


Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 169
em 18/08/14


Jussara R. Corrêa Oliveira
AGPP - RF 739.978.2.00
PGM/JA IC

EMENTA Nº 11.658

Terceirização, mediante contratação para prestação de serviços, do exercício de atividades inseridas no rol das atribuições de cargo público – agente de apoio – existente na estrutura do ente licitante. Peculiaridades do cargo de agente de apoio. Cargos multifuncionais, resultantes da aglutinação e extinção de diversos cargos de nível básico, com funções amplas e genéricas. Situação distinta da tratada na Ementa nº 11.555 – PGM: contratação de serviços, que não se confunde com a aquisição de mão-de-obra; voltada à execução de atividades-meio; e distinções de qualidade e extensão entre as atribuições da empresa a ser contratada e aquelas dos agentes de apoio. Precedentes do TCM favoráveis à contratação.

INTERESSADO: SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTO : Contratação de empresa de engenharia para a prestação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva, sem fornecimento de materiais.

Informação nº 1.168/2014 – PGM.AJC


PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhor Procurador Assessor Chefe

Trata-se de processo autuado para a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva nas unidades da Secretaria interessada. Como parte da instrução processual, foi juntada a manifestação de fls. 22/23, informando que existe, na estrutura administrativa, o cargo multifuncional de agente de apoio, com as atribuições discriminadas às fls. 22-v, mas que, para o seu provimento, não há previsão legal das qualificações exigidas na minuta de edital. Adicionou, o DERH, que não há previsão de concurso público de ingresso em tais cargos.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 170
em 18/08/14

Jussara R.  Oliveira
AGPP - RF 739 178.2.00
PGM/JUC

Após o regular trâmite processual voltado à contratação, sobreveio a manifestação da Coordenadoria Jurídica, de fls. 153/154, na qual a i. Procuradora oficiante pondera acerca da inviabilidade da contratação pretendida, considerando a existência de cargos com atribuições semelhantes a que se deseja terceirizar e a Ementa nº 11.555 - PGM. Também entendeu que, neste caso, estaria configurada a pessoalidade e subordinação.

Foram publicados editais de convocação de agentes de apoio, no anexo de movimentação de pessoal do Diário Oficial, com a apresentação de apenas um servidor interessado, que depois veio a desistir da vaga (fls. 162 e 165). A manifestação de fls. 166 destaca a existência de reduzido número de servidores para a prestação dos serviços demandados.

Por fim, SEMPLA/COJUR propôs a oitiva desta Procuradoria Geral para tratar da possibilidade de contratação de mão-de-obra terceirizada para o exercício de funções relativas a cargos públicos existentes no quadro de carreiras da PMSP, com provimento efetivo ou em comissão (fls. 167-v).


É o relatório.

A questão da terceirização volta e meia retorna à tona, quiçá em virtude da multiplicidade de pontos a ela relacionados e das controvérsias que os cercam; da tendência cada vez maior ao governo por meio de contratos; da evolução dos meios de parceria com as entidades privadas; e, em especial, das restrições que o Judiciário e os órgãos de controle vinham impondo à terceirização ao longo dos anos.

Neste processo, o ponto central debatido se refere à possibilidade de terceirização quando houver, na estrutura administrativa, cargo público cujas atribuições sejam coincidentes com o objeto do serviço que se deseja terceirizar. No caso em questão, existindo, na estrutura da Administração Pública, o cargo de agente de apoio, com atribuição para – entre tantas outras – conservação de áreas públicas, incluindo tarefas de hidráulica e elétrica, seria possível a contratação de serviço de manutenção predial preventiva e corretiva, contemplando as instalações hidráulica e elétrica dos prédios públicos?

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 171
em 18/08/14


Jussara R. Correia Oliveira
AGPP - RF 739.678.2.00
POMAJC

A resposta à questão não é simples, motivo pelo qual nos permitimos uma breve digressão sobre o instituto da terceirização e um apanhado dos entendimentos atuais a respeito das possibilidades e vedações da sua utilização – incluindo precedentes desta Procuradoria Geral.

1. BREVES NOTAS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO


Terceirização é um fenômeno econômico, ao qual foram dadas algumas conseqüências jurídicas. Não se trata de um conceito jurídico. É, em síntese, uma forma de gestão, de organização empresarial. Foi um aportuguesamento das idéias de *outsourcing* – que representa a contratação, no mercado, de parte de um processo empresarial que a empresa pode ou não ter exercido no passado, geralmente ligado a serviços – e da idéia de *horizontal integration* – que representa a estruturação horizontal da cadeia produtiva, em que o empresário, ao invés de desenvolver todas as etapas dessa cadeia, adquire certas etapas de terceiro. A decisão do empresário a respeito de uma integração vertical ou horizontal da cadeia produtiva, ou seja, de como organizar a produção, envolve a análise de custos de transação¹. Se tais custos forem mais altos do que a execução da atividade pela própria empresa, a opção do empresário será pela integração vertical. Se forem mais baixos, o empresário escolherá não executar ele próprio aquele processo produtivo, adquirindo-o de terceiros. Referidos custos e a decisão a respeito da forma de organização interna de uma empresa foram estudadas especialmente por Oliver Williamson, premio Nobel de economia em 2009: enquanto Adam Smith percebeu a divisão da produção em etapas tecnologicamente distintas poderia aumentar a produtividade, Williamson percebeu que a mesma divisão de trabalho poderia ser feita para fora da firma.

