

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

Contratação de Serviços Terceirizados

Módulo Planejamento

(com enfoque na jurisprudência do TCU e
na IN SLTI/MPOG 02/1008)

AULA 2

CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO

Permite-se a reprodução desta publicação,
em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo,
desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO

Tribunal de Contas da União

Secretaria Geral da Presidência

Instituto Serzedello Corrêa

2ª Diretoria de Desenvolvimento de Competências

Serviço de Educação a Distância

SUPERVISÃO

Pedro Koshino

CONTEUDISTA

Erivan Pereira de Franca

TRATAMENTO PEDAGÓGICO

Pedro Koshino

Vivian Andrade Viana

REVISÃO

Pedro Koshino

Vivian Andrade Viana

Silvia Helena de Campos Martins

RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Tribunal de Contas da União

Secretaria Geral da Presidência

Instituto Serzedello Corrêa

Centro de Documentação

Editora do TCU

DIAGRAMAÇÃO

Herson Freitas

Vanessa Vieira

Brasil. Tribunal de Contas da União.

Contratação de serviços terceirizados : módulo planejamento / Tribunal de
Contas da União. – Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012.

24 p.

Aula 2: Características do contrato de terceirização

Conteudista: Erivan Pereira de Franca

1. Contratação de obras e serviços – planejamento – Brasil. 2. Terceirização
– contratação – Brasil. I. Título.

Sumário

SUMÁRIO.....	3
1. INTRODUÇÃO	4
1.1. Compreendendo a Terceirização	4
2. APRENDENDO.....	12
2.1. Serviços de Natureza Continuada – Elementos Característicos	12
2.2. O que são serviços de natureza continuada?	12
2.3. A qualificação é casuística	14
2.4. Hipóteses que não se enquadram no conceito.....	15
2.5. Caracterização do Contrato de Terceirização.....	19
2.6. Como se dá a cessão da mão de obra?	19
2.7. Serviços que podem ser qualificados como terceirização	21
2.8 Aspectos a considerar no planejamento da contratação	23
APRENDA MAIS.....	25
PENSE A RESPEITO. PREPARE-SE PARA A PRÓXIMA AULA	27

1. Introdução



O que é um contrato de terceirização?

Quais os seus elementos característicos?

Como saber se um dado serviço é ou não de natureza continuada?

Como se dá a cessão da mão de obra?

Nesta aula discutiremos essas importantes questões introdutórias ao estudo de alguns documentos essenciais produzidos na fase de planejamento da contratação, quais sejam, o Plano de Trabalho e o Projeto Básico ou Termo de Referência.

Ao término desta aula você será capaz de identificar e compreender os conceitos e aspectos doutrinários que envolvem a terceirização no âmbito da Administração Pública e os elementos caracterizadores do contrato de terceirização: o serviço de natureza continuada e a cessão de mão de obra.

1.1. Compreendendo a Terceirização

O **conceito de terceirização** não é pacífico na doutrina, porquanto decorre do enfoque que se dê a um ou a vários dos múltiplos e distintos ângulos sob os quais o fenômeno pode ser observado: econômico, político, social, das relações de trabalho, de organização dos processos produtivos, da descentralização da atividade administrativa pública, como técnica de redução de custos operacionais, como mecanismo que permite a concentração da atividade empresarial ou administrativa na missão institucional ou área finalística etc.

Em **sentido amplo**, terceirizar significa entregar a terceiros, mediante contrato, a execução de serviços que se destinam a atender a certas necessidades do contratante/tomador. No âmbito da Administração Pública, a terceirização, nesse sentido, corresponderia à **execução indireta** *lato sensu*, a que se refere o art. 10, II, da **Lei 8.666/93**.

Sob o ângulo das relações do trabalho, a terceirização pode ser entendida como o mecanismo por meio do qual se insere o trabalhador no processo produtivo do tomador dos serviços, sem, contudo, existir vínculo de emprego entre um e outro. Na espécie, o vínculo é mantido entre o trabalhador terceirizado – que executa serviços ao tomador – e o seu empregador, no caso, a empresa prestadora de serviços. Tem-se assim, uma relação triangular ou trilateral, como a define a melhor doutrina.

