

Processo: 997805
Natureza: CONSULTA
Consulente: Marcos Pascoalino
Interessado: Reginaldo Furtado de Carvalho
Procedência: Prefeitura Municipal de Rio Pomba
Relator: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

TRIBUNAL PLENO – 03/03/2021

CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO, VIA PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PRÉVIO, DE EMPREENDEDOR INDIVIDUAL (EI) OU MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INSTRUMENTAIS (ATIVIDADES-MEIO) NÃO COINCIDENTES COM AS ATRIBUIÇÕES DE CARGO OU DE EMPREGOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS.

1. É possível a contratação de serviços por entidade ou ente público, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) 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.
2. “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (inciso XXI do art. 37 da Constituição da República), não sendo possível impedir o acesso de qualquer pretendente à disputa por uma contratação pública com base apenas na circunstância de ele apresentar-se como empresário individual ou microempendedor individual.
3. A licitação e a contratação de serviços por entidade ou ente público não podem contemplar:
 - a) a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra; b) a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, que encampou, no mérito, o voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz, em:

- I) conhecer da consulta, preliminarmente, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos incisos I a IV do § 1º do art. 210-B da Resolução n. 12/2008;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos:

1. É possível a contratação de serviços por entidade ou ente público, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) 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;
2. “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (inciso XXI do art. 37 da Constituição da República), não sendo possível impedir o acesso de qualquer pretendente à disputa por uma contratação pública com base apenas na circunstância de ele apresentar-se como empresário individual ou microempreendedor individual;
3. A licitação e a contratação de serviços por entidade ou ente público não podem contemplar: a) a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra; b) a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante;

III) determinar o cumprimento das disposições regimentais aplicáveis, especialmente art. 210-D e art. 210-E, intimando-se por meio eletrônico, além do consultante, também o atual Prefeito Municipal de Rio Pomba.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o então Conselheiro Presidente Mauri Torres apenas na preliminar, e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho apenas no mérito.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 3 de março de 2021.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 04/11/2020

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I. RELATÓRIO

Trata-se de Consulta eletrônica, enviada a este Tribunal de Contas em 8 de fevereiro de 2017, formulada pelo Sr. Marcos Pascoalino, Prefeito do Município de Rio Pomba, que questionou:

Pode uma entidade ou órgão público contratar, via procedimento licitatório prévio, empreendedor individual (EI) ou microempreendedor individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargo ou de empregos públicos, como, por exemplo, conservação, limpeza, vigilância, motorista, dentre outros?

A Consulta foi distribuída à minha Relatoria. Atendidos os requisitos do art. 210-B, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (RITCEMG), determinei o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência, para elaboração de relatório técnico contendo a indicação das deliberações deste Tribunal sobre a questão suscitada e respectivos fundamentos. A Unidade Técnica verificou que o TCEMG ainda não havia se manifestado acerca da indagação formulada pelo Consulente.

A seguir, encaminhei a Consulta à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, para elaboração de relatório sobre a questão suscitada, nos termos do art. 210-C do RITCEMG. A Unidade Técnica elaborou o estudo solicitado e retornou-me os autos conclusos.

II. HISTÓRICO DE DELIBERAÇÕES

A Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência constatou, *in verbis*:

Em pesquisa realizada nos sistemas TCJuris e MapJuris, nos informativos de jurisprudência e nos enunciados de súmula, certificou-se que a matéria em questão **não** foi objeto de deliberação no TCEMG, **nos exatos termos** ora suscitados.

Destaca-se, no entanto, conforme salientado pelo consulente, que o TCEMG discorreu sobre tema similar e, nos autos da Consulta n. 812006 (30/3/2011), posicionou-se *ipsis litteris*:

[...] o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte passou a disciplinar também o microempreendedor individual, ao qual deve ser estendido o tratamento jurídico diferenciado nas contratações públicas, não obstante a ausência de referência expressa ao MEI no art. 47 da LC 123/06, *in verbis*:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica**, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (Grifos nossos).

[...]