No Brasil, as idéias de *outsourcing* e *horizontal integration* foram introduzidas especialmente pelas multinacionais automobilísticas, que, ao se instalarem aqui, concentraram seus esforços na

¹ São, muito resumidamente, os custos de se buscar no mercado as utilidades que necessita como, por exemplo, a dificuldade de encontrar parceiros; a eventual necessidade de treinamento dos terceiros; a relação de dependência em relação a estes; a necessidade de controle; a dificuldade dos parceiros atenderem a sua demanda de forma constante e homogênea; etc.

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 172
em 18 / 08 / 14


Jussara R. Corrêa Oliveira
AGPP - RF 739 978.2.00
PGMA/JO

montagem, como já vinham fazendo em outros países, delegando a terceiros a fabricação das peças. Estas ideias foram (mal) traduzidas como terceirização, e conceituadas como o processo de concentração dos esforços por uma empresa na atividade-fim, deixando a execução de atividades-meio para terceiros, cujos bens e serviços seriam contratados por esta mesma empresa. Essa divisão atividade fim/meio, como veremos, foi utilizada pela Justiça do Trabalho para fins de análise da licitude da terceirização.

A terceirização, apesar de “demonizada”, é boa para a economia, e constitui uma tendência irreversível, na medida em que pode contribuir para a eficiência econômica e aumento da produtividade. Cabe a cada empresa a decisão a respeito de qual atividade deve se concentrar, bem como sobre como organizar a sua produção. Quando se espalharam pelo Brasil, os processos de terceirização já vinham sendo bastante discutidos no exterior, em razão da suposta precarização do trabalho gerada por ele. Isto porque os empregados demitidos no início do processo de terceirização, eram, não raramente, recontratados por meio de interposta pessoa, com o objetivo de baratear os custos do empresário. Contudo, deve-se diferenciar a locação de mão de obra, ou contratação de empregados por interposta pessoa, que são condutas vedadas ou restringidas, com amparo legal, da contratação de terceiros para realização de parte do processo produtivo.

Nada obstante, por causa da propalada precarização do trabalho, a terceirização sofreu (ou melhor, tem sofrido) grandes resistências, especialmente pela Justiça do Trabalho, que, num primeiro momento (Sumula nº 256), só admitiu como lícita a contratação de empresas de vigilância e de trabalho temporário. Mais tarde (Enunciado nº 331) veio a admitir como lícita a contratação de qualquer atividade-meio, quando não houver pessoalidade e subordinação. A terceirização lícita não configura relação de emprego, mas mesmo assim o tomador responde subsidiariamente pelo eventual inadimplemento do contratado. Já a terceirização ilícita gera relação empregatícia. A terceirização ilícita seria aquela desenvolvida nas atividades-fim, ou quando ocorrer relação de pessoalidade e subordinação do obreiro em relação à tomadora.

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 173
em 18/08/14
Jussara R. Cortes Oliveir
AGPP - RF 769.378.2.00
PEM/JAC

Vale observar que a divisão entre atividade-meio e atividade-fim, que é um dos parâmetros adotados pela Justiça do Trabalho para avaliar a licitude da terceirização (só poderia haver terceirização nas atividades meio), não faz parte da idéia de *outsourcing*. Isto por um simples motivo: a divisão é relativa e, não fosse a jurisprudência trabalhista, seria irrelevante. Compete a cada empresa decidir qual será a sua, ou as suas “atividades-fim”, bem como a forma pela qual elas serão executadas. Trata-se de uma decisão gerencial. Aliás, não só esta distinção atividade meio/fim não faz parte da teoria gerencial, como ainda não está prevista em nenhuma lei. Não há qualquer base legal para esta distinção, nem na esfera privada, nem na pública.

Entende-se a preocupação da Justiça do Trabalho em evitar que os empresários fujam do vínculo empregatício, mas, como é conhecido, só há relação de emprego quando há personalidade e subordinação. Este critério seria suficiente para o Judiciário avaliar as terceirizações, independentemente da qualificação como atividade-meio ou fim.

Na Administração Pública os ganhos com a terceirização poderão ser ainda maiores do que nas empresas privadas, em razão das dificuldades e falta de flexibilidade que o Poder Público tem de gerenciar adequadamente seus recursos humanos.


A terceirização não é proibida na Administração Pública. Pelo contrário: desde 1967, a terceirização é uma diretriz legal, prevista no Decreto-Lei nº 200, que estabelece, no §7º do art. 10, 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 de execução*”.

Ela é, de certa forma, prevista também na Lei 8.000, que, no art. 71, exclui a responsabilidade do Estado pelo adimplemento do que, eventualmente, não foi pago pelo contratado aos seus empregados:

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 174
em 18/08/14


Jussara R. Cortes Oliveira
AGPP - RF 739 078 2.00
PEMMAJG

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Nada obstante, a distinção entre atividade meio/fim foi incorporada à jurisprudência do Tribunal de Contas da União e outras Cortes de Contas, que passaram a vedar a terceirização nas atividades-fim. O TCU utiliza bastante a expressão missão institucional: se a atividade caracterizar missão institucional de órgão, não pode ser terceirizada. Para vedar a terceirização na atividade-fim, o TCU – e, em verdade, a jurisprudência em geral – se baseia na regra do concurso público. Esta mesma regra constitucional serve de fundamento para a vedação (ainda que relativa) da terceirização para atividades que façam parte das atribuições de cargos ou empregos públicos existentes na estrutura administrativa.