DOCTRINA

A **terceirização** provoca uma **relação trilateral** em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o **obreiro**, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa **tomadora de serviços**; a **empresa terceirizante**, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (grifo nosso)

Maurício Godinho Delgado

Do ponto de vista da **organização dos processos produtivos**, a terceirização pode ser entendida como a transferência para terceiros de atividades consideradas secundárias (atividades-meio), de modo a permitir à empresa/ente público (tomador/contratante) concentrar seus recursos materiais e humanos no alcance de sua atividade finalística ou missão institucional.

A terceirização, sob esse enfoque, teria natureza instrumental, como técnica de descentralização da atividade empresarial/administrativa.

DOCTRINA

A prática da **terceirização** de serviços tem adquirido, atualmente, dimensões bastante representativas. Considerada como um efeito da globalização sobre a descentralização das atividades, ela **permite que uma organização delegue a um terceiro serviços não essenciais à atividade para a qual se destina**. Por sua vez, a dedicação do terceiro e sua especialização propiciam à organização que terceirizou o serviço uma **maior concentração em sua atividade final** e se harmoniza com a tendência de especialização conferida às atividades mais variadas e com a ideia de eficiência. (grifo nosso)

Isis Chamma Doetzer

DOCTRINA

No âmbito da Administração Pública, o processo de terceirização consiste na **delegação a terceiros de atividades de mero apoio** à sua vocação institucional; transferem-se procedimentos e funções específicas a empresas ou profissionais especializados no domínio operacional e técnico da atividade terceirizada. **Isso permite que a Administração concentre esforços em sua atividade-fim**, em prol de maior eficiência e eficácia no atendimento ao interesse público. (grifo nosso)

Jessé Tores Pereira Júnior

Essa foi a concepção que influenciou a normatização da terceirização no âmbito da Administração Pública, no bojo da reforma administrativa promovida pelo **Decreto-Lei 200/67**.

A norma determinou aos entes públicos o emprego prioritário de seus recursos materiais e humanos na realização de suas atividades finalísticas (execução direta), entregando a terceiros (execução indireta) todas as demais atividades tidas por acessórias, executivas ou meramente instrumentais.

DECRETO-LEI 200/67

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. (grifo nosso)

Posteriormente, a Lei 5.645/70 – que estabeleceu diretrizes para a classificação dos cargos públicos, no âmbito da União Federal – apresentou rol exemplificativo de atividades acessórias passíveis de terceirização:

LEI 5.645/70

Art. 3º

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (grifo nosso)

O mencionado dispositivo veio posteriormente a ser revogado pela Lei 9.527/97, passando a matéria a ser regulamentada pelo **Decreto 2.271/97**.

Essa **concepção de terceirização** é a adotada pela **Justiça do Trabalho**, que **legitima a terceirização de atividades-meio** do tomador dos serviços – contanto que não haja pessoalidade e subordinação direta dos terceirizados –, como se percebe claramente da leitura do inciso III. da Súmula 331. do Tribunal Superior do Trabalho:

JURISPRUDÊNCIA DO TST

Súmula 331, III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de **vigilância** (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de **conservação e limpeza**, bem como a de **serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador**, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (grifo nosso)

Com amparo no entendimento consolidado, a Justiça do Trabalho tem considerado lícita a terceirização de atividades acessórias, intermediárias, que não constituam o núcleo do negócio do tomador dos serviços.

JURISPRUDÊNCIA DO TST

RECURSO DE REVISTA. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. **TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA.** RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROVIMENTO. O eg. TRT entendeu haver ilicitude na terceirização de atividade-fim e condenou as reclamadas solidariamente pelos créditos decorrentes da presente ação. Contudo, a reclamada (loja de departamentos) diversificou o ramo do seu negócio quando decidiu inserir nas suas atividades a comercialização de peças de vestuário com marca própria, terceirizando a produção destas, atividade na qual trabalhava a reclamante. **Trata-se de terceirização lícita, visto que houve apenas a delegação de atividade específica para empresa especializada,** hipótese de responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331 do TST, uma vez que o objeto da prestação de serviços é a entrega de produtos acabados e, em razão da exclusividade do fornecimento destes para a reclamada **os empregados das empresas de confecções desempenharam suas funções em atividades acessórias que contribuíram, mas não integraram, o núcleo do negócio,** qual seja a comercialização de produtos. Recurso de revista conhecido e provido.

[VOTO]

A terceirização é considerada uma ferramenta eficaz, num mundo globalizado, para se atingir o real objetivo da empresa, de incrementar o foco na gerência do produto final, deixando as atividades paralelas por conta de processos de terceirização.

