

NOTA TÉCNICA Nº 21/2018**Carreiras de Estado e Municípios – terceirização
– atividades típicas da administração pública –
impactos no conceito de terceirização.****Legislação correspondente:****Constituição Federal****Lei nº 11.079 de 2004****Instrução Normativa nº 02/18 TCM-BA**

Com a edição da Instrução Normativa nº 02/2018 o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia avançou muito, estabelecendo uma proposição do que possam ser consideradas atividades existentes no âmbito da administração; realizáveis pela própria administração e praticadas por agentes contratados em regime fora da atividade pública, ou usualmente nominadas como terceirizadas. O tema importa para o futuro das administrações públicas, afinal a própria questão das contratações das carreiras de estado, as carreiras da administração e a manutenção daquelas atividades que não podem ser assim consideradas merecem tratamento diferenciado. Vejamos, portanto, quais as formas que podemos considerar o tema.

Os serviços públicos em geral e as atividades típicas do Estado são prestadas por pessoas. No primeiro caso eles podem ser prestados por servidores públicos de carreira e por agentes contratados, quer sob contratação direta, mas transitória (Regime Especial de Direito Administrativo, por exemplo), ou também através de empresas prestadoras de serviços ou entidades com finalidades específicas de parceria com os interesses públicos – *ex vi* OSCIP e OS. Já as atividades típicas de Estado devem ser prestadas exclusivamente por servidores públicos de carreira.

Esta distinção é devida a regras de foro constitucional e, também, a concentração de princípios da mesma ordem. O artigo 247 da Constituição Federal, especificamente, define:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Além desta norma, especificamente, o disposto no artigo 4º, inciso III da Lei nº 11.079 de 2004 estabelece exatamente quais as atividades que não podem ser delegadas ou outorgadas ao particular:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

Como podemos ver, portanto, são consideradas atividades exclusivas de Estado aquelas inerentes a jurisdição, relativas ao poder de polícia e de fiscalização. Isto entre outras que possam assim ser consideradas, por serem atividades insuscetíveis de serem praticadas por particulares ou fora do mundo do poder público (investigação policial, fiscalização aduaneira, cobrança e fiscalização de tributos como mero exemplo).

No âmbito do município essas atividades são comuns de serem encontradas. Vemos, por exemplo, aquelas ligadas ao poder de polícia (feiras, serviços públicos, vigilância sanitária etc), fiscalização e administração tributária, guarda municipal entre outras atividades; sendo estas tomadas por premissa própria, posto serem inerentes ao poder público local e, justamente por isto, não podem transitar para o mundo privado, estando insuscetíveis de terceirização.

Esta definição, portanto, do que são atividades de Estado e, sendo assim, não podem ser objeto de terceirização, parece-nos, a princípio, simples de ser reproduzida. Afinal a lógica que importa aqui é a das atividades que, sendo exercidas pela prefeitura, não podem de modo algum, serem entregues a particular; seja porque a própria Constituição e a legislação federal proíbem, seja porque a legislação municipal proíbe.

Deste modo, se faz necessário que as prefeituras organizem, no limite da sua legislação, regras que possam definir quais são os cargos que são insuscetíveis de substituição; quando feita por agente privado. Esta definição é importantíssima para deixar claro para os atuais agentes públicos e os que, porventura, se sucederem na gestão política, da coisa pública local.

Portanto, ao fim, sugerimos que seja revista a estrutura de cargos da administração com a fixação, seja através de lei, de estudo técnico e normativa interna da prefeitura, ou mesmo através de emenda a lei orgânica do município, a definição dos cargos de carreira de estado existentes no âmbito do município para fins de organização da administração. Lembramos que esta definição servirá também para identificar quais os cargos que possam vir a sofrer alteração no contexto de sua estrutura.

Caso seja necessário qualquer esclarecimento sobre esta matéria estamos à disposição para prestar as informações necessárias.

Coordenação Jurídica UPB

(71)3115-5922/23/24/25

coordenacaojuridica@upb.org.br