Contudo, ao nosso ver, há uma certa confusão: o concurso é uma regra para a admissão de ocupantes de cargos ou empregos efetivos, que trabalharão diretamente para a Administração Pública. Não há por trás desta regra, nem de qualquer outra na Constituição, uma diretriz para que todas as atividades – mesmo essenciais – do Poder Público sejam executadas por servidores efetivos. Tanto assim que o Estado pode delegar, via contratos de Parcerias Público-Privadas, a gestão e execução de serviços de saúde ou de administração penitenciária (excluindo as atividades que envolvem poder de polícia). Não há dúvida de que, por meio destes contratos, o Estado delega atividades-fim e, no entanto, não temos notícia de que órgãos de controle a tenham obstado por tal razão. Entendo que é decisão discricionária² da Administração Pública a de exercer a atividade diretamente ou por meio de terceiros. O dever do Estado, nas atividades que constituem sua missão constitucional, é garantir que o serviço seja prestado a contento – por quem quer que seja. As únicas atividades que não poderiam ser *a priori* terceirizadas, a meu ver, são aquelas que envolvem manejo do poder extroverso estatal,

² Vale recordar que discricionariedade não significa arbitrariedade. A decisão pela contratação ou execução *interna corporis* merece ser fundamentada.

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 175
em 18/08/14

Jussara R. Corrêa Oliveira
ACPP - RF 735/18.2.00
PC 111/14

como poder de império, fiscalização, controle, e outras prerrogativas típicas da Administração, e aquelas cuja carreira tem status constitucional – pois, se a própria constituição já diz que devem ser executadas por servidores, não cabe ao administrador decidir a respeito. Não por acaso, tais carreiras envolvem o manejo de poderes de Estado. Para tais atividades, é essencial o regime jurídico próprio dos funcionários públicos, incluindo as garantias de estabilidade e irredutibilidade de vencimentos.

É importante ressaltar que não defendemos que todas as atividades que não envolvam poderes estatais devam ser terceirizadas. Ao revés, acreditamos que, em muitas, convém a formação de um quadro técnico permanente. Mas justificamos esta convicção no princípio da eficiência, de forma atenta ao caso concreto, e não na regra do concurso público ou em alguma outra fórmula geral.

Apesar da nossa opinião, verificaremos que o Judiciário e as Cortes de Contas mantêm restrições quanto à terceirização, o que, necessariamente, deverá ser levado em conta para as conclusões desta manifestação.

2. A TERCEIRIZAÇÃO E A EXISTÊNCIA DE CARGOS NA ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM FINALIDADE COINCIDENTE: apanhado de entendimentos sobre o assunto.

2.1. O entendimento do Tribunal de Contas da União

Apesar do TCU não ter competência para a análise das contratações celebradas pelo Município que não envolvam verbas da União, importa expor o entendimento do Tribunal na medida em que tem servido de parâmetro para outras Cortes de Contas, e mesmo para o Judiciário.

O TCU, tradicionalmente, tem manifestado entendimento restritivo quanto à terceirização, o qual vem sendo flexibilizado muito lenta e pontualmente. É antiga a jurisprudência contrária à contratação de serviços que consistam na atividade-fim de certo órgão (ou na sua missão

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 176
em 18/08/14
Jussara R. Correia Oliveira
AGPP - RF 739/18.2.00
PCMAAC

institucional), ou quando exista cargo ou emprego público efetivos, na estrutura da entidade administrativa, que tenha como atribuição a execução do serviço contratado.

O Tribunal, contudo, já afirmou algumas poucas exceções – e são estas que nos interessam aqui, para o exame da matéria. Talvez a mais conhecida se refira ao reconhecimento da licitude da contratação de empresa para operação de PABX, pela INFRAERO, existindo na estrutura da estatal, o emprego de operador de PABX. Remetemo-nos a relatório elaborado pela própria equipe técnica do TCU, no processo TC-020.784/2005-7, no qual aborda a referida decisão, e outra que a seguiu, a respeito da matéria:

“4.2. Encontramos divergência jurisprudencial no tocante à terceirização de serviços cujas atividades sejam as mesmas de cargos previstos no quadro de servidores. Por meio da Decisão nº 885/97, o Plenário desta Corte de Contas, ao dar provimento a recurso interposto pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - Infraero, contra anterior decisão do Tribunal (Decisão nº 325/96-Plenário) que determinara à referida Entidade não mais realizar contratação de pessoal para a realização de atividades compatíveis com as atribuições de cargos previstas em seu PCCS, adotou posicionamento mais flexível, ainda que tacitamente, admitindo a terceirização de serviços, mesmo que integrantes do plexo de atividades inerentes aos referidos cargos.

4.3. Tratou-se, na espécie, da possibilidade de a Infraero contratar serviços de operador de PABX, telefonista ou de copeira, ainda que tais funções integrem o PCCS da Empresa. Sustentou o eminente Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, Relator do recurso sob comento, que tais serviços, por serem especializados, estão abrigados pelo item II do Enunciado nº 331 do TST, podendo, por conseguinte, ser objeto de terceirização.


4.4. Por outro lado, temos o entendimento emanado na Decisão nº 25/2000-Plenário, que determinou à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério da Ciência e Tecnologia que fossem excluídos de contrato de terceirização os serviços auxiliares correspondentes às atividades de Secretaria – Níveis I e II, Assistência Administrativa e Auxílio Administrativo, por serem tais contratações contrárias às hipóteses para tal admitidas no Decreto nº 2.271, de 1997, uma vez que abrangem atividades desenvolvidas por servidores no âmbito do órgão.