Isso porque a **existência de uma atividade especializada é que norteia a própria existência da empresa prestadora de serviços,** estando o trabalhador vinculado diretamente à empresa prestadora, nessa dita relação triangular, com o fim de proceder à prestação de serviços para a empresa tomadora.

É, portanto, em razão da especialidade, que existe a terceirização, e é comum que determinados setores procedam à terceirização de atividade que não é fim, mas também da atividade fim, o que vem demonstrar uma precarização da relação de emprego, e tornar a atividade produtiva uma fraude no contexto do direito do trabalho.

(RR - 154800-34.2009.5.03.0075, DJ: 03/06/2011)

Se, contudo, as atividades terceirizadas integrarem o núcleo do negócio do tomador serviços, vale dizer, se forem identificadas como finalísticas, a terceirização será tida por ilícita.

JURISPRUDÊNCIA DO TST

RRECURSO DE REVISTA. ISONOMIA. **TERCEIRIZAÇÃO**. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. ATIVIDADES TÍPICAS DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS BANCÁRIOS. ARTIGO 12, ALÍNEA - A-, DA LEI Nº 6.019/74. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. A teor da Orientação Jurisprudencial 383/SDI-I do TST, **desempenhadas, pelo empregado contratado mediante empresa interposta, funções inerentes à atividade-fim do tomador dos serviços, a revelar quadro de terceirização ilícita**, impõe-se, por aplicação analógica do art. 12, alínea -a-, da Lei 6.019/74, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República), e na vedação do tratamento discriminatório (art. 7º, XXXII, da Lei Maior), o reconhecimento dos mesmos direitos assegurados aos empregados do tomador dos seus serviços que exerçam as mesmas funções, inclusive aqueles previstos nos instrumentos coletivos da respectiva categoria profissional. 2. Não contraria o entendimento fixado pelo STF ao julgamento da ADC 16/2007-DF, a aplicação das diretrizes inscritas na OJ 383/SDI-I e na Súmula 331, IV, do TST, quando constatada a **ilicitude da terceirização**. Recurso de revista não conhecido. (RR - 160900-37.2009.5.03.0129, DJ: 03/06/2011)

Em síntese, tanto o Judiciário Trabalhista quanto o Tribunal de Contas da União têm admitido a terceirização, contanto que não caracterize fraude, consistente na mera intermediação da mão de obra, em aviltamento dos direitos dos trabalhadores. Tal ilicitude encontra igual repúdio na doutrina:

DOUTRINA

A Administração Pública pode satisfazer suas necessidades por meio de seus próprios instrumentos, hipótese em que se verifica a **execução direta** de serviços, de obras etc. (Lei 8.666/93, art. 6º, VII). Outra opção que se abre à Administração Pública é a de realizar o mesmo objetivo por meio da celebração de contratos administrativos com empresas privadas que fornecerão a mão de obra, os bens, os serviços e as obras necessárias à realização do fim que se busca – que caracteriza execução indireta (Lei 8.666/93, art. 6º, VIII). Quando a execução indireta envolve o fornecimento de pessoal (mão de obra) para desempenhar tarefas nas próprias unidades administrativas (serventes, telefonistas, motoristas, vigilantes etc.), denomina-se esse processo de **terceirização**, haja vista importar na **transferência de atividades administrativas a terceiros**.

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. (grifo nosso)

Lucas Rocha Furtado

DOUTRINA

A Súmula 331 tem o cuidado de esclarecer que o **modelo terceirizante não pode ser utilizado de modo fraudulento**. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada [...] desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços.

Isso significa, na verdade, que a **jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços** entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados. (grifo nosso)

Maurício Godinho Delgado

DOCTRINA

Nesses casos [terceirização ilícita], a empresa prestadora de serviços é, na verdade, uma instância interveniente, que se limita à mera formalidade burocrática de promover as contratações e remunerar os empregados. Esses, por sua vez, submetem-se ao gerenciamento e à ordem hierárquica do órgão ou entidade contratante, exatamente como se servidores fossem. Configura-se uma relação direta de subordinação e pessoalidade [...] (grifo nosso)

Carlos Pinto Coelho Motta

Tecemos aqui esses breves comentários porque entendemos que compreender o processo de terceirização e saber identificar os elementos caracterizadores do respectivo contrato é fundamental para que se possa planejar adequadamente a contratação, especialmente pelo fato de o Plano de Trabalho – documento a ser elaborado na fase de planejamento – somente se aplicar às contratações de terceirização.

