



NOTA TÉCNICA n. 01, de 06/02/2019 – CONAP/MPT

Objeto de análise desta Nota Técnica: Decreto n. 9.507, de 21/09/2018, 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.

A **Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP** do **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT)** apresenta suas considerações ao Decreto n. 9.507, de 21/09/2018, em vigor a partir de 22/01/2019, com a finalidade de apontar as inconstitucionalidades e ilegalidades do texto em relação à contratação de trabalhadores terceirizados no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, bem como os riscos ao erário.

DO DECRETO N. 9.507/2018

1 – DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL

1.1 – O decreto em análise, quanto à administração pública federal direta, autárquica e fundacional, limita-se a dispor acerca dos serviços que não podem ser terceirizados (art. 3º): *“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.”*

1.2 – Todavia, mesmo em relação aos serviços apontados nos incisos I a IV do art. 3º (item 1.1 desta NT), o decreto possibilita a terceirização das atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias, desde que não haja a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado (art. 3º, § 1º). Somente não haverá a terceirização de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e “consentimento” relacionados ao exercício do poder de polícia (art. 3º, § 2º).



1.3 – Segundo o § 1º do art. 3º do decreto, até mesmo as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, ainda que não referentes a cargo extinto total ou parcialmente, podem ser objeto de terceirização, desde que sejam atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias.

1.4 – Assim, de acordo com o decreto, **no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, somente há vedação absoluta da terceirização em atividades “de fiscalização e consentimento relacionadas ao exercício do poder de polícia”.**

2 – DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA CONTROLADAS PELA UNIÃO

2.1 – Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, o decreto, apesar de vedar a terceirização dos serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários (art. 4º), abre exceção para as hipóteses de *“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.”*

2.2 – Logo, **na prática, a depender da justificativa adotada pelo Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, poderão ser terceirizadas as atividades de qualquer natureza, principais ou acessórias.**

3 – DA OFENSA AOS ARTIGOS 2º, 5º, II, e 84, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 (CRFB/1988)

3.1 – O decreto pretende regulamentar o disposto no §7º do art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967 e na Lei n. 8.666/1993.

3.2 – O §7º do art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967 permite a execução indireta de tarefas meramente executivas, as quais foram expressamente discriminadas na Lei n. 8.666/1993.

3.3 – Com efeito, a Lei n. 8.666/1993, no inciso II de seu art. 6º, lista os serviços que podem ser contratados (demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais), demonstrando o caráter instrumental e acessório das atividades passíveis de terceirização.



3.4 – Como o Decreto n. 9.507/2018 permite a terceirização de atividades que não são meramente executivas, instrumentais ou acessórias, flagrante a ofensa ao princípio constitucional da legalidade (arts. 5º, II, e 84, IV, da CRFB/1988) e ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CRFB/1988).

4 – DA OFENSA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ORGANIZAÇÃO FUNCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 324 e o RE 958.252, cujos acórdãos ainda não foram publicados, fixou tese de repercussão geral: *“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.”* (Tema 725).

4.2 – Contudo, até o momento, o STF não se manifestou sobre a terceirização no âmbito da administração pública direta e indireta, análise que necessariamente deve ser realizada à luz dos arts. 37 a 42 da CRFB/1988, especialmente dos incisos I e II de seu art. 37.

4.3 – De todo modo, nos mencionados julgamentos, o STF deixou claro que o conceito de terceirização não se confunde com o de locação de mão de obra.¹

4.4 – O inciso I do art. 37 da CRFB/1988, ao dispor que *“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”*, assegura ***“um verdadeiro direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação da administração pública”***.²

¹ Acerca da diferenciação entre prestação de serviços e locação de mão de obra, a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho - Conafret do MPT pronunciou-se nos seguintes termos: *“Não há que se falar em prestação de serviços caso preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa prestadora de serviços com a tomadora, mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, ilegal por essência, desde o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é uma mercadoria” (Declaração de Filadélfia, 1944). Assim, somente se admite a mercantilização do trabalho por exceção, como no caso do trabalho temporário.”* In: ***Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas***: análise face à nova regulamentação. Geraldo Emediato de Souza et al. Brasília: Gráfica Movimento, 2017. Coautores: Gláucio Araújo de Oliveira. Helder Santos Amorim. Lorena Vasconcelos Porto. Paulo Joarês Vieira. Rodrigo de Lacerda Carelli. Tadeu Henrique Lopes da Cunha. Vanessa Patriota da Fonseca.

² MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 364.



4.5 – Por sua vez, o inciso II do mesmo artigo é explícito ao dispor que os servidores ou empregados dos entes da administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, somente poderão ser admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

4.6 – Assim, ao dispor sobre a estrutura e o funcionamento da administração pública e sobre os servidores públicos (arts. 37 e 38 a 42), a CRFB/1988 prevê a existência de uma cadeia hierárquica de execução da atividade administrativa, que deve ser exercida por servidores ou empregados em regime de subordinação profissional à administração (Acórdão do TCU-Plenário nº 1520/2006). Consequentemente, **sob pena de quebra dessa cadeia hierárquica, não é possível a terceirização de atividades relacionadas ao estabelecimento, desenvolvimento e controle de procedimentos administrativos, realizadas por meio de atos administrativos.**

4.7 – Portanto, **os entes da administração pública direta e indireta, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista (MS 21.322/DF), são obrigados a nomear servidor ou contratar empregado, mediante prévia aprovação em concurso público, para a realização de suas atividades finalísticas ou essenciais para o atingimento dos objetivos para os quais foram constituídos. Em síntese, atos administrativos somente podem ser realizados por servidores ou empregados públicos.**

4.8 – Conclusão lógica dos itens acima é a de que deverão estar necessariamente previstas nos Planos de Cargos e Salários dos entes da administração pública direta e indireta – e deles não poderão ser excluídas - as atividades administrativas, que são finalísticas e/ou essenciais para o atingimento dos objetivos para os quais os entes públicos foram constituídos. Também deverão estar previstas nesses Planos de Cargos e Salários todas as atividades relacionadas ao estabelecimento, desenvolvimento e controle de procedimentos administrativos, realizadas por meio de atos administrativos.

4.9 – A terceirização resta autorizada apenas para atividades acessórias, e desde que não envolvam nenhuma das fases do processo administrativo (instauração, averiguação, comprovação e convencimento da administração pública para a tomada de uma decisão – art. 29 da Lei n. 9.784/1999). Isso porque as decisões estratégicas, que determinam a eficiência e a economicidade de um ato, são tomadas desde a fase introdutória ou inicial dos processos administrativos.



4.10 – Ademais, o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB/1988) impede que trabalhadores terceirizados exerçam atividades de servidores e empregados públicos, inseridos em categorias profissionais diferentes e possuindo direitos diversos (mais precários).

5 – DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA (ART. 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988)

5.1 – A ampliação desmedida da terceirização na administração pública permitirá a ocorrência de práticas patrimonialistas de apadrinhamento e/ou nepotismo. Como se sabe, a informalidade dos critérios na seleção de pessoal terceirizado serve de anteparo à indicação de pessoas que irão ocupar os postos de trabalho e não privilegia a contratação de profissionais com maior competência técnica para o exercício das funções, em flagrante ofensa aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/1988).

6 – DA OFENSA ÀS LEIS FEDERAIS

6.1 – O decreto em análise viola legislações que exigem que a contratação de pessoal permanente de empresas públicas federais seja precedida de concurso público, como, por exemplo, a Lei n. 11.652/2008, que estabelece regras de constituição e funcionamento da Empresa Brasileira de Comunicação.³

7 – DO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO JUDICIAL FIRMADO PELA UNIÃO NOS AUTOS DA ACP N. 0081000-60.2006.5.10.0017. DA OFENSA À COISA JULGADA E AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ OBJETIVA

7.1 – Em acordo homologado pela MM. 17ª Vara do Trabalho de Brasília/DF nos autos da ACP n. 0081000-60.2006.5.10.0017, ajuizada pelo MPT, a União, considerando, entre outros, o disposto no **art. 37, II, da CRFB/1988**, comprometeu-se “**a contratar serviços terceirizados apenas e exclusivamente nas hipóteses autorizadas pelo Decreto n. 2.271, de 7 de junho de 1997, observado o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal**”. Comprometeu-se, também, a **substituir os terceirizados por concursados**, além de ter se obrigado “**a recomendar o estabelecimento das mesmas diretrizes ora pactuadas em relação às autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de**

