

Excelentíssimo Senhor Ministro-Presidente do Tribunal de Contas da União

Com fundamento no artigo 81, inciso I, da Lei 8.443/1992, e no artigo 237 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução 155/2002, o Ministério Público junto ao TCU oferece

REPRESENTAÇÃO

com o propósito de que esta Corte de Contas, pelas razões a seguir expostas, decida pela adoção das medidas de sua competência visando a conhecer, a acompanhar e a avaliar a implementação, na Administração Pública Federal, das normas de execução indireta de serviços, mediante contratação, estabelecidas no Decreto 9.507, de 21/9/2018, as quais passaram a vigor em 22/1/2019.

- II -

As Leis 13.429, de 31/3/2017, e 13.467, de 13/7/2017, introduziram, na Lei 6.019, de 3/1/1974, alterações tendentes a expandir as possibilidades de terceirização de atividades empresariais. Com essas alterações, a referida Lei 6.019/1974 passou a dispor o seguinte sobre a considerada matéria:

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.

(...)

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, **que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante**, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

(...)

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**.

Após essas inovações legislativas, o Supremo Tribunal Federal julgou, em conjunto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 324/DF (Relator Ministro Luís Roberto Barroso) e o recurso extraordinário – RE 958.252/MG (Relator Ministro Luiz Fux), mediante as quais foi arguida a inconstitucionalidade da vedação, estabelecida na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, à possibilidade contratação de trabalhadores por empresa interposta (terceirização) nas atividades empresárias. No julgamento, concluído em 30/8/2018, o Pleno do STF, considerando procedente a referida ADPF e dando provimento ao aludido RE, fixou a seguinte Tese de Repercussão Geral, Tema 725:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Na esteira das mencionadas inovações legislativas e do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, em 21/9/2018, a Presidência da República editou o Decreto 9.507, que “Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”, com entrada em vigência prevista para 120 dias após a publicação daquele decreto, ocorrida em 24/9/2018. O Decreto 9.507/2018 revogou expressamente o Decreto 2.271, de 7/7/1997, propondo-se a substituir este na regulamentação do disposto no § 7º do artigo 10 do Decreto-Lei 200, de 25/2/1967¹.

Em relação à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o Decreto 9.507/2018 estabeleceu as seguintes vedações à execução indireta de serviços, mediante contratação:

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.

¹ 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.

§ 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.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, as vedações, para os mesmos fins, foram estabelecidas da seguinte maneira no referido decreto:

Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de, ao menos, uma das seguintes hipóteses:

I - caráter temporário do serviço;

II - incremento temporário do volume de serviços;

III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou

IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.

§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.

§ 3º Não se aplica a vedação do *caput* quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.

§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

Além disso, como regra de caráter geral, a ser observada por toda a Administração Pública Federal, o Decreto 9.507/2018, em seu artigo 5º, vedou a contratação de pessoa jurídica que tenha administrador ou sócio com poder de direção com relação de parentesco com detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação ou com autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

Esse novo quadro jurídico acerca da possibilidade de execução indireta de serviços, mediante contratação, pela Administração Pública Federal, suscita a necessidade de se apurar se as inovações trazidas pelo Decreto 9.507/2018 estão sendo implementadas de forma a se evitar crônicos e persistentes problemas verificados na prática da terceirização. Cito os dois principais desses problemas, ambos relacionados a disposições constitucionais envolvidas no tema.

O primeiro reside no uso da terceirização como forma de driblar a obrigatoriedade do concurso público, previsto no artigo 37, inciso II, da Constituição².

Conforme visto, o Decreto 9.507/2018, em seus artigos 3º, inciso IV, e 4º, *caput*, dispõe, em regra geral, que não serão objeto de execução indireta, nem pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, nem pelas empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, os serviços que demandem a utilização, pela

² Art. 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; (redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998)

contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos ou empregos integrantes dos respectivos planos de cargos e salários.

