



Breves considerações sobre a Terceirização na Administração Pública

Por Amanda Torquato Duarte

Muito se discutiu na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de terceirização das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, motivada pela alegada otimização das tarefas institucionais e redução dos custos da máquina pública. Nesse contexto, acentua a Procuradora do Estado de São Paulo, Sra. Dora Maria de Oliveira, em artigo intitulado “Terceirização na Administração Pública”:

A terceirização na iniciativa privada é um modelo de gestão que permite a especialização das atividades da empresa, com o objetivo de aumentar sua eficiência e agilidade ao possibilitar a concentração de esforços no que se convencionou chamar de atividade-fim da organização empresarial. [...]

No setor público, a terceirização tem sido utilizada na tentativa de reduzir a estrutura administrativa do aparelho estatal, transferindo para a iniciativa privada a execução concreta tanto de atividades materiais acessórias (limpeza, vigilância, manutenção de equipamentos etc.) quanto de atividades voltadas para a satisfação de necessidades concretas da coletividade (coleta de lixo, transporte urbano, limpeza pública, entre outras). [...]

A terceirização é um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público na tentativa de implantação de uma Administração Pública gerencial, que se afasta da Administração burocrática ao introduzir o Estado em um quadro de modernidade, adequado às exigências da economia globalizada¹.

A diferenciação entre o que seria atividade-fim e atividade-meio foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), em 1998, quando o Tribunal

¹ Disponível em: <https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/1ed3cc6e-a124-4f24-98c6-1c46d35510f0?tt=terceiriza%E7%E3o+atividades+limpeza>. Acesso em 08.04.2017.

firmou o entendimento de que a Administração Pública não pode terceirizar serviços típicos de cargos permanentes, mas exclusivamente atividades auxiliares:

“Toda atividade, pública ou privada, obrigatoriamente, para atingir o seu objetivo, desempenha, concomitantemente, atividade-fim e atividade-meio, sendo que aquela se dirige diretamente à sua razão de ser; esta desenvolve serviço de apoio, sem o que a atividade-fim não poderia existir.

Nesse sentido, a terceirização é lícita enquanto só alcança a atividade-meio, ou seja, serviço complementar da Administração Pública, tais como, vigilância, limpeza, manutenção, informática, etc”. (Consulta nº 442.370. Relator: Conselheiro Moura e Castro. Sessão em 22/04/1998)

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) pacificou o entendimento de que os serviços de conservação, limpeza e vigilância podem ser contratados através da locação de mão de obra por interposta pessoa, chamada tomador de serviços:

APELAÇÃO CÍVEL - CONCURSO PÚBLICO - CADASTRO DE RESERVA - OBSERVÂNCIA DA PRECEDÊNCIA NA CONVOCAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - LICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. [...] Não mais se discute, no âmbito dos Tribunais, a licitude da contratação direta, pela Administração Pública, de sociedades empresárias prestadoras de serviços relacionados a sua atividade-meio - aí incluídas das atividades de conservação e limpeza e de vigilância - sendo vedada, todavia, a delegação de suas atividades-fim, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos e entidades. (Apelação Cível 1.0027.08.172091-7/002, Relator: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/04/2013)

No mesmo viés, seguiu o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao flexibilizar orientação anterior e editar o Enunciado nº 331, em substituição à Súmula nº 256, que restringia a possibilidade de terceirização apenas para o trabalho temporário e serviços de vigilância, a saber:

“Súmula nº 256:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

“Súmula nº 331:

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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Esse enunciado fixou as seguintes premissas: **i)** impossibilidade de terceirizar atividade-fim da Administração Pública, salvo no caso de contratação temporária; **ii)** ausência de vínculo empregatício com a Administração Pública em caso de contratação irregular; **iii)** possibilidade de terceirização de atividade-meio, desde que não haja pessoalidade (escolha do trabalhador) e subordinação direta (ordens e incumbências específicas ao prestador dos serviços), e; **iv)** responsabilidade subsidiária do tomador de serviços por

todas as verbas trabalhistas na terceirização lícita, salvo em relação à Administração Pública, que exige a comprovação de conduta culposa na fiscalização dos contratos firmados com a empresa contratada.

O último ponto – responsabilidade subsidiária da Administração Pública –, inclusive, foi objeto de recente análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 760.931**, admitido com repercussão geral. Em extensão à respectiva súmula, o Plenário do STF consolidou a tese de que não é possível a responsabilização automática da Administração Pública pelos encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento da empresa terceirizada, permitindo eventual condenação somente quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Ocorre que a licitude da terceirização das atividades finalísticas da Administração Pública exsurge no cenário brasileiro com a sanção da Lei nº 13.429/2017, em 31.03.2017. A norma, ao contrário da orientação exposta, estabeleceu a possibilidade de contratação temporária para desenvolvimento de atividades meio e fim da empresa tomadora de serviços (art. 9º, §3º²).

