



RECOMENDAÇÃO Nº. 16/2017 - FAMEM

São Luís (MA), 11 de Maio de 2017.

ASSUNTO: VIABILIDADE JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE VIGILÂNCIA, LIMPEZA URBANA E DEMAIS SERVIÇOS GERAIS NO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE PARA SUBSTITUIR CARGOS DE NATUREZA PERMANENTE. TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS DE TRABALHO. REQUISITOS. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. CONTABILIZAÇÃO DE GASTO COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

Excelentíssimo (a) Senhor(a) Prefeito(a)

Com a finalidade de melhor assessorá-lo e mantê-lo atualizado sobre informações relevantes para a realização de uma Gestão Municipal adequada e que, principalmente, atenda aos ditames legais, a FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM, representada por seu presidente Cleomar Tema Carvalho Cunha, vem por meio deste, encaminhar informações sobre **viabilidade jurídica da terceirização no serviço público. As hipóteses em que essa contratação é vedada. Sua possibilidade por meio de cooperativas de trabalho. A responsabilidade do Município pelas dívidas trabalhistas da terceirizada, bem como contabilização de gasto com terceirização de mão de obra, de acordo com a lei de responsabilidade fiscal.**

I-

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A rigor, nos termos da Constituição Federal, o serviço público deve ser prestado por servidores efetivos do ente público ao qual estão vinculados¹. No entanto, é cabível a transferência da execução do serviço para entidades que não estejam integradas à Administração Pública, sem, contudo, retirar o caráter público do serviço, que obrigatoriamente se submetem aos princípios e regras atinentes ao serviço público.

A transferência da execução de serviço público é conhecida como **terceirização do serviço público**. Tal fenômeno visa à maior eficiência na prestação do serviço, aliados à redução dos custos da atividade.

Dito em outras palavras, na terceirização há o fornecimento de mão de obra à tomadora por meio de pessoa jurídica interposta, nas hipóteses excepcionalmente admitidas pelo sistema jurídico.

Emerge, assim, o critério da atividade-meio ("material") e atividade-fim, permitindo-se a delegação no caso da primeira e vedando-se na hipótese da segunda. É o que restou consolidado na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, quando afirma que:

SUM 331 TST

(...)

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), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

¹ Constituição Federal, art. 37, inciso 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”.

Segundo lição de Hely Lopes Meirelles, as *atividades-fim* de um ente público podem ser classificadas em: *serviços públicos próprios* – atividades típicas de Estado e, portanto, absolutamente indelegáveis, tais como poder de polícia, definição de políticas públicas, etc.; ou, *serviços públicos impróprios* – atividades de interesse comum que, embora relevantes, podem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou indiretamente, mediante concessão, permissão ou autorização, tais como os serviços de transporte coletivo, de coleta de resíduos sólidos, etc..

Via de regra, entende-se como atividade-meio os seguintes serviços:

a) – Serviços de limpeza; b) – Serviços de conservação; c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria; d) – Serviços de recepção; e) – Serviços de copeiragem; f) – Serviços de reprografia; g) – Serviços de telefonia; h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações; i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo; j) – Serviços de auxiliar de escritório; k) – Serviços de auxiliar administrativo; l) – Serviços de office boy (contínuo); m) – Serviços de digitação; n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas; o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante; p) – Serviços de ascensorista;

Frise-se, no entanto, que a jurisprudência consolidada no País permite *terceirização* somente às denominadas *atividades-meio*, ou seja, atividades não coincidentes com as finalidades típicas de Estado.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em resposta à consulta nº 442370, conforme texto publicado na Revista Diálogo Jurídico, ano I, nº 04 de julho de 2001 de autoria do Professor Luciano Ferraz, assessor jurídico daquele Tribunal, “in litteris” :

“(...) concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas e daqueles de natureza auxiliar, ligados a atividade meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem atividade fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes, que só podem ser preenchidos por concurso público”.

