



2º Seminário Nacional de
TERCEIRIZAÇÃO
de **BENS E SERVIÇOS**

ONLINE 100% AO VIVO!

OS LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO E AO TRATAMENTO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Palestrante:

ERIVAN PEREIRA

AT HOME
AT COMPANY


NEGÓCIOS
PÚBLICOS

OS LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO E AO TRATAMENTO DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Erivan Pereira^[1]

1.1. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO

LEI 14.133/2021:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVI. serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo **modelo de execução contratual** exige, **entre outros requisitos**, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à **disposição** nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;

[1] Advogado (OAB/DF 18.166). Servidor do Tribunal de Contas da União desde 1997, onde exerceu as funções de Diretor de Apoio à Fiscalização de Contratos do TCU em Brasília/DF e Chefe do Serviço de Apoio à Fiscalização de Contratos e do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais, ambos do TCU em Brasília/DF. É coautor do livro “DIREITO PROVISÓRIO – ESPIN – COVID-19 (Soluções Para Temas Polêmicos)” (Belo Horizonte: Fórum, 2021), coordenado pelo Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. É coautor do livro “Terceirização: Legislação, Doutrina e Jurisprudência” (Belo Horizonte: Fórum, 2017), coordenado pelo Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. É coautor do livro “Licitações e contratos administrativos: legislação aplicável” (Salvador: Jam Jurídica, 2015). Autor do artigo jurídico: “Evolução histórica da legislação que promoveu a desoneração da folha de pagamento. É possível a revisão de ofício dos contratos celebrados com empresas alcançadas pela Lei 12.546/2011?” (In: JAM jurídica: administração pública, executivo & legislativo, administração municipal, v. 20, n. 3, p. 9-24, mar. 2015). Coautor dos artigos jurídicos disponíveis em vários repositórios na internet: “Contratações públicas em tempos de COVID-19: Visão contextualizada da Lei 13.979/2020 e das Medidas Provisórias correlatas, bem como análise dos prováveis impactos da pandemia do coronavírus nos contratos em execução”; “Inovações trazidas pela Medida Provisória 961/2020 nas licitações e nos contratos administrativos”. Atuou como professor das seguintes instituições: Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União (Escola Superior do TCU); Instituto dos Magistrados do Distrito Federal (IMAG-DF); Escola de Administração Fazendária (ESAF); e Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). É instrutor em cursos presenciais e à distância na área de gestão de contratos, em âmbito nacional. Coordenou projetos para elaboração de manuais junto aos seguintes Tribunais do Poder Judiciário: Superior Tribunal Militar (Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos, 2017); Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (Manual de Planejamento das Aquisições; 2016); Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão (normativo para disciplinar a Aplicação de Penalidades em Contratos Administrativos; 2018); Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos; 2019-2020).

- b) o contratado **não compartilhe** os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) **o contratado possibilite a fiscalização** pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

» O contrato de terceirização é aquele que tem por **objeto** a prestação de um **serviço de natureza continuada**, executado mediante **cessão de mão de obra**.



OBJETO CONTRATUAL: SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA

IN 05/2017:

Art. 15. Os **serviços prestados de forma contínua** são aqueles que, pela sua **essencialidade**, visam atender à **necessidade** pública de forma **permanente e contínua**, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que **sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional**.

LEI 14.133/2021:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

- XV. serviços** e fornecimentos **contínuos**: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, **decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas**;

[essencialidade e perenidade qualificam o serviço de natureza continuada]

Jurisprudência do TCU:

Acórdão 4.614/08 – Segunda Câmara (Serviços contínuos. Elementos. Qualificação casuística).

[SUMÁRIO]

A natureza do serviço, sob o aspecto da execução de forma continuada ou não, questão abordada no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993, **não pode ser definida de forma genérica**, e sim vinculada às características e necessidades do órgão ou entidade contratante.

IN RFB 971/2009:

Art. 115. **Cessão de mão de obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos**, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

[...]

§3º. **Por colocação à disposição da empresa contratante, entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual**, respeitados os limites do contrato.

1.2. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – ATIVIDADES CUJA CONTRATAÇÃO É VEDADA

1.2.1. Atividades finalísticas, típicas estatais ou estratégicas

DECRETO-LEI 200/1967:

Art. 10. (...)

[...]

§7º. **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 de execução.

DECRETO 9.507/2018:

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;

LEI 14.133/2021:

Art. 48. Poderão ser **objeto de execução por terceiros** as **atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade**, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

[omissis]

Jurisprudência do TCU

Acórdão 1.184/20 – Plenário – CONSULTA

9.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.507/2018, art. 3º, **entende-se como atividade finalística** de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional **aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência** e ao regramento aplicável a seus agentes, **corresponde aos seguintes atos praticados:**

9.2.3.1. **tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes**, assim como **monitoramento, controle e gestão de riscos**, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

9.2.3.2. ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a **própria razão de existir da organização**, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

9.2.3.3. **típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária**, nos termos da lei.