³ Lei n. 11.652/2008. Art. 22. O regime jurídico do pessoal da EBC será o da Consolidação das Leis do Trabalho e respectiva legislação complementar. § 1º **A contratação de pessoal permanente da EBC far-se-á por meio de concurso público** de provas ou de provas e títulos, observadas as normas específicas editadas pelo Conselho de Administração. (grifos nossos).



economia mista, a fim de vincular todos os órgãos integrantes da administração pública indireta ao cumprimento do presente termo de conciliação, (...)”.

7.2 – Não houve alteração nos dispositivos constitucionais com base nos quais foi firmado o acordo. **Logo, não pode a União revogar o Decreto n. 2.271/1997, instrumento que ambas as partes consideraram que atendia o disposto no art. 37, II e XXI, da CRFB/1988 quando da assinatura do acordo.**

7.3 – Claro, assim, que o Decreto n. 9.507/2018, ao revogar o Decreto n. 2.271/1997 e criar novas possibilidades de terceirização na administração pública federal direta e indireta, desrespeita flagrantemente o acordo judicial em tela, ofendendo, além da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988), os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, dos quais decorrem a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

8 – DA CONTRARIEDADE A ACORDOS JUDICIAIS FIRMADOS POR EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA CONTROLADAS PELA UNIÃO

8.1 – O Decreto n. 9.507/2018, ao permitir a terceirização de atividades essenciais de empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, contraria o disposto em acordos judiciais celebrados por diversas estatais em todo o país, pelos quais se obrigam a contratar pessoal permanente por concurso público.⁴

9 – DA CONTRARIEDADE ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9.1 – O STF, no julgamento da ADI 890, decidiu que a administração pública direta e indireta deve obediência cogente à regra geral do concurso público para admissão de pessoal, ressalvadas as duas únicas exceções contempladas pela própria Constituição, relativamente ao provimento de cargos em comissão e à contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Decidiu, ainda, que deve ser dada interpretação restritiva ao conceito de excepcionalidade e transitoriedade, que *“não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa”*.

⁴ Citam-se como exemplos as empresas públicas Caixa Econômica Federal (Processo n. 0000762.88.2014.5.10.0012), Furnas Centrais Elétricas S/A (Processo n. 0026500-08.2005.5.10.0008) e Petrobrás Brasileiro S/A (Processo n. 0002007.98.2011.5.15.0013).



9.2 – Também é entendimento do STF que a utilização de contratações administrativas para a mera locação de mão de obra, inclusive para o desempenho de atividades finalísticas da administração pública, pode ser danosa ao interesse público, ferindo os comandos constitucionais inseridos no *caput* e no inciso II do art. 37, que tratam da obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do concurso público (SL 885-AgR).

9.3 – Da mesma forma, entende o STF que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal” (AI 776.070-AgR, ARE 649.046-AgR, entre outros).

10 – DA CONTRARIEDADE ÀS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

10.1 – O TCU, examinando os casos de terceirização na administração pública federal, **com a preocupação de evitar a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a nomeação de servidores e a contratação de empregados**, firmou jurisprudência no sentido de que⁵:

- a) é ilegal a terceirização das atividades finalísticas e das atividades previstas nos planos de cargos e salários dos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, inclusive das estatais, que devem ser exercidas exclusivamente por servidores e empregados concursados; e
- b) é ilícita a terceirização se houver necessidade de subordinação jurídica entre o terceirizado e o preposto da administração pública, bem como de pessoalidade e habitualidade, tornando-se imperativa a realização de concurso público, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante.