No entanto, essa legislação sofre grande resistência, já sendo objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nºs 5685, 5686 e 5687) perante o STF, motivo pelo qual se recomenda aplicação cautelosa pela Fazenda Pública, enquanto não delineados os reflexos e contornos da respectiva legislação.

Fato é que não há dúvidas quanto à possibilidade/viabilidade de terceirização das atividades de conservação, limpeza e vigilância pela Administração Pública, ante a

² § 3º *O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.*”

consagração pelos Tribunais pátrios da licitude da execução outorgada a particulares de suas atividades meramente operacionais.

Em favor dessa terceirização, encontra-se a exclusão das despesas com terceirizados da folha de pagamento, rubrica de “gastos com pessoal”, do qual precisa ter o ordenador de despesas efetivo controle, em razão do limite constitucional de 70% de sua receita com folha de pagamento, consoante dicção do art. 29-A, §1º da CR/88. A esse respeito, cite-se importante trecho do voto proferido pelo Conselheiro Mouro e Castro, na Consulta nº 638.893, formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Betim/MG:

Quanto às duas últimas perguntas, envolvendo terceirização de serviços e a contabilização de suas despesas como gasto de pessoal, trago à baila resposta de minha relatoria, dada na Consulta 624786, aprovada pela unanimidade de meus pares, a saber:

“E, finalmente, relativamente às despesas com profissionais contratados para a execução de serviços eventuais ou de assessoria é preciso examinar se está ocorrendo apenas atribuição a terceiros de atividade-acessória ou real substituição de servidores ligados à atividade fim do serviço público.

A última hipótese é vedada, sendo o ato nulo, não gerando nenhum efeito jurídico, vez que a atividade-fim só pode ser desempenhada por servidor ou empregado público de carreira. A terceirização é lícita quando envolve, apenas, serviços ligados à atividade-meio, tais como: vigilância, limpeza, conservação, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicação, instalação e manutenção de prédios públicos.

A propósito, a respeito das atividades-acessórias, atribuíveis a terceiros, prescreve o § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101/2000:

“Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.”

A lei não contém expressões vazias, perdidas ou sem significado, daí determinar o transcrito parágrafo primeiro que as despesas provenientes de mão-de-obra terceirizada, aquelas oriundas de substituição de servidores e empregados, sejam contabilizadas na rubrica “outras despesas com pessoal”.

E o porquê disso? Qual a juridicidade do vocábulo “substituição de servidores e empregados públicos” se, em última análise, toda e qualquer terceirização substitui mão-de-obra que poderia ser executada por servidor ou empregado de carreira?

*Ora, para a solução do thema decidendum não devemos omitir que existe no nosso ordenamento jurídico a distinção entre terceirização permitida e a não-autorizada (vedada). **O legislador complementar, preocupado com a escalada da terceirização ilícita, aquela que substitui, sem amparo legal, mão-de-obra reservada ao servidor ou empregado público de carreira, bem assim para colocar um basta nessa prática imoral de administração, separou as duas figuras para explicitar, com clareza solar, que as despesas oriundas de terceirização lícita, as fundadas no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei 200/67; nos incisos II dos arts. 6 e 10, bem como no de nº 13, todos da Lei nº 8.666/93, combinados com o art. 3º da Lei 5.645/70, não serão consideradas como de pessoal para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal.***

Ainda com relação a essa questão, chamo a atenção do consulente para o fato de que tais serviços de terceiros, pessoa física ou jurídica, não poderão, nos estreitos limites do art. 72 da Lei de Responsabilidade Fiscal, exceder, até 2003, em percentual da receita corrente líquida, o valor de 1999.

No respectivo art. 72 temos a seguinte redação:

'Art. 72. A despesa com serviços de terceiros dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não poderá exceder, em percentual da receita corrente líquida, a do exercício anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar, até o término do terceiro exercício seguinte.'

Já a definição de receita corrente líquida, vamos encontrá-la no art. 2º, IV, da articulada LC 101/2000, a confirmar:

'Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes...”

Lado outro, na terceirização lícita, a Administração não emite folha de pagamento a favor dos terceirizados, pois eles são empregados não do ente público, mas da empresa fornecedora de mão-de-obra. Ademais, despesas dessa natureza correm por conta da rubrica – serviços de terceiros -, conforme determina a Lei 4.320/64.

Ora, não sendo considerada despesa de pessoal, tais gastos também estão fora do limite constitucional de 70% aplicado à Câmara Municipal (art.



29A, § 1º), pois é ele dirigido à folha de pagamento de seus servidores e vereadores.”

Aliado a isso, identifica-se como pontos positivos à terceirização a possibilidade de se contratar particulares com experiência na área para desenvolvimento de atividades operacionais, proporcionando maior produtividade, qualidade e menor custo para o Ente Público. Para tanto, relembra-se que, em regra, as contratações devem ser precedidas de licitação, em cumprimento aos ditames da Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e da Lei de Licitações.