

TERCEIRIZAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

PROF. DR. FLÁVIO GARCIA CABRAL

PÓS-DOCTOR PELA PUCPR; DOCTOR E ESPECIALISTA EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP; PROFESSOR E PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL ATUANTE NA DIVISÃO DE CONSULTORIA EM DIREITO ADMINISTRATIVO DA PRFN 3ª REGIÃO



TERCEIRIZAÇÃO

- CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO
- REDUÇÃO DE CUSTOS
- ESPECIALIZAÇÃO DAS EMPRESAS

DEFINIÇÃO

Ampla: transferência ao particular de atividades que vinham sendo feitas pelo Estado.

Sentido estrito: serviços continuados

Sentido "mais estrito": serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- DECRETO-LEI 200/1967
 - ART. 10, §7º: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 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” (destaques nossos).
 - LEI 5.645/70: ART.3, PARÁGRAFO ÚNICO: [...] as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, **objeto de execução indireta**, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.
 - PRIVATIZAÇÕES: GOVERNO GENERAL JOÃO FIGUEIREDO (1981-1984)
 - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995

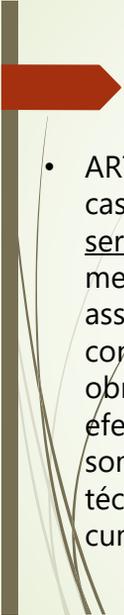


PANORAMA DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

- - DECRETO LEI 200/67 e LEI 5.645/70
- - INSTRUÇÃO NORMATIVA (IN) Nº 13/96 DO MINISTÉRIO DO ORÇAMENTO E GESTÃO: CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO DE VIGILÂNCIA, LIMPEZA E CONSERVAÇÃO
- - DECRETO Nº 2.271/97
- - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 18/97 DO MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO E REFORMA DO ESTADO (MARE)
- VEIO A REGULAMENTAR O DECRETO 2.271/97. BUSCA PELA PADRONIZAÇÃO.
- - INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 DO MPOG

- 
- - ACÓRDÃO TCU 1753/2008-PLENÁRIO (VIGILÂNCIA E LIMPEZA)
 - - EM MARÇO DE 2010 FOI FORMADO UM GRUPO DE TRABALHO COM SERVIDORES DO TCU, MPOG, AGU, MPS, MF, TCE-SP E MPF PARA FORMULAR PROPOSTAS DE MELHORIAS NA TERCEIRIZAÇÃO.
 - - O ESTUDO FOI APRESENTADO AO TCU, QUE PROFERIU O ACÓRDÃO 1.214/2013-PLENÁRIO: MELHORIA DA IN 02/2008.

- 
- **IN 06/2013 DO MPOG** ALTERANDO VÁRIAS PARTES DA IN 02/2008.
 - **ACÓRDÃO TCU 2.622/2015-PLENÁRIO**
 - **PORTARIA 409/2016**
 - **IN Nº 05, DE MAIO DE 2017**, DO MPOG, VINDO A RÉVOGAR A IN 02/2008.
 - **Decreto Federal 9.507, de 2018.**
 - **PORTARIA 443/2018** (ATIVIDADES PREFERENCIALMENTE TERCEIRIZÁVEIS)

- 
- ARTIGO 37, INCISO XXI, CF: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".



CARACTERIZAÇÃO DA TERCERIZAÇÃO

- **ATIVIDADE CONTINUADA**
- ART 15, DA IN 05/2017:
 - NECESSIDADE ULTRAPASSA EXERCÍCIO FINANCEIRO
 - INTERRUPTÃO OBSTA SERVIÇO PÚBLICO
 - VARIAÇÃO

TERCEIRIZAÇÃO X CONCURSO

- ATIVIDADE-FIM X ATIVIDADE-MEIO?
- - ORIGEM JUSTIÇA DO TRABALHO E DOUTRINA
- - É irregular a manutenção de funcionários terceirizados nos hospitais universitários desempenhando **atividades-fim** (assistenciais e hospitalares) , pois afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público, bem como o Decreto 2.271/1997, que trata da terceirização na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Acórdão 2983/2015-Plenário)
- - A contratação de **consultores para desempenho de atividades finalísticas de instituição pública viola a exigência constitucional do concurso público.** (Acórdão 2376/2008-Plenário)
- Não há óbice à realização de procedimento licitatório por empresa pública para a contratação de serviços de apoio técnico-administrativo, **desde que não se destine tal mão-de-obra à realização de atividades permanentes da contratante, inerentes às atribuições de sua estrutura de cargos e funções**, o que configuraria burla à exigência constitucional do concurso público. (Acórdão 1393/2004-Plenário)

TERCEIRIZAÇÃO X CONCURSO

- - IMPRECISÃO
- - STF - RE 760931, ADPF 324, RE 958.252
- - LEI 13.467, DE 2017 (alterou a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974) - "[Art. 4º -A](#). Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

TERCEIRIZAÇÃO X CONCURSO

Localização Necessidade	PERMANENTE	TEMPORÁRIA
INTERNA	NÃO- TERCEIRIZÁVEL	TERCEIRIZÁVEL (serviço)
EXTERNA	TERCEIRIZÁVEL (serviço)	TERCEIRIZÁVEL (serviço)

VEDAÇÃO TERCEIRIZAÇÃO - 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;

