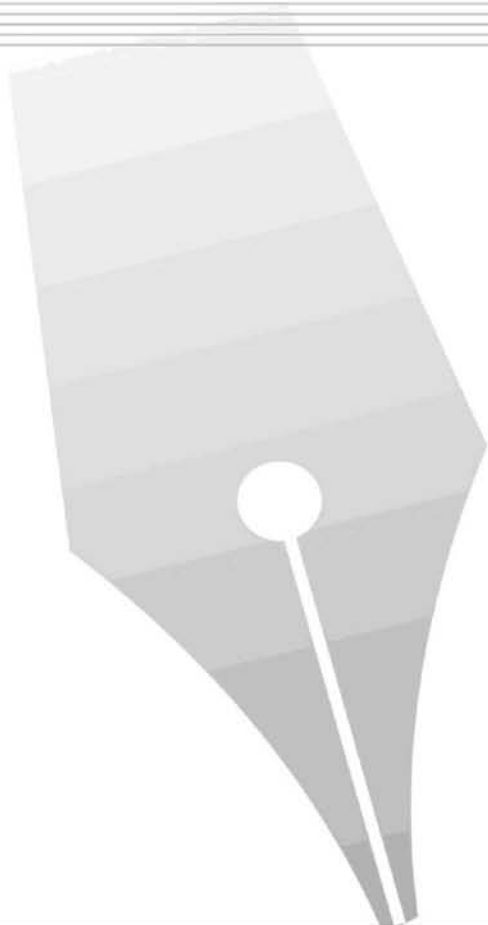


Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa



**TERCEIRIZAÇÃO NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E  
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO  
CONCURSO PÚBLICO: considerações  
sobre o PL nº 4.330, de 2004**

João Trindade Cavalcante Filho

Textos para Discussão

**173**

Abril/2015

## SENADO FEDERAL

### DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

### SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

### CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

### NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

[conlegestudos@senado.leg.br](mailto:conlegestudos@senado.leg.br)

URL: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2015 (Texto para Discussão nº 173). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 13 de abril de 2015.

# **TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004**

## **RESUMO**

O texto examina a possibilidade de terceirização de atividades-fim na administração pública, à luz do princípio constitucional do concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Para isso, adota-se como paradigma de análise o Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, da Câmara dos Deputados, concluindo-se na defesa de uma leitura em conformidade com a Constituição, de modo a que se proíba a terceirização de atividades-fim, ou quando exista subordinação, habitualidade ou pessoalidade no exercício das funções.

**PALAVRAS-CHAVE:** terceirização, administração pública, concurso público.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 CONTEÚDO E ALCANCE DA TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO ATUAL ....	7
2 CONCURSO PÚBLICO <i>VERSUS</i> TERCEIRIZAÇÃO.....	9
2.1. A TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL E A RAZÃO DE SER DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.....	10
2.2. A QUESTÃO ESPECÍFICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO.....	12
3 O CASO ESPECÍFICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....	14
CONCLUSÕES .....	17

# TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004

*João Trindade Cavalcante Filho<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

Recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou o texto do Projeto de Lei (PL) nº 4.330, de 2004, de autoria do então Deputado Sandro Mabel, e cujo escopo é dispor “sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes”<sup>3</sup>.

Em linhas gerais, a proposição busca estender a possibilidade de terceirização de atividades – hoje permitida somente em relação às funções de suporte, nos termos da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) – também às atividades-fim da empresa tomadora dos serviços.

Já é alvo de bastante polêmica o conteúdo do PL em si, bem como sua constitucionalidade material, em face do art. 7º da Constituição Federal (CF)<sup>4</sup>. Esse não será, no entanto, o objeto de nossa pesquisa. Por questão de espaço e de delimitação do objeto de análise, também não abordaremos questões que apenas tangenciam o aspecto jurídico do tema, tais como o risco da precarização das relações de trabalho no setor público, ou o risco da terceirização de carreiras típicas de Estado.

---

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal. Mestre em Direito Constitucional. Professor de Direito Constitucional em cursos de Graduação e Pós-Graduação.

<sup>2</sup> Agradecemos ao colega e amigo Clay Souza e Teles pela cuidadosa revisão dos originais do texto, pela sugestão sobre os acórdãos do TCU e pelo alerta sobre as alterações aprovadas no Plenário da Câmara dos Deputados. Os erros e omissões, contudo, são integralmente imputáveis ao autor.