Em suma, entendemos que o Plano de Trabalho deverá ser elaborado somente se a contratação pretendida caracterizar terceirização.

As características do contrato de terceirização serão abordadas nesta aula. Já o Plano de Trabalho será objeto de discussão na aula 8.

Pense a respeito da aplicabilidade, no planejamento das contratações de serviços, dos conceitos ora apresentados. É possível, considerando estritamente a natureza dos serviços pretendidos, que a terceirização seja uma opção? Ou, na sua avaliação, há serviços que só podem ser executados mediante terceirização? A opção seria discricionária?

As citações de Orientações do TCU foram extraídas da obra **Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU**, disponível no portal do Tribunal na internet.



2. Aprendendo

2.1. Serviços de Natureza Continuada - Elementos Característicos

A fim de atender às necessidades da Administração – que não puderem ser satisfeitas mediante execução direta –, esta contrata com terceiros a aquisição de bens ou a realização de obras ou serviços.

Frise-se que a **prestação de serviço** constitui **obrigação de fazer**, de realizar em concreto uma utilidade para a Administração. Não se confunde serviço com fornecimento, cuja obrigação é de dar, vale dizer, de efetuar a tradição (entrega) do bem adquirido.

Na dicção da **Lei 8.666/93**, serviço é “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração” (art. 6º, II). Se apreciada a necessidade a ser satisfeita em função de sua perenidade, os serviços podem ser classificados como contínuos ou não contínuos.

São não-contínuos aqueles serviços que “têm como escopo a obtenção de produtos específicos em um período predeterminado” (IN SLTI/MPOG 02/2008, Anexo I, item II). A necessidade da Administração é plenamente atendida com o exaurimento do objeto contratado; a necessidade, dito de outro modo, não se renova no tempo e ininterruptamente.



Conceito de
serviço contínuo

2.2. O que são serviços de natureza continuada?

Serviços de natureza continuada são aqueles que constituem necessidade perene da Administração, a reclamar execução continuada, sob pena de, na sua falta, se colocar em risco o funcionamento do órgão ou entidade, podendo até mesmo comprometer o alcance da missão institucional ou do interesse público, razão de existir de toda e qualquer organização administrativa.

O conceito que apresentamos encontra amparo na orientação do TCU e em abalizada doutrina:

ORIENTAÇÃO DO TCU

Serviços de natureza contínua são serviços auxiliares e necessários à Administração no desempenho das respectivas atribuições. São aqueles que, se interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro.

DOCTRINA

Serviço de execução continuada é o que não pode sofrer solução de continuidade na prestação que se alonga no tempo, sob pena de causar prejuízos à Administração Pública que dele necessita. Por ser de necessidade perene para a Administração Pública, é atividade que não pode ter sua execução paralisada, sem acarretar-lhe danos. É, em suma, aquele serviço cuja continuidade da execução a Administração Pública não pode dispor, sob pena do comprometimento do interesse público. (grifo nosso)

Diógenes Gasparini

Segundo a lição doutrinária, temos, então, dois **elementos caracterizadores** dos serviços de natureza continuada: **perenidade** (a Administração deles carece a todo tempo) e a **essencialidade** ou necessidade de sua prestação (sob pena de não atendimento do interesse público ou comprometimento do funcionamento da Administração).



Elementos caracterizadores dos serviços contínuos

No plano normativo, a conceituação de tais espécies de serviços é encontrada em normas infralegais. A Instrução Normativa 971/2009, da Receita Federal do Brasil, os define com certa precisão:

IN RFB 971/2009

Art. 115.

[...]

§ 2º **Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante**, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. (grifo nosso)

Definição de tais serviços também é apresentada, de forma clara e objetiva, pela IN 02/2008:

IN 02/2008

ANEXO I DEFINIÇÕES DOS TERMOS UTILIZADOS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA

I - SERVIÇOS CONTINUADOS são aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente; (grifo nosso)

2.3. A qualificação é casuística

Presentes os dois elementos caracterizadores mencionados (perenidade e essencialidade), estaremos diante de um serviço de natureza continuada.