10.2 – O TCU, diante das irregularidades constatadas, em casos concretos, em relação à terceirização na administração pública federal,

- a) em 2006, determinou que os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional substituíssem os terceirizados por servidores concursados (Acórdão nº 1.520/2006-Plenário); e
- b) em 2012, considerando a insuficiência das respostas às determinações do Acórdão nº 2.132/2010 do Plenário daquele Órgão, bem como a falta de

⁵ Acórdão nº 1.815/2003-Plenário, ao qual foi concedido caráter normativo, Acórdão nº 1.520/2006-Plenário, Acórdão nº 2132/2010-Plenário, Acórdão nº 2303/2012-Plenário, entre diversos outros.



encaminhamento das informações requeridas e de outras providências por parte da maioria das empresas estatais, fixou prazo para que estas apresentassem ao então Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST) **plano de substituição de terceirizados em situação irregular por empregados concursados** (Acórdão nº 2303/2012-Plenário).

11 – DA PORTARIA N. 443, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018, DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

11.1 – Em 27/12/18, foi publicada, pelo então Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a Portaria n. 443/2018, estabelecendo “*os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018*”.

11.2 – Referida portaria, em seu art. 1º, traz rol exemplificativo das atividades que serão, **preferencialmente**, objeto de terceirização, deixando expresso, no parágrafo único do mesmo artigo, que “*outras atividades que não estejam contempladas na presente lista poderão ser passíveis de execução indireta, desde que atendidas as vedações constantes no Decreto n. 9.507, de 2018*”.

11.3 – Essa portaria, indubitavelmente, acarreta insegurança jurídica ao administrador público, pois está pautada no decreto ora em análise, o qual é eivado de inconstitucionalidades e ilegalidades, pelas razões jurídicas já expostas nesta nota técnica.

12 – O DECRETO N. 9.507/2018 REPRESENTA RISCO ENORME DE AUMENTO DAS HIPÓTESES DE CORRUPÇÃO

12.1 – Em que pese o discurso de que a descentralização dos serviços públicos, por meio da contratação de empresas prestadoras de serviços, objetiva alcançar economia aos cofres públicos e maior eficiência ao serviço prestado, em razão da suposta especialização técnica das empresas terceirizadas, o que se constata, na prática, é que a terceirização tem sido utilizada como mecanismo viabilizador de várias formas de corrupção.

12.1.1 – SUPERFATURAMENTO

12.1.1.1 – Uma das portas para a fragilização do controle dos gastos públicos é a contratação “emergencial” de empresas terceirizadas, com a consequente dispensa de licitação. Tais contratos emergenciais, por não se submeterem às regras de competição impostas por procedimentos licitatórios, preveem valores muito superiores aos praticados no mercado. Ou seja, são contratos



superfaturados, em que o ente público paga muito mais do que é usualmente cobrado pela iniciativa privada para a realização de idênticos serviços. Ademais, não raro, esses contratos emergenciais são renovados diversas vezes e perduram anos, não se justificando as supostas necessidades emergenciais que lhes deram origem.

12.1.1.2 – Como já demonstrado em várias ações civis públicas ajuizadas pelo MPT, as sucessivas contratações emergenciais tinham por objetivo a sonegação de verbas trabalhistas. A administração pública, no encerramento de cada contrato emergencial firmado com a mesma empresa, pagava os valores integrais das verbas rescisórias, mas os empregados das terceirizadas recebiam as verbas rescisórias apenas uma vez, pois, apesar do término do contrato emergencial, continuavam a prestar serviços para a mesma terceirizada em um novo contrato emergencial. Em outros casos, as empresas terceirizadas coagiam seus empregados a devolver as verbas rescisórias parcialmente para que fossem contratados por outras empresas do “grupo”, que assumiam os contratos emergenciais.⁶

12.1.1.3 – Recentemente, iniciaram-se investigações sobre a qualidade dos serviços e os custos de empresas terceirizadas administradoras de presídios, como, por exemplo, o caso do COMPAJ (Complexo Penitenciário Anísio Jobim), em que o Ministério Público do Estado do Amazonas constatou que os valores cobrados pela empresa terceirizada eram “o dobro do que o preso custa em média no restante do país”.⁷

12.1.1.4 – No âmbito da Operação Lava-Jato, promovida pelo Ministério Público Federal, também foram constatados casos de corrupção envolvendo a contratação de empresas terceirizadas.⁸

⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO - ACP 140800-48.2012.5.21.0002

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO - ACP 15100-11.2012.5.21.0004

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO - ACP 159700-77.2012.5.21.0005

