

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE CANDEIAS**

**PROCESSO Nº 02899e21**

**PARECER Nº 00327-21 (F.L.Q.)**

**EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. LEI DAS TERCEIRIZAÇÕES. JURISPRUDÊNCIA DO STF E TCU. REGULAMENTAÇÃO FEDERAL.**

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: a) tratar-se de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias (atividades-meio); b) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade (atividades permanentes); e, c) inexistentes na relação os elementos da personalidade e subordinação direta (vínculo direto).

2) Acaso as contratações de mão de obra referiram-se à substituição de servidores e empregados públicos, os valores delas decorrentes devem ser computados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF.

3) O gestor municipal deve atentar-se para a INSTRUÇÃO TCM nº 02/2018, que traz orientações quanto à terceirização de mão de obra para efeito do cálculo das despesas com pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

4) A necessidade de autorização normativa da execução indireta dos serviços públicos municipais por intermédio de terceiros, a exemplo da terceirização, via processo licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 2º), depende de previsão na Lei Orgânica de cada Município.

O Presidente da **CÂMARA MUNICIPAL DE CANDEIAS**, Vereador Sílvio Correia, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 02899e21, a respeito da terceirização das atividades municipais afetas ao Poder Legislativo, lastreada nos preceitos contidos nas Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, no Decreto Federal nº 9.507/2018, no Tema nº 725, com Repercussão Geral no E. STF e na Instrução TCM nº 002/2018, formula os seguintes questionamentos:

“a) É legítimo a Câmara de Vereadores realizar terceirização tanto das atividades meios como das atividades fins, excluindo as funções Legislativa, Deliberativa e fiscalizadora?

b) Em caso de não ser legítimo a terceirização de todas as atividades, considerando casos especiais em que a Câmara não tem quadro de pessoal concursado e que a terceirização reduziria os gastos anual do legislativo, seria possível a terceirização, em nome da economicidade e eficiência?

c) Em não sendo possível/legítima a contratação de todas as atividades, nos termos das normas federais seriam possível a terceirização das atividades: (I) Implantação dos novos processos de gestão administrativa e técnica; (II) Aprimoramento dos processos e procedimentos administrativos; (III) Melhoramento do fluxo de processos e execução das ações cotidianas; (IV) Disposição de recursos humanos especializados; (V) Disposição de recursos humanos de apoio técnico e operacional; (VI) Aprimoramento dos processos técnicos de controle, acesso e fiscalização; (VII) Melhoria dos procedimentos de conservação e manutenção da infraestrutura predial da Câmara de Vereadores; (VIII) Disposição de insumos diretamente relacionados à realização dos serviços de conservação, manutenção e correção predial da infraestrutura utilizada; (IX) Terceirização do pessoal que presta serviços administrativos?

d) Sendo lícita a terceirização nos termos das alíneas “b” e “c” a despesa com a terceirização seria considerada para gasto com pessoal?

e) Frente ao tema 725 da repercussão geral e ADC 26, art. 4º da Lei nº 6. 019/74 que autoriza terceirização de quaisquer atividades e o Decreto federal nº 9.507/18, prevalece as normas da instrução nº 02/2018/TCMBA?

f) Seria necessário lei ou decreto Municipal autorizando a terceirização realizada pelo Município e Câmara de Vereadores?

g) Em existindo Lei Municipal regulamentando a matéria, seria possível a terceirização da atividade fim?”.

Inicialmente, cumpre-nos registrar que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado, em especial, sobre a situação vivenciada pela Câmara Municipal de Candeias na condução das terceirizações.**

**Com fulcro nas premissas apontadas anteriormente, é oportuno esclarecer, que a resposta ao questionamento de letra “c” implica no estudo pormenorizado de cada atividade ali enumerada, à luz da realidade fática do Poder Legislativo do Município de Candeias, o que, em sede de Consulta, não é possível ser realizado por esta Assessoria Jurídica. Logo, a temática abordada não será objeto de pronunciamento por esta Unidade, na medida em que cabe ao Gestor, munido das orientações jurídicas, em tese, constantes neste opinativo, decidir quais as atividades que podem ser terceirizadas à luz do ordenamento posto.**

Ademais, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, tem-se que a terceirização, conceito também oriundo da seara privada, embora, por vezes, utilizado na sua acepção ampliada a designar todo e qualquer serviço público delegado pela Administração Pública ao particular, trata-se, na verdade, de prestação de serviço ou de contratação de pessoal por interposta pessoa.