Ainda que a nova lei de terceirização (Lei 13.429, de 31 de março de 2017, com início de vigência em 31.03.2017), não restrinja a sua incidência à esfera privada, podendo dar margem ao entendimento de que as suas previsões sobre terceirização podem ser aplicadas, em tese, também à administração pública, deve o administrador encarar com cautela sua aplicação em atividades fim, vez que certamente apresentará controvérsias, sabendo-se que a jurisprudência, em regra, admite a terceirização apenas de serviços de vigilância, de conservação, limpeza e de atividades-meio da empresa tomadora, sendo assim consideradas aquelas acessórias, de suporte ou periféricas à atividade principal, conforme Súmula 331 do TST.

Argumenta-se, ainda na inconstitucionalidade desta previsão, pois seria burla ao concurso público, estabelecido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Isto posto, conclui-se pela possibilidade de terceirização para atividades meio do Município, com as cautelas supra referenciadas.

II-

VEDAÇÃO DE TERCEIRIZAÇÃO - BURLA CONCURSO PÚBLICO

Uma vez detectado serviços comuns passíveis de terceirização é imperioso que a decisão administrativa de terceirizar seja amparada por estudos técnicos aptos a demonstrar a necessidade da substituição da contratação mediante concurso público pela terceirização do serviço, já que contraria a

regra geral, estabelecendo uma relação triangular traçada entre o tomador de serviço (ente público), a empresa terceirizada e o empregado.

A grande dificuldade relacionada à terceirização de serviços públicos está em sua utilização abusiva, que visa em algumas situações, burlar a regra da obrigatoriedade do concurso público, prevista no Artigo 37, inciso II da Constituição da República, que dita, “in litteris” :

*“Artigo 37.
(...)
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”.*

De acordo com o artigo mencionado, **caso a terceirização, ainda que de atividade-meio, tenha as mesmas atribuições de cargos ou categorias regularmente existentes, será considerado burla ao concurso público**, salvo se forem estes extintos total ou parcialmente.

Assim, em um primeiro momento, podemos concluir que as atividades como serviços na área de vigilância, limpeza urbana e demais serviços gerais no município podem ser terceirizados.

Contudo, se no Município existir aquele cargo ou carreira, na estrutura do Município, a exemplo de merendeiras, faxineiras, vigias, gari, **não poderá terceirizar estes serviços, pois isso seria considerado como burla ao concurso público**. A exceção seria se o Município, por lei, extinguisse o cargo ou carreira.

Dúvida existia sobre se necessário além da extinção do cargo, aguardar sua completa vacância, ou seja, não mais existir ninguém no Município que exercesse tais funções.

Em resposta a CONSULTA TC-035/2005, o Tribunal de Contas do Espírito Santo asseverou que a princípio, a simples publicação da lei extintiva do cargo já permitiria que se pudesse fazer contratação para aquela atividade-meio, por meio de terceirização, não sendo necessário aguardar a vacância dos cargos, mesmo porque, o que não se admite, conforme já salientado anteriormente, é que se terceirizam contratações para atividades-meio quando esta mesma atividade seja atribuição de cargo existente nos quadros do Poder em análise.

Corroborando esse entendimento, decisão plenária do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão- TCE/MA Nº 96/2014 :

“(...) a) a administração municipal pode terceirizar serviços de limpeza e vigilância, desde que não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando trata de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal; (...)”.

III-

DA CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS PELO PODER PÚBLICO

No caso de contratação de Cooperativas de Trabalho, a figura do empregado é substituída pela figura do sócio cooperado, que ingressa na sociedade em busca de melhoria da sua situação socioeconômica com o exercício da atividade profissional a que se associou. Não há uma relação de subordinação plena entre os sócios cooperados e o tomador de serviços, não sendo aquele empregado deste, apenas prestador de serviço na condição de integrante da cooperativa contratada para determinado fim.