⁷ **Relatório do MP-AM revela falhas que levaram ao massacre de detentos. Cinquenta e seis detentos morreram no Compaj, em janeiro. Governo do Amazonas renovou contrato com a administradora do presídio.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/12/relatorio-do-mp-am-revela-falhas-que-levaram-ao-massacre-de-detentos.html>> Acesso em: 21.01.2019. Vide também: **Crise no Sistema Prisional: Ministério Público do Amazonas encaminha relatório ao CNMP.** Disponível em: <<http://www.mpam.mp.br/slides-noticias/9725- crise-do-sistema-prisional-ministerio-publico-do-amazonas-encaminha-relatorio-ao-cnmp#.XEYAXsTJ2Uk>>. Acesso em: 21.jan.2019.

⁸ Recentemente, foi divulgado caso de corrupção envolvendo a contratação, sem licitação, de empresa terceirizada pela empresa pública Furnas: “A procuradoria cita que 80% dos serviços terceirizados de Furnas eram prestados pela empresa Bauruense que entre 2000 e 2006 que recebeu R\$ 826 milhões em 28 contratos. Em pelo menos cinco contratos, de acordo com o Ministério Público Federal, não houve licitação.” Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2018/08/15/dodge-pede-reabertura-de-processo-da-lava-jato-que-investiga-empresa-de-bauru-em-esquema-de-propina.ghtml>>. Acesso em: 04.02.2019.



12.1.2 – CABOS ELEITORAIS E CABIDES DE EMPREGO

12.1.2.1 – A terceirização ampla e irrestrita no âmbito da administração pública facilita a contratação de mão de obra que participou de campanhas eleitorais, pois não há qualquer obrigatoriedade legal de que empresas terceirizadas realizem processos seletivos com critérios objetivos. Frequentemente, são noticiadas, pela imprensa, denúncias e investigações sobre essa modalidade de corrupção.⁹ Os cabos eleitorais são contratados pelas empresas terceirizadas para atenderem às solicitações de políticos que tiveram êxito nas eleições ou até mesmo em decorrência de alianças partidárias.

12.1.2.2 – Sem dúvida, a prática acima descrita fere os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, da CRFB/1988) e transforma entes públicos em “cabides de emprego”. Compromete, também, a eficiência dos serviços, pois o terceirizado “indicado de político”, ainda que preste serviços de má qualidade, geralmente permanece na função.

12.1.3 – TERCEIRIZADOS FANTASMAS

12.1.3.1 – Comumente, identificam-se situações em que a real quantidade de postos de trabalho disponibilizada pela empresa terceirizada está aquém do previsto em contrato administrativo¹⁰. Há hipóteses de “terceirizados fantasmas”, ou seja, pessoas que constam nas folhas de pagamento de empresas terceirizadas e que deveriam prestar serviços para entes públicos, mas nunca foram vistas nas repartições públicas. Outra hipótese recorrente é a do trabalhador cujo nome consta em mais de um contrato de prestação de serviços, com jornadas de trabalho coincidentes.

12.1.4 – AUSÊNCIA DE CONTROLE DE QUALIDADE, DE DESEMPENHO DOS SERVIÇOS PRESTADOS E DE MONITORAMENTO DAS DESPESAS PÚBLICAS

12.1.4.1 – Na Ação n. 03/2018 da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro), foi realizado diagnóstico das irregularidades em contratos de Gestão em Saúde, que funcionam como uma

⁹ Ex-funcionários denunciam esquema de 'cabide de empregos' entre terceirizadas e prefeituras do RS. Segundo as denúncias, empresas contratadas empregavam pessoas indicadas por políticos e aliados. Esquema é investigado nas cidades de Canoas, Triunfo e Guaíba. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/ex-funcionarios-denunciam-esquema-de-cabide-de-empregos-entre-terceirizadas-e-prefeituras-do-rs.ghtml>>. Acesso em: 21.01.2019.