Tal instituto decorre da tendência desestatizadora dos serviços públicos, através da qual a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades com a contratação de terceiros.

Com a aprovação do Projeto de Lei nº 4.302/1998, pela Câmara de Deputados, no dia 22 de março de 2017, posteriormente convertido na Lei nº 13.429/2017 passou-se a veicular nos meios de comunicação notícias de que, a partir na vigência da citada lei, estaria permitida a terceirização irrestrita, em qualquer tipo de atividade, inclusive no setor público, gerando muita discussão sobre o tema.

Opiniões favoráveis ou não à permissão de terceirizar-se ampla e irrestritamente à parte, analisaremos, neste ponto, o texto da citada lei sob o enfoque técnico-jurídico com o fim de apurar seus potenciais efeitos no âmbito das contratações de prestadores de serviços terceirizados.

Com efeito, o Legislador Infraconstitucional, ao promover as alterações na Lei nº 6.019/74, através da Lei nº 13.429/2017, regulamentou duas modalidades de prestação de serviços no âmbito do Direito do Trabalho, quais sejam: trabalho temporário e prestação de serviços por meio de trabalhadores terceirizados.

Neste opinativo, abordaremos apenas a prestação de serviços a terceiros, tema do expediente ora em análise.

A Lei nº 13.429/2017 acrescenta os arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C à Lei 6.019/74, nos seguintes termos:

“Art. 2º A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C:

“Art. 4º-A Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.”

“Art. 4º-B São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).”

“Art. 5º-A **Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.**

§1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da **empresa contratante** ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§5º 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 nº 8.212, de 24 de julho de 1991.”

“Art. 5º-B O contrato de prestação de serviços conterá:

I - qualificação das partes;

II - especificação do serviço a ser prestado;

III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;

IV – valor.”

“Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

“Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

“Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.” (grifo aditado).

Em caminho semelhante, podemos citar os arts. 5º-A e 5º-D, da Lei nº 13.467/2017, que também alterou alguns artigos da Lei nº 6.019/74:

"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. ...." (NR)

(...)

"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." (grifo aditado).

Da leitura dos dispositivos indicados acima, depura-se que o legislador conceituou o contratante como pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a "quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal". Não especifica o legislador a que pessoa jurídica se refere e, em mais de uma oportunidade, reporta-se à contratante como "empresa".

Paralelo a tais alterações legislativas, em 30.08.2019, o E. STF, no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, fixou 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**" (Tema nº 725) (grifo aditado).

De uma leitura apressada das Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, bem como, do posicionamento do STF, poder-se-ia, **de forma equivocada**, afirmar que em face deste "novo" cenário, a terceirização ampla e irrestrita, para qualquer função e atividade, inclusive, nos setores principais dos entes públicos, estaria autorizada.

Afirma-se ser tal linha interpretativa eivada de vícios, na medida em que o aludido avanço das regras atinentes às terceirizações foi projetado para **as empresas privadas**, centrado na possibilidade de fazê-lo em relação às atividades finalísticas, bem como das **empresas estatais (veja-se que o legislador, assim como o E. STF, em mais de uma oportunidade refere-se ao termo "empresa", "empresa contratante")**.