4.5. A fundamentação oferecida pelo Ministro-Substituto Benjamin Zymler, Relator do processo, é de absoluta clareza:

‘Entendo que a flexibilização dispensada no precedente citado [da INFRAERO] é bastante salutar e vai ao encontro das diretrizes que norteiam a moderna Administração Pública e dos pilares jurídicos estatuídos nos §§ 1º e 2º do Dec. nº 2.271/97. Não obstante, devo

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 177
em 18/08/14


Jussara R. Correia Oliveira
AOPP - RF 739.478.2.00
PGRM/JC

asseverar que o elastecimento na contratação de execução indireta de serviços na Administração Pública deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar.

*Ressalte-se que atividades dessa natureza exteriorizam-se através de atos materiais, meramente executórios, e não por atos administrativos **stricto sensu**.*

Com efeito, a contratação de serviços auxiliares no âmbito do MINCT envolveria o acometimento de atividades relacionadas ao estabelecimento, desenvolvimento e controle de procedimentos administrativos, realizadas por meio de atos administrativos. Dessa forma, entendendo que a delegação dessas atribuições a elemento alheio aos quadros da Administração resultaria em eventual quebra na cadeia hierárquica de execução da atividade administrativa, obstando, sobretudo, a atividade de controle da Administração.

Esse, também, parece ser o resultado de interpretação teleológica dos dispositivos do Dec. nº 2.271/97, acima referidos, que em nenhum momento deixa evidente a intenção de terceirizar atos ligados à processualística administrativa.’”

Portanto, conjugando o decidido pelo TCU nos dois julgados supramencionados, parece que o Tribunal de Contas da União admite a terceirização, inobstante a existência de cargos com atribuição coincidente com o objeto da terceirização, desde que consista em atividade-meio do órgão e envolva a execução de atos meramente materiais – excluindo a possibilidade de prática de atos administrativos.

2.2. O entendimento do Tribunal de Contas do Município

O TCM não tem demonstrado entendimento tão restrito quanto o TCU. Para a nossa Corte de Contas, não é relevante o fato de haver cargo público na estrutura da Administração com atribuição para a execução da atividade delegada. O que é essencial é que a atividade não corresponda à atividade-fim da Administração Pública.

Assim, no julgamento do TC nº 72-001.045.08-96³, o TCM pontuou:

*“Sustenta o Representante que a Seção Técnica de Lavanderia e Rouparia integra a estrutura do HSPM e suas atribuições correspondem aos mesmos serviços objeto do certame.
(...)”*

³ J. em 13/08/2008.

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 178
em 18/08/14

Jussara R. Carreia Oliveira
AGPP - RF 757/2013.2.00
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

No que tange ao mérito, há que se considerar os seguintes aspectos:

- 1. juridicamente, não há nenhum óbice à terceirização do serviço de lavanderia hospitalar, posto que se trata de atividade-meio da autarquia, assim é viável a contratação de empresa para executar tais atividades, por meio de Pregão, como muito bem salientou a Secretaria Geral;*
- 2. restou demonstrado nos autos, inclusive com a minuciosa análise do Sr. Agente de Fiscalização – Economista, que, com a terceirização do serviço em tela, o Hospital do Servidor Público Municipal terá um significativo ganho econômico diante da estimativa de redução dos gastos anuais com a desativação da lavanderia, representando uma economia de 82,13% em relação ao custo de mantê-la funcionando;*
- 3. há que se considerar, ainda, o esclarecimento trazido aos autos pela Origem de que os servidores efetivos exercentes das atividades a serem terceirizadas serão devidamente alocados, segundo suas aptidões e específicas funções, em outros setores da autarquia, logo não há que se falar em duplicidade de gastos e, muito menos, em violação do princípio da moralidade administrativa.*

Ademais, a Lei Municipal nº 13.652/03 reestruturou todas as carreiras de nível operacional e básico, abarcando os diversos cargos pela natureza de suas atribuições, de maneira a viabilizar a correta alocação dos servidores, fato que afasta uma determinação de acompanhamento de natureza operacional pela Auditoria do Tribunal, consoante sugerido pela Secretaria Geral.

Por todo o exposto, e na esteira das manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que acompanho como razões de decidir, voto pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua improcedência.”

Referido entendimento foi confirmado e clarificado no recente julgamento do processo TC nº 72-003.367.04-00⁴, em que se discutia a regularidade da contratação de serviço de monitoramento aquático. A discussão derivava do seguinte fato, apontado na declaração de voto pelo n. Conselheiro Roberto Braguim, vencido quando do julgamento do recurso apresentado:

“Como Relator original do feito, salientei em meu voto, acolhido por maioria, que a atividade a ser executada tem relação com as atribuições dos cargos de salva-vidas e de operador de piscina que, com a denominação alterada para Agentes de Apoio (nível básico) pela Lei nº 13.652/02, integram os Quadros de Pessoal da Prefeitura, contando, à época do ajuste, com cargos vagos a serem preenchidos por concurso público, vez que não foram legalmente extintos. Destarte, a contratação de terceiros para prestação de serviços correspondentes às atribuições de cargos existentes, integrantes de planos de carreira, constitui burla ao princípio insculpido no artigo 37, II, da Constituição da República, que expressamente prevê que a

⁴ J. em 14/08/2013.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 179
em 18/08/14

Jussara R. Costa
AOSP - RFT 000002.00
PCMAJJC

investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.”