A Lei nº 12.690/2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho, assim define seu conceito:

Art. 2º. Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

.....

Art. 5º A Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada.

Vale lembrar, à luz do parágrafo único do art. 442² ³ da CLT e com fulcro nos posicionamentos recentes da justiça trabalhista, que não há vínculo de emprego entre o trabalhador cooperado e o tomador de serviços e entre aquele e a cooperativa, desde que se trate de uma relação de verdadeiro cooperativismo, e não uma mera intermediação de mão de obra disfarçada de terceirização com o intuito de suprimir os direitos dos trabalhadores⁴.

Deste modo, o gestor deve abster-se de firmar contratos com as chamadas "interpostas cooperativas, cujos trabalhadores desempenham funções sob regime de subordinação à cooperativa, sob pena de infringência dos princípios albergados no sistema positivo pátrio.

E mais, para que o poder público possa realizar terceirização dos serviços, por meio de cooperativa, necessário além de se tratar de atividade-meio, que não haja subordinação dos cooperados com o poder público. Deve-se esclarecer que somente os serviços podem ser terceirizados, restando absolutamente vedado o fornecimento (intermediação de mão-de-obra) de trabalhadores a órgãos públicos por cooperativas de qualquer natureza.

² CLT, art. 442 [...] Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

³ O parágrafo único do art. 442 da CLT, permanece vigente, ainda que a ementa da Lei n.º 12.690/2012 equivocadamente faça menção à revogação do mesmo, pois tal dispositivo foi alvo de veto presidencial no projeto da legislação e, portanto, o parágrafo em questão permanece em vigor.

⁴ TST - AIRR: 5421820105040103 542-18.2010.5.04.0103, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 05/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013).

Assim, de acordo com art. 7º, § 6º da Lei nº. 12.690/12, quando as atividades dos cooperados forem prestadas fora da cooperativa, sendo este caso de contratação para serviços no Município, **necessária a criação de uma coordenação, pela cooperativa, para que os cooperados fiquem a ela submetidos, de forma a afastar suposta intermediação de mão-de-obra, conforme previsto art. 17, §§ 1º e 2º desta lei *in verbis*:**

Art. 7º
§ 6º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe.

Art. 17.
§ 1º A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT.
*§ 2º **Presumir-se-á intermediação de mão de obra subordinada a relação contratual estabelecida entre a empresa contratante e as Cooperativas de Trabalho que não cumprirem o disposto no § 6º do art. 7º desta Lei.***

Assim, concluímos ser possível a contratação de cooperativas de serviços prestados por cooperados reunidos em cooperativas de trabalho, pela Administração Pública, excepcionando-se da possibilidade de contratação apenas aquelas que não sejam genuínas cooperativas de trabalho, por não atenderem aos requisitos contidos na legislação pátria.

Neste sentido consulta respondida pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão- TCE-MA, nos autos do processo nº. 365/2016, feita pelo Município de Sítio Novo:

DECISÃO PL 209/2016

*CONSULTA. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA.
ATIVIDADES-MEIO. PAGAMENTO. RECURSOS DO
FUNDEB.POSSIBILIDADE.*

- 1. A administração pública pode terceirizar a contratação de mão de obra para a realização de atividades-meio, por meio de cooperativas de trabalho, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, dentre outras.*
- 2. A terceirizada não pode ser feita para burlar a regra geral do concurso público, art. 37, II, da Constituição Federal;*
- 3. Os recursos do FUNDEB devem ser aplicados exclusivamente em despesas com manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, sendo que:*
 - 3.1. Pelo menos 60% dos recursos do FUNDEB devem ser destinados ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, art. 22, da Lei 11.494/2007; e*
 - 3.2. O restante dos recursos do FUNDEB podem ser destinados à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, art.21, da Lei 11.494/2007.*
- 4. É possível o pagamento de mão de obra terceirizada com recursos do FUNDEB, quando se enquadre nas hipóteses previstas no art.70 da Lei nº9.394, de 1996.*