<sup>3</sup> Inteiro teor disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=DD76748FEC8249D6AEFBDB1C568BCD05.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DD76748FEC8249D6AEFBDB1C568BCD05.proposicoesWeb1?codteor=246979&filename=PL+4330/2004). Acesso em 09.04.2015. A aprovação se deu, porém, na forma de substitutivo, numerado como PL nº 4.330-A, de 2004. No momento da elaboração deste texto, ainda estavam pendentes de votação as emendas ao PL, uma vez que só havia sido aprovado o texto-base.

<sup>4</sup> Cf. <http://www.conjur.com.br/2013-ago-21/juizes-trabalho-criticam-projeto-terceirizacao-tramita-congresso>.

O tema que buscamos analisar é mais restrito: diz respeito à possibilidade, ou não, de aplicação das disposições constantes da proposição às atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública.

O texto original do PL refere-se à Administração Pública apenas em seu art. 12, segundo o qual, “[n]os contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”. Aparentemente, uma leitura literal pode sugerir que nada há de novo. Contudo, a partir de uma interpretação sistemática do conteúdo do PL, não se nos afigura desarrazoado entender que, a partir de sua aprovação, seria possível interpretar pela admissão de terceirização de atividades-fim nas entidades administrativas (ou, pelo menos, nas empresas estatais).

Esse risco se torna maior quando se percebe que, na primeira redação do substitutivo apresentado, era prevista expressamente a aplicação “no que couber” às entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional, e “integral” às empresas públicas e sociedades de economia mista. Na redação aprovada pelo Plenário da Câmara, é prevista a não aplicação à administração direta, autárquica e fundacional, mas sua aplicação (suprimiu-se a palavra “integral”, o que não nos parece fazer diferença) às empresas públicas e sociedades de economia mista.

O objetivo desta pesquisa é justamente analisar, sob o prisma jurídico-constitucional, a possibilidade de a terceirização, no âmbito da Administração Pública, atingir as atividades-fim das entidades administrativas. Responde-se a essa pergunta de forma negativa, pois defendemos que uma interpretação nesse sentido esvaziaria – mesmo quando aplicada somente às empresas públicas e sociedades de economia mista – o conteúdo do princípio constitucional do concurso público (CF, art. 37, II).

Ao final, apresenta-se uma proposta de leitura do PL em conformidade com a Constituição, para, além disso, apresentar sugestões de providências legislativas a fim de aperfeiçoar, nesse ponto, o texto da proposição.

## 1 CONTEÚDO E ALCANCE DA TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO ATUAL

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, “terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa, intermediária entre o tomador de serviços e a mão de obra, mediante contrato de prestação de serviços”<sup>5</sup>.

Apesar de ser instituto oriundo do Direito do Trabalho<sup>6</sup>, o embasamento para a admissão do uso desse instrumento no âmbito administrativo vem do art. 37, XXI, da CF<sup>7</sup>. Em nível infraconstitucional, há previsão no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, (art. 10, § 7º), bem como em atos infralegais.

Agora, o PL nº 4.330, de 2004, pretende dar nova regulamentação legal à matéria, em relação à iniciativa privada. Contudo, também se prevê sua aplicação ao setor público (de modo mais tímido na versão original, e de forma mais direta no substitutivo), o que demanda análise mais acurada sobre os limites constitucionais à contratação de serviços terceirizados por órgãos e entidades administrativas.

---

<sup>5</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Terceirização: trabalho temporário: orientação ao tomador de serviços**. Brasília: MTE, SIT, 2001, p. 31. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CEAQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.saudeetrabalho.com.br%2Fdownload%2Fmanual-sobre-terceirizacao.pdf&ei=en4oVbWoLvWosQSQi4DIDQ&usg=AFQjCNGuItM5tKQPve1ObDd9U\\_IeFSrjHw&sig2=Mg-rbAHyVnilAZeF0hAejw&bvm=bv.90491159,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CEAQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.saudeetrabalho.com.br%2Fdownload%2Fmanual-sobre-terceirizacao.pdf&ei=en4oVbWoLvWosQSQi4DIDQ&usg=AFQjCNGuItM5tKQPve1ObDd9U_IeFSrjHw&sig2=Mg-rbAHyVnilAZeF0hAejw&bvm=bv.90491159,d.cWc). Acesso em: 10.04.2015. No mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 343.