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

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

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

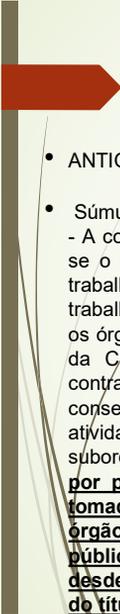


- **DESVIO DE FUNÇÃO**

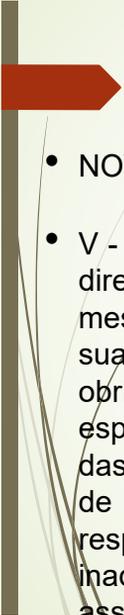
- - NÃO GERA VÍNCULO DE EMPREGO, MAS GARANTE O PAGAMENTO PELA FUNÇÃO EFETIVAMENTE EXERCIDA (ART. 4º, IN 5/2017)
- - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 383 DO TST - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, 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
- - PODE GERAR AÇÃO DE REGRESSO CONTRA O GESTOR

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- - ART 71, §1º, DA LEI 8.666/93
- 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.

- 
- ANTIGA REDAÇÃO SÚMULA 331 DO TST:
 - Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e 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. **IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.** (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

- 
- ADC 16 - STF - 08/09/2011: -
CONSTITUCIONALIDADE
 - - *CULPA IN ELIGENDO E IN
VIGILANDO*
 - - REPERCUSSÃO GERAL NO RE
760.931 - 28/04/2017: NECESSIDADE
DE PROVA DA PARTE QUE ALEGA
 - - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

- 
- NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO TST [...] :
 - V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

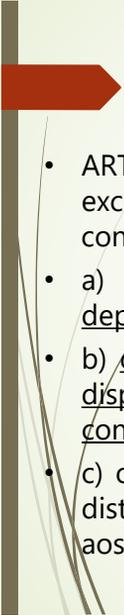
NOVA LEI DE LICITAÇÕES

- Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
- § 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.
- § 2º **Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e **subsidiariamente pelos encargos trabalhistas** se comprovada *falha na fiscalização* do cumprimento das obrigações do contratado.



TERCEIRIZAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

- 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 (...)
- REDAÇÃO UTILIZADA EM NORMATIVOS PASSADOS

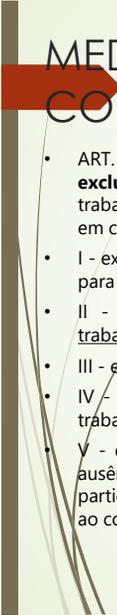
- 
- ARTIGO 6º, XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:
 - a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
 - b) o contratado 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;

VEDAÇÕES NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

- - ARTIGO 48: (...) 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;
- II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;
- III - estabelecer **vínculo de subordinação** com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;
- IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;
- V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;
- VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado. (VIDE ACÓRDÃO TCU 2746/2015)

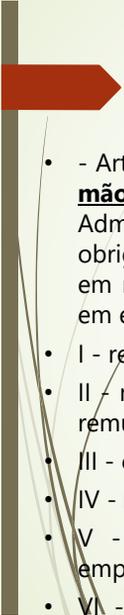
NEPOTISMO

- ARTIGO 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.**
- - PREVISÃO DO DECRETO 7.203/2010 - ART. 7º



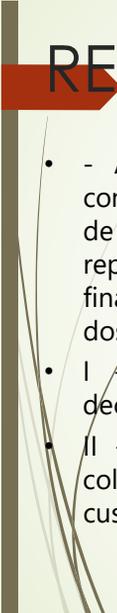
MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

- ART. 121, § 3º Nas contratações de **serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:
 - I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
 - II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
 - III - efetuar o depósito de valores em **conta vinculada**;
 - IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
 - V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente **na ocorrência do fato gerador**.

- 
- - Art. 50. Nas contratações de serviços com **regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:
 - I - registro de ponto;
 - II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;
 - III - comprovante de depósito do FGTS;
 - IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;
 - V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;
 - VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

REPACTUAÇÃO

- - ARTIGO 6º LIX - **repactuação**: forma de *manutenção do equilíbrio econômico-financeiro* de contrato utilizada para **serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra**, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra;
- - ARTIGO 92, § 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no [§ 6º do art. 135 desta Lei](#).



REPACTUAÇÃO

- - Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:
 - I - à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;
 - II - ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

REPACTUAÇÃO

- - § 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.
- § 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.
- **§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.**
- **(CONTRARIA A Orientação Normativa AGU Nº 25, de 01 de abril de 2009)**

REPACTUAÇÃO

- - § 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.
- § 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do **caput** deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.
- § 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.

DURAÇÃO CONTRATUAL

- - Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com **prazo de até 5 (cinco) anos** nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:
 - I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;
 - II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;
 - III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, **sem ônus**, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.



FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

- Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no [art. 7º desta Lei](#), ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição. (...)

Art. 118. O contratado deverá manter preposto aceito pela Administração no local da obra ou do serviço para representá-lo na execução do contrato.

PAGAMENTO VARIÁVEL

- "Paradoxo do lucro-incompetência"
- - INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADOS (IMR) (IN 05/2017)
- "Mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento".
- Antigo Acordo de Nível de Serviço (ANS) - IN 02/2008
 - Acórdão TCU-Plenário nº 1.480/2007 e a Nota Técnica Sefti-TCU 6/2010
 - - Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida **remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado**, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.



OBRIGADO!

CONTATO:

[FLAVIOCABRAL @HOTMAIL.COM](mailto:FLAVIOCABRAL@HOTMAIL.COM)

FLAVIO-G.CABRAL@PGFN.GOV.BR