IV-

REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVA PELO PODER PÚBLICO

Para que a Administração Pública possa contratar cooperativa para prestar serviços terceirizados na administração, deve a **contratação ocorrer mediante licitação, é a regra geral**. Todo procedimento licitatório insere-se nas normas dos princípios constitucionais da moralidade da Administração e da eficiência, eis que voltado especificamente para a obtenção do melhor preço e do melhor serviço, sem descuidar do princípio da isonomia, vale dizer, deve assegurar aos interessados a oportunidade de travarem disputa pelo oferecimento de bens e serviços em condições de perfeita qualidade.

No que tange às Sociedades Cooperativas nos processos licitatórios, a atualização trazida pela Lei nº 12.349/2010⁵ à Lei nº 8.666/1993, possibilita às

⁵ Lei nº 8.666/1993 - art. 3º, §1º: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

sociedades cooperativas concorrerem em igualdade de condições com os demais licitantes, sendo vedada a imposição de qualquer restrição que possa frustrar o caráter competitivo do processo licitatório.

Tal restrição também é vedada na Lei nº 12.690/2012, art. 10, §2º, que dispõe que *"A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades de previstas em seu objeto social"* .

Apesar dos favorecimentos legislativos para impulsionar a participação das Cooperativas de Trabalho em processos licitatórios, ainda é comum a contratação direta por meio da celebração de convênios sob o artifício do fomento e desenvolvimento da economia local.

Nesses casos, muito embora a iniciativa seja louvável, **a mesma é ilegal, tendo em vista a simulação do contrato sem a realização de procedimento licitatório.**

Isto porque o instrumento de convênio pressupõe a existência de interesses comuns entre as partes, não havendo, nessa relação, o lucro, produto da existência de interesses antagônicos, que rege a maioria destes convênios de terceirização.

Destarte, deve-se contratação ser precedida de licitação, com previsão no edital de comprovação de que cooperativa encontra-se registrada na Junta Comercial (e não no registro civil de pessoas jurídicas), bem como Sindicato e Organização das Cooperativas do Estado do Maranhão – OCE/MA, e perante a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB,

Em obediência às Leis Federais nº 5.764/71 e 12.690/2012, toda cooperativa deve registrar-se na junta comercial do Estado, além de registrar-se



na Organização das Cooperativas de seu Estado e Nacional, a fim de atender ao disposto no Artigo 107 da Lei n.º 5.764/71, integrando-se ao Cooperativismo Estadual/nacional.

A comprovação do desempenho regular das atividades e registros nestes órgãos deve ser de observância da Administração Pública, pois diante da previsão legal, irregularidade pode acarretar em responsabilização do gestor por improbidade administrativa.

V-

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com efeito, é necessário que o administrador público adote estes cuidados, exigindo documentos e demonstração de que se trata de fato de cooperativa, pois do contrário, as dívidas trabalhistas também podem recair sobre órgãos públicos, a depender da análise do caso concreto.

Nesse sentido, são inúmeras as decisões condenando a Administração Pública ao pagamento deste tipo de verba, originalmente de responsabilidade da empresa contratada, o que onera os cofres públicos, indo de encontro ao que se espera da terceirização: a redução de custos.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha, no julgamento do RE 760.931/DF, com repercussão geral reconhecida, que discutia a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada tenha firmado a tese de que "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93", poderá ser responsabilizados se forem comprovadas falhas na fiscalização.

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor — seguido pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes — lembrou, ao votar na sessão de 8 de fevereiro, que a Lei 9.032/1995 introduziu o parágrafo 2º ao artigo 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do poder público sobre os encargos previdenciários. “Se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas, afirmou. “Se não o fez, é porque entende que a administração pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada.”

