**DIRETORIA DO PROCESSO LEGISLATIVO – DIRLEG**

**DIVISÃO DE CONSULTORIA LEGISLATIVA – DIVCOL**

**NOTA TÉCNICA**

**Audiência Pública – Requerimento de Comissão nº 893/2022**

**Dados da Audiência Pública**

* **Tema:** A terceirização dos servidores públicos da educação no município de Belo Horizonte.
* **Comissão:** Comissão de Administração Pública.
* **Autoria do requerimento:** vereadora Iza Lourença.
* **Data, horário e local:** 08/06/2022, 13:30h, plenário Camil Caram.

**1. Embasamento legal para a terceirização**

A realização de atividade pública é, em princípio, realizada diretamente por meio de seus agentes públicos, sendo que a Constituição Federal de 1988 estabelece que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.

[...]

No entanto, o Decreto-lei 200/1967, que trata da organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, permite a execução indireta das atividades executivas da administração pública, surgindo a terceirização e ampliando a descentralização de serviços na Administração Pública, conforme previsto no art. 10, § 7º, do referido Decreto:

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e contrôle 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.

O conceito de terceirização se solidificou no por meio do direito trabalhista, com a Lei 6019/74 sobre trabalho temporário:

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.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Na doutrina há certa unanimidade quanto a impossibilidade de terceirização nas atividades típicas de Estado, tais como a de Juízes, Promotores, Conselheiros dos Tribunais de Contas, etc., sendo o argumento central construído sobre a ausência de subordinação direta na terceirização. Ou seja, o Poder concedente não pode impedir a demissão ou realizar qualquer ingerência nas atividades da contratada. Argumenta-se, ainda, que a vulnerabilidade do funcionário da terceirizada à influência dos grandes agentes do mercado pode levá-lo a agir contrariamente aos interesses do estado, sob ameaça de demissão.

Até a década de 2010, o entendimento dos tribunais era pela possibilidade de terceirização apenas de atividades-meio. Ou seja, se fosse uma atribuição de cargo público, não seria possível terceirizar, pois as atividades se tornariam concorrentes, como elucida o Acórdão n. 5.216/2012 - TCU - 1ª Câmara, proferido no processo TC-032.202/2010-5:

"41. Entretanto, não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela Administração Pública.[...]

42. A Constituição Federal de 1988, ademais, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público […]

44. Dessa forma, **a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público**, em clara afronta aos princípios constantes do caput, do artigo 37, da Carta Política."

Mas houve mudança na interpretação da extensão de terceirização para atividades-fim a partir da decisão de várias ações em 2020 pelo STF (ADIn 5.735, 5.695, 5.685, 5.686 e 5.687). Em seu voto, quando tratando diretamente de cargos públicos, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que :

“contratação de empresa de serviço temporário para terceirizar o desempenho de determinadas atividades dentro da administração pública não implica em violação à regra do concurso público, uma vez que não permite a investidura em cargo ou emprego público, devendo a Administração observar todas as normas pertinentes à contratação de tais empresas.”

A partir de 2020, a limitação de terceirizar passou, então, a se concentrar na concorrência entre atividades desempenhadas por cargo público e atividades terceirizadas. Assim, a terceirização de atividade-fim é possível quando concomitante com a extinção/transformação do cargo público cujas atribuições são concorrentes. Ou, no caso de emprego público, a terceirização da atividade-fim se dá com a privatização da atividade econômica, em que ocorre a sucessão trabalhista dos funcionários.

**2. Considerações técnicas**

Na área da educação, as terceirizações são realizadas em Belo Horizonte, por exemplo, nos serviços de atendimento às crianças de 0 a 3 anos. Há inclusive órgãos criados para análise desse tipo de terceirização, como a Comissão de Credenciamento de OSC para Parcerias da Educação/CCOP e a Gerência de Parcerias da Educação/GPAED. As atuais terceirizações na área da educação visam, majoritariamente, oferecer atividades educacionais no contraturno para atender diretrizes curriculares do Programa de Educação Integral da Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte. São atividades que a PBH não possui meios e estrutura próprios para oferecer.

Na educação regular, o currículo é nacionalmente definido, de modo que há compatibilidade com a perenidade da estrutura estatal de cargos públicos. Já as atividades do contraturno escolar possuem especifidades e dissimilaridade locais, cujos projetos educacionais buscam variadas alternativas para assimilar o contexto da comunidade local. Muitos destes projetos possuem características de temporariedade que podem ser incompatíveis com a estrutura rígida de cargos públicos, de modo que a estratégia de terceirização é uma alternativa legítima do gestor público para viabilizar sua execução.

Ressalta-se que apesar de os serviços prestados por OSC se caracterizarem como serviços públicos, os profissionais contratados por elas não são servidores públicos e, portanto, não se submetem às regras explicitadas no Estatuto dos Servidores, além de não poderem exercer atribuições já estabelecidas em lei para os cargos públicos. Ainda assim, aqueles profissionais devem seguir os princípios da administração pública e zelar pelo adequado emprego e prestação de contas dos recursos públicos de que forem incumidos.

Por fim, a contratação temporária por excepcional interesse público, ainda que se assemelhe à terceirização, não se dá pela mesma motivação. É uma contratação direta, por seleção simplificada, para exercício por tempo limitado de atividade exclusiva do cargo publico, sem que ocorra o provimento no cargo. Essa estratégia serve para cobrir ausências não planejadas de servidores e funcionários públicos, como afastamentos por motivos médicos, licença maternidade, ampliação inesperada de demanda por serviços de saúde pública etc. Essa é uma contratação também estratégica para ampliar temporariamente as atividades desempenhadas por determinados cargos em situações de emergência, como ocorre com as atividades da defesa civil em situações de calamidade.

**3. REFERÊNCIAS**

Legislação Federal

- Constituição Federal: inciso IX do art. 37.

- Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que “Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.“

- Decreto 8.726/16, que "Regulamenta a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, para dispor sobre regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública federal e as organizações da sociedade civil."

Legislação Estadual

- Constituição Estadual: art. 22

- Decreto 47.132/17, que "Regulamenta a Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999, e dá outras providências."

- Lei 23750, de 23/12/2020: que “Estabelece normas para contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.”

Legislação Municipal

- Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte, § 1° e caput do art. 46.

- Lei nº 7.169, de 30 de agosto de 1996, que “Institui o Estatuto dos Servidores Públicos do Quadro Geral de Pessoal do Município de Belo Horizonte vinculados à administração direta, (VETADO) e dá outras providências.”

- LEI Nº 7.235, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996, que “Dispõe sobre o Quadro Especial da Secretaria Municipal de Educação, institui o Plano de Carreira dos Servidores da Educação da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, estabelece a respectiva tabela de vencimentos e dá outras providências.”

- Lei nº 11.175, de 25 de junho de 2019, que “Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição da República de 1988.” Ver § 3º do art. 2º.

- Decreto 16.746/17, que "Dispõe sobre as regras e procedimentos do regime jurídico das parcerias celebradas entre a administração pública municipal e as organizações da sociedade civil e dá outras providências.",

Belo Horizonte, 03 de junho de 2022

Pedro Schettini Cunha

Administrador