¹⁰ Operação identifica 30 terceirizados fantasmas em município baiano. Uma fiscalização do Ministério da Transparência (CGU) identificou terceirizados fantasmas na prefeitura do município baiano de Jequié, distante 370 quilômetros de Salvador. Disponível em:< <http://radioagencianacional.ebc.com.br/geral/audio/2017-12/operacao-identifica-30-terceirizados-fantasmas-em-municipio-baiano>>. Acesso em: 21.01.2019.



forma de terceirização *lato sensu* da gestão e prestação dos serviços de saúde à população. Consoante o relatório, detectaram-se irregularidades recorrentes relacionadas à falta de critérios objetivos para a seleção de organizações sociais; ausência de estudos prévios e planejamento adequado; ausência de indicadores ou dos atributos necessários para que a avaliação do desempenho da organização social seja efetiva; e inexistência de controle adequado quanto à gestão dos recursos.

12.1.4.2 – Naquele relatório, foram referenciadas recentes operações policiais e atuações do Ministério Público Brasileiro voltadas para a área da saúde, que identificaram graves irregularidades relacionadas ao desvio de verbas públicas.¹¹

- 11
- Operação “Sutura” – Âmbito Estadual/SC – 2018: Suspeita de serviços não prestados e empresas contratadas de titularidade dos próprios gestores da Organização Social.
 - Operação “Custo Político” – Âmbito Federal/AM – 2017: Suspeita de recebimento de propinas para liberação de recursos, inclusive para Organizações Sociais.
 - Operação “Maus Caminhos” – Âmbito Federal/AM – 2016: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social – Instituto Novos Caminhos (INC). Consta condenação em primeira instância perante a 4ª Vara Federal do Amazonas, Processo nº 0000041-09.2017.4.01.3200.
 - Operação “Ouro Verde” – Âmbito Estadual/SP – 2017: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social.
 - Operação “Haustório” – Âmbito Estadual/SP – 2017: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social.
 - Operação “Genebra” – Âmbito Estadual/Distrital - 2017: Suspeita de irregularidades na contratação de Organização Social para gestão de unidades de saúde.
 - Operações “Sermão aos Peixes”/“Pegadores” – Âmbito Federal/MA – 2015-2017: Suspeita de desvio de recursos públicos no âmbito da Secretaria Estadual de Saúde mediante empresas de fachada, transformações societárias de empresas para torná-las empresas de gestão hospitalar, funcionários fantasmas em Organizações Sociais.
 - Operação “Ilha Fiscal” – Âmbito Estadual/RJ – 2015: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social, mediante superfaturamento de contratações de manutenção de unidades hospitalares.
 - Operação “Fidúcia” – Âmbito Federal/PR – 2015: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social de Interesse Público em contratos na área da saúde.
 - Operação “Atenas” – Âmbito Estadual/SP – 2013: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social e Organização Social de Interesse Público.
 - Operação “Assepsia” – Âmbito Federal/RN – 2012: Suspeita de desvio de verbas públicas mediante a utilização de Organização Social. Consta condenação em primeira instância.
 - “Operação Fraternidade” da Polícia Federal, conjuntamente com a Controladoria Geral da União, que identificou potenciais irregularidades em licitações em 171 municípios do Estado do Ceará, o que corresponde a 93% do total de cidades do Estado, que é 184. Fraudes que se estruturavam em contratos terceirizados e mediante o superfaturamento na execução dos contratos, prática de falsificação de documentos, lavagem de dinheiro, múltiplos vínculos societários entre as empresas e utilização de pessoas jurídicas de fachada e de pessoas interpostas em contratações públicas promovidas por prefeituras.
 - Atuação MPF – Estadual/PE – 2017: Notificações recomendatórias para evitar desvios de finalidade em aplicações de recursos federais por parte de unidades geridas por Organização Social.
 - Atuação MPF – Estadual/BA – 2016: Ações de improbidade e intervenção em unidades de saúde anteriormente geridas por organizações sociais irregulares e indícios de desvio de recursos públicos.
 - Atuação MPRJ – Estadual/RJ – 2016: Múltiplos inquéritos civis em curso em face da quase totalidade das organizações sociais em atividade no Município do Rio de Janeiro, após identificação de potenciais irregularidades pelo TCM.