Destarte, com a declaração da Constitucionalidade nº 16/DF, considerando constitucional o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, que prevê a isenção de responsabilidade dos entes públicos pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras de serviços regularmente contratadas, bem como entendimento de que a responsabilidade do ente, mesmo que de forma subsidiária, não é automática, **resta afastada incidência da Súmula nº 331, V, do TST**, segundo o qual a Administração Pública responde subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993, cabendo responsabilização ao ente público quando ficar comprovado a falha na fiscalização.

VI-

DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Cabe asseverar, por fim, que no que se refere aos limites com gasto de pessoal, a Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, define e impõe limites de gastos com pessoal às três esferas de governo, restringindo a discricionariedade do gestor quando da administração do orçamento público.

Assim, o art. 18 classifica como despesa total com pessoal tudo aquilo que se vincula ao pagamento de pessoal pelo ente público, também o pagamento de aposentadorias, pensões e valores de contrato de terceirização de mão de obra, estes últimos classificados como "Outras Despesas de Pessoal" , *verbis*.

"Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

*§ 1º **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". [g.n]***

Visando definir o que seriam "Outras Despesas de Pessoal decorrente de contratos de terceirização" e demais dúvidas acerca dos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a Secretaria do Tesouro Nacional editou o Manual de Demonstrativos Fiscais, disponível no *website* www.tesouro.fazenda.gov.br e aprovado pela Portaria STN nº 462/2009, orientando o que são despesas com pessoal e quais delas serão desconsideradas para fins de cálculos dos limites legais estabelecidos:

"(...) os valores das outras despesas de pessoal, dos últimos doze meses, incluído o mês de referência, relativas à mão de obra constante dos contratos de terceirização que esteja empregada em atividades-fim da instituição, ou seja atividades inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo respectivo plano de cargos e salários do quadro de pessoal, classificáveis no grupo de natureza de despesa 1 — Pessoal e Encargos Sociais, elemento de despesa 34 — Outras Despesas de Pessoal decorrentes de contratos de terceirização, excluídas, em ambos os casos, as que não caracterizem relação direta de emprego. 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 exemplos estagiários. [g.n]”

Segundo dispõe o texto transcrito, a LRF não faz referência a toda terceirização, **mas apenas a que se relaciona com a substituição de servidor ou empregado público**, ou seja, quando o ente, indevidamente, realizar contrato de prestação de serviços para substituir a execução direta (servidor ou empregado público), fica caracterizada a terceirização que se enquadra na hipótese de despesa com pessoal deve ser registrada na linha “Outras Despesas de Pessoal” , decorrentes de contratos de terceirização (§ 1º do art. 18 da LRF).

Ao determinar a forma de contabilização de gastos com terceirização de mão de obra como “Outras Despesas de Pessoal” , o dispositivo supramencionado visa facilitar a atuação dos órgãos de controle e fiscalização e coibir as terceirizações ilegais instituídas para burlar os princípios da administração pública, como isonomia, legalidade e obrigatoriedade do concurso público, além de impedir a dissimulação da relação empregatícia entre o ente e o empregado ou sócio cooperado.

Não se enquadrando em tal hipótese a contratação de terceiros para execução de atividades que, **simultaneamente, sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do ente municipal; aquelas que não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas por planos de cargos do quadro de pessoal do ente municipal, salvo expressa disposição legal em contrário; quando se tratar de cargo ou**

categoria extinta, total ou parcialmente; e não caracterizem relação direta de emprego⁶.