DOCTRINA (Lucas Rocha Furtado):

Constatando-se que os serviços a serem terceirizados correspondem a tarefas permanentes, contínuas, inerentes e indispensáveis à **atividade-fim da Administração**, ainda que seja realizada licitação, a contratação é tida por **ilegal**, importando em violação do dever de realizar concurso público.

DECRETO 9.507/2018:

Art. 3º. (...)

§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.

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

[...]

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.

Jurisprudência do TST

Orientação Jurisprudencial 383 – SDI-1

A **contratação irregular de trabalhador**, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo **princípio da isonomia**, o **direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções**. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Jurisprudência do STF

(ADPF 324, DJe Public. 6/9/2019)

O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte **tese**: 1. **É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.** 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

(RE 635546 MG, Ata DJe 7-4-2021)

Em continuidade de julgamento, o Tribunal, por maioria, **fixou a seguinte tese de repercussão geral** (tema 383): “**A equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa**, por se tratarem de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas.”

[OJ 383 da SDI-1 tem sido abandonada pelo TST]

Jurisprudência do TCU

Súmula 97

Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), **não se admite**, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, **a utilização de serviços de pessoal**, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, **para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais** abrangidas pelo referido Plano.

Acórdão 2.393/21 – Primeira Câmara

9.6.1 **não é considerada de boa-fé por este Tribunal a terceirização de serviços que envolvam a contratação de profissionais existentes no Plano de Cargos e Salários do órgão ou entidade por contrariar o art. 37, inc. II, da Constituição Federal e, ainda, por poder implicar futuros prejuízos ao Erário, decorrentes do eventual acolhimento, pela Justiça do Trabalho, de pleitos dos terceirizados [...]**

1.3. VEDAÇÃO À PRÁTICA DE ATOS DE INGERÊNCIA E AO NEPOTISMO NAS CONTRATAÇÕES

Terceirização não é intermediação de mão de obra

DECRETO 9.507/2018:

Art. 6º. Para a execução indireta de serviços, no âmbito dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º, as contratações deverão ser precedidas de planejamento e o **objeto será definido** de forma precisa no instrumento convocatório, no projeto básico ou no termo de referência e no contrato **como exclusivamente de prestação de serviços.**

Art. 7º. **É vedada** a inclusão de disposições nos instrumentos convocatórios que permitam:

[...]

II. a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra;

Vedação ao nepotismo nas contratações públicas

LEI 14.133/2021:

Art. 48. (...)

[...]

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Vedação à indicação de pessoas para serem contratadas

LEI 14.133/2021:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, **vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:**

- I. indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;**

Jurisprudência do TCU

Acórdão 1.332/15 - Segunda Câmara

[VOTO]

Diferente é a situação do Sr. (...). **Na posição de gestor do contrato, cabia a ele a fiscalização dos serviços prestados pela empresa e por seus colaboradores, inclusive por seu filho (...), admitido na data da celebração do contrato entre o hospital e a empresa terceirizada (...). Ao acompanhar e atestar a prestação dos serviços, o gestor afrontou os princípios da moralidade e da impessoalidade insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.**

Pessoalidade e subordinação

LEI 14.133/2021:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, **vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:**

[...]

- III. estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;**

Reembolso de despesas

LEI 14.133/2021:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, **vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:**

[...]

- IV.** definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;

Reembolso de despesas – cláusula indeterminada

Jurisprudência do TCU

Acórdão 2.450/13 – Plenário – INFORMATIVO 168 (Vedação a cláusulas com condições indeterminadas)

Os itens do orçamento do contrato devem ser detalhados adequadamente, sendo **irregular a previsão ou inclusão de itens que caracterizem cláusulas indeterminadas**, que prevejam pagamentos para despesas extraordinárias, imprevistas ou gerais, independentemente se a contratação ocorrerá por preço global ou unitário.

Desvio de função dos terceirizados

LEI 14.133/2021:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, **vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:**

[...]

- V. demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;**

Jurisprudência do TCU

Acórdão 109/12 – Plenário (Desvio de função)

9.2. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, **determinar** [...] que **adote as providências cabíveis**, informando-as ao Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, **para sanar as seguintes irregularidades e falhas nos contratos de terceirização** e consultoria e descentralizações orçamentárias:

9.2.1. **desvio de funcionários das atividades objeto dos contratos** e descentralizações a que estão vinculados;

» **PRÁTICAS A EVITAR:**

- » Pedir a realização de favores pessoais
- » Pedir a realização de tarefas não contempladas no objeto do contrato
- » Pedir que um terceirizado realize atividade de outro cuja função é distinta
- » Pedir que o terceirizado realize atividade estranha à função para a qual foi contratado pela empresa
- » **Pedir que terceirizado realize atividade de servidor**