



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

**PROCEDIMENTO:** CGA n.º 074/2017 – SPDOC/SG/297829/2017  
**INTERESSADO:** Corregedoria Geral da Administração  
**UNIDADE:** Administração Pública Estadual  
**ASSUNTO:** Consequências da aprovação da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, alterando os dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e suas possíveis implicações em apurações funcionais em andamento na Corregedoria Geral da Administração.

**Relatório CGA/DMCT n.º 124/2018**

Senhor Presidente,

O presente procedimento correccional foi instaurado com a finalidade de pautar e sistematizar a atuação da Corregedoria Geral da Administração em casos que envolvam a terceirização de serviços públicos prestados em órgãos do Governo do Estado de São Paulo, notadamente as contratações de serviços médicos realizadas pela Secretaria de Estado da Saúde, em decorrência da Lei nº 13.429, de 31.03.2017 que alterou dispositivos da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Em relatório de 26.03.2018, propôs-se a expedição de ofício, com cópia integral dos autos, à Secretaria de Governo, para ciência, e posterior remessa à sua Consultoria Jurídica para manifestação quanto:

- 1) À legalidade da continuidade desses contratos que deixaram de ser transitórios e excepcionais, tendo em vista as suas extensões que variavam de 30 (trinta) a 45 (quarenta e cinco) meses, afrontando, em tese, as orientações da Procuradoria Geral do Estado; e
- 2) À possibilidade de contratações de atividades-fim pela administração pública estadual, em consonância com o disposto na Lei federal n.º 13.429/2017, e suas possíveis implicações em apurações funcionais em andamento na Corregedoria Geral da Administração.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO

Mediante Ofício CGA n.º 420/2018, de 29.03.2018, cópia digitalizada do procedimento foi remetida à Chefia de Gabinete da Secretaria de Governo que a despachou para a Consultoria Jurídica como requisitado.

Em 26.07.2018, os autos originais, que se encontravam em arquivo temporário, retornaram com a juntada do Parecer CJ/SG n.º 237/2018, fls. 246/252, destacando-se trechos de seu conteúdo:

“(…)

“8. Em relação ao tema, a jurisprudência administrativa da Procuradoria Geral do Estado (PGE) há muito consolidou seu entendimento no sentido da admissibilidade da terceirização “da prestação de determinado serviço público, ainda que se trate de atividade compreendida na competência básica da entidade ou do órgão considerado”<sup>1</sup> (cf. pareceres SubG Cons 17-2002, PA-3 69-2002, PA 22-2011 e PA 95-2014).

Nesse particular, relevante transcrever trecho do Parecer SubG Cons 17-2002 a respeito do conceito de terceirização:

“4.1. Parece-me que o conceito de terceirização prescinde da noção de atividade-meio e de atividade-fim de um específico órgão ou entidade pública, podendo ter por objeto atividades acessórias ou parcelas da atividade principal da terceirizante. Tratando-se de atividade estatal delegável, pode haver contratação de serviços certos e determinados, que deverão ser prestados com independência e sem subordinação.” (g.n.)

10. Admite-se, assim, a delegação de parcelas da atividade principal de órgão ou entidade da Administração Pública, desde que os serviços sejam prestados com independência e sem subordinação.

11. Por outro lado, destaca a referida peça opinativa que “sempre que dada atividade, por força de lei, estiver organizada com a criação de **quadro funcional próprio**, para o exercício de funções de caráter permanente, não há que se falar em terceirização, exceto para o atendimento excepcional de necessidade transitória, na forma da lei.” (g.n.)

12. Não se desconsidera o posicionamento divergente da Justiça do Trabalho a respeito do tema da terceirização de atividade-fim.<sup>2</sup> A propósito, o Parecer PA 22-2011<sup>3</sup> lançou as seguintes conclusões:

“15. Como assentado no precedente Parecer PA n.º 69/2001, ‘a distinção entre atividade-meio e atividade-fim não é o ponto central para admitir ou não a

<sup>1</sup> Parecer SubG Cons n.º 17-2002, da lavra da i. Procuradora do Estado Dr<sup>a</sup> [REDACTED]

<sup>2</sup> (omissis)

<sup>3</sup> Da lavra da i. Procuradora do Estado Dr<sup>a</sup> [REDACTED]



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO

CGA  
Fls 257

*terceirização no âmbito da Administração Pública, mas sim a circunstância de a atividade ser ou não delegável ao particular'. Dessa forma, a ilação da Súmula 331 do TST de que seria fraudulenta a terceirização sempre que a mesma atinja a atividade-fim de determinada estrutura produtiva, não representa insuperável barreira à terceirização na Administração Pública, desde que o objeto contratado com terceiros não envolva atividade indelegável do Estado nem seja prestado com pessoalidade e subordinação, respeitados, por óbvio, os princípios regedores da atividade administrativa, notadamente os da legalidade, eficiência e economicidade." (g.n.)*

13. Com efeito, considerou o órgão opinativo que o teor da Súmula n.º 331 do TST não constitui óbice à prática na Administração Pública, uma vez que a *juridicidade da terceirização não pressupõe o exame da distinção entre atividade-fim e atividade-meio, mas sim do caráter delegável ou não da atividade a particulares.*

14. Em relação a esse derradeiro aspecto, o *Parecer SubG Cons 17-2002* fornece importante diretriz a respeito das atividades indelegáveis pelo Estado:

*"Atividades ligadas aos fins jurídicos do Estado, que lhe são próprias porque umbilicalmente ligadas à própria sobrevivência da sociedade enquanto tal (segurança pública, forças armadas, justiça) são indelegáveis. No núcleo não privatizável do Estado, incluem-se ainda atividades como gestão tributária, controle interno e externo da Administração e exercício do Poder de Polícia. Ao lado desses fins jurídicos, o Estado exerce funções complementares, de caráter social, voltadas para o desenvolvimento do bem-estar da coletividade. A introdução de particulares nos serviços estatais está circunscrita aos fins complementares do Estado."* (g.n.)