<sup>6</sup> Nesse ramo do Direito, atualmente, não há ato normativo que regulamente a terceirização de atividades. Dessa maneira, a principal fonte para a interpretação da matéria, mesmo em relação à Administração Pública, é a citada Súmula nº 331 do TST, segundo a qual: “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 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. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

<sup>7</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Op. Cit.**, p. 343.

Isso porque, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

Em face da permissão legal à terceirização no serviço público, faz-se necessário analisar seus limites. A terceirização sem freios configuraria fraude à disciplina constitucional para o provimento de cargos na administração pública mediante seleção por concurso público.

(...)

Parece-nos bastante claro que o atual ordenamento legal exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração. Os órgãos públicos não podem delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua própria razão de ser, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público para o acesso ao cargo, e, ainda, à própria lei trabalhista.

2.12 Em resumo, quanto à viabilidade legal de terceirização de serviços pela administração pública, pode-se concluir que tal prática é lícita apenas no que diz respeito às atividades-meio dos entes públicos, não sendo cabível adotá-la para o exercício de atividades pertinentes a atribuições de cargos efetivos próprios de seus quadros<sup>8</sup>.

É preciso, repita-se, ter uma leitura do tema à luz da Constituição, pois que a supremacia constitucional – ainda mais pronunciada quando se trata de tema relacionado à atividade estatal – não tolera que se privilegie a legislação infraconstitucional, em detrimento dos mandamentos da Lei Maior.

Demais disso, caso se conceba (como sustentamos) que a terceirização pode, em casos de exagero, vulnerar o princípio constitucional do concurso público, torna-se forçoso reconhecer que o PL nº 4.330, de 2004 (especialmente na forma do substitutivo), ou é inconstitucional (por burlar o inciso II do art. 37 da CF), ou deve ser lido de forma a ser compatibilizado com o sistema normativo constitucional.

Para chegar a esse ponto de análise será preciso, primeiro, analisar o próprio conteúdo e a extensão do princípio do concurso público para, depois, cotejá-lo com o instituto da terceirização, inclusive no âmbito das estatais exploradoras de atividade econômica.

---

<sup>8</sup> TCU, Acórdão nº 1520/2006-Plenário. Nessa decisão, abordou-se o tema da terceirização em órgãos e entidades da Administração Direta, autárquica e fundacional. Em outras decisões, foi decidida a questão da terceirização nas entidades empresariais da Administração (ver item 3 deste Texto).



## 2 CONCURSO PÚBLICO *VERSUS* TERCEIRIZAÇÃO

O princípio<sup>9</sup> constitucional do concurso público (CF, art. 37, II) atua como forte limitação ao uso da terceirização no âmbito da Administração Pública.

De acordo com o citado dispositivo, o acesso a **cargos, empregos e funções públicas** deve ser precedido de concurso público de provas ou de provas e títulos. É preciso, contudo, traçar algumas notas sobre o alcance dessa norma, a fim de verificar em que medida a terceirização pode ser considerada como um desrespeito a esse princípio de estatura constitucional<sup>10</sup>.

Inicialmente, registre-se que a obrigação de realizar concurso abrange tanto órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, como também empresas públicas e sociedades de economia mista (mesmo que exploradoras de atividade econômica). Isso porque o texto normativo se refere a cargos, empregos e funções – logo, aplica-se não apenas aos casos de recrutamento de servidores (em sentido estrito), mas também de empregados (celetistas). Em suma: a obrigação de realizar contratação de agentes mediante o instrumento do concurso público é aplicável, em qualquer nível federativo, a: *a)* administração direta; *b)* autarquias; *c)* fundações públicas de direito público; *d)* fundações públicas de direito privado; *e)* empresas públicas (exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público); e *f)* sociedades de economia mista (exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público).

Dessa forma, o inciso II do art. 37 do texto constitucional atua como limite expresso à regra do inciso II do § 1º do art. 173, que estabelece ser aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica o mesmo regime das empresas privadas, em relação às obrigações trabalhistas. Como veremos no item 3, mesmo o regime dessas empresas sendo privado, sofre mitigações de regras do Direito Público – entre elas, justamente a obrigação de recrutar mediante concurso.