Neste sentido entendimento do Tribunal de Contas do Mato Grosso nos autos da Resolução de Consulta nº 029_2013 - Processo nº 97136-2013:

“Ementa: PREFEITURA MUNICIPAL DE SINOP. CONSULTA. PESSOAL. DESPESA COM PESSOAL. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. REQUISITOS. 1) São requisitos cumulativos para que a terceirização seja considerada lícita e excluída do cômputo da despesa com pessoal: a) as atividades terceirizadas devem ser acessórias às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento; b) as atividades terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria total ou parcialmente extintos; e, c) não pode estar caracterizada relação direta de emprego entre a Administração e o prestador de serviço. 2) A inobservância de quaisquer desses requisitos torna a terceirização ilícita e sua despesa deve ser incluída no gasto com pessoal, nos termos do artigo 18, § 1º, da LRF. PESSOAL. DESPESA COM PESSOAL. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. O serviço de vigilância para proteger e vigiar repartições públicas pode ser considerado acessório, e nesse caso as despesas com a terceirização desse serviço não são computadas no gasto com pessoal, desde que: a) não corresponda a atribuições de categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal para este fim específico; e, b) não seja caracterizada relação direta de emprego entre a Administração Pública e o prestador de serviço. PESSOAL. DESPESA COM PESSOAL. MÃO DE OBRA TERCEIRIZADA. TRANSPORTE ESCOLAR. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. O serviço de transporte escolar pode ser considerado acessório, e nesse caso as despesas com a terceirização desse serviço não são computadas no gasto com pessoal, desde que: a) não corresponda a atribuições de categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal para este fim específico; e, b) não seja caracterizada relação direta de emprego entre a Administração Pública e o prestador de serviço. Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 9.713-6/2013. Resolução de Consulta nº. 029/2013 do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. “

Diante deste entendimento, pode-se concluir que uma vez que exista no município, dentro do quadro de pessoal, o cargo para qual se está contratando mão de obra terceirizada, o valor pago a empresa ou cooperativa entrará obrigatoriamente no limite de gasto com pessoal estabelecido pela LRF.

⁶TCE/MT. Consulta nº 9.713-6/2013. Conselheiro Sérgio Ricardo. Sessão de Julgamento 13/12/2013 – Tribunal Pleno.

E o Tribunal de Contas do Espírito Santos, em resposta a CONSULTA TC-035/2005 acrescenta:

“Caso, no entanto, as atividades-meio desenvolvidas sejam próprias de cargos ou categorias existentes, a não inclusão no cômputo só ocorrerá na proporção que estes cargos ou categorias forem sendo extintos na vacância, abatendo-se gradativamente, na medida em que estas forem ocorrendo.”

Destarte, antes da contratação de terceirizada pelo ente municipal resta necessário que seja realizado, perante a secretaria responsável, comumente a secretaria de administração, a verificação do plano de cargos dos servidores públicos ou quadro de pessoal, a fim de que **não** se realize contratação de terceirização para cargos existentes e não declarados extintos.

VII- CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, e pelas considerações supra referenciadas, consubstanciadas em decisões do Supremo Tribunal Federal, Tribunais de Contas Estaduais e demais Tribunal Pátrios, recomenda-se aos gestores municipais que:

a) Pode haver terceirização do serviço público, desde que se trate de atividades-meio. Com relação às atividades-fim, não se admite a contratação terceirizada, devendo ser respeitada a regra geral dos concursos públicos ou em casos específicos, a contratação temporária, atendidos os requisitos legais.

b) A contratação de terceirizados para exercer atividade-meio, não será encarada como burla ao concurso público quando trata-se de cargos extintos.



c) Possível a contratação de cooperativas, mediante processo licitatório, desde que os serviços a serem prestados obedçam aos seguintes requisitos cumulativamente, a fim de que a terceirização seja lícita e que não seja computado dentro do limite de gasto com pessoal previsto na LRF : a) as atividades terceirizadas devem ser acessórias às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento; b) as atividades terceirizadas não podem ser inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria total ou parcialmente extintos; e, c) não pode estar caracterizada relação direta de emprego entre a Administração e o prestador de serviço.

Sendo esta a recomendação.

Para maiores esclarecimentos contactar o Departamento Jurídico da FAMEM, por meio dos telefones (98) 2109.5417 ou 5400.

Cleomar Tema Carvalho Cunha
Presidente da FAMEM