À exceção de alguns exemplos clássicos (limpeza e conservação, vigilância, manutenção predial etc), **a natureza do serviço, por si só, não o qualifica como continuado.**

A qualificação de um dado serviço como de natureza continuada é, assim, casuística. Vale dizer, o que é essencial para o funcionamento e manutenção de um dado órgão ou entidade pode não o ser para outros.

Por exemplo: os serviços de preparação e execução de eventos (recepções, jantares) poderiam ser, em tese, considerados de natureza continuada para o Ministério das Relações Exteriores, que recebe constantemente visitas de delegações estrangeiras; já para uma universidade federal tais serviços não poderiam assim ser qualificados.

Em acórdão paradigmático, o TCU firmou entendimento sobre a matéria, didaticamente exposto no voto do ministro relator:

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

[VOTO]

(...) a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada. (grifo nosso)

Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Nesse sentido, pode-se entender, por exemplo, que o fornecimento de passagens aéreas é serviço contínuo para o TCU, já que sua suspensão acarretaria a interrupção das atividades de fiscalização ínsitas ao cumprimento da missão desta Corte.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se também considerar que o mesmo serviço tem natureza contínua para uma instituição federal de ensino superior, já que as bancas de exame de teses de mestrado e de doutorado exigem a participação de professores de outras instituições e, assim, a impossibilidade de fornecimento de passagens aéreas poderia inviabilizar a própria pós-graduação a cargo daquelas entidades.

O mesmo não ocorreria, no entanto, com um órgão judicial cujos integrantes não tivessem necessidade de deslocar-se freqüentemente por avião para oferecerem a prestação jurisdicional. Em tal situação, o serviço em foco não seria contínuo, já que não seria essencial à permanência da atividade finalística.

De igual modo, um serviço de vigilância permanente de instalações deve ser considerado contínuo, posto que sua cessação colocaria em risco a integridade daquele patrimônio.

Isso não ocorre, entretanto, com um serviço de vigilância contratado para um evento específico, de duração determinada, que, por seu caráter eventual, não pode ser considerado contínuo.

(Acórdão nº 132/2008 - Segunda Câmara)

Assim, considerando que a qualificação de um dado serviço como contínuo é casuística, a Administração definirá, justificadamente, na fase de planejamento da contratação, se os serviços pretendidos são ou não de natureza continuada.

2.4. Hipóteses que não se enquadram no conceito

Vejamos alguns casos apreciados pelo TCU que afastou, consideradas as particularidades e circunstâncias de cada qual, a possibilidade do enquadramento do objeto contratado como prestação de serviço de natureza continuada.



Casos em que o TCU considerou não se tratar de serviços de natureza continuada. A qualificação é casuística.

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Não permita a prorrogação dos contratos para **aquisição de combustível, que é material de consumo, não podendo ser caracterizado o seu fornecimento como serviço de execução continuada**, estando fora da hipótese de incidência do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93; (grifo nosso)
(Acórdão 1920/2011 – Primeira Câmara)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Abstenha-se, por falta de amparo legal, de prorrogar os contratos de **aquisição de combustível e de passagens aéreas**, bem como os dos demais **serviços que não se enquadrem como contínuos no seu caso concreto**.
(Acórdão 4620/2010 – Segunda Câmara)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

[VOTO]
Quanto à contratação dos **serviços de assessoria advocatícia e contábil**, cumpre observar que esses serviços **não se enquadram na categoria de serviços de prestação continuada**, previstos no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que são aqueles serviços dos quais a Administração não pode dispor sob pena de comprometimento da continuidade de suas atividades.
(grifo nosso)
(Acórdão 1560/2003 – Plenário)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Deve ser observado atentamente o inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, ao firmar e prorrogar contratos, de forma a **somente enquadrar como serviços contínuos contratos cujos objetos correspondam a obrigações de fazer e a necessidades permanentes**. (grifo nosso)
(Decisão 1136/2002 – Plenário)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Se abstenha de prorrogar contratos de **serviços de auditoria contábil**, por não se tratar de serviços a serem executados de forma contínua, não tendo, portanto, amparo no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93, conforme entendimento deste Tribunal constante do Acórdão 116/2002 - Plenário (item 8.5, d); (grifo nosso)