---

<sup>9</sup> Registre-se que consideramos o inciso II do art. 37 como verdadeiramente um princípio. Não apenas pelo maior grau de abstração, mas por trazer um mandado de otimização ao administrador público. De qualquer forma, quem entenda tratar-se de uma regra não encontrará, por esse motivo, resistência à argumentação aqui desenvolvida. Sobre a distinção entre regras e princípios, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 85 e seguintes.

<sup>10</sup> Afinal, como adverte Luciano Ferraz, “[o] grande problema surgido em torno da terceirização, principalmente a partir da vigência da atual Constituição Federal, foi a sua utilização como válvula de escape à realização de concursos públicos, com vista a contornar a regra do art. 37, II, da Constituição.” FERRAZ, Luciano. **Lei de Responsabilidade Fiscal e terceirização de mão-de-obra no serviço público**. In: Revista Jurídica Administração Municipal, ano 6, nº 3, mar.2001, p. 24.

Não se trata, contudo, de princípio absoluto, logicamente. Para o exercício das funções temporárias, em caso de excepcional interesse público (função a ser ocupada por agentes temporários, chamados por parte da doutrina de servidores temporários), a própria CF exclui a obrigatoriedade de concurso público<sup>11</sup>. Igualmente, para os cargos em comissão, tem-se a livre nomeação e exoneração, embora estejam constitucionalmente restritos às funções de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, II e V).

Outro caso – questionável, diga-se de passagem – em que se excepcionou o princípio do concurso relaciona-se à seleção de trabalhadores pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.026/DF<sup>12</sup>, o Plenário do STF considerou não ser a OAB obrigada a realizar concurso público para a seleção de seus agentes administrativos.

Demais disso, a contratação de serviços é permitida. Deve ser realizada não mediante concurso público, mas por meio de licitação (CF, art. 37, XXI). É, aliás, com base nessa abertura que se justifica a terceirização de serviços no âmbito administrativo.

## 2.1. A TEORIA DO NÚCLEO ESSENCIAL E A RAZÃO DE SER DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO

De acordo com a teoria do núcleo essencial<sup>13</sup>, embora nenhum princípio possa ser considerado absoluto, a restrição incidente sobre ele não pode ser de tal monta que termine por esvaziar seu conteúdo. Em outras palavras: a restrição é possível, mas não pode ser tão profunda que torne inócuo o princípio<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Ainda assim, a legislação infraconstitucional, em respeito ao princípio da moralidade e da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*), exige a realização de processo seletivo simplificado. Outra exceção ao princípio do concurso público – mas criada por Emenda à Constituição (EC) – diz respeito à contratação de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, cuja contratação se dá mediante a realização de processo seletivo público (CF, art. 198, § 4º, na redação dada pela EC nº 51, de 14 de fevereiro de 2006).

<sup>12</sup> ADI nº 3.026, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgada em 08.06.2006, DJ de 29.09.2006, p. 31.

<sup>13</sup> A teoria citada foi desenvolvida para a aplicação na análise dos limites jurídicos aos direitos fundamentais. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 385-386. Todavia, ainda que não se entenda o princípio do concurso público como norma que alberga um direito fundamental dos administrados, consideramos aplicável a análise citada. Assim, a teoria do núcleo essencial pode ser utilizada como ferramenta para se verificar a constitucionalidade da restrição a qualquer princípio. Em defesa desse raciocínio, citamos o fato de a CF albergar a impossibilidade de restrição do núcleo essencial dos princípios qualificados como cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), ainda que não relacionados exclusivamente aos direitos e garantias individuais.

<sup>14</sup> Segundo Gilmar Ferreira Mendes, tal princípio “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

Permitir a terceirização das atividades-fim de órgãos e entidades da Administração Pública configura uma violação ao núcleo essencial do princípio constitucional do concurso público.

Com efeito, admitir a terceirização nas atividades-meio restringe a aplicação do princípio do concurso. Trata-se, porém, de restrição pontual e, portanto, admissível, uma vez que lastreada em razão justificada. Entretanto, a aplicação dessa prática às atividades-fim terminaria por tornar letra morta a regra do concurso público. Afinal, para que o administrador público contrataria servidores concursados, assumindo a Administração o ônus previdenciário (e, no caso dos celetistas, trabalhista), se pudesse contratar uma empresa que terceirizasse a prestação desses serviços?

