

## P A R E C E R

Nº 2656/2018

- SM – Servidor Público. Terceirização na atividade fim. Lei nº 13.429/2017 (Reforma Trabalhista). Tese fixada no julgamento da ADI nº 324 e do RE nº 958252. Repercussão no âmbito da Administração Pública. Impossibilidade de contratação de mão de obra à luz da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Considerações.

### CONSULTA:

Indaga o consulente acerca da aplicação da terceirização irrestrita no âmbito da Administração Pública.

A consulta não veio documentada.

### RESPOSTA:

Inicialmente, temos que, com o advento da Lei nº 13.429/2017 (cognominada Reforma Trabalhista) restou afastada a distinção entre atividade fim e atividade meio para fins de terceirização, vejamos o teor do § 3º do art. 9º da Lei nº 6.019/74 com redação dada pela reforma:

"Art. 9º:(...)

§ 3º: O contrato de trabalho temporário **pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim** a serem executadas na empresa tomadora de serviços." (Grifos nossos).

A referida inovação legislativa foi objeto de discussão no âmbito

do STF por intermédio da ADPF nº 324 e do RE nº 958252, com repercussão geral reconhecida, cujo julgamento conjunto deu origem à fixação da seguinte tese:

"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."

Assim, a reforma trabalhista e a recente decisão prolatada no âmbito do STF põem termo à controvérsia acerca da legalidade da terceirização na atividade fim das empresas, reconhecendo a possibilidade da irrestrita contratação de empresas prestadoras de serviços com vistas a desempenhar quaisquer atividades nas empresas tomadoras.

Tecidas estas considerações acerca do tema, cumpre, no presente, perquirir acerca da repercussão do entendimento assentado no âmbito da Administração Pública.

Pois bem, como sabido, à luz da exigência constitucional da realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos encartada no inciso II do art. 37 da Lei Maior, a terceirização de mão de obra não é admitida no âmbito da Administração Pública, somente sendo autorizada a contratação de prestação de serviços. A referida exigência constitucional homenageia os princípios da isonomia, impessoalidade, eficiência, moralidade, dentre outros, na medida em que se refere a regime meritório, que busca recrutar os tecnicamente mais preparados para desempenhar determinadas funções públicas de natureza permanente.

Desta feita, é vedada a contratação de empresas fornecedoras de mão-de-obra, com o objetivo de substituir o trabalho destes servidores. O que é permitido é a contratação de serviços, e, mesmo assim, apenas no que tange a serviços não essenciais, não permanentes e relacionados à atividade meio, ou seja, não constituindo a própria razão de ser da Administração Pública. Nesses casos, repita-se, pode o Poder Público contratar a prestação dos serviços e não o fornecimento de mão-de-obra. Corroborando as ponderações exaradas, colacionamos a seguinte lição da

Prof<sup>a</sup>. Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"No âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, a terceirização, como contrato de fornecimento de mão-de-obra, à semelhança dos que eram celebrados no Estado de São Paulo (...) não tem guarida, (...) porque a Constituição, no art. 37, inciso II, exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se dê sempre por concurso público.

(...)

Tais contratos têm sido celebrados sob a fórmula de prestação de serviços técnicos especializados, de tal modo a assegurar uma aparência de legalidade. No entanto, não há, de fato, essa prestação de serviços por parte da empresa contratada, já que esta se limita, na realidade, a fornecer mão-de-obra para o Estado; ou seja, ela contrata pessoas sem concurso público, para que prestem serviços em órgãos da Administração direta e indireta do Estado. Tais pessoas não têm qualquer vínculo com a entidade onde prestam serviços, não assumem cargos, empregos ou funções e não se submetem às normas constitucionais sobre servidores públicos. Na realidade, a terceirização, nesses casos, (...) mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, (...) burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; (...).

Além disso, o real objeto do contrato não é a prestação de serviços, mas o fornecimento de mão-de-obra.

(...)

Tais contratos são manifestamente ilegais e inconstitucionais. Eles correspondem a uma falsa terceirização e não escondem a intenção de burla à Constituição." (*In*: Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas, São Paulo: Atlas, 1996, p.102-3).

Dito isto, há de se considerar em cotejo que a terceirização de serviços, admitida no âmbito da Administração Pública, deve se dar na

forma da Lei nº 8.666/93. Nesse aspecto, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, não obstante a Lei nº 13.429/2017, ainda se faz necessária.

Esclarecemos que, para a Administração Pública, o sentido de atividade-meio e atividade-fim não se dá nos mesmos termos em que se apoia a Súmula nº 331 do TST e a doutrina trabalhista, porque, enquanto nas sociedades empresárias a atividade-fim é aquela definida no seu contrato ou estatuto social, a atividade-fim do Estado não decorre de um ajuste de vontades firmado em ato constitutivo privado, mas de seus fundamentos, objetivos fundamentais e competências estabelecidos na Constituição Federal.

Feitos estes esclarecimentos, resta claro que a terceirização irrestrita trazida pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.429/2017) e legitimada pelo STF no julgamento da ADI nº 324 e do RE nº 958252 não encontra aplicação no âmbito da Administração Pública, não restando autorizada, nesta seara, a terceirização de todo e qualquer serviço no âmbito do Poder Público, dado que, para o exercício de funções públicas, ainda prevalece a regra da obrigatoriedade de aprovação em concurso público.

Isto posto, concluímos objetivamente a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Priscila Oquioni Souto  
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves  
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 03 de setembro de 2018.