A maioria dos membros do TCM, contudo, no julgamento de recurso em face de acórdão inicial que considerava irregular o ajuste, afastou o argumento, por entender que importava apenas a verificação de se a atividade terceirizada seria enquadrável como atividade-fim ou atividade-meio:

“Ademais, cabe frisar que a terceirização por meio de contrato de prestação de serviços, como já reconhecido pela Procuradoria Geral do Município (Ementa nº 10446), é cabível para atividades-meio nas quais o objeto é o serviço a ser prestado, e não as pessoas que o realizam.

No caso, indubitoso que se trata da contratação de uma atividade-meio que, na verdade, não difere, na sua essência, dos serviços de limpeza e manutenção de ambiente, que se dá por meio do fornecimento de mão-de-obra e insumos, ou dos serviços de guarda e vigilância, prestado por meio do fornecimento de funcionários e equipamentos, e de outros em que a terceirização já se dá de forma rotineira, sem implicar, necessariamente, o estabelecimento de vínculo empregatício com a Administração.

Registre-se, ademais, que o contrato firmado para os serviços em questão contém cláusulas estabelecendo como obrigações da empresa contratada a de “responsabilizar-se pelo permanente controle e fiscalização dos empregados utilizados na execução dos serviços, para que estes sejam realizados dentro da melhor técnica”, bem como a de “responder pelo recrutamento, seleção, direção e supervisão de seu pessoal”, elementos que possibilitam, a meu ver, descaracterizar a relação de pessoalidade e de subordinação com a Administração.


Por todo o exposto, conheço dos recursos interpostos e, no mérito, dou-lhes provimento para o fim de acolher de instrumentos em exame.”

2.3. O entendimento do Judiciário

Não são muitos os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo ou do Superior Tribunal de Justiça a respeito de eventual ilicitude de terceirização, derivada da existência de cargos públicos com atribuições semelhantes. Normalmente, a discussão sobre terceirização ilícita é feita no seio de ações populares ou civis públicas por improbidade administrativa, tendo como fundamento a contratação de mão-de-obra por meio de cooperativas, organizações sociais ou empresas, cumulado ou não com irregularidades no (ou

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 180
em 18 / 08 / 14


Jussara R. Correia Oliveira
AGPP - RE 730.078.2.00
PESMAJIC

com a falta de) processo de seleção. Pinçamos, entretanto, alguns acórdãos encontrados que trataram, ainda que *en passant*, da questão da existência de cargos na estrutura administrativa para a execução da atividade.

Em 5/10/2011⁵, o TJ-SP entendeu que “atos de gestão” não poderiam ser terceirizados, muito embora não tenha considerado a sua contratação como ato de improbidade administrativa. Segue a ementa do julgado:

“Ação popular - contratação, por licitação, de empresa para prestar serviço de orientação e consultoria financeira - atribuição umbilicalmente atrelada à formação de “atos” de gestão, privativos dos serviços internos - indelegabilidade - reconhecimento da ilegalidade e lesividade - impossibilidade, de outro lado, do enquadramento como ato de improbidade - ausência de prova da voluntariedade - sentença reformada.”

Vale transcrever trecho do voto condutor:

“O serviço interno está marcado por um profundo controle exigido pela Constituição Federal, pois integralmente montado por “atos” de sentido administrativo, que ostentam especial e extraordinária força eficaz.

O exercício da Administração Pública é realizado fundamentalmente por ATOS ADMINISTRATIVOS, considerando os “atos” propriamente ditos, procedimentos e regulamentos. Os atos impulsionam e conduzem a gestão pública, e somente podem ser exercidos por servidores. Assim como os “atos jurídicos” exigem agente capaz como condição de validade, também os “atos administrativos” exigem servidores públicos como responsáveis pelos atos de gestão.

Atos administrativos são empregados na execução, gerenciamento ou planejamento da gestão pública, representando o único instrumento válido para a concretização de todas as atribuições e exercício do “poder executivo”. Apenas as tarefas subalternas, acessórios ou periféricos que não agregam qualquer elemento, fundamento ou complemento aos atos de gestão e administração pública é que permitem a realização por não funcionários ou terceirização.


Consultoria financeira, ou na forma descrita no edital, serviço de consultoria e assessoria para entidades da Administração Pública Direta e Autárquica, nas áreas de finanças pública, incluindo orçamento público, execução orçamentária, contabilidade pública e tesouraria de Administração, compreendendo compras governamentais, e de controle na administração pública, abrangendo

⁵ Referimo-nos à data do julgamento. Apelação nº 0369888-71.2009.8.26.0000; Rel. Des. Venício Salles; 12ª Câmara de Direito Público.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 181
em 18/08/14


Lucas R. Costa - Advoca
AGPP - RF 709.078.2.00
REMIADO

bens patrimoniais e almoxarifado, mesmo vindo materializado por consultas, possui direto relacionamento com os serviços internos, o que torna imprópria a contratação de serviço externo. O Município pode tentar gabaritar seus serviços internos, abrindo ensejo para que novos profissionais, mediante concurso público, sejam contratados mas não poderá se valer de serviços de empresa privada para orientar a confecção de atos administrativos. Particular não poderá sequer sugerir internamente o conteúdo de atos realizados de funções típicas da Administração Pública.

Permitir que atos ligados à gestão financeira sejam realizados por terceiros estranhos aos quadros internos, representa o aniquilamento desta garantia constitucional, retirando a isenção que marca o trabalho do servidor estável, e submetendo os administrados a vicissitudes que escapam à necessidade de transparência.

