



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

PARECER JURÍDICO

Processo de Licitação – Pregão Presencial n. 2402.01/2022

Interessado(a): Secretaria de Infraestrutura e Urbanismo do Município de Meruoca e outras.

Objeto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DAS DIVERSAS SECRETARIAS.

Pedi os autos para reexame.

Por força do OFÍCIO-CIRCULAR N. 001/2021- Gabinete da lavra do Exmo. Sr. Prefeito de Meruoca o qual dispõe:

Com cordiais cumprimentos, venho por intermédio do presente ofício-circular, informar e requerer a V. Sas. que, doravante esta municipalidade deve adotar todas as providencias necessárias, em especial, nos processos licitatórios de terceirização de mão de obra, a fim de que sejam observadas as Leis do Trabalho, bem como as CCT – Convenções Coletivas de Trabalho.

Dessa forma, solicito a divulgação deste ofício-circular dando ampla publicidade, bem como determino a revisão de todos os contratos de terceirização de mão de obra, a fim de averiguar o cumprimento das leis trabalhistas.

Proferi Parecer Jurídico às fls. 83/88 opinando pela regularidade do procedimento licitatório, o qual visa a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA PARA SUPRIR AS NECESSIDADES DAS DIVERSAS SECRETARIAS.



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

Todavia, pode e deve a administração pública rever os seus próprios atos a qualquer tempo e ofício, por força do princípio da autotutela.

O princípio da autotutela estabelece que a Administração Pública possui o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo, *ex officio*.

Sobre os atos administrativos eivados de vício, aduzem as seguintes Súmulas do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99:

Súmula 346: A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-os, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Lei nº 9.784/99, Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Revisando o Instrumento convocatório do certamente em análise, percebe-se que tanto as planilhas de solicitação de pesquisas de preços quanto às propostas apresentadas pelas empresas consultadas não completam os benefícios trabalhistas assentados nas Convenções Coletivas de Trabalho das respectivas categorias, ensejando assim, em ilegalidade das cotações.

Noutro giro, as especificações dos serviços (funções) a serem preenchidos, a exemplo de Operador de máquinas pesada, Auxiliar administrativo, Merendeira,



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

Recepcionista, Eletricista, são considerados cargos de atividades-fim, logo não podem ser dispostos em licitação de mão-de-obra, sob pena de bula ao Princípio do Concurso Público.

Sobre o tema passamos a tecer os seguintes comentários:

1. Regulamentação anterior às leis 13.429/17 e 13.467/17

Apesar de já existente no dia a dia das empresas, não havia legislação regulamentando a terceirização de serviços. Para suprir essa ausência diante de fenômeno irreversível nas relações de trabalho, o TST passou a regulamentar o tema em sua súmula 331. De acordo com essa súmula, o empregador que desejasse terceirizar serviços em sua empresa deveria observar os seguintes requisitos:

a) Atividade-meio ou atividades secundárias da empresa. Os serviços prestados pelos terceirizados deveriam ser ligados às atividades periféricas, secundárias, ou atividade-meio da empresa, como serviços de limpeza e vigilância.

b) Ausência de pessoalidade e subordinação. Entre trabalhador e empresa tomadora não há pessoalidade, ou seja, o trabalhador terceirizado não é contratado pela tomadora; esta contrata os serviços, e não a pessoa. Ademais, como o trabalhador é empregado da empresa intermediadora, é ela que possui poder de direção sobre os serviços. Logo, o empregado está subordinado à empresa intermediadora, e não à tomadora. Se a empresa que contratou os serviços (tomadora) estiver insatisfeita com o trabalho prestado, deverá se reportar à empresa intermediadora, e não ao trabalhador.

Em resumo, a súmula 331 do TST não permitia a terceirização das atividades-fim ou principais da empresa e determinava que não poderia haver pessoalidade e subordinação entre o trabalhador terceirizado e a empresa contratante (tomadora).

2. Terceirização das atividades-fim das empresas e os requisitos da terceirização lícita



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

A reforma trabalhista alterou a redação dos art. 4º-A e 5º-A da lei 6.019/74 para abordar a abrangência da terceirização de serviços, tema polêmico que gerou diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tendo em vista a promulgação de duas leis versando sobre o assunto em curto período, indicaremos como o tema era tratado na lei 13.429/17 e, depois, as alterações promovidas pela reforma trabalhista.

2.1. Regulamentação pela lei 13.429/17

No dia 31/3/17, foi promulgada a lei 13.429/17, que passou a disciplinar o trabalho temporário e a terceirização. A nova lei 13.429/17 alterou diversos dispositivos da lei 6.019/73, que versa sobre o trabalho temporário, e também passou a dispor sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (terceirização).