A terceirização de atividades-fim no âmbito administrativo significaria, portanto, a redução drástica das vagas em concursos públicos, ou da própria realização dessa espécie de certame. O inciso II do art. 37 passaria, de regra, a exceção.

Há mais: o cerne, o núcleo essencial do princípio do concurso público é a exigência de isonomia (CF, art. 5º, *caput*). A seleção em caráter impessoal assegura que os candidatos concorram em igualdade de condições, impedindo que preferências pessoais dos gestores públicos e agentes políticos influenciem na seleção de pessoal<sup>15</sup>. Não é à toa que alguns mandatários manifestam predileção por cargos em comissão, em detrimento dos servidores titulares de cargos efetivos<sup>16</sup>. Nesse sentido, aliás, o concurso realiza os princípios maiores da moralidade administrativa e da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Sustentando que o princípio do concurso público deriva dos princípios (também com *status* constitucional) da igualdade, da moralidade, da meritocracia e da competição, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 526.

<sup>16</sup> Não se pode cair, no entanto, na tentação de criticar indevidamente os cargos em comissão. Como já sustentamos em outra oportunidade, é indispensável aos gestores, em geral, e aos titulares de mandato eletivo, em particular, contar com pessoas de sua estrita confiança, em termos profissionais, ou alinhadas à ideologia por eles representada. Além disso, o cargo em comissão permite atrair temporariamente para a Administração pessoas capacitadas da iniciativa privada, que não tenham interesse em se vincular definitivamente ao cargo público. Cf. CAVALCANTE FILHO, João Trindade; LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. **A vedação ao nepotismo e as nomeações de agentes políticos: uma análise sobre a jurisprudência do STF e a súmula vinculante STF nº 13**. In: Revista síntese de direito administrativo, v. 5, n. 58, pp. 93-116, out. 2010.

<sup>17</sup> Nesse sentido, cf. STF, Pleno, Recurso Extraordinário (RE) nº 658.026, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 31.10.2014: “A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência”.

Considerando a terceirização de atividades-fim inconstitucional (mesmo que em entidade estatal exploradora de atividade econômica), por violação aos citados princípios da moralidade e da impessoalidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu constituir inclusive ato de improbidade a terceirização de atividades em banco público:

O ato de improbidade *sub examine* se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal<sup>18</sup>.

Permitir a terceirização de atividades-fim seria substituir o recrutamento via concurso por trabalhadores terceirizados; seria abrir portas para que apadrinhados dos governantes pudessem prestar serviços à Administração Pública, uma vez que a seleção dos trabalhadores terceirizados pela empresa terceirizadora não obedece a qualquer tipo de controle<sup>19</sup>.

Aliás, é justamente por isso que o STF possui iterativa jurisprudência no sentido de que, se houver terceirização de atividades durante a vigência do prazo de validade de concurso público para as mesmas funções, surge o direito subjetivo líquido e certo dos aprovados à nomeação<sup>20</sup>.

## **2.2. A QUESTÃO ESPECÍFICA DA TERCEIRIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO**

Pode-se afirmar, com base no que até aqui expusemos, que a terceirização só é possível na Administração Pública quando não atinge atividades-fim.

---

<sup>18</sup> STJ, Primeira Turma, Recurso Especial (REsp) nº 772.241/MG, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 24.06.2009.

<sup>19</sup> Cf. KIAN, Tatiana. **Terceirização na Administração Pública**. In: Revista de Direito Público, Londrina, v. 1, n. 2, p. 231, maio/ago.2006. No mesmo sentido: “Por meio da terceirização, o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade, acentuando o ambiente propício à promiscuidade entre o público e o privado, e aprofundando o caráter patrimonialista das relação entre os governos e as elites econômicas.” AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.

<sup>20</sup> Dentre vários precedentes, cf. STF, Segunda Turma, Agravo Regimental (AgR) no Agravo de Instrumento (AI) nº 776.070, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 22.03.2011.