12.1.5 – RISCOS DE VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS

12.1.5.1 – É notória a alta rotatividade das relações de trabalho decorrente da terceirização, bem como o fato de que, ao contrário dos servidores e empregados públicos, trabalhadores terceirizados não possuem fé pública. Portanto, se mantida a terceirização permitida pelo Decreto n. 9.507/2018, os riscos de vazamento de informações sigilosas e de ingerência de interesses privados na administração pública aumentarão exponencialmente.

12.1.6 – “CALOTES TRABALHISTAS” E DANOS AOS COFRES PÚBLICOS

12.1.6.1 – A ampliação das possibilidades de terceirização na administração pública, se não houver rígido controle pelo ente público tomador dos serviços, fatalmente aumentará **os prejuízos ao erário decorrentes dos “calotes” praticados pelas empresas terceirizadas em relação às obrigações trabalhistas devidas a seus empregados.**

12.1.6.2 – O “calote” é verificado frequentemente na Justiça do Trabalho, em ações nas quais os entes públicos são condenados a pagar, de forma subsidiária, as verbas decorrentes do inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela empresa terceirizada. Lista recentemente divulgada pelo Tribunal Superior do Trabalho evidencia que, **dos 100 (cem) maiores devedores trabalhistas, um terço são empresas de terceirização**¹².

12.1.6.3 – Assim, no plano fático, **o ente que terceiriza paga duas vezes, em claro prejuízo ao erário**: uma primeira vez pela terceirização contratada, cuja remuneração deveria ser destinada ao pagamento dos trabalhadores, e uma segunda vez, diretamente aos trabalhadores, quando demandado, pelo inadimplemento da terceirizada.

12.1.6.4 – **A mídia nacional ecoa esta constatação ao reiteradamente noticiar os “calotes” das terceirizadas que contratam com os entes públicos.**¹³

• Atuação MPF – Brasília/DF – 2014: Ação criminal proposta por sonegação fiscal/previdenciária e utilização de organização social como mera intermediadora de mão-de-obra. Ação Penal nº 0002377-70.2014.4.01.3400.

• Atuação MPF – Araçatuba/SP – 2014: Denúncia ofertada pelo MPF imputando desvio de recursos públicos, superfaturamento, pagamentos em duplicidade, despesas simuladas. Processo nº 0001440-33.2014.4.03.6107.

• Atuação MPF – Estadual/TO – 2012: Ação Civil Pública requerendo a nulidade dos contratos firmados para administrar 17 hospitais públicos no estado, em face de irregularidades no formato de contratação e qualificação acelerada/precipitada.

• Atuação MPF – Estadual/TO – 2008: Ação de improbidade por suspeita de irregularidades na contratação de organização social para gestão hospitalar e desvio de recursos.

¹² Disponível em <<http://www.tst.jus.br/estatistica-do-cndt>>. Acesso aos 25.01.2019.

¹³ Cita-se como exemplo a seguinte reportagem publicada em 05.01.2017: **Terceirizados demitidos da Petrobras cobram pagamento de rescisão no Rio.** Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/01/terceirizados-demitidos-da-petrobras-cobram->



12.1.6.5 – Embora o STF, no julgamento da ADC 16, tenha declarado a constitucionalidade do art. 71¹⁴ da Lei n. 8.666/1993, restou ressalvado que a administração pública pode ser responsabilizada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empresa terceirizada a seus empregados quando houver provas de falhas na escolha da empresa terceirizada (empresa inidônea e/ou sem capacidade técnica e financeira) ou de falhas no cumprimento de seu dever de fiscalizar adequadamente o adimplemento das obrigações trabalhistas.¹⁵

12.1.7 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REFÉM

12.1.7.1 – Outro grande risco representado pela manutenção de um decreto que permite terceirizar serviços irrestritamente, com limites tênues e sujeitos à interpretação judicial, gerando insegurança jurídica, é o de a administração pública tornar-se refém de empresas prestadoras de serviços terceirizados que formam cartéis e estipulam os preços dos serviços, onerando-os excessivamente.

12.1.7.2 – Esse quadro vem ocorrendo na prestação de serviços de limpeza e saúde¹⁶. Se o preço ofertado pelas empresas se torna muito alto, a administração pública, diante da necessidade dos serviços, vê-se obrigada a aceitar o valor proposto.

pagamento-de-rescisao-no-rio.html:>. Acesso em: 01.02.2019.