Consultas orçamentárias e financeiras, ou são inúteis, quando não vinculantes, ou são ilegais quando obrigatórias. Não há uma terceira alternativa, pois o serviço contratado deve ser apto ao uso público.

Participar da composição da lei orçamentária, assim como de sua execução e contabilização, somente aos olhos de um Tribunal de Contas complacente e atécnico, é que pode ser admitida como delegável ao particular.”

O STJ, em julgado na data de 6/05/2014, decidiu que o Estado do Amapá deveria provar os cargos de Defensor Público e deixar de contratar advogados para o exercício da atividade. Vejamos a ementa do acórdão⁶:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO. Defensoria Pública do Estado do Amapá que desenvolve suas atribuições mediante terceirização, sem que os cargos de defensor público tenham até hoje, decorridos vinte anos desde sua criação, sido providos.

Omissão manifesta da autoridade impetrada, que constitui ilegalidade flagrante porque a contratação, sem processo seletivo, de advogados para exercerem as funções do cargo de defensor público implica a terceirização de serviços que, por lei, constituem funções próprias do cargo de defensor público.


Recurso ordinário provido.”

No voto condutor, o Ministro relator destacou a posição do TCU a respeito do tema (sem, contudo, abordar as exceções já abertas pelo próprio TCU, uma vez que não tinham relação com o fato *sob judice*):

⁶ T1; RMS 44.065/AP; Rel. Min. Ari Pargendler.

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 182
em 18/08/14


Jussara R. Cortes Oliveira
ADPP - RF 725.078/2.00
09/08/14

“A contratação, sem processo seletivo, de advogados para exercerem as funções do cargo de defensor público é flagrantemente ilegal, tenham os respectivos serviços a qualidade que tiverem, porque a Administração Pública não pode terceirizar serviços que, por lei, constituam funções próprias de cargo público (TCU -Processo nº TC-012.134/205-8, julgado em 21 de maio de 2008).

Portanto, pelo menos desde que o Supremo Tribunal Federal proclamou a inconstitucionalidade da lei que no Estado do Amapá autorizava o aproveitamento de servidores públicos para ocupar os cargos de defensor público, a autoridade impetrada estava obrigada a instaurar concurso público para o respectivo provimento (ADI 1267, DJ 10.8.06).”

2.4. Os precedentes da PGM

Destacamos duas ementas desta Procuradoria Geral a respeito do tema.

A primeira, de nº 10.466, de lavra da i. Procuradora Valéria Ebide, analisou de forma geral as possibilidades de terceirização, concluindo, nos termos do enunciado:

“EMENTA N° 10.466

Licitações e contratos. Concurso Público. Terceirização. As atividades que configurem planejamento e controle, bem como aquelas que correspondam ao exercício do poder de polícia não podem ser terceirizadas. As atividades-meio, onde não se configure subordinação e personalidade, nem a prática de ato administrativo, podem ser terceirizadas, observados determinados parâmetros. Incumbe à Secretaria de Gestão Pública, após estudos, a definição dos serviços que podem ser terceirizados na Administração Paulistana.”

Vale notar que, apesar do enunciado da ementa não abordar a questão da existência de cargos com a mesma atribuição, o assunto é tratado – ainda que de forma sucinta – no corpo do parecer:

“Colhe-se, ainda, da decisão da Corte de Contas Mineira ao analisar pronunciamento do E. Tribunal de Contas da União:

‘Consagra-se, aqui, a entendimento segundo o qual não é possível a terceirização de serviços que constituem atividade-fim, ou atribuições típicas de cargos permanentes.’ (grifou-se)

Um contrato de terceirização, quando adimplido irrepreensivelmente pela contratada, durará no máximo sessenta meses quando então ocorrerá a substituição por outra contratada, vencedora de nova

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº
em 18 / 08 / 14

183
Jussara R. Costa Oliveira
AGPP - RE T001132.00
REMANIC

licitação. É o que ocorre na generalidade dos casos. Ora, é crível que, em algumas atividades, a experiência daquele que a executa, adquirida ao longo do tempo, seja valorada pela Administração, sendo contrário ao interesse público que aquele que a prestou ao longo de sessenta meses venha a ser substituído por outro. Atividades que tais são típicas de cargos permanentes e, nessa linha, insuscetíveis de terceirização.”

Mais recentemente, no parecer que deu origem à Ementa nº 11.555, o i. Procurador Luiz Paulo Zerbini Pereira apontou pela impossibilidade de contratação de empresa de anestesiologia, existindo empregos públicos vagos de médicos anesthesiologistas:

“EMENTA Nº 11.555

Autarquia Hospitalar Municipal. Quadro provisório de pessoal que prevê empregos públicos destinados a médicos anesthesiologistas. Falta desses profissionais nas unidades hospitalares. Empregos sistematicamente vagos. Proposta de contratação de empresa especializada em prestação de serviços hospitalares na área de Anestesiologia. Inviabilidade. Havendo empregos públicos vagos, deve a Administração tomar as providências necessárias para mantê-los permanentemente preenchidos, não só realizando periodicamente concursos públicos, mas também adotando uma política salarial compatível com o mercado. A terceirização, ainda que admitida, pressupõe a inexistência de empregos públicos permanentes.”