Porém, mesmo em relação às atividades-meio, é preciso analisar a questão com cuidado. À luz da legislação atual, é ilícita a terceirização, quando haja, nos quadros de pessoal do órgão ou entidade, cargo ou emprego que possa desempenhar a atribuição objeto da contratação. Isso se dá não apenas com base na legislação infraconstitucional, mas por conta da incidência de princípios *constitucionais*. Isto é: a lógica desse entendimento não é, nem pode ser, alterada por mera modificação em nível infraconstitucional. Não se pode, em suma, ler o inciso II do art. 37 da CF à luz da Lei; deve-se, ao revés, analisar a Lei (resultante da possível aprovação do PL) à luz do princípio do concurso público.

Assim, não basta que a atividade objeto de terceirização corresponda a uma atividade-meio; é preciso que, *além disso*, também não haja previsão de função equivalente no plano de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade<sup>21</sup>.

No mesmo sentido, já restou consignado em acórdão do TCU que:

O normativo vigente (Constituição Federal e normas legais e infra-legais), a farta jurisprudência deste Tribunal e do Tribunal Superior do Trabalho – TST (Enunciado/Súmula nº 331) e a doutrina só admitem a terceirização de pessoal na Administração Pública quando direcionada a atividade-meio, a exemplo dos serviços de vigilância, limpeza e manutenção, e ainda assim, desde que inexistente a pessoalidade, habitualidade e subordinação direta.

(...) É lícita a terceirização de serviços, que difere da locação de mão de obra, e ainda assim somente aqueles relacionados à atividade-meio, sem a presença de pessoalidade (qualquer um pode executar), habitualidade (trabalho não sazonal) e subordinação direta (coordenação do preposto da contratada).

Nesse sentido a Jurisprudência deste Tribunal vai além, asseverando que a contratação de prestação de serviços para a execução de atividades inerentes à atividade-fim da Administração ou às suas categorias funcionais caracteriza contratação indireta e terceirização indevida de atividades exclusivas dos servidores efetivos, com afronta à exigibilidade constitucional concurso público nas admissões (CF, art. 37, II), e não se justifica nem mesmo em razão da existência de déficit de pessoal (Acórdãos nºs 2.084/07 – P; 1.193/2006 – P; 256/05 – P; 341/04 – P; 593/05 – 1ª C.; 975/05 – 2ª C).<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> “Ao decidir pela contratação de terceiros, a Administração Pública deve analisar uma série de requisitos. Pressupõe a inexistência no respectivo plano de cargos e salários da atividade que se pretenda terceirizar; que corresponda a atividades-meio, uma vez que é vedada a realização de contratos de prestação ou locação de serviço que tenha por objeto determinado serviço público como um todo.” KIAN, Tatiana. **Op. Cit.**, p. 238.

<sup>22</sup> TCU, Acórdão nº 31/10-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes.

A vedação à terceirização, quando exista subordinação, pessoalidade ou habitualidade da prestação dos serviços é justificada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem essa referência “é importante para distinguir a terceirização lícita (sob a forma de prestação de serviço) da ilícita (sob a forma de fornecimento de mão de obra)”. Acrescenta a autora, inclusive, que “[s]e estiverem presentes esses requisitos, surge o vínculo de emprego, por estar caracterizada a contratação de trabalhador por interposta pessoa”<sup>23</sup>. Ou, diríamos: está caracterizada a burla ao princípio do concurso público.

Em resumo, portanto, a terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: *a)* tratar-se de atividade-meio; *b)* não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e *c)* inexistentes a pessoalidade, a habitualidade e a subordinação direta.

### **3 O CASO ESPECÍFICO DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, o substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados ao PL nº 4.330, de 2004 (numerado como PL nº 4.330-A, de 2004), estabelece-se um tratamento distinto, de acordo com a entidade administrativa tomadora dos serviços terceirizados. Em relação aos órgãos da administração direta, às autarquias e fundações públicas, a terceirização aplica-se “no que couber” (o que quer que isso signifique). Já em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a Lei teria aplicação integral (art. 1º, § 2º, I e II, do PL nº 4.330-A, de 2004). Quanto às últimas, aliás, sequer se distingue entre as estatais prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividades econômicas.