Na ótica do professor Luciano Ferraz, em seu artigo intitulado "A terceirização na administração pública depois das decisões do STF", publicado na Revista Consultor

Jurídico – ConJur, as decisões da Corte Superior devem ser avaliadas com cautela na esfera pública, como se vê:

Também trouxe um impacto expressivo para a área trabalhista o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 324 (relator ministro Roberto Barroso) e do Recurso Extraordinário 958.252, com repercussão geral reconhecida (relator ministro Luiz Fux), ambos compreendendo como constitucional a terceirização de atividades-fim nas empresas em geral, revisitando a posição contrária firmada pela Justiça do Trabalho (Súmula 331/TST).

Como resultado desse julgamento, o Tema 725 da repercussão geral do STF, cujo teor é o seguinte: "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".

**A aplicação desse novo panorama legislativo e jurisprudencial ao setor público exige acomodações e ajustes. É que, embora a terceirização na administração pública seja uma realidade em qualquer sítio, é essencial distinguir sua aplicabilidade para administração direta, autarquias e fundações públicas — e para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias (parciais ou integrais).**

**É mais do que natural que às empresas estatais e subsidiárias se reconheça maior liberdade para uso da terceirização, como se infere do verbete do Tema 725 do STF, que literalmente alude às “empresas”, direcionando-se, pois, a uma técnica de gestão descentralizada — “terceirização empresarial”.**

O artigo 10, parágrafo 7º do Decreto-lei 200/67, aplicável a ambos os casos (órgãos, autarquias, fundações e empresas estatais), dispõe que, “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução”.

**Uma leitura mais detida do dispositivo revela que a autorização legislativa é pertinente à “terceirização de atividade”, e não à “terceirização de mão de obra”. É dizer que existem determinadas atividades, as quais, sobre não serem consideradas como típicas do órgão ou da entidade administrativa, podem ser contratadas com terceiros (terceirizadas). Dessa forma, distinguindo os dois tipos de terceirização, garante-se que não haja uma superposição de funções entre os terceirizados e os servidores ou empregados de carreira, afastando-se cogitações de infringência à regra do concurso público (artigo 37, II da Constituição). (g.n)**

O efeito prático da decisão do STF foi o afastamento da análise sobre a licitude da terceirização apenas pelo critério do objeto avençado, já que compreendeu-se que a mera distinção entre atividade-meio e atividade-fim não era mais suficiente para atestar a regularidade da terceirização nas empresas, devendo-se levar em consideração outras particularidades de maior relevância no cenário atual das organizações.

Em outros termos, após a Tese fixada do STF sobre terceirizações, a identificação da atividade terceirizada como sendo atividade-meio ou fim não será mais um critério isolado para se definir acerca do vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços, situação repudiada tanto na iniciativa privada quanto na pública.

Impende registrar, para que não parem dúvidas, que os julgamentos do STF não afastaram, como não poderia deixar de ser, o exame minucioso das terceirizações sob os demais prismas, notadamente sobre os requisitos insertos nos novéis regramentos da matéria, mantendo-se o alerta sobre a devida regularidade da execução indireta dos serviços, a ensejar, acaso verificado o descumprimento dos preceitos legais no caso concreto, a nulidade da terceirização, seja ela abarcada na atividade meio ou fim.

Diante da mudança de cenário, composta por legislação e jurisprudência autorizativas da terceirização das atividades finalísticas das empresas, a União, mediante edição do Decreto Federal nº 9.507/18, que revogou o Decreto nº 2.271/97, estabeleceu parâmetros para a execução indireta dos serviços no Executivo federal, distinguindo as hipóteses cabíveis de acordo com as características das pessoas jurídicas que compõem o Ente.

Dada sua importância para o estudo das terceirizações no âmbito público, cabe aqui transcrever parte do Decreto:

#### **DECRETO Nº 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018**

Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, inciso IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,

#### **D E C R E T A:**

CAPÍTULO I  
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES  
**Âmbito de aplicação e objeto**



Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Art. 2º Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação.