(Acórdão 745/2011 – Segunda Câmara)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Evite realizar prorrogações indevidas em contratos e observe rigorosamente o disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, considerando que a excepcionalidade de que trata o aludido dispositivo está adstrita à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, **não se aplicando aos contratos de aquisição de bens de consumo.**

(Acórdão 1512/2004 – Primeira Câmara - Relação)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

[VOTO]

6. Acerca do **objeto do contrato**, registro que o Tribunal tem o entendimento de que contratos de conservação rodoviária podem ser classificados como serviços de execução continuada (Decisão 83/1993-Plenário, ratificada pela Decisão 129/2002-1ª Câmara). Porém, **nesse caso específico, vejo, com base nos termos do contrato e do projeto básico** constantes dos autos, que **os serviços contratados, realmente, não podiam ser considerados como de natureza continuada, em razão da abrangência do objeto** que, além da manutenção do sistema viário, incluía itens referentes à pavimentação, terraplenagem, sinalização, drenagem, entre outros. (grifo nosso)

(Acórdão 1529/2011 – Plenário)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Abster-se de aditar os contratos de **serviços de manutenção de veículos**, por não se enquadrarem no art. 57 da Lei nº 8.666/93, eis que **perfeitamente viável sua licitação anual**, como forma de garantir condições mais vantajosas para a Administração Pública, com o que preceitua o art. 3º da mesma Lei; (grifo nosso)
(Acórdão 1529/2011 – Plenário)

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

[RELATÓRIO, acolhido pelo VOTO]

4.5.5 Diversamente do alegado, em **casos cujos objetos contratados consistiram em combustíveis e passagens aéreas**, este Tribunal tem entendido que **não aplica** a possibilidade de prorrogação estabelecida no **art. 57, inciso II, da Lei 8.666**, de 1993. No item [...] da instrução de fls. [...] se apontaram até mesmo as seguintes decisões neste sentido, a saber: Decisões nºs 182/1995 e 1.1136/2002 proferidas pelo Plenário; Acórdãos nºs 87/2000 e 551/2002 proferidos pela 2ª Câmara; Acórdão nº 1.438 proferido pela 1ª Câmara; Acórdão nº 1.895 proferido pelo Plenário. (grifo nosso)
(Acórdão 4748/2009 – Primeira Câmara)

Ao planejar a contratação dos serviços mencionados nos arestos aqui parcialmente transcritos, a Administração deve evitar qualificá-los como se de natureza continuada fossem – a menos que possa demonstrar a essencialidade e a perenidade.

A consequência imediata do não enquadramento dos serviços como contínuos é que a duração dos respectivos contratos será adstrita à vigência dos créditos orçamentários previstos para a satisfação da despesa no exercício financeiro, nos termos da regra geral prevista no caput do art. 57, da Lei 8.666/93:

LEI 8.666/93

Art. 57. A **duração dos contratos** regidos por esta Lei **ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários**, exceto quanto aos relativos: (grifo nosso)
[omissis]

2.5. Caracterização do Contrato de Terceirização

Entendemos que a terceirização, no âmbito das contratações públicas, consiste na entrega a terceiros da execução, mediante cessão de mão de obra, de serviço de natureza continuada.

Dois são, portanto, os **elementos que**, se presentes na execução do objeto contratado, **caracterizam a terceirização**:

1º) a execução dos serviços mediante **cessão de mão de obra** pela pessoa jurídica contratada;

2º) serem os tais **serviços de natureza continuada**.



Que elementos caracterizam o contrato de terceirização?

2.6. Como se dá a cessão da mão de obra?

Dá-se a cessão da mão de obra quando o contratado tenha de disponibilizar empregado seu para a execução dos serviços, em caráter exclusivo, nas dependências do contratante (tomador dos serviços) ou em outras dependências por ele indicadas.

A conceituação da cessão da mão de obra é dada pela legislação previdenciária, cujos dispositivos ora transcrevemos parcialmente:

LEI 8.212/91

Art. 31
[...]

§ 3º Para os fins desta Lei, **entende-se como cessão de mão de obra a colocação à disposição do contratante**, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem **serviços contínuos**, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (grifo nosso)

REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 219

[...]

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, **entende-se como cessão de mão-de-obra** a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem **serviços contínuos**, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros. (grifo nosso)

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. (grifo nosso)

Percebe-se que a cessão da mão de obra está vinculada à execução de serviços especializados pela empresa contratada. Não se trata, frise-se, de mera locação de mão de obra, o que é vedado no âmbito dos contratos públicos. Tem-se a contratação de serviços, os quais, por sua natureza ou por exigência do contratante, deverão ser executados mediante disponibilização de trabalhadores com exclusividade.