Considerando-se que a presente consulta versa sobre o tratamento diferenciado ao microempreendedor individual no bojo do sistema de credenciamento,

hipótese de inexigibilidade de licitação, importa destacar que a LC 123/06 prevê literalmente apenas a possibilidade de efetivação do favorecimento nas contratações públicas quando da realização de procedimento licitatório pela Administração Pública, conforme se depreende de seus arts. 48 e 49, *in verbis*:

Art. 48. **Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:**

[...]

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. (Grifos nossos).

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência verificou que o TCEMG ainda não se manifestou acerca da indagação formulada pelo consulente.

No entanto, a Corte de Contas mineira, conforme aventado pelo consulente, já se posicionou no sentido de que:

A Administração Pública pode promover o credenciamento conferindo tratamento diferenciado aos microempreendedores individuais, bem como às micro e pequenas empresas, nos termos do art. 170, IX, e 179, ambos da CR/88, e do art. 47 da LC 123/06, desde que observado o requisito constante da parte final deste artigo de haver previsão e regulamentação do tratamento diferenciado na legislação do respectivo ente. Consulta n. 812006 (30/3/2011).

III. FUNDAMENTAÇÃO

III.1. ADMISSIBILIDADE

Considero estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos incisos I a IV do § 1º do art. 210-B da Resolução n. 12/2008, *in verbis*:

Art. 210-B A consulta será recebida, por meio de formulário eletrônico disponibilizado no Portal do Tribunal na internet, protocolizada, autuada, distribuída e encaminhada a Conselheiro, para análise dos pressupostos de admissibilidade, observados, no que couberem, os critérios do CAPÍTULO IV do TÍTULO IV deste Regimento.

§ 1º São pressupostos de admissibilidade:

I – estar subscrita por autoridade definida no art. 210 deste Regimento;

II – referir-se a matéria de competência do Tribunal;

III – versar sobre matéria em tese e, não, sobre caso concreto;

IV – conter indicação precisa da dúvida ou da controvérsia suscitada; (...)

Pois, quem faz a Consulta é o Prefeito do Município de Rio Pomba, Sr. Marcos Pascoalino, autoridade competente. A matéria “contratação, via procedimento licitatório prévio, de empreendedor individual (EI) ou microempreendedor individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargo ou de empregos públicos” é de competência deste Tribunal de Contas e trata-se de questionamento em tese.

Assim, conheço da Consulta para respondê-la em tese.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Admito a consulta.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também conheço.

ADMITIDA A CONSULTA.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

III.2. MÉRITO

III.2.1. Do Microempreendedor Individual

Para responder à pergunta do Prefeito de Rio Pomba é preciso examinar a questão do microempreendedor individual (MEI). O empreendedorismo individual é uma maneira de proporcionar a cidadania empresarial a pessoas que antes trabalhavam de maneira informal. Tais pessoas perdiam oportunidades de negócios por não possuírem registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

Desde 2005, a Emenda Constitucional n. 06 adicionou o inciso IX ao art. 170 da Constituição da República (CR), que regulamenta os princípios da ordem econômica, de forma a conferir tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Para regulamentar o inciso IX do art. 170 da CR, foi publicada a Lei Complementar n. 123/2006 (LC n. 123/06), que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP). Essa Lei trouxe tratamento diferenciado ou privilegiado para as pequenas

empresas, tendo em vista constituírem a maioria das empresas do País e importantes agentes econômicos.

A LC n. 123/06 disciplinou minuciosamente as características dessas empresas. Para efeito de responder o questionamento feito nesta Consulta, interessa-nos o Capítulo V “DO ACESSO AOS MERCADOS”, Seção I “Das Aquisições Públicas”, os artigos 42 a 49. Especialmente, os artigos 47, 48 e 49, *litteris*:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º **(Revogado)**.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos **arts. 47 e 48 desta Lei Complementar** quando:

I - **(Revogado)**;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos **arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

A figura do Microempreendedor Individual – MEI foi inserida no Ordenamento Jurídico pátrio com a edição da Lei Complementar n. 128/2008, com o objetivo de tirar as pessoas que exerciam a atividade empresarial de que trata o art. 966, do Código Civil de 2002, do campo da informalidade profissional.