## CAPÍTULO II DAS VEDAÇÕES

### **Administração pública federal direta, autárquica e fundacional**

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

### **Empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União**

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do **caput** poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do **caput** quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o

conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

**Vedação de caráter geral**

Art. 5º É vedada a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:

- I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou
  - II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.
- (...) (grifos aditados)

Da edição do Decreto seguiu-se a expedição da Portaria nº 443/2018, consoante determinação contida no art. 2º do Decreto nº 9507/18, abaixo transcrita na íntegra:

**PORTARIA Nº 443, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018**

Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.

O MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II e IV, da Constituição Federal, e o Decreto nº 9.035, de 20 de abril de 2017, e considerando o disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, resolve:

Art. 1º No âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, serão preferencialmente objeto de execução indireta, dentre outros, os seguintes serviços:

- I - alimentação;
- II - armazenamento;
- III - atividades técnicas auxiliares de arquivo e biblioteconomia;
- IV - atividades técnicas auxiliares de laboratório;
- V - carregamento e descarregamento de materiais e equipamentos;
- VI - comunicação social, incluindo jornalismo, publicidade, relações públicas e cerimonial, diagramação, design gráfico, webdesign, edição, editoração e atividades afins;
- VII - conservação e jardinagem;
- VIII - copeiragem;
- IX - cultivo, extração ou exploração rural, agrícola ou agropecuária;
- X - elaboração de projetos de arquitetura e engenharia e acompanhamento de execução de obras;
- XI - geomensuração;
- XII - georeferenciamento;
- XIII - instalação, operação e manutenção de máquinas e equipamentos, incluindo os de captação, tratamento e transmissão de áudio, vídeo e imagens;
- XIV - limpeza;
- XV - manutenção de prédios e instalações, incluindo montagem, desmontagem, manutenção, recuperação e pequenas produções de bens móveis;
- XVI - mensageria;
- XVII - monitoria de atividades de visitação e de interação com público em parques, museus e demais órgãos e entidades da Administração Pública federal;

XVIII - recepção, incluindo recepcionistas com habilidade de se comunicar na Linguagem Brasileira de Sinais - Libras;  
XIX - reprografia, plotagem, digitalização e atividades afins;  
XX - secretariado, incluindo o secretariado executivo;  
XXI - segurança, vigilância patrimonial e brigada de incêndio;  
XXII - serviços de escritório e atividades auxiliares de apoio à gestão de documentação, incluindo manuseio, digitação ou digitalização de documentos e a tramitação de processos em meios físicos ou eletrônicos (sistemas de protocolo eletrônico);  
XXIII - serviços de tecnologia da informação e prestação de serviços de informação;  
XXIV - teleatendimento;  
XXV - telecomunicações;  
XXVI - tradução, inclusive tradução e interpretação de Língua Brasileira de Sinais (Libras);  
XXVII - degravação;  
XXVIII - transportes;  
XXIX - tratamento de animais;  
XXX - visitação domiciliar e comunitária para execução de atividades relacionadas a programas e projetos públicos, em áreas urbanas ou rurais;  
XXXI - monitoria de inclusão e acessibilidade; e  
XXXII - certificação de produtos e serviços, respeitado o contido no art. 3º, § 2º do Decreto nº 9.507, de 2018.  
Parágrafo único. Outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto nº 9.507, de 2018.

Art. 2º Cabe ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão expedir normas complementares ao cumprimento do disposto nesta Portaria.

Art. 3º Fica revogada a Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor em 22 de janeiro de 2019.

Da leitura atenta dos normativos expedidos no âmbito federal, observa-se que o Executivo Federal, ciente das modificações ocorridas no campo das terceirizações, estabeleceu diretrizes para, de um lado, salvaguardar a Administração direta, autárquica e fundacional, impondo maiores restrições para a adoção da execução indireta; e do outro, ampliar as hipóteses de terceirização para as empresas públicas e sociedade de economia mista, cuja essência econômica permitiu uma maior flexibilização das regras.

Isto se deve pelo fato das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que compõem a Administração Indireta, serem denominadas pela Doutrina como 'empresas estatais', isto é, são sociedades empresariais que o Estado tem o controle acionário.