Convém, ainda, a reprodução de trecho do parecer, em que justifica a conclusão contida no enunciado da ementa:

“E, sob o prisma da legalidade, o que importa analisar é a possibilidade de se contratarem prestadores de serviços para o desempenho de atividades permanentes, para as quais existem empregos públicos previstos no quadro de pessoal da autarquia. Refiro-me, especialmente, ao entendimento de que as atividades permanentes do governo, ou mesmo aquelas que são previsíveis, devam ser atribuídas exclusivamente aos servidores (ou empregados) públicos admitidos por concurso público

A propósito do tema, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de sen afronta o artigo 37, II, da Constituição Federal, pois claramente busca pela via oblíqua escapar a exigência do concurso público, o que é inaceitável” (ADI 890 1/DE, Rei. Mm. Maurício Corrêa, julg. 11/09/2003, mv.).

(...)

5 - Chegamos, aqui, ao cerne da questão objeto da consulta, a saber: existindo, como de fato existem, no quadro — mesmo que provisório — de pessoal da autarquia consulente, empregos públicos de médico,

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 184
em 18 / 08 / 14

Jessara R. C. [illegible]
AGFP - RFP 13.000
POMPA

na especialidade anesthesiologista, poderia o administrador, ao invés de contratar empregados públicos concursados para desempenhar esta função, que é permanente, optar pela contratação de prestador de serviços?

A resposta, a meu ver é negativa ou seja, uma vez que existem empregos públicos vagos, a administração da autarquia deve tomar as medidas necessárias para que eles estejam permanentemente preenchidos por empregados concursados, não só realizando, periodicamente, concursos públicos (a consulente informa que o processo 2010-0.185.357-8 vem tratando de concurso público apenas para médicos da autarquia), mas também mantendo uma política salarial compatível com os valores praticados no mercado, a fim de que os bons profissionais sejam atraídos e estimulados a permanecer no exercício da função.

(...)

Isso significa as entidades públicas que tenham validamente optado pela terceirização dos serviços médicos de anesthesiologista, conforme precedentes acima referidos, são entidades que não mantêm, em seus quadros de pessoal, cargos ou empregos públicos de médicos anesthesiologistas, como é o caso da autarquia consulente. Havendo cargos ou empregos públicos, eles devem ser preenchidos por servidores ou empregados públicos concursados, sob pena de se configurar ofensa ao princípio constitucional que preconiza o concurso público."

3. A ANÁLISE DO CASO CONCRETO E AS NOSSAS CONCLUSÕES

O cargo de agente de apoio foi criado pela Lei municipal nº 13.652/03 como resultado da aglutinação de diversos cargos até então existentes, tendo em comum a exigência de ensino fundamental. As atribuições dos cargos extintos também foram aglutinadas em segmentos especiais. Nos termos do art. 2º da Lei:

"Art. 2º - Fica instituída a carreira dos servidores de Nível Básico da Prefeitura do Município de São Paulo, composta de cargos multifuncionais de Agente de Apoio, mediante a transformação dos atuais cargos de provimento efetivo de Nível Básico constantes dos Quadros de Profissionais mencionados no artigo 1º, na conformidade do Anexo I, integrante desta lei.

Parágrafo único - Considera-se multifuncional a aglutinação de atribuições de mesma natureza de trabalho."

Os agentes de apoio no "segmento atividade", que é o que nos interessa aqui, possuem as atribuições citadas às fls. 22-verso,

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 185
em 18 / 08 / 14
Jussara R. Cont. Oliveira
AGPP - REF. 11.555 - 7e.2.00
PGM/JC

dentre as quais: “executar tarefas gerais, nas diversas unidades da PMSP”, “executar serviços de higienização”; “executar serviços de limpeza geral e pesada”, “desenvolver tarefas relativas a obras, conservação de áreas e vias públicas, construção e limpeza pública, abrangendo tarefas de hidráulica, elétrica, pintura, serralheria, vidraçaria, marcenaria, jardinagem, entre outras”, “operar máquinas de pequeno e médio porte”, “operar máquinas pesadas”, etc.

Portanto, muito poucas atividades materiais não caberiam dentre as possíveis atribuições dos agentes de apoio no segmento de serviços, que englobam desde a limpeza até a execução de obras. Caso seguissemos a regra da impossibilidade de contratação de serviços coincidentes com tais atribuições, a Administração Pública municipal não poderia contratar serviços de limpeza – como rotineiramente faz – nem, indo um pouco mais longe, a execução de quaisquer obras.

Não se pode perder de vista que o cargo de agente de apoio se trata de um cargo “coringa”, apto a exercer uma série de atividades-meio, materiais, sempre que necessário – e dizemos isto sem nenhum demérito à função. Sua criação não partiu da concepção de que a prestação de tais atividades deveriam ser internalizadas na Administração Pública (afastando a contratação de empresas para o exercício específico de algumas delas), mas sim da aglutinação de diversas atribuições relacionadas aos cargos extintos, e que não poderiam, de uma hora para outra, deixar de serem executadas ou serem delegadas a terceiros.