Mas, se, para a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, as exceções a essa regra geral advêm apenas de disposição legal em contrário ou da extinção de cargo do quadro geral de pessoal, para as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, as exceções àquela mesma regra geral tornaram-se bem mais amplas.

De acordo com o referido artigo 4º do Decreto 9.507/2018, as empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União poderão contratar a execução indireta de serviços ainda que estes demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos empregos integrantes dos respectivos planos de cargos e salários, desde que a execução indireta represente maior satisfação dos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade ante, ao menos, uma das seguintes hipóteses: caráter temporário do serviço; incremento temporário do volume de serviços; atualização de tecnologia ou especialização do serviço; ou impossibilidade de competição no mercado concorrencial em que se insere a empresa.

Se, por um lado, essas várias exceções, caso bem e adequadamente utilizadas, podem contribuir para o bom desempenho das empresas estatais nos mercados em que atuam, por outro lado, caso utilizadas apenas para burlar a obrigatoriedade de realização de concurso público, podem não apenas sacrificar o desempenho daquelas empresas, como também levar à inconstitucional desfiguração dos seus quadros de pessoal.

Outro crônico e persistente problema que tem desvirtuado os propósitos da execução indireta de serviços, mediante contratação, é o uso dessa ferramenta, ainda que jurídica e tecnicamente cabível, para a satisfação de interesses pessoais, mediante direcionamento na indicação dos profissionais a serem alocados na prestação de serviços pela empresa contratada pela Administração. Esse desvirtuamento da terceirização revela, a toda evidência, flagrante e grave violação aos princípios administrativos da impessoalidade e da moralidade, previstos expressamente no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Como já dito, o Decreto 9.507/2018, em seu artigo 5º, vedou a contratação de pessoa jurídica que tenha administrador ou sócio com poder de direção com relação de parentesco com detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação ou com autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade. No entanto, nada dispôs aquele decreto sobre o problema ora em questão, razão pela qual se entende cabível e pertinente a sua apuração pelo Tribunal, principalmente nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, considerada a maior ampliação de hipóteses de terceirização que lhes conferiu o referido decreto, comparativamente aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

A propósito, não se vê óbice a que, na indicação dos profissionais a serem alocados, pela contratada, na prestação dos serviços, sejam observados, em necessária consonância com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, os mesmos critérios e vedações previstos no referido artigo 5º do Decreto 9.507/2018.

Por fim, permito-me fazer referência, a título de sugestão, para fins de auxílio à apuração que ora proponho ao Tribunal, interessante trabalho acadêmico que, nesta data, tive a honra de avaliar, como membro de banca examinadora. Trata-se de monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, da Universidade de Brasília – UnB, de autoria de Júlia Machado Aguiar, intitulada “A ampliação do uso da terceirização pela Administração Pública: as violações constitucionais trazidas pelo Decreto nº 9.507/2018 e pelo uso abusivo do instituto”.

- III -

Ante o exposto, este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, com fulcro no artigo 81, inciso I, da Lei 8.443/1992, e no artigo 237 do Regimento Interno do TCU, requer ao Tribunal, pelas razões acima aduzidas, que conheça desta representação a fim de que esta Corte de Contas, no cumprimento de suas competências constitucionais de controle externo de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública federal, decida pela adoção das medidas de sua competência necessárias a conhecer, a acompanhar e a avaliar a implementação, na Administração Pública Federal, das normas de execução indireta de serviços, mediante contratação, estabelecidas no Decreto 9.507, de 21/9/2018. Em acréscimo, sugere este representante do MPTCU que o Tribunal venha a firmar entendimento no sentido de que, na indicação dos profissionais a serem alocados, pela contratada, na prestação dos serviços terceirizados, sejam observados, em necessária consonância com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, os mesmos critérios e vedações previstos no referido artigo 5º do Decreto 9.507/2018.

Ministério Público, em 8 de julho de 2019.

Lucas Rocha Furtado
Subprocurador-Geral