A sua constituição se opera por simples preenchimento de requerimento de empresário, pela pessoa física interessada. Por conseguinte, não possui contrato social, tampouco registro dos seus atos constitutivos, nos termos do art. 45, do Código Civil.

Assim, o MEI é um empresário individual, com uma opção tributária específica, que exerce atividade econômica em nome próprio. Rege-se pelo princípio da unicidade patrimonial e todos os bens do empresário – da vida civil e empresarial – respondem por eventuais obrigações oriundas da atividade econômica exercida.

Com efeito, o MEI apenas recebe um número de inscrição junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) para fins de facilitação do sistema de tributação, com a emissão de notas fiscais e a entrega de declarações, bem como para facilitar as operações financeiras em geral, como abertura de conta bancária e requisição de empréstimos.

A LC n. 123/2006 estende seus efeitos ao microempreendedor individual, nos termos do art. 966 do Código Civil de 2002:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A Lei Complementar n. 128, de 2008 (LC n. 128/2008) introduziu o artigo 18-A na LC n. 123/2006, incluindo a figura do Microempreendedor Individual (MEI), a saber:

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.

[...]

Assim, o MEI passou a usufruir das vantagens concedidas pela LC n. 123/2006. Em breve síntese, as principais vantagens a que o MEI teve acesso foram: a possibilidade de emissão de nota fiscal e a comprovação de renda, os direitos previdenciários, baixa burocracia e facilidades na formalização, a redução dos impostos e das obrigações acessórias exigidas e a facilidade de acesso a créditos e financiamentos. Em suma, o MEI teve sua atividade profissional regulamentada e acesso ao disposto na LC n.123/2006.

A atual redação do art. 47 da LC n. 123/2006 foi dada pela LC n. 147/2014; anteriormente, o comando legal apenas dava **a faculdade aos gestores públicos de conceder tratamento diferenciado e simplificado às referidas empresas, diferentemente da obrigatoriedade atual**. Isso demonstra a evolução do tema no âmbito do Direito Brasileiro, consagrando a relevância, já constitucionalmente prevista, das microempresas e empresas de pequeno porte.

Conforme o parágrafo único do art. 47 da LC n. 123/2006, caso não haja legislação mais favorável do Ente municipal acerca do tema, o Município deve aplicar a legislação federal, ou seja, os Municípios deverão observar as regras previstas no art. 48 da LC n. 123/2006, normas que, por força do art. 3º da LC n. 123/2006, são aplicáveis ao MEI.

III.2.2. Do Empreendedor Individual

O questionamento do Prefeito de Rio Pomba envolveu a figura do Empreendedor Individual (EI). Nesse caso, entendo que o Prefeito referia-se à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, cuja sigla é EIRELI. Ela pode ser conceituada como um tipo de categoria empresarial na qual o negócio possui apenas um único sócio.

Sua criação se deu por meio da Lei n. 12.441/2011 com o objetivo de fazer com que acabasse a obrigatoriedade de a sociedade ter um segundo sócio para se constituir como sociedade limitada, *in verbis*:

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 44.

[...]

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

A Lei 12.441/2011 introduziu, no Código Civil, o artigo 980-A, *litteris*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

[...]

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Para que seja criada a EIRELI, é necessário que esta sigla seja obrigatoriamente incluída no nome empresarial escolhido. Isso para que, ao visualizar a denominação recebida pelo negócio, já seja identificado imediatamente que a empresa se encaixa nesta categoria em questão.

As vantagens de se constituir a EIRELI variam de acordo com o perfil do empreendedor e das características específicas que cada negócio possui. O patrimônio da empresa e o de seu proprietário são contabilizados separadamente, de maneira a evitar que os bens pessoais sejam utilizados para realizar o pagamento de dívidas da empresa, que possam vir a surgir.

