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, reafirmamos que todo e qualquer tipo de terceirização, nos âmbitos privado e público, deveria ser tido por inconstitucional, por afronta ao direito à igualdade, devendo tais agentes públicos (nomenclatura dada pela Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa) ingressarem na Administração Pública somente mediante a realização de concursos

públicos, como preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição da República.

Entretanto, com a denominada “Reforma Trabalhista”, essa diretriz se apresenta cada vez mais distante, podendo ser suprida pelo acionamento do Supremo Tribunal Federal para reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017.

Assim, é necessário que se repense, urgentemente, a licitude da terceirização trabalhista, levando-se em consideração todos os seus reveses no âmbito privado, mas, sobretudo, na Administração Pública, pois, além de se mostrar contrária aos princípios justralhistas e aos direitos fundamentais, apresenta-se como extremamente danosa ao patrimônio público, o que compromete o fundamento republicano do Estado brasileiro.

ABSTRACT

This article deals with the contracts maintained between the Public Administration for the provision of public services, using outsourcing. In addition to critical reflections on the institute and the possibility of its use for misappropriation of public funds, the rules on the subject and the changes introduced by Law n. 13.467 / 2017, the so-called “Labor Reform”, will be analyzed.

Keywords: *Outsourcing. Public administration. Law n. 13.467/2017 (Labor Reform). Corruption.*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.330 de 20 de outubro 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/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 09 jul. 2015.
- _____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Controladoria Geral da União. Ministério da Transparência apura desvios na Secretaria de Estado de Saúde do Maranhão. Ações investigativas, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/06/ministerio-da-transparencia-apura-desvios-na-secretaria-de-estado-de-saude-do-maranhao>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.429, de 21 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 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. *Diário Oficial da*

- União*, Brasília, 22 março. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm#art1>. Acesso em: 19 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 julho. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Regula a profissão de corretor de seguros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de janeiro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4594.htm>. Acesso em: 09 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º maio. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 junho. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 760.931. Relator Ministro Luiz Fux. Publicação em 12 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 21 set. 2017.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383. Seção de Dissídios Individuais I-SDI I. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 256 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - CORTEZ, Julpiano Chaves. *Terceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.