Veja-se que tais instrumentos normativos na esfera federal zelaram em relação a Administração Direta, especificando as possibilidades de execução indireta, de modo a restringir o cabimento da terceirização às atividades secundárias dos entes públicos.

O que não poderia ser diferente, eis que, conforme já exposto neste opinativo, o foco da Lei nº 13.429/17 e da Reforma trabalhista foi a regulamentação do trabalho temporário e da terceirização nas empresas. Portanto, muitos dos regramentos ali constantes não foram criados para aplicação na Administração direta, autarquias e fundações públicas, por não se equipararem às empresas privadas.

Além disso, frise-se, mais uma vez, que a Administração Pública não pode se distanciar da regra constitucional que estabelece a necessidade de concurso público para provimento dos cargos e empregos públicos criados por lei.

Sobre este tópico, importantes observações foram feitas pelo jurista Joel de Menezes Niebuhr, em artigo publicado na Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, Zênite, n. 299, p. 10, jan. 2019:

**“A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais”**

O avanço das terceirizações no Brasil foi projetado para as empresas privadas e centrado na possibilidade de fazê-lo em relação às atividades-fim. É nessa direção que caminhou a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e o Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 324 e REExt nº 958.252). Entretanto, a ampliação para as atividades-fim não resolve as discussões sobre a terceirização por parte da Administração Pública, porque o ponto de inflexão para ela é outro.

A particularidade da Administração Pública é que ela não pode valer-se da terceirização com a mesma desenvoltura das empresas privadas, dado o inc. II do art. 37 da Constituição Federal, cujo teor obriga o concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos. O grande óbice da terceirização por parte da Administração Pública sempre foi e continua sendo a regra constitucional do concurso público, que é espécie de consequência do regime republicano.

Sucedem que a Administração Pública exerce poderes extroversos, que atingem a esfera jurídica de terceiros, impondo limitações à liberdade e à propriedade. Por trás da Administração Pública existem homens e mulheres que exercem em nome dela os tais poderes extroversos. Essas pessoas devem atuar sempre com mira no interesse público, de forma impessoal, isenta e técnica, sem subserviência a interesses privados. O concurso público faz com que o acesso aos cargos e empregos públicos não se submeta a favores políticos e pessoais, mas dependa apenas do mérito do candidato, o que contribui para uma futura atuação impessoal, isenta e técnica, no fim das contas, para uma atuação harmonizada aos valores republicanos. (grifos nossos)

Nas lições do Professor Luciano Ferraz, em texto já citado, a conclusão sobre as terceirizações na Administração Pública é a seguinte:

Como se vê, é fato que a regulamentação federal reconhece maior espectro de terceirização para as empresas da União se comparadas com órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional. Para estes últimos, continua praticamente incólume o critério de direcionamento da terceirização para as atividades-meio. Para as empresas estatais e subsidiárias, o critério garantidor da higidez da terceirização para atividades permanentes — independente de se tratar de atividade-meio ou atividades-fim — reside fundamentalmente na não correspondência das funções exercidas pelo terceirizado com as atribuições inerentes aos respectivos planos de cargos e salários. O resto é perfumaria... (g.n)

O Tribunal de Contas da União ao debruçar-se sobre o tema, em decisão paradigmática recente, em sede de consulta, já considerando o novo arcabouço legislativo da matéria, assim se pronunciou:

Acórdão 1184/2020-Plenário TCU. Data da sessão: 13/05/2020.

Enunciado

É possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios ou complementares realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da IN MPDG 5/2017 e do Decreto 9.507/2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e da subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do mencionado decreto, de modo que, entre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

Desta feita, verifica-se que a previsão constitucional da necessidade 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, para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF/88), conduz à interpretação de não ser cabível a terceirização das principais atividades do ente público, ou seja, as chamadas atividades próprias/típicas do Estado e, por isso, absolutamente indelegáveis, a exemplo do poder de polícia, definição de políticas públicas e etc..