A lei 13.429/17 não restringiu os serviços passíveis de terceirização apenas à atividade-meio da empresa, o que levou à interpretação de que havia sido autorizada a terceirização nas atividades-fim das empresas, inclusive pelos debates dos parlamentares que antecederam a votação do projeto. Apesar da ampla possibilidade de terceirização, a legislação era omissa quanto à possibilidade de terceirização da atividade-fim e gerava insegurança jurídica, pois a imprecisão da norma em admitir (ou não) a terceirização em atividade-fim levava à discussão sobre sua permissão ou não no ordenamento jurídico.

2.2. A reforma trabalhista e a terceirização das atividades-fim

Com o objetivo de sanar a omissão da lei de março de 2017, a reforma trabalhista (lei 13.467/17) alterou novamente a redação da lei 6.019/74 para prever expressamente a possibilidade de terceirização nas atividades-fim das empresas. Ela estabelece que a prestação de serviços a terceiros compreende a transferência de qualquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços:

Art. 4º-A, "caput", lei 6.019/74 (redação dada pela lei 13.467/17). Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Art. 5º-A, "caput", lei 6.019/74 (redação dada pela lei 13.467/17). 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.

O objetivo da reforma trabalhista foi trazer clareza e não deixar dúvidas quanto à possibilidade de terceirização nas atividades-fim.

2.3. Requisitos para terceirização lícita e a capacidade econômica da empresa prestadora de serviços

Após a reforma trabalhista, apesar de ser possível a terceirização nas atividades-fim da empresa, permanece intacto o requisito para terceirização lícita que exige a ausência de pessoalidade e de subordinação, pois a empresa contratante (tomadora) contrata os serviços, e não a pessoa. Caso fique demonstrada a subordinação ou pessoalidade existente entre terceirizado e empresa contratante (tomadora de serviços), a terceirização será ilegal e consequentemente declarado vínculo direto entre contratante e terceirizado.

Além disso, a reforma trabalhista trouxe novo requisito para a terceirização de serviços no "caput" do art. 4º-A da lei 6.019/74: capacidade econômica da empresa prestadora de serviços compatível com a sua execução. A ausência desse requisito leva ao reconhecimento de vínculo direto com a empresa contratante. Assim, o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços a terceiros demonstra que não possui o requisito da capacidade econômica, devendo a terceirização ser considerada ilícita. Eventuais discussões acerca das distinções terminológicas acerca de capacidade financeira e econômica ficarão restritas apenas ao âmbito acadêmico, pois a prova de inadimplemento das obrigações trabalhistas será suficiente para comprovação de ausência do presente requisito. Em resumo, com a reforma trabalhista, dois são os requisitos da terceirização lícita:



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

- a) Ausência de pessoalidade e subordinação entre terceirizado e empresa contratante (tomadora); e
- b) Capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros.

2.4. Responsabilidade da empresa contratante

A empresa contratante, como já visto, não é a empregadora, mas o trabalho realizado pelos terceirizados a beneficia diretamente. Logo, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas. Essa responsabilidade é chamada de subsidiária e ocorrerá apenas na hipótese de a empregadora não honrar com o pagamento dos direitos trabalhistas de seus empregados. De acordo com a nova legislação:

Art. 5º-A, § 5º, lei 6.019/74. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da lei 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela lei 13.429, de 2017)

Para que a tomadora de serviços seja obrigada a pagar os débitos remanescentes, é necessário, de acordo com o TST, que tenha tido oportunidade de manifestar-se no processo judicial, como forma de garantir o contraditório e a ampla defesa. Note-se que esse posicionamento já era previsto na súmula 331, IV, do TST:

Súmula 331 do TST: 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.

3. Julgamento do STF e a terceirização nas atividades-fim

No dia 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

atividades da empresa. Por maioria de 7 votos contra 4 contrários, o Tribunal julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim. Nesse sentido, a modificação realizada pela reforma trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, cuja decisão tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário.

Votaram a favor da licitude da terceirização nas atividades-fim os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. De forma contrária, votaram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Do julgamento do recurso extraordinário 958252 foi firmada a seguinte tese de repercussão geral:

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.

Dessa forma, a terceirização de serviços, independente do objeto social das empresas envolvidas, seja em atividades-meio ou fim, é lícita. Vale ressaltar que o STF manteve a responsabilidade subsidiária da empresa contratante já prevista no art. 5º-A, § 5º da lei 6.019/74. Se ausente o pagamento das verbas trabalhistas do empregado terceirizado, a empresa tomadora será subsidiariamente responsável.