Alguns doutrinadores propõem, **equivocadamente**, a existência de duas modalidades de terceirização, admissíveis no âmbito da Administração Pública: de serviços e de mão de obra.

DOUTRINA

É importante, contudo, que se faça uma distinção entre **terceirização de serviços e de mão de obra**. Na contratação de serviços ou de obras, o que interessa à Administração é o resultado final. Já na contratação terceirizada de mão de obra existe uma triangulação, o contrato é feito com **uma empresa prestadora de serviços**, mas que se **limita a colocar à disposição** de outras empresas ou da **Administração Pública** trabalhadores por ela remunerados. (grifo nosso)

Indalécio Gomes Neto

A mera terceirização da mão de obra, tal como é entendida na lição doutrinária acima transcrita, viola, no nosso entendimento, o preceito constitucional da obrigatoriedade do concurso público e a legislação de regência da matéria (**Decreto 2.271/97**), que estabelece como regra a contratação de serviços por meio de empresas especializadas, vedando-se a mera intermediação da mão de obra.

2.7. Serviços que podem ser qualificados como terceirização

Que tipos de serviços podem representar a cessão de mão de obra? Um rol meramente exemplificativo pode ser recolhido na Lei de Custeio da Previdência Social e no Regulamento da Previdência Social.

LEI 8.212/91

Art. 31

[...]

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior [cessão de mão-de-obra], além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II – vigilância e segurança;

III – empreitada de mão-de-obra;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019/1974.

REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 219

[...]

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes **serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:**

- I - limpeza, conservação e zeladoria;
- II - vigilância e segurança;
- III - construção civil;
- IV - serviços rurais;
- V - digitação e preparação de dados para processamento;
- VI- acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;
- VII - cobrança;
- VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;
- IX - copa e hotelaria;
- X - corte e ligação de serviços públicos;
- XI - distribuição;
- XII - treinamento e ensino;
- XIII - entrega de contas e documentos;
- XIV - ligação e leitura de medidores;
- XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;
- XVI - montagem;
- XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;
- XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;
- XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão.

A **IN 971/2009**, da Receita Federal do Brasil também elenca outros exemplos de serviços que podem ser executados mediante cessão de mão de obra (vide artigos 117 e 118).

Em face das normas mencionadas, podemos concluir que, a despeito do objeto do contrato, se a execução dos serviços se der mediante disponibilização de pessoal do contratado para o contratante/tomador, em caráter exclusivo, ter-se-á a cessão da mão de obra – primeiro elemento caracterizador da terceirização.

2.8 Aspectos a considerar no planejamento da contratação

Ao realizar os estudos preliminares objetivando levantar dados e informações que visem a subsidiar tomada de decisão pela contratação de um dado serviço, procure identificar se estarão presentes, durante a execução, os elementos caracterizadores do contrato de terceirização.

Como já deixamos assente, a natureza do serviço, por si só, não caracteriza o contrato de terceirização. É imprescindível que o dado serviço seja de natureza continuada e a sua execução se dê mediante cessão de mão de obra.

Por vezes, a Administração opta pela terceirização quando poderia contratar a execução dos serviços sem dedicação exclusiva de mão de obra.

Por exemplo, não caracteriza terceirização um contrato de prestação de serviços de manutenção de sistemas de climatização em que a prestação dos serviços se dá por demanda (abertura de ordem de serviço) e não há equipe técnica do contratado disponível no local da execução dos serviços. Aqui, a mensuração e o pagamento se darão por resultados apresentados, em conformidade com as especificações técnicas previstas no Termo de Referência.

Contudo, se o contrato para prestação desse mesmo tipo de serviço exigir a presença, por uma determinada jornada diária, de uma equipe de técnicos para fazerem a manutenção dos sistemas de climatização, aí haverá terceirização, sem dúvida.

Com os elementos disponíveis, você já pode definir, em seu planejamento, se os serviços a contratar serão executados mediante cessão de mão de obra ou não. Para muitas espécies de serviços, trata-se de uma opção administrativa, com vistas a melhor atender ao interesse público.