A regra do concurso público, insculpida no art. 37, inciso II, da CF/88, está em consonância aos princípios da impessoalidade e da moralidade. A impessoalidade, enquanto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) representa a ausência de subjetividade do administrador público no desempenho das suas funções. Isto é, trata-se de uma imposição lógica decorrente dos

princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que vedam ao gestor a busca de interesses pessoais, próprios ou de terceiros, no exercício de suas competências.

Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do E.STF, no julgamento do RE nº 658.026, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 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”.

Em um de seus aspectos, o princípio da impessoalidade impede que a Administração proceda a discriminações entre os administrados, a fim de lhes beneficiar ou prejudicar. Fundamenta-se em uma faceta do princípio da igualdade, no sentido de que o Estado deve sempre observar a isonomia no tratamento dos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica.

Por outro lado, por intermédio do princípio da moralidade, busca-se a adequação da conduta do agente público aos “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, de acordo com a Lei nº 8.112, art. 2º, parágrafo único, IV.

Logo, a Administração ao celebrar contratos com mero intuito de conseguir mão de obra, em flagrante violação à regra constitucional que determina a realização de concursos públicos, viola, simultaneamente, os princípios da impessoalidade e da moralidade. A fraude inviabiliza o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preenchem os requisitos necessários à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento.

Assim, no que se refere à terceirização das atividades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, esta Assessoria Jurídica entende que os novos regramentos legais em nada alteraram o entendimento anteriormente adotado, de que a execução indireta será lícita se corresponder a um serviço acessório/instrumental e sem correspondência no plano de cargos do órgão ou entidade.

Este posicionamento prestigia, não apenas a nova sistemática adotada no sistema jurídico pátrio, mas, sobretudo, os princípios constitucionais, em especial, o da legalidade, impessoalidade e moralidade. Não se pode perder de vista que, a Lei nº 13.429/2017 e seus desdobramentos devem ser lidos e interpretados à luz do quanto disposto no artigo 37, II, da CF.

Portanto, e aqui respondendo as perguntas de letras “a” e “b”, **à luz do ordenamento jurídico vigente atualmente, bem como, dos posicionamentos jurisprudenciais, é possível concluir que a terceirização só é admitida no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: 01) tratar-se de atividade-meio (serviço acessório/instrumental); 02) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 03) inexistentes na relação os elementos da pessoalidade, habitualidade, subordinação direta e onerosidade.**

No que se refere ao impacto nas despesas com pessoal dos gastos oriundos das terceirizações, matéria abordada na pergunta de letra “d”, tem-se que o art. 169, da CF/88, ao tratar sobre as despesas com pessoal dos Entes da Federação, orienta que essas devem ficar limitadas aos percentuais fixados na Lei Complementar nº 101/200 - Lei de Responsabilidade Fiscal, que, no seu art. 19, discrimina o limite que deve ser observado pela União, Estados e Municípios.

Com intuito de evitar que os maus gestores, em verdadeiro ato de desvio de poder, utilizassem-se de falsas terceirizações para burlar as restrições legais, o legislador infraconstitucional, no art. 18, §1º, da LRF, determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referissem à substituição de servidores e empregados públicos seriam contabilizados como “outras despesas de pessoal”.

Neste ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 237) adota uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico ao inferir que, sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão de obra, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal.



Destarte, entende-se que o legislador não tratou da licitude da terceirização, mas apenas das consequências de sua prática para fins de responsabilidade fiscal. Ou seja, havendo terceirização lícita, as despesas do contrato não estarão abrangidas pelas limitações da lei, tendo em vista que o objeto do pacto foi um resultado ou atividade.

Este entendimento foi acolhido pelo legislador, que conferiu a seguinte redação ao art. 64, da Lei n.º 9.995/00, Lei de Diretrizes Orçamentárias da União:

“Art. 64. O disposto no §1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I – sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II – não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente.”.