Essa previsão só se mostra compatível com a Constituição caso seja lida no seguinte sentido: a Lei não se aplica à administração direta, autárquica e fundacional apenas excepcionalmente (ou, na versão do primeiro substitutivo, aplica-se “no que couber”); e às estatais aplica-se nas regras de procedimento e garantias (“integralmente”) – mas apenas em relação às atividades-meio não previstas no quadro

---

<sup>23</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Op. Cit.**, p. 345.

de pessoal da entidade e que não pressuponham a habitualidade, pessoalidade ou subordinação hierárquica do prestador do serviço.

Seria possível tentar ampliar a terceirização nas estatais *exploradoras de atividade econômica*, com fundamento no inciso II do § 1º do art. 173 da CF, segundo o qual a tais empresas se aplica “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Porém, o STF possui pacífica jurisprudência no sentido de que essa previsão deve ser mitigada pelo inciso II do art. 37, que exige o concurso público mesmo para o provimento de *empregos públicos*<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o já citado Acórdão nº 31, de 2010, do Plenário do TCU, consignou que:

Imediatamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 algumas estatais suscitaram dúvidas acerca da aplicabilidade de tal dispositivo (art. 37, II) face o também previsto no art. 173. Essa questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal em 06.06.1990, oportunidade onde foi corroborada a exigência de prévia aprovação em certame público às admissões nos entes integrantes da Administração Indireta, data essa considerada por este Tribunal como sendo um marco às empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa interpretação do Tribunal acabou por flexibilizar, portanto, as admissões em tais entidades apenas no período compreendido entre 05.10.88 a 05.06.90, e ainda assim desde que comprovada a contratação direta dos empregados, sem interveniência de terceiros.

Superada essa questão, após 06.06.1990, não há que se falar em dúvida acerca da obrigatoriedade do concurso público para ingresso na Administração Pública. Não obstante, o instituto da terceirização, idealizado e incentivado também no serviço público objetivando desobrigar as empresas da realização de obrigações acessórias, se dedicando a finalística, passou a ser desvirtuado, consistindo em contratações de locações de mão de obra disfarçadas como sendo de serviços, tanto em substituição a tarefas inerentes ao plano de cargos e salários das entidades, como na realização de atividades-fim, em detrimento da seleção por certame público (p. 31).

---

<sup>24</sup> Por todos, cf.: “Administração pública indireta. Sociedade de economia mista. Concurso público. Inobservância. (...) Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. (...) A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas (...) não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CF/1988, que se refere à investidura em cargo ou emprego público.” (STF, Segunda Turma, AgR no AI nº 680.939, Relator Ministro Eros Grau, DJe de 1º.02.2008.)

À luz dessas observações, é possível sustentar que às estatais exploradoras de atividades econômicas aplica-se um regime jurídico trabalhista de pessoal, mas mitigado por algumas regras de Direito Público (entre elas, justamente, o concurso público)<sup>25</sup>.

Não se pode negar, entretanto, que a natureza empresarial dessas entidades e o objeto social de exploração de atividade econômica (em competição com agentes privados) dá suporte à defesa de que a aplicação da terceirização seja, aqui, mais justificada que na administração direta. É preciso, em outras palavras, compatibilizar o princípio do concurso com a livre iniciativa que é *parcialmente* aplicável a essas empresas.

Consideramos, assim, que a terceirização deva ser considerada absolutamente excepcional, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, abrangendo apenas os serviços comuns. Mas, em relação às estatais exploradoras de atividade econômica, pode-se sustentar – sempre numa leitura constitucional do tema – a admissão da terceirização de atividades-meio. E, ainda assim, desde que não haja subordinação hierárquica, habitualidade ou pessoalidade na prestação do serviço terceirizado.

É preciso, assim, utilizar a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição<sup>26</sup> para sustentar que as disposições do PL nº 4.330, de 2004 (e, mais ainda, as do substitutivo PL nº 4.330-A, de 2004) sejam lidas à luz da CF. Só assim, cremos, será possível evitar a declaração de inconstitucionalidade pura e simples da norma gerada com a possível aprovação da proposta.

Isso, claro, só é possível se se considerar viável a leitura que aqui propomos. Com efeito, a técnica da interpretação conforme só é possível quando a norma for polissêmica (isto é, possuir mais de um significado possível) e pelo menos uma dessas

---

<sup>25</sup> Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 426.