É notável a diferença entre a situação aqui tratada e a que deu origem à Ementa nº 11.555 - PGM, acima reproduzida. Naquele caso, falava-se na contratação de anesthesiologistas, que se enquadra dentre as atividades-fim dos serviços de saúde (prestação de serviços médicos). Neste, se trata, inequivocadamente, de atividade-meio. Naquele caso, visava-se a contratação de médicos, de forma que a contratação de serviços poderia se confundir com a contratação de mão-de-obra. Neste caso, visa-se, segundo informado, a contratação de serviços de manutenção predial corretiva e preventiva, incluindo os equipamentos de trabalho necessários, e excluindo o fornecimento de materiais. Naquele caso, as atividades do cargo e da contratada se confundiam em quase toda a integralidade: a empresa faria

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 186
em 18/08/14

Jussara R. de Oliveira
AUXP - RE 700/14.2.CO
SECRETARIA

exatamente aquilo que faz o empregado médico anesthesiologista, que tem funções específicas. Neste caso, as atribuições do cargo existente são genéricas, e a empresa contratada exercerá atividade que não chega perto de esgotar as funções dos agentes de apoio – nem as funções da empresa a ser contratada esgotam as atribuições dos agentes de apoio, nem estão totalmente contidas nestas.

Ademais, exige-se, no edital, por parte dos profissionais que exercerão a atividade, conhecimentos e formação específicos que os agentes de apoio não necessariamente possuem, considerando que a formação exigida para o desempenho do cargo é de nível fundamental, e é demandado, no edital, que engenheiro elétrico supervisione as atividades executadas e engenheiro civil represente a contratada perante a contratante.


O caso em questão, vale reparar, é similar aos julgados, acima reproduzidos, do Tribunal de Contas do Município, nos quais se debateu – e se validou – a contratação de empresas para a execução de atividades previstas como atribuições dos agentes de apoio (lavanderia e monitoramento aquático).

Ainda que o ponto em análise fosse apreciado não pelo TCM, mas pelo TCU, as conclusões tenderiam a ser semelhantes, considerando que o caso se enquadraria nas exceções aventadas na Decisão nº 885/97 e na Decisão nº 25/2000-Plenário, pelo fato de consistir em atividade-meio e não haver prática de atos administrativos, mas tão somente de atos executórios.

Convém apontar que, segundo entendemos, permanecem válidas as ementas anteriores desta Procuradoria Geral a respeito da terceirização, pois condizentes com a jurisprudência a respeito do assunto. Mas devemos notar que, na Ementa nº 10.466 - PGM, a intenção era tratar, em tese, das atividades passíveis de terceirização e, na Ementa nº 11.555 - PGM, o foco era a análise do caso concreto, que se diferenciava bastante do caso aqui tratado. Portanto, em nenhum dos precedentes, foi necessária a verificação da extensão da aplicação do entendimento de que não se pode contratar com terceiros a execução de atividades enquadradas como de competência de

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 187
em 18/08/14


Assessor R. Carlos Oliveira
AGP - RE T.O. 15.2.00
09/11/12

cargos públicos existentes, bem como as possíveis exceções aventadas pelo TCU.

As conseqüências graves de eventual terceirização ilegal (que podem configurar ato de improbidade administrativa, a depender das circunstâncias); a inexistência de norma municipal regulamentando a matéria; e o fato da jurisprudência do TJ-SP e do STJ nunca ter endossado (nem, por outro lado, afastado) expressamente as exceções acima mencionadas que permitiriam a terceirização inobstante a existência de cargos com atribuições semelhantes; são circunstâncias que recomendam que o entendimento aqui manifestado se restrinja às atividades inseridas no rol de atribuições dos agentes de apoio, considerando a peculiaridade que os cerca (o fato de consistirem em cargos multifuncionais) – e, ainda assim, só será permitida a contratação de terceiro, como pode parecer óbvio, se inexistirem agentes de apoio suficientes e aptos à execução das atividades. Ainda, nunca é demais frisar que a contratação deve ser de serviços específicos, e não de mão-de-obra – sem relação de pessoalidade e subordinação, portanto.

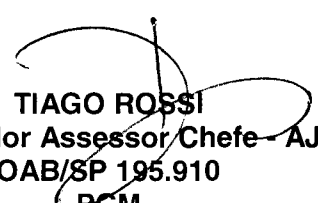
Sub censura.

São Paulo, 11 / 8 /2014.


RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP nº 227.775
RGM


De acordo.

São Paulo, 12 / 8 /2014.


TIAGO ROSSI
Procurador Assessor Chefe – AJC
OAB/SP 195.910
PGM

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Do PA nº 2013-0.300.718-1

Folha de informação nº 188
em 18/08/14 
Jusara R. Costa
OAB/SP - R.F. 703 / 8.200

INTERESSADO: SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTO : Contratação de empresa de engenharia para a prestação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva, sem fornecimento de materiais.

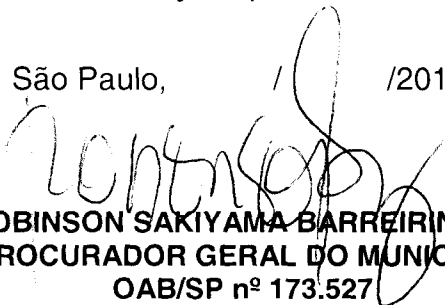
Cont. da Informação nº 1.168/2014 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido de que a existência, na estrutura da Administração Pública, do cargo efetivo de agente de apoio, não impede a regular contratação de serviços específicos, ainda que previstos no rol legal das atribuições de tal cargo, considerando as peculiaridades que o cercam, quais sejam, a amplitude e generalidade do referido rol, o qual abrange inúmeras atividades resultantes da aglutinação das funções de cargos extintos (multifuncionalidade), e que são regularmente contratadas com terceiros pelo Município.

Reforço, finalmente, a ressalva de que a contratação de terceiros deverá ser de um serviço específico, e não apenas de mão-de-obra.

São Paulo, 11 / 08 / 2014.


ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 173.527
PGM