Consequentemente, a substituição de gastos com pessoal próprio pela contratação de terceiros corresponde a um arranjo orçamentário, que não atende à finalidade da norma legal de conduzir o administrador a reduzir as despesas da máquina estatal com pessoal e direcioná-las para o setor de investimentos.

De acordo com Dora Maria de Oliveira Ramos, na Obra “Terceirização na Administração Pública”, São Paulo, 2001, p. 153: “A regulação da matéria na Lei de Responsabilidade Fiscal é uma tentativa de evitar subterfúgios que comprometam o objetivo de equilíbrio das contas públicas”. A solução encontrada foi incluir no limite de gastos com pessoal as intermediações de mão de obra.

Nestes termos, em linhas gerais, e aqui respondendo objetivamente ao Consulente (quesito de letra “d”), **terceirizar para desempenhar atividades afetas aos servidores públicos torna essa terceirização indevida, de sorte a obrigar as despesas geradas a serem computadas no gasto de pessoal do ente, elevando o percentual.**



Citando entendimento da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, o Eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Consulta nº 783.098, ao tratar sobre a interpretação do quanto disposto no art. 18, §1º, da LRF, assim dispôs:

“A LRF não faz referência a toda terceirização, mas apenas àquela que se relaciona à substituição de servidor ou empregado público. Assim, não são consideradas no bojo das despesas com pessoal as terceirizações que se destinem à execução indireta de atividades que, simultaneamente:

- a) sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade (atividades-meio), na forma de regulamento, tais como: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática — quando esta não for atividade-fim do órgão ou entidade — copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;
- b) não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou seja relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente; e
- c) não caracterizem relação direta de emprego, como, por exemplo, estagiários.

(...)

Se o ente, indevidamente, realizar contrato de prestação de serviços para substituir a execução direta, fica caracterizada a terceirização que substitui servidor ou empregado público e a despesa com pessoal deve ser registrada na linha Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização (§ 1º do art. 18 da LRF). Se o regime de prestação de serviço for de concessão ou permissão, a concessionária ou permissionária arcará com as despesas com pessoal, que não integrarão a despesa com pessoal do ente.”.

Ademais, a preocupação das Cortes de Controles mantém-se em relação ao desvirtuamento do instituto da terceirização e a ausência de conformidade legal nas contratações.

Neste aspecto, oportuno reproduzir o voto condutor do julgamento paradigmático do TCU, Acórdão 1184/2020-Plenário, anteriormente citado:

**29. (...) não se pode confundir a figura da terceirização de serviços que envolvem mão-de-obra, prevista na Constituição, com uma suposta terceirização para simples contratação de mão de obra, por ela expressamente vedada.** Na primeira, a Administração possui relação jurídica com a empresa contratada e este vínculo com o trabalhador; enquanto na segunda, a Administração estabelecerá indevidamente vínculo diretamente com o contratado.

**30. Existem, contudo, algumas limitações à possibilidade de terceirização de todas as atividades da Administração Pública.** A doutrina tem se debatido há

algum tempo a respeito do limite de utilização desse instituto entre as atividades-meio e atividades-fim da organização.

31. Apesar das vantagens advindas com a terceirização, há, entretanto, uma dificuldade conceitual na separação desses conceitos, conforme observa o próprio Supremo Tribunal Federal:

*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). (...)*

*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 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) 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. (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, 30/8/2018) (...)*

32. Por certo, a agilidade da Administração Pública não é a mesma do que a das empresas privadas, diante dos preceitos constitucionais mencionados e também dos poderes extroversos e das responsabilidades que detém, razão pela qual **não se pode invocar amplamente os preceitos nas Leis 13.429/17 e 13.476/17, até mesmo porque estes normativos permaneceram silentes em relação à terceirização das atividades na esfera pública.**

33. Exatamente por esse motivo, o Decreto 9.507/18, que dispôs sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, estabeleceu em seu art. 3º os serviços que não poderão ser objeto de execução indireta:

*Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:*

*I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;*

*II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;*

*III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e*

*IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

34. No mesmo artigo, o mencionado decreto flexibilizou a possibilidade de execução indireta para "os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput (...), vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado".