Os ministros que votaram a favor da terceirização irrestrita argumentaram no sentido de que não haverá precarização da relação de emprego e que essa medida estimularia o aumento no número de postos de trabalho. Além disso, sustentou-se que haveria a redução do custo final do produto ao consumidor, o que ajudaria no crescimento da economia.

Por sua vez, os ministros contrários à terceirização das atividades-fim manifestaram-se no sentido de que a limitação da Justiça do Trabalho apenas às atividades-meio não ensejava nenhuma violação, pois se tratava de uma das interpretações possíveis ao instituto da terceirização. Além disso, argumentaram a necessidade de se conciliar os



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

princípios da livre iniciativa com o valor social do trabalho, ambos previstos na Constituição Federal.

Com a decisão proferida pelo STF, o futuro se tornou incerto aos empregados contratados diretamente pelas empresas. Muitos contratos poderão ser extintos em razão da substituição da contratação direta pelo uso da terceirização. Dessa forma, a quantidade de empregados terceirizados deve aumentar consideravelmente nos próximos anos.

A previsão de terceirização apenas nas atividades-meio ou secundárias da empresa constante na súmula 331 do TST exercia importante função de preservar os empregos nas atividades principais das empresas, pois era vedada a terceirização na atividade-fim.

Com a autorização expressa de terceirização nas atividades-fim, agora ratificada pelo STF, permitiu-se expressamente a contratação de empregados terceirizados em todas as funções da empresa. Essas modificações poderão ocasionar a perda de empregos em empresas que desejarem contratar terceirizadas ao invés da contratação direta, bilateral, clássica. Esse modelo ocasiona a precarização das relações de trabalho, pois, para se assegurar lucro às duas empresas (empresa de prestação de serviços a terceiros e contratante) será necessário reduzir os salários dos trabalhadores.

3.1. Aspectos processuais da decisão

É válido destacar, ainda, os efeitos processuais da decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade e no julgamento de recurso extraordinário em repercussão geral. Tendo em vista os efeitos "erga omnes" da decisão, os juízes e tribunais devem seguir o entendimento firmado pelo STF.

Portanto, todos os processos em curso em 1ª instância ou em grau recursal, que versarem sobre a possibilidade de terceirização da atividade-fim deverão ser julgados de acordo com o posicionamento firmado pelo STF na ADPF 324 e no recurso extraordinário 958252.



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

Vale ressaltar, entretanto, que o STF assegurou o respeito às decisões já transitadas em julgado. Nesse caso, ainda que proibida a terceirização em atividades-fim com o reconhecimento do vínculo direto entre terceirizado e contratante, não será possível modificar a decisão proferida pela Justiça do Trabalho. Confirma a decisão de julgamento da ADPF 324 nesse sentido:

Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Neste assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.18.

4. Condições de trabalho dos empregados terceirizados

A lei 13.467/17 (reforma trabalhista) inseriu o art. 4º-C à lei 6.019/74 para prever a obrigação de a contratante assegurar aos terceirizados as seguintes condições que devem ser observadas quando e enquanto os serviços forem prestados nas dependências da tomadora de serviços:

- 1) Mesmas condições referentes à alimentação garantida aos seus empregados, quando oferecida em refeitórios;
- 2) Direito de utilizar os serviços de transporte;
- 3) Atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- 4) Treinamento adequado fornecido pela contratada quando a atividade o exigir;
- 5) Garantia das mesmas condições sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

Note-se que o direito às mesmas condições de alimentação e ao atendimento ambulatorial são aplicados quando o serviço é prestado nas dependências da tomadora de serviços. Por sua vez, conforme prevê o § 2º do art. 4º-C da lei 6.019/74, nos contratos que impliquem mobilização de terceirizados em número igual ou superior a 20% dos empregadores da contratante, devem ser asseguradas as mesmas condições de trabalho, mas os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial podem ser disponibilizados em outro local para manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Em resumo, o art. 4º-C, da lei 6.019/74 estabeleceu diversas condições de trabalho que devem ser obrigatoriamente observadas pela empresa contratante aos trabalhadores terceirizados, tais como condições de alimentação, atendimento médico ou ambulatorial, transporte e medidas de proteção à saúde e segurança no trabalho.

Além disso, a reforma trabalhista - lei 13.467/17 estabeleceu que cabe à contratante e à contratada, se assim entenderem, o estabelecimento de salário equivalente aos terceirizados para receberem o mesmo valor pago aos empregados da contratante. Note-se que a legislação passou a tratar de forma distinta os trabalhadores terceirizados e temporários, pois enquanto estes têm assegurado o direito ao salário equivalente no art. 12, "a", da lei 6.019/74, os terceirizados somente o terão caso as empresas assim entendam. Portanto, foi expressamente prevista a possibilidade de se estabelecer salário equivalente, ainda que essa hipótese remotamente será prevista entre empresa contratante e tomadora.