¹⁴ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1ºA 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. §2ºA Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

¹⁵ A possibilidade de responsabilização subsidiária da administração pública quando comprovada a sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando* também foi explicitada no julgamento do RE n. 760931/DF.

¹⁶ Cita-se como exemplo dessa assertiva o fato de que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte corrigiu o projeto básico e os preços dos serviços de coleta de lixo da cidade de Natal, que seriam objeto de licitação. O Município acatou a recomendação e lançou edital com o preço do serviço calculado com a análise conjunta dos técnicos do Tribunal de Contas do Estado. O resultado? As empresas que prestavam serviços não aceitaram o preço proposto e a licitação foi deserta. Destaque-se que o valor estimado pela administração pública era de R\$ 333,5 milhões e o preço orçado pelas empresas variava de R\$ 391,8 a 393,2 milhões. Uma diferença de preço em torno de 60 milhões de reais. Se a administração não aceitar o preço proposto, não recebe o serviço, e já sem estrutura para executá-lo, mercê dos sucessivos anos sem concurso público e sem aquisição de máquinas e equipamentos, fica refém das contratadas. Um outro fato confirma que a Administração Pública já está refém da terceirização. Os serviços terceirizados por intermédio de cooperativas médicas são interrompidos quando a Administração Pública não aceita os preços propostos pelas entidades. No Rio Grande do Norte, várias cooperativas médicas prestam serviços ao SUS, em especialidades como cardiologia, pediatria, ortopedia, neurocirurgia e anestesia. In: MOUSINHO, Ileana Neiva. **Terceirização, corrupção, a administração refém e a falácia da eficiência**. Disponível em: <<http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com/2014/10/terceirizacao-corrupcao-administracao.html>>. Acesso em 05.02.2018.



12.1.7.3 – Essa realidade não é difícil de ocorrer na chamada contratação de serviços auxiliares ou acessórios. A administração pública pode tornar-se refém de interesses privados se permitir que atos administrativos introdutórios para a compra de bens e serviços, como a pesquisa de preços, sejam realizados por terceirizados, que podem ser utilizados para direcionar as aquisições e contratações desses bens e serviços.

12.1.8 – POSSIBILIDADE DE ALASTRAMENTO DA CORRUPÇÃO EM TODO O PAÍS

12.1.8.1 – O decreto em análise, da mesma forma que o decreto por ele revogado (Decreto n. 2.271/1997), pode servir de paradigma para regulamentar a terceirização no âmbito dos Poderes Públicos Estaduais e Municipais, diante dos termos do art. 22, XXVII, da CRFB/1988¹⁷, ampliando as brechas para a corrupção.

13. CONCLUSÃO

13.1 – Em razão das considerações acima expostas, a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – CONAP do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO **manifesta-se:**

- a) pela revogação do Decreto n. 9.507/2018 quanto aos aspectos analisados nesta nota técnica, posicionando-se favoravelmente à manutenção do Decreto n. 2.271/1997 quanto aos limites de terceirização pela administração pública;**
- b) pela vedação expressa de locação de mão de obra pela administração pública; e**
- c) pela integral revogação da Portaria n. 443/2018, baseada no Decreto n. 9.507/2018.**

Brasília, 06 de fevereiro de 2019.

Carolina Mercante
Procuradora do Trabalho
Coordenadora Nacional da Conap

Ana Cristina D. B. F. Tostes Ribeiro
Procuradora do Trabalho
Vice-Coordenadora Nacional da Conap

¹⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;



MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Assinatura/Certificação do documento **PGEA 000181.2019.10.900/8 Trabalho Técnico nº 002379.2019**

Signatário(a): **ANA CRISTINA DESIRÉE BARRETO FONSECA TOSTES RIBEIRO**

Data e Hora: **06/02/2019 17:04:35**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **CAROLINA VIEIRA MERCANTE**

Data e Hora: **06/02/2019 17:11:08**

Assinado com login e senha

Endereço para verificação do documento original: https://protocoloadministrativo.mpt.mp.br/processoEletronico/consultas/valida_assinatura.php?m=2&id=2830647&ca=SZJ54ZS17VFTDVBC