35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos. (grifos adotados)

Logo, o gestor público deve estar convicto de que a terceirização almejada no município se enquadra na terceirização dos serviços, que difere da rechaçada locação de mão de obra.

**No que se refere à pergunta de letra “e”, esta Assessoria Jurídica entende mais uma vez que os novos regramentos legais, bem como os posicionamentos da Suprema Corte, inclusive no julgamento da ADC 26 (a matéria discutida no julgado em questão envolveu os critérios inerentes à terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviço público que, conforme já mencionado neste parecer, não se confundem com os requisitos admitidos para a Administração Pública Direta), em nada alteraram o entendimento firmado por este Tribunal de Contas, na Instrução TCM nº 002/2018, no que tange às balizas da execução indireta em relação aos gastos com pessoal, disciplinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal.**

Por fim, no que se refere aos derradeiros questionamentos (letras “f” e “g”), quanto à necessidade de “lei ou decreto Municipal autorizando a terceirização realizada pelo

Município e Câmara de Vereadores?” e sobre a possibilidade desta norma legal prever “a terceirização da atividade-fim”, seguem as seguintes considerações.

A Constituição Federal, no seu art. 30, inciso V, assim como, a Constituição do Estado da Bahia, no seu art. 59, inciso V, dispõem que compete ao ente municipal organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

Nesta senda, **a necessidade de autorização normativa da execução indireta dos serviços públicos municipais por intermédio de terceiros, a exemplo da terceirização, via processo licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 2º), depende de previsão na Lei Orgânica de cada Município.**

A exemplo, cite-se o art. 52, inciso XVIII, da Lei Orgânica do Município de Salvador, que determina ser da competência do Prefeito, “permitir, conceder ou autorizar a execução dos serviços públicos por terceiros, quando não possível ou conveniente ao interesse público a exploração direta pelo Município;”.

Assim, se houver determinação neste sentido, reputa-se adequada a normatização da matéria na municipalidade, que, por sua vez, e aqui respondendo objetivamente ao último questionamento do Consulente, deverá, dentro do rol de serviços públicos que lhe compete, pautar-se das matrizes constitucionais e dos contornos delineados pela recente normatização da matéria exposto neste opinativo, inclusive, aproveitando a experiência na esfera federal e a jurisprudência que começa a se formar a partir de tais premissas.

Diante de tudo quanto anteriormente exposto, conclui-se que:

1) A terceirização só é admitida na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: a) tratar-se de atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias (atividades-meio); b) não constante do quadro de cargos,

empregos e funções do órgão ou entidade (atividades permanentes); e, c) inexistentes na relação os elementos da personalidade e subordinação direta (vínculo direto).

2) Além do preenchimento dos requisitos acima especificados, a terceirização não pode ocorrer com o único objetivo de fornecimento de mão de obra em substituição à obrigatória contratação de servidores públicos, sob pena de os valores delas decorrentes serem computados como “outras despesas de pessoal”, de acordo com o quanto disposto no §1º, do art. 18, da LRF.

3) O gestor municipal deve atentar-se para a INSTRUÇÃO TCM nº 02/2018, que traz orientações quanto à terceirização de mão de obra para efeito do cálculo das despesas com pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

4) À luz do quanto disposto no art. 30, inciso V, da CF e do art. 59, inciso V, da CE, a necessidade de autorização normativa da execução indireta dos serviços públicos municipais por intermédio de terceiros, a exemplo da terceirização, via processo licitatório (Lei nº 8.666/93, art. 2º), depende de previsão na Lei Orgânica de cada Município.

É o parecer.

Salvador, 24 de fevereiro de 2021.

**Flávia Lima de Queiroz**  
**Chefe da DACJ**