5. Terceirização na Administração Pública

Assim como ocorre na iniciativa privada, há possibilidade de a Administração Pública terceirizar serviços secundários, ou seja, sua atividade-meio. Exemplo: Justiça do Trabalho terceiriza os serviços de limpeza, telefonia e vigilância.

No entanto, o foco da lei 13.429/17 e da reforma trabalhista foi a regulamentação do trabalho temporário e da terceirização nas empresas. Portanto, as leis não foram criadas para aplicação na administração direta, autarquias e fundações públicas por não



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

se equipararem às empresas privadas. Além disso, há previsão constitucional estabelecendo a necessidade de concurso público para provimento dos cargos e empregos públicos criados:

Art. 37, da Constituição Federal: 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.

Tendo em vista que a Constituição Federal é hierarquicamente superior à legislação ordinária, seja na forma quanto no seu conteúdo, as disposições da nova legislação do trabalho temporário e terceirizado não excluirá a necessidade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Além disso, as atividades típicas e centrais do Estado não podem ser terceirizadas, como a segurança pública, cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, cargos de fiscalização, Tribunal de Contas e de agências reguladoras. Nesses casos, permanece, sem dúvidas, a exigência do concurso público e da relação direta com a Administração Pública. Em resumo, se já existe cargo ou emprego público criado por lei, não é possível a terceirização pela Administração Pública.

Deve-se ressaltar que, se a empresa intermediadora não pagar aos trabalhadores terceirizados, a Administração contratante não responde, em regra, pelo pagamento dos encargos trabalhistas, ou seja, a Administração não será a responsável subsidiária. Somente responderá caso demonstrada a ausência de fiscalização das obrigações decorrentes do contrato celebrado. Nesse sentido, prevê a jurisprudência do TST:



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

Súmula 331, 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 8.666/93, 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.

Ademais, em abril de 2015, o STF julgou a ADIN 1.923/DF2, que questionava a constitucionalidade da lei 9.637/98, que regulamenta as denominadas organizações sociais. Uma das formas previstas atualmente para ampliação da participação do setor privado consiste na transferência dos recursos públicos a um particular que atua em colaboração com o Poder Público. É nesse contexto que surgem as organizações sociais, que terão sua atividade voltada ao desenvolvimento tecnológico, do ensino, pesquisa e proteção do meio ambiente, da cultura e saúde. Trata-se, portanto, de verdadeira possibilidade legalmente permitida da Administração Pública repassar a um terceiro a prestação de serviços públicos essenciais ao Estado, como a saúde e educação.

Em decisão plenária, contudo, o STF julgou constitucional a Lei das Organizações Sociais e determinou a interpretação conforme a Constituição desse diploma legislativo para que fossem respeitados os princípios que regem a Administração Pública:

- 1) nos atos de qualificação do ente privado como organização social;
- 2) na celebração do contrato de gestão com o Poder Público;
- 3) nos procedimentos de dispensa de licitação para contratação e outorga de uso de bem público e;
- 4) nos contratos celebrados por essas organizações com terceiros quando realizados com recursos públicos. Destaca-se que os empregados dessas organizações sociais não são servidores públicos e, portanto, não é exigido concurso público para a contratação de



GOVERNO MUNICIPAL DE MERUOCA

empregados. Há, até a possibilidade de cessão de servidores públicos para exercer funções nessas entidades privadas (art. 14, lei 9.637/98).

Assim, pautando-me nas informações e documentos trazidos aos autos, bem assim diante das peculiaridades do caso concreto, bem como REVENDO o parecer outrora exarado às fls. 83/88, OPINO pela NULIDADE DO PROCESSO DE LICITAÇÃO EM CURSO, ante os argumentos ora lançados, forte nas Súmulas 346 e 473, ambas do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99.

Ressalvado o caráter opinativo desta alçada jurídica, e com o inarredável respeito ao entendimento diverso.

É o parecer.

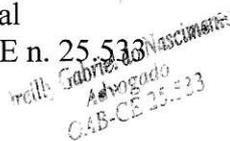
Salvo melhor juízo.

Remessa imediata dos autos ao Exmo. Sr. Ordenador de Despesas para ciência deste Parecer e adoção das medidas que julgar pertinentes.

Meruoca/Ce, em 22 de março de 2022.


Greilly Gabriel do Nascimento
Procurador-geral

Port. 002/2021 – OAB/CE n. 25.532


Greilly Gabriel do Nascimento
Advogado
OAB-CE 25.532