<sup>26</sup> Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 107. Essa técnica consiste em, quando se trata de norma com mais de um significado, alguns compatíveis com a CF e outros inconstitucionais, afastar os últimos – mantém-se a norma no ordenamento, desde que interpretada em conformidade com o texto constitucional.



interpretações for constitucionalmente adequada. Do contrário, resta a declaração de inconstitucionalidade pura e simples da norma<sup>27</sup>.

É justo por isso que afirmamos: ou o PL nº 4.330, de 2004, é modificado para se deixar claras as restrições à terceirização na Administração Pública; ou se sustenta a possibilidade de sua leitura à luz da Constituição, de forma a evitar a burla ao princípio do concurso público; ou o texto resultante de sua aprovação deverá ser declarado inconstitucional, na parte em que se choca com o inciso II do art. 37 da CF.

Por considerarmos a última hipótese absolutamente (e obviamente) indesejável e vermos riscos na aceitação ou não da leitura “constitucionalmente adequada” do atual conteúdo do PL<sup>28</sup>, é que propomos, no Anexo deste texto, uma emenda que, a nosso ver, aprimora o projeto, evitando questionamentos sobre a sua constitucionalidade (ao menos no que diz respeito à Administração Pública).

## CONCLUSÕES

A partir das análises ora traçadas, concluímos que o PL nº 4.330, de 2004, deve ser lido à luz da Constituição, para se afastar qualquer interpretação que permita a terceirização de atividades-fim, ou de funções constantes de quadro de pessoal dos órgãos e entidades administrativas, ou, ainda, que importem relação de pessoalidade, habitualidade ou subordinação hierárquica.

Defendemos, assim, a interpretação do texto do PL à luz da Constituição, para se compatibilizar as disposições (futuramente) legais com o princípio do concurso público (CF, art. 37, II).

Porém, como a interpretação conforme a Constituição pode ser controversa – por ser possível defender a inconstitucionalidade pura e simples da atual redação do PL –, propomos, na forma de Anexo, uma Emenda para aperfeiçoar o texto da proposição, evitando maiores controvérsias e, mais ainda, buscando fugir de uma normatização que seja constitucionalmente inadequada ou, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade.

---

<sup>27</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1370.

<sup>28</sup> Caso não se considere viável a interpretação conforme a Constituição que propomos, há grande risco de a norma ser simplesmente declarada inconstitucional.

**ANEXO**  
**Proposta de Emenda**

**EMENDA Nº**  
**(ao PLC nº , de 2004)**

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei nº 4.330-A, de 2004 [ou “do Projeto de Lei da Câmara nº XXX, de 2004”, caso a emenda seja apresentada já perante o Senado Federal], a seguinte redação:

“**Art. 1º** .....

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se às empresas privadas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista, na contratação de serviços que atendam, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I – relacionados à atividade-meio da empresa;

II – não constantes do quadro de empregos e funções;

III – não se caracterizem pela pessoalidade, habitualidade ou subordinação hierárquica;

.....”.

**JUSTIFICAÇÃO**

O § 2º do art. 1º do Projeto de Lei citado dispõe, corretamente, sobre a não aplicação da terceirização nele regulamentada não se aplica à administração direta, autárquica e fundacional. Todavia, na contramão dessa previsão, o § 1º do mesmo dispositivo prevê sua incidência para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Essa previsão é ambígua. Pode levar a duas interpretações distintas: uma, a de que a terceirização é possível mesmo em relação a atividades-fim, ou em que haja pessoalidade e habitualidade no exercício da função, o que seria inconstitucional, à luz do princípio constitucional do concurso público (Constituição Federal – CF, art. 37, II); outra, a interpretação de que só se aplica em caráter excepcional, quando se tratar de atividades-meio, e ainda assim, se cumpridas outras condições.

Para dirimir quaisquer dúvidas e afastar toda e qualquer interpretação que vulnere o princípio constitucional do concurso público, é recomendável alterar a redação do dispositivo, para esclarecer a excepcionalidade da aplicação do instituto da terceirização no âmbito da Administração Pública, mesmo que em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Por tais motivos, apresentamos esta Emenda, cuja redação busca positivar o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, inclusive no Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 31, de 2010, Plenário), no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 772.241/MG) e no Supremo Tribunal Federal.

Sala das Sessões,