9. Observa-se que o Parecer PA n.º 95/2014, aprovado parcialmente pela Procuradoria Geral do estado, delineou os pressupostos a serem observados pela Administração Pública na contratação de serviços de saúde terceirizados:

- a) a opção pela terceirização deve ser precedida da desmobilização das estruturas legalmente instituídas para a prestação do serviço, sob pena de afronta ao princípio da legalidade;
- b) a regra acima pode ser excepcionada para atendimento excepcional de necessidade transitória passível de convivência com as estruturas permanentes;
- c) a solução deve ser emergencial, ligada a problemas conjunturais, devidamente comprovados;
- d) deve haver a caracterização da contratação de uma organização do trabalho, tendo por escopo a realização de uma atividade (na qual não se verifique relação jurídica marcada por pessoalidade, subordinação direta, continuidade e onerosidade, característicos da relação de emprego).

10. No que diz respeito à solicitada manifestação acerca da legalidade das prorrogações dos contratos apontados às (...), pondera-se que, efetuada análise detalhada dos documentos que constam do presente protocolado, bem como da cópia dos autos CGA n.º 74/2017 – 2 volumes, gravada no CD que instruiu o expediente,



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

conclui-se pela impossibilidade de se fazer a devida apreciação dos processos administrativos relativos aos contratos, notadamente no que diz respeito à fundamentação invocada pela autoridade competente para legitimar a prorrogação da vigência em cada uma das avenças em questão.

11. Contudo, em um esforço de colaboração, vislumbra-se que, não obstante o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, vazado nos termos da aprovação parcial do parecer PA nº 95/2014, os aditivos em apreço podem ser reputados legalmente viáveis, em face de premissas que devem estar presentes em cada uma das prorrogações dos ajustes, a exemplo da imperiosidade das justificativas apresentadas evidenciarem os elementos invocados na manifestação do então Subprocurador-Geral do Estado da área da Consultoria Geral, [REDACTED], no GDOC nº 16847-732671/14 (...).

12. Diante de tal norte, deve ser documentalmente comprovada em cada aditivo, a inalteração da excepcionalidade e transitoriedade das condições que legitimaram a contratação, e que também ensejaram a prorrogação da vigência dos ajustes, que visaram manter o atendimento à necessidade de excepcional interesse público, revelando todas as medidas adotadas pela Administração para suprir a grande carência de profissionais da área médica nos hospitais da rede pública estadual localizados nas regiões periféricas da Região Metropolitana da Capital, quer pela admissão de temporários, quer pela realização de concursos públicos, ou por quaisquer outras providências comprovadamente adotadas.

12.1. Além disso, a viabilidade jurídica de cada um dos aditivos está adstrita à observância das normas da Lei nº 8.666.93, no que diz respeito à possibilidade de prorrogação das avenças em questão.

12.2. Destaca-se, igualmente, que na motivação das prorrogações dos contratos deve ter sido demonstrada a observância dos princípios da eficiência e da economicidade.

13. Outrossim, deve ser levada em consideração a essencialidade dos serviços de saúde, e a obrigatoriedade da adoção de medidas hábeis ao imediato atendimento da população e à preservação do direito à vida e à saúde, garantidos pela Constituição Federal, em seus artigos 5º, 6º e 196.

14. Quanto à aplicabilidade da Lei Federal nº 13.429/2017, no âmbito da administração pública, a matéria foi analisada pela Consultoria Jurídica da São Paulo Previdência, no Parecer CJ/SPPREV nº 295/2018 e pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, que emitiu o Parecer CJ/SAA nº 268/2017, nos seguintes termos:

*“4. Ressalto, nesse sentido, como esclarece [REDACTED], que a Lei Federal nº 13.429/2017, para as empresas privadas, possibilitou a terceirização de atividades-fim exclusivamente em caso temporário, sendo a terceirização para atividades-meio permitida tanto para contratos temporários como não temporários,*

<sup>4</sup> (omissis)



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

CGA  
Fls. 259

*através de uma interpretação sistemática, que considere as normas vigentes e o entendimento já presente na jurisprudência, conforme Súmula 331 do TST.*

(...)

6. *Desta feita, a partir de uma interpretação que considere a Lei Federal nº 6.019/1974 com a redação dada pela Lei Federal nº 13.429/2017, combinada com o artigo 37, II e IX, da Constituição Federal, bem como o artigo 71 da Lei 8.666/93 e a Súmula 331 do TST, é possível concluir que o novo diploma legal não autoriza a terceirização de atividades referentes a cargos que seriam destinados a provimento por concurso público por violar inclusive os próprios princípios que devem nortear a Administração Pública, citados no artigo 37 da Constituição federal, não sendo possível invocar o princípio da eficiência para justificar o afastamento do sistema de seleção definido constitucionalmente.”*

15. Em suma, a