Normalmente, a microempresa (ME) e a empresa de pequeno porte (EPP) são as que podem usufruir de vantagens concedidas pela Lei n. 123/2006. A EIRELI pode usar o Simples Nacional para o pagamento de tributos; no entanto, não possui limite de valor de faturamento anual da empresa estipulado. No caso de a EIRELI ter o faturamento anual dentro do limite da EPP, pode se enquadrar como EPP e se aplicam a ela as regras da LC n.123/2006.

De acordo com o artigo 3º da LC n. 123/2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, **a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). (grifei)

Assim, em consonância com o art. 3º da LC n. 123/2006, pode a EIRELI ser considerada microempresa ou empresa de pequeno porte e usufruir das vantagens concedidas a essas empresas em sua relação com a Administração Pública, conforme visto no item III.2.1.

III.2.3. Das vedações e exceções previstas na Lei Complementar n. 123/2006

Outro ponto importante para responder a esta Consulta refere-se à atividade prestada pela ME e EPP, uma vez que existem exceções previstas pela LC n. 123/2006:

Art. 17. **Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional** a microempresa ou a empresa de pequeno porte:

[...]

XII - **que realize cessão ou locação de mão de obra;**

[...]

§ 1º **As vedações relativas a exercício de atividades previstas no caput deste artigo não se aplicam às pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às atividades referidas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18 desta Lei Complementar**, ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no *caput* deste artigo.

[...] (grifei)

Cabe lembrar, contudo, que a LC n. 123/2006, prevê o afastamento da citada vedação em relação a algumas atividades específicas, como a prestação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

[...]

§ 5º-C. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, **as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:**

[...]

VI - **serviço de vigilância, limpeza ou conservação.** (grifei)

Assim, no caso de cessão ou locação de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, o objetivo intentado pela LC n. 123/2006 é o de evitar que empresas que **se utilizem de mão de obra intensiva para a realização de suas atividades tenham suas contribuições previdenciárias substituídas por contribuições incidentes sobre a receita. Contudo, para alguns setores com uso intensivo de mão de obra, como construção civil, serviços de vigilância, limpeza e conservação, a legislação permite a opção pelo Simples Nacional, mas remete a tributação para o anexo IV da LC n. 123/2006.**

Assim, **encontra-se no Anexo IV da LC n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016, cuja vigência se deu a partir de 01/01/2018, o estabelecimento de faixas de faturamento e alíquotas e partilha do Simples Nacional**, referentes aos tributos a serem recolhidos, decorrentes da prestação de serviços relacionados no § 5º-C do art. 18 da Lei Complementar n. 123/2006.

A empresa optante pelo Simples Nacional deve efetuar o cálculo dos tributos e transmitir, mensalmente, as apurações por meio do PGDAS-D¹, aplicativo disponível no Portal do Simples Nacional na *internet*. As normas para envio das informações e pagamento de tributos à Receita Federal encontram-se nos artigos 38 e 39 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN n. 140/2018², que dispõe sobre o Regime Especial Unificado de Arrecadação

¹ Disponível em: <https://www.receita.economia.gov.br/interface/lista-de-servicos/simples-nacional/optante-simples/pgdasd-defis-a-partir-de-01-2018> Acesso em: 09/06/2020.

² Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=92278> Acesso em: 09/06/2020.

de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

De acordo com a Instrução Normativa Receita Federal do Brasil – RFB n. 971, de 13/11/2009³, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, *in verbis*:

Art. 191. As ME e EPP optantes pelo Simples Nacional que prestarem serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada não estão sujeitas à retenção referida no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitidos, excetuada:

[...]

II - a ME ou a EPP tributada na forma do Anexo IV da Lei Complementar nº 123, de 2006, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009.

Assim, as ME e EPP prestadoras de serviços de mão de obra ou empreitada optantes pelo Simples Nacional **não estão sujeitas ao dever de retenção na fonte de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços**, quando este ocorrer mediante cessão de mão de obra, pela empresa tomadora, como está previsto no art. 31, da Lei n. 8.212/91.

Ao contrário, como visto, recolhem tributos pelo Simples Nacional, na forma do art. 18, §5º-C, inciso VI e do Anexo IV da LC n. 123/2006.

Desta forma, a Administração Pública pode contratar o MEI ou a EIRELI para prestação de serviços de instrumentais, tais como conservação, limpeza e vigilância, via procedimento licitatório, desde que as propostas de preços oferecidas incluam o valor dos tributos na forma do art. 18, §5º-C, inciso VI da LC n. 123/2006, que o recolhimento de tributos seja feito conforme o Anexo IV da LC n. 123/2006 e as normas do Simples Nacional do Comitê Gestor do Simples Nacional.

IV. CONCLUSÃO

Em face do exposto, quanto ao questionamento formulado pelo Consultante: “Pode uma entidade ou órgão público contratar, via procedimento licitatório prévio, empreendedor individual (EI) ou microempreendedor individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargo ou de empregos públicos, como, por exemplo, conservação, limpeza, vigilância, motorista, dentre outros?”, respondo nos seguintes termos:

Conforme o art. 170, inciso IX, da Constituição da República e dos artigos 47 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006, a Administração Pública **pode contratar**, via procedimento licitatório prévio, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) ou o Microempreendedor Individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargos ou de empregos públicos, desde que sejam respeitados os limites do artigo 3º da LC n. 123/2006. Apesar de haver a proibição de opção pelo Simples Nacional para empresas de cessão e locação de mão de obra, no art. 17, inciso XII e §1º, da LC n. 123/2006, existe a exceção para empresas de cessão e locação de mão de obra, dedicadas à prestação de serviço de vigilância, limpeza ou conservação, no art. 18, §5º-C da LC n. 123/2006. As empresas de cessão e locação de mão de obra, dedicadas à prestação de serviço

³ Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937> Acesso em: 09/06/2020.

de vigilância, limpeza ou conservação, devem incluir na proposta de preço o acréscimo tributário e realizar a retenção de impostos nos termos do Anexo IV da LC n. 123/2006.

É o parecer que submeto à apreciação de meus pares.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Peço vista, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 03/03/2021**

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Trata-se da consulta formulada, em 13/1/2017, pelo Sr. Marcos Pascoalino, Prefeito Municipal de Rio Pomba, àquela época.

Pergunta e explicações prévias foram consignadas em documento complementar, nos seguintes termos:

- 1 - É entendimento dominante na jurisprudência do TCE-MG (bem assim na doutrina e jurisprudência dos tribunais brasileiros) que podem as entidades e os órgãos públicos contratar serviços mediante realização de procedimento licitatório prévio, relativamente a atividades instrumentais (“atividades-meio”), desde que o respectivo objeto não coincida com atribuições inerentes a cargos ou empregos públicos.
- 2 - Em tais hipóteses, quando não existam, nos respectivos planos de cargos (ou empregos públicos) e de remunerações, as funções que se pretende contratar, é lícita a “terceirização” (na verdade, contratação de serviços contínuos e instrumentais) mediante contratação de sociedades empresárias.
- 3 - No entanto, diante das alterações havidas no âmbito do Direito Civil, notadamente na regulamentação das pessoas jurídicas, surgiu a figura do Empreendedor Individual – EI e do microempreendedor individual – MEI, que prestam serviços variados com benefícios fiscais que tendem a tornar mais barata a atividade.
- 4 - Sendo este o quadro, INDAGA-SE:

Pode uma entidade ou órgão público contratar, via procedimento licitatório prévio, empreendedor individual (EI) ou microempreendedor individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargo ou

de empregos públicos, como, por exemplo, conservação, limpeza, vigilância, motorista, dentre outros?

Em 16/3/2017, a então Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência elaborou relatório técnico, em cuja conclusão ficou consignado:

... o TCEMG ainda não se manifestou acerca da indagação formulada pelo consulente.

No entanto, a Corte de Contas mineira, conforme aventado pelo consulente, já se posicionou no sentido de que:

A Administração Pública pode promover o credenciamento conferindo tratamento diferenciado aos microempreendedores individuais, bem como às micro e pequenas empresas, nos termos do art. 170, IX, e 179, ambos da CR/88, e do art. 47 da LC 123/06, desde que observado o requisito constante da parte final deste artigo de haver previsão e regulamentação do tratamento diferenciado na legislação do respectivo ente. Consulta n. 812006 (30/3/2011).

Em 6/5/2020, foi a vez de a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios elaborar seu relatório, com esta conclusão:

... entende-se, em respeito ao art. 170, inciso IX, da Constituição Federal e dos artigos 47 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006, que a Administração Pública pode contratar, via procedimento licitatório prévio, empreendedor individual (EI) ou microempreendedor individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargo ou de empregos públicos.

Na Sessão de 4/11/2020, admitida a consulta, o Relator, Conselheiro José Alves Viana, proferiu voto, para submeter à apreciação do Colegiado resposta ao consulente nestes termos:

Conforme o art. 170, inciso IX, da Constituição da República e dos artigos 47 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006, a Administração Pública pode contratar, via procedimento licitatório prévio, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) ou o Microempreendedor Individual (MEI) para a prestação de serviços instrumentais (atividades-meio) não coincidentes com as atribuições de cargos ou de empregos públicos, desde que sejam respeitados os limites do artigo 3º da LC n. 123/2006. Apesar de haver a proibição de opção pelo Simples Nacional para empresas de cessão e locação de mão de obra, no art. 17, inciso XII e §1º, da LC n. 123/2006, existe a exceção para empresas de cessão e locação de mão de obra, dedicadas à prestação de serviço de vigilância, limpeza ou conservação, no art. 18, §5º-C da LC n. 123/2006. As empresas de cessão e locação de mão de obra, dedicadas à prestação de serviço de vigilância, limpeza ou conservação, devem incluir na proposta de preço o acréscimo tributário e realizar a retenção de impostos nos termos do Anexo IV da LC n. 123/2006.

Ato contínuo, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A consulta procedente da Prefeitura Municipal de Rio Pomba foi formulada em 13/1/2017, anteriormente à edição: *a)* da Lei nº 13.429, de 31/3/2017, a qual veio a alterar dispositivos da Lei nº 6.019, de 3/1/1974, que “dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros”; *b)* do Decreto Federal nº 9.507, de 21/9/2018, 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”.

Mais: foi realizada em 16/3/2017 a pesquisa de precedentes ao cabo da qual a então Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência concluiu que “o TCEMG ainda não se manifestou acerca da indagação formulada pelo consulente”.

Ora, essas duas circunstâncias impõem que, agora, seja resgatado o entendimento firmado por este Tribunal de Contas há pouco mais de um ano, no parecer que deu resposta à Consulta nº 1.024.677 (Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, Sessão de 4/12/2019) e que recebeu a seguinte ementa (vou sublinhar):

CONSULTA. LEI N. 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS.

1) As normas da Lei n. 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico.

2) As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) 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.

3) As normas da Lei n. 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. A vedação não se aplica caso implique contrariedade aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

A meu sentir, a resposta à consulta sob exame passa pela reafirmação de uma das teses aprovadas por ocasião da apreciação da referida Consulta nº 1.024.677, correspondente ao item nº 2 da ementa retrotranscrita, tese que não me parece deva ser revogada ou reformada, no estágio atual de compreensão das inovações da Lei nº 13.429, de 2017, e do Decreto Federal nº 9.507, de 2018.

Então, o caso é de, inicialmente, reafirmando aquela tese, registrar que é possível a contratação de serviços por entidade ou ente público, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) 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.

A esta altura, é importante lembrar que, na consulta, o consulente expôs dúvida sua sobre a possibilidade de entidade ou ente público, “via procedimento licitatório prévio”, contratar serviços “do Empreendedor Individual – EI e do microempreendedor individual – MEI, que prestam serviços variados com benefícios fiscais que tendem a tornar mais barata a atividade.”

Nesse contexto, vale lembrar dispositivo da Constituição da República (com destaque meu):

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:

[...]

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

...

E lembrar também outros dispositivos, estes da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, a qual regulamenta aquele dispositivo constitucional (mais uma vez, farei destaques):

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

[...]

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

...

A respeito dessa normatização – constitucional e legal – em prol da isonomia nas licitações públicas, são valiosas as explicações de Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 17ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016):

No seu relacionamento com os particulares, a Administração Pública está subordinada constitucionalmente à observância da isonomia. A relevância da isonomia está prevista em diversos dispositivos constitucionais, tais como o art. 5º, *caput* e o art. 19, III. Mas o art. 37, XXI, expressamente determina que as contratações públicas serão promovidas de modo a assegurar a igualdade de condições de todos os concorrentes.

A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação

entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para os terceiros.

A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo. Mas isso não significa a validade de todo e qualquer tratamento discriminatório cogitado pela Administração. [P. 93.]

A isonomia significa, de modo geral, o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração. Como decorrência direta e imediata da isonomia, é vedado à Administração escolher um particular sem observância de um procedimento seletivo adequado e prévio, em que sejam estabelecidas exigências proporcionadas à natureza do objeto a ser executado.

Sob esse ângulo, a isonomia significa o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Trata-se, então, da isonomia como tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração. [P. 95.]

Em uma primeira fase, há um ato administrativo em que são fixados os critérios de diferenciação que a Administração adotará para escolher o contratante.

As diferenciações constantes do ato convocatório devem atentar para os limites acima indicados. Será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não se ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo. O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à “proposta vantajosa”. No entanto, também se admite que essa discriminação reflita a utilização da licitação para a promoção de certos fins socialmente desejáveis, tal como se passa, de modo especial, no tocante ao tratamento preferencial para microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006).

O ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: (a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais. [P. 96.]

Ora, atentando às normas e à doutrina citadas, percebe-se que careceria de suporte normativo e que seria anti-isonômica qualquer tentativa de impedir o acesso de um pretendente à disputa por uma contratação pública com base apenas na circunstância de ele apresentar-se como empresário individual ou microempreendedor individual.

Evidentemente, essa circunstância pode atuar como fator impeditivo para uma pessoa, natural ou jurídica, vir a ser contratada por entidade ou ente público, ou mesmo vir a participar de uma licitação pública.

Mas isso decorrerá não de uma opção da entidade ou ente público contratante ou promovente da licitação, mas sim da definição do objeto a ser contratado.

Por exemplo, se o objeto pretendido é um serviço bancário, empresários individuais e microempreendedores individuais não poderão ser contratados ou mesmo participar da licitação.

Mas isso não por opção da entidade ou ente público contratante ou promovente da licitação, mas simplesmente porque a atuação de empresário individual ou de microempreendedor individual no mercado bancário não está autorizada na Lei nº 4.495, de 31/12/1964, dita Lei do Sistema Financeiro Nacional.

Noutra linha de raciocínio, é de se concluir que, em se tratando do microempreendedor individual – MEI, seria teratológica e ilegal uma cláusula editalícia que a ele pura e simplesmente vedasse a possibilidade de participar de uma licitação.

Teratológica porque, nos termos do § 3º do art. 18-E da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, “O MEI é modalidade de microempresa”; e à microempresa (como à empresa de pequeno porte) tem-se de conceder tratamento não prejudicial, mas sim favorecido, em obediência a comandos encontrados no ordenamento jurídico nacional, especialmente: Constituição da República, alínea “d” do inciso III e parágrafo único do art. 146, e art. 179; Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 1º; Lei nº 8.666, de 1993, § 14 do art. 3º e art. 5º-A.

E seria ilegal uma cláusula editalícia impeditiva da participação de microempreendedor individual numa licitação porque o § 4º do art. 18-E da Lei Complementar nº 123, de 2006, estatui que – vou sublinhar – “É vedado impor restrições ao MEI relativamente ao exercício de profissão ou participação em licitações, em função da sua natureza jurídica, inclusive por ocasião da contratação dos serviços previstos no § 1º do art. 18-B desta Lei Complementar.”

Então, o caso é de, na resposta ao consulente, registrar também que, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (inciso XXI do art. 37 da Constituição da República), não sendo possível impedir o acesso de qualquer pretendente à disputa por uma contratação pública com base apenas na circunstância de ele apresentar-se como empresário individual ou microempreendedor individual.

Por fim, convém destacar um dos dezoito artigos do Decreto Federal nº 9.507, de 2018, ato normativo lembrado aqui até porque é um dos esteios do entendimento aprovado no parecer que deu resposta à Consulta nº 1.024.677 (Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, Sessão de 4/12/2019). Ei-lo:

Art. 7º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos convocatórios que permitam:

- I – a indexação de preços por índices gerais, nas hipóteses de alocação de mão de obra;
- II – a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra;
- III – a previsão de reembolso de salários pela contratante; e
- IV – a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante.

No âmbito da consulta sob exame, interessam especialmente as seguintes vedações: “a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra” (inciso II) e “a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante” (inciso IV).

Essas duas vedações explicitam a proibição – já extraível do nosso sistema constitucional – da *terceirização de mão de obra*, a qual “é considerada ilícita, pois se visa à locação de mão de obra, sob o manto da terceirização, a fim de dissimular a prática ilegal de contratação de pessoal” (Carolina Zancaner Zockun, *Da terceirização na administração pública*, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 76).

Distinta da *terceirização de mão de obra* e que – a depender das condições como é realizada – pode mostrar-se lícita, é a *terceirização de serviços*, a qual, nas palavras também da referida jurista (*op. cit.*, p. 75),

é aquela em que se trespasam atividades administrativas de apoio, em que a Administração vislumbra o resultado como um todo, cabendo-lhe, por isso mesmo, remunerar diretamente o prestador do serviço.
Na terceirização de serviços o que se visa é ao serviço a ser realizado, e não quem irá realizá-lo.

A propósito, válida a observação de Joel de Menezes Niebuhr (A terceirização no novo Decreto nº 9.507/2018, *Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, Zênite, nº 299, p. 10, jan. 2019):

Adverta-se que a terceirização não representa propriamente exceção à regra constitucional do concurso público, porque por meio dela a Administração Pública não recruta pessoal para integrar seus quadros. Ela não se presta para arregimentar mão de obra, porém contratar terceiros para que estes prestem serviços, executem obrigações de fazer com autonomia, na forma que tenha sido contratada, sem relação de subordinação para com a Administração Pública.

Então, o caso é de, neste parecer, registrar finalmente que a licitação e a contratação de serviços por entidade ou ente público não podem contemplar: *a)* a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra; *b)* a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante.

III – CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, peço vênua ao Conselheiro Relator para, atualizando o voto de Sua Excelência, responder à consulta nos seguintes termos:

1. É possível a contratação de serviços por entidade ou ente público, desde que sua execução não caracterize manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: *a)* envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; *b)* sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; *c)* estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; *d)* 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.
2. “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” (inciso XXI do art. 37 da Constituição da República), não sendo possível impedir o acesso de qualquer pretendente à disputa por uma contratação pública com base apenas na circunstância de ele apresentar-se como empresário individual ou microempresendedor individual.
3. A licitação e a contratação de serviços por entidade ou ente público não podem contemplar: *a)* a caracterização do objeto como fornecimento de mão de obra; *b)* a pessoalidade e a subordinação direta dos empregados da contratada aos gestores da contratante.

Cumpram-se as disposições regimentais aplicáveis, especialmente art. 210-D e art. 210-E, intimando-se por meio eletrônico, além do consulente, também o atual Prefeito Municipal de Rio Pomba.

É como voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

Este Relator encampa as informações acrescidas pelo Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o voto do Conselheiro Relator e entendo que já está encampada essa atualização trazida pelo voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz. Então, me contempla a matéria na integralidade.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator, que encampou as novas informações trazidas pelo Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Também com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acompanho o voto-vista.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Eu acompanho o voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE JOSÉ ALVES VIANA:

**FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR, QUE ENCAMPOU O VOTO-VISTA DO
CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.**

**(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE
MOURA.)**

* * * *

sb/fg