Mas, atenção, se você optar por propor uma contratação de serviços mediante terceirização esteja ciente de que, nessa modalidade, os riscos para a Administração são maiores – notadamente de responsabilização por encargos previdenciários e trabalhistas –, a reclamar fiscalização mais abrangente, complexa e trabalhosa, impondo elevação de custos operacionais.

Por fim, recomenda o TCU que se realize análise de custo/benefício da terceirização proposta, em comparação com a execução direta.



Ao planejar a contratação de um serviço, avalie as vantagens e desvantagens da terceirização. JUSTIFIQUE

JURISPRUDÊNCIA DO TCU

9.3. recomendar ao SERPRO, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que realize a análise de custo/benefício em cada Processo de contratação, relacionado à terceirização de serviços de sua área-meio, para aferir se é mais vantajoso terceirizar o serviço ou executá-lo com empregados do próprio quadro, tendo em vista os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, insculpidos nos arts. 37, caput, e 70, caput, da Constituição Federal de 1988;
(Acórdão 341/2009 – Plenário)

Aprenda Mais



Para aprofundar seus conhecimentos a respeito do assunto objeto desta aula, recomendamos a leitura das seguintes obras:

Furtado, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 407-408.

Mendes, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 8ª ed. Curitiba: Zênite, 2011, p. 942-949.

Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 783-790.

Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 414-451.

Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 451-458.

Coelho Motta, Carlos Pinto. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 176-179.

Vianna, Cláudia Salles Vilela. Previdência social: custeio e benefícios. São Paulo: LTr, 2005, p. 313-322; 348.

Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. Tribunal de Contas da União. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. Brasília: TCU, Senado Federal, 2010, p. 772-775.

Neto, Indalécio Gomes. Terceirização – Relações triangulares no direito do trabalho. In: Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos, n. 155, p. 57, jan.2007.

Doetzer, Isis Chamma. Terceirização – Contratos de terceirização de serviços firmados com a administração: a questão da responsabilidade trabalhista. In: Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos, n. 56, p. 165, fev.2007.

Gasparini, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. In: Revista Diálogo Jurídico, n. 14, jun-ago/2002, acesso em 27.7.201 (http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-DIOGENES-GASPARINI.pdf)

Vasconcelos, Giovanna Gabriela do Vale. Serviço contínuo: conceito jurídico indeterminado à luz da interpretação lógico-jurídica da lei de licitações e contratos. In: Revista Zênite ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 16, n. 190, p. 1135-1139, dez. 2009.

Senne, Sílvio Helder Lencioni. Cessão de mão-de-obra. In: Revista do direito trabalhista: RDT, v. 4, n. 9, p. 3-4, set. 1998.

Santos, Ulisses Otávio Elias dos. Terceirização: aspectos lícitos e ilícitos. In: Justiça do trabalho, v. 23, n. 265, p. 58-62, jan. 2006.

Castro, Cláudio Dias de. Terceirização: atividade-meio e atividade-fim. In: Revista do direito trabalhista, v. 8, n. 7, p. 3-7, jul. 2002.

Pereira Júnior, Jessé Torres Pereira et al. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? In: Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 9, n. 102, junho/2010, p. 23-42.

Oliveira, Antônio Flávio de. Serviços de manutenção e cessão de mão de obra. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 9, n. 104, agosto/2010, p. 46.

Pense a respeito. Prepare-se para a próxima aula



Você aprendeu, nesta aula, os aspectos doutrinários e jurisprudenciais da terceirização no âmbito da Administração Pública e as características essenciais do contrato de terceirização. Vimos o que qualifica um dado serviço como de natureza continuada e como se dá a execução de serviços mediante cessão de mão obra.

A compreensão desses elementos é fundamental para definir, na fase de planejamento da contratação, se os serviços serão contratados mediante terceirização. Caso assim decida a Administração, necessário se faz elaborar um documento específico denominado Plano de Trabalho (que veremos nas próximas aulas).

Pense a respeito dos assuntos estudados nesta aula, ponderando sobre as seguintes questões: O que caracteriza o serviço de natureza continuada? Como se dá a cessão da mão de obra? Como identificar um contrato de terceirização? Quais são os elementos de informação necessários ao planejamento de um contrato de terceirização? É necessária autorização do dirigente máximo do órgão ou entidade para terceirizar um serviço?

Estudaremos, na próxima aula, os elementos essenciais a serem contemplados nos estudos técnicos preliminares.