



Estado do Maranhão
MINISTÉRIO PÚBLICO

NTC-CAOP-PROAD - 32018
Código de validação: 4D03C4DB23

EMENTA: Terceirização de serviços públicos. Contratação de empresas, cooperativas ou OSCIP's, para prestação de serviços pelo poder público. Impossibilidade, fora das hipóteses específicas de contratação temporária.

I. APRESENTAÇÃO

Trata-se de consulta formulada pelo Dr. Hagamenon de Jesus Azevedo, Titular da Promotoria de Justiça de Santa Luzia do Paruá, respondendo pela Promotoria de Justiça de Cândido Mendes/MA, através do Ofício nº 30/2018-PJCM, em que solicita “análise e emissão de parecer técnico por esse Centro de Apoio”, quanto a parecer da Procuradoria-Geral do Município de Godofredo Viana, Termo Judiciário daquela unidade ministerial, quando respondeu a consulta da Comissão Permanente de Licitação daquela urbe, em que indaga “se é possível a Administração Pública contratar serviços terceirizados através de cooperativa de serviços”.

II. DO MÉRITO

Revela-se fato extremamente pertinente o questionamento referente à “terceirização” de serviço na esfera pública, mormente aquele pertinente aos instrumentos adequados para contratação de tais profissionais para funções eminentemente públicas.

Primeiramente, cumpre gizar, em face do princípio da hierarquia das normas, que a Constituição Federal é clara, quando em seu art. 37, inciso II, exige o acesso a cargo público de natureza efetiva por concurso público e, o inciso IX, excepciona aquela regra, admitindo contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, isso mediante lei específica.

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;

...
IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Ocorre que foi editada a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que alterou a Lei nº 6.019/74, regulamentando hipóteses, direitos e obrigações decorrentes das relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, ou seja, a

Assinado em 09/05/2018 10:49, por CLÁUDIO REBÊLO CORREIA ALENCAR.



chamada terceirização.

Note-se que referida norma (Lei nº 13.429/2017) já é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI's nº 5685/DF, 5686/DF e 5687/DF), propostas pela Rede Sustentabilidade, Confederação das Profissões Liberais, o Partido dos Trabalhadores e Partido Comunista do Brasil (PCdoB) no Supremo Tribunal Federal, da Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com parecer do Ministério Público Federal pela declaração de sua inconstitucionalidade, tanto por vícios formais, quanto no aspecto material, de onde se destaca:

“Contratar serviços interempresariais implica formar vínculos intermediados (triangulados) de trabalho. Apesar de desenvolver atividades inseridas na dinâmica empresarial da empresa tomadora, o trabalhador terceirizado vincula-se formalmente à empresa prestadora, submetido às injunções do contrato comercial de prestação de serviços, que debilitam profundamente a eficácia de seus direitos e impõem a essa relação de emprego terceirizado profunda fragilidade jurídica e social. Não obstante a roupagem formal de relação de emprego com a empresa prestadora e a aparente igualdade de direitos trabalhistas em relação ao empregado da tomadora, o emprego terceirizado padece de grave déficit de efetividade normativa, por intensidade e qualidade protetiva muito inferiores ao padrão constitucionalmente assegurado à relação de emprego, concebido sob projeção relacional entre o obreiro e o beneficiário final de sua mão de obra.

Essa redução protetiva decorre da ausência, no emprego terceirizado, de elementos que integram o sentido histórico conferido pela Constituição de 1988 à relação de emprego e que têm por função conferir-lhe alta densidade de proteção social: integração do trabalhador na organização da empresa, pretensão de continuidade do vínculo de trabalho e pessoalidade na prestação do labor.

A Constituição de 1988 inseriu os direitos sociais dos trabalhadores no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) de seu Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, e inicia essa proclamação no art. 7º, I, com reconhecimento do direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”.

Aqui, a relação de emprego figura como fonte dos demais direitos trabalhistas previstos nos arts. 7º a 11, além dos direitos previstos na legislação infraconstitucional e nas negociações coletivas.

Consagrando a noção jurídica de relação de emprego construída na doutrina social do século XX, a norma constitucional apropria-se de conteúdo histórico que agrega elementos de proteção social reconhecidos por normas internacionais de proteção ao trabalho, conforme se infere da Recomendação 198 da OIT, de 31 de maio de 2006. Com a preocupação de “combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto [...] de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal” (item 4.b), o documento propõe, nas políticas nacionais, que os membros definam em sua legislação, “indicadores específicos da existência de relação de trabalho”, com destaque para os seguintes elementos fáticos, que revelam pretensão de consenso entre os estados-membros acerca de



características fundamentais da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a); b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a).

A Constituição de 1988 consagra todos esses elementos de proteção social ao vínculo de emprego.

Quanto à pretensão de continuidade temporal do vínculo de trabalho, o art. 7º, I, da Constituição garante proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização [...]” e revela objetivo constitucional de desestimular a extinção do vínculo de emprego sem motivo justo ou razoável, em sintonia com o princípio da continuidade da relação de emprego.

ARNALDO SÜSSEKIND analisa historicamente a elaboração da Constituição de 1988 e registra que a diretriz prevalecente na Assembleia Nacional Constituinte foi a de dificultar despedida dos empregados por um conjunto de normas de proteção à continuidade do contrato de trabalho, contidas no art. 7º da Constituição, a saber: a) indenização compensatória (inc. I); b) seguro-desemprego (inc. II); c) levantamento dos depósitos do FGTS (inc. III) e d) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inc. XXI).

Conclui SÜSSEKIND: “a regra que resulta da Constituição é, portanto, a da efetividade do trabalhador no emprego”, independentemente da estabilidade absoluta ou relativa, deferida a alguns trabalhadores, em regime de exceção.

A jurisprudência do STF possui firmes balizas sobre esse elemento de afirmação temporal do emprego. A ADI 1.480 questiona a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT, que restringe o término da relação de emprego por iniciativa do empregador. No julgamento de medida liminar nesse processo, relator o Min. CELSO DE MELLO, a corte, embora afastando a incidência da estabilidade no emprego, ressaltou a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com os princípios que orientam a convenção e outras normas internacionais, voltados à proteção da continuidade do vínculo de emprego.

Em idêntico sentido, no julgado da ADI 1.721/DF, relator o Min. AYRES BRITTO, em que o STF declarou inconstitucionalidade do art. 453, § 2º, da CLT, inserido pela Medida Provisória 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, foram estabelecidas premissas para interpretar o art. 7º, I, da Constituição, no sentido de extrair do enunciado a vontade constitucional de promover desestímulo patronal ao ato de dispensa mediante indenização compensatória”.

Assim, pelo que se entende, referida norma é inconstitucional materialmente por ofender o regime constitucional de emprego socialmente protegido. Isso para qualquer espécie, diga-se, contratação privada ou pelo poder público.

No entanto, neste caso (terceirização contratada pelo poder público), se evidencia a incompatibilidade da contratação, em face da ofensa ao art. 37, inciso II, da Carta Magna.

Um debate maior se opera na doutrina e jurisprudência nessa matéria



envolvendo a divisão dos serviços públicos em atividades-meio e finalística.

Na segunda hipótese não há dúvida da impossibilidade de contratação de empresa para sua prestação. Por exemplo: professores, médicos, enfermeiros, auditores. São, de acordo com suas atividades, funções típicas do Estado. São cargos com natureza efetiva, devendo ser preenchidos por concurso público. No máximo, sendo admitida sua contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, isso mediante lei específica (art. 37, IX, CF).

No entanto, vem sendo admitida, por parte reconhecida da doutrina e da jurisprudência, para as chamadas atividades-meio.

A Súmula 331 do Tribunal Superior Eleitoral assevera:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a 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.

Nesse contexto, afirma Tarso Cabral Violin¹:

“Assim, tanto no âmbito privado quanto na Administração Pública, é possível a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador do serviço, sendo ilícita simples locação de mão-de-obra, com a



existência de pessoalidade e subordinação direta, assim como também é contrário ao ordenamento jurídico a terceirização de atividades-fim. Enfim, a terceirização na Administração Pública apenas será lícita se as atividades repassadas para terceiros forem relativas às atividades-meio do órgão ou entidade estatais, e ainda se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (lembrando que normalmente a doutrina trabalhista ainda acrescenta a onerosidade e não-eventualidade ou continuidade)".

Assim, em se enquadrando nessas estreitas situações de possibilidade de terceirização de mão de obra na Administração Pública, há que ser precedida de licitação, que pode redundar tanto na contratação de empresa para essa finalidade, ou entidade do terceiro setor.

Não se pode descuidar de que não deve haver, nas hipóteses de terceirização, uma simples transferência de mão de obra, sem a presença dos requisitos da subordinação pela própria contratada, sob pena de ser um mero embuste ao dever de concurso público.

Além disso, deve-se ter em mente que a terceirização no Poder Público sofre limitações pelos princípios da eficiência, economicidade e legalidade. Assim, devem ser realizadas análises que evidenciem que a execução do serviço por particulares é a que melhor atende o interesse público, tendo em vista a aplicação racional dos recursos públicos visando o melhor custo-benefício para a sociedade.

Por fim, seguindo os ensinamentos de Sérgio Martins Pinto, "a Administração Pública somente pode adotar formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização do agente que o praticou e, em regra, devem ser precedidas de licitação." (MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005).

IV. CONCLUSÃO

Após estas considerações, em resposta à consulta elaborada, de modo informativo e orientativo, sem caráter vinculativo, conclui-se:

- a) A terceirização de mão de obra a serviço do poder público só pode ocorrer, quando autorizada por lei, para as atividades-meio do referido órgão, sob pena de burla ao acesso a cargo público por meio de concurso público;
- b) Essa contratação pode recair tanto sobre empresas com esse objeto social, quanto sobre entidades do terceiro setor (incluída nesta categoria, a cooperativa), desde que precedida do devido processo licitatório em que, dentre outros aspectos, será analisada a regularidade do ente.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.



Estado do Maranhão
MINISTÉRIO PÚBLICO

De igual modo, remeta-se aos Promotores de Justiça do Maranhão pelo e-mail institucional, para ciência.

Publique-se na página deste CAOP.

Registre-se e cumpra-se.

São Luís/MA, 09 de maio de 2018.

¹ Estado, ordem social e privatização: as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPS e demais entidades do terceiro setor. Raízes Jurídicas. Curitiba, v. 5. n. 2, jul/dez 2009. Pg. 273/286.

CLÁUDIO REBÊLO CORREIA ALENCAR
Coordenador do Caop-proad
Matrícula 1060086

Documento assinado. ILHA DE SÃO LUÍS , 09/05/2018 10:49 (CLÁUDIO REBÊLO CORREIA ALENCAR)

Assinado em 09/05/2018 10:49, por CLÁUDIO REBÊLO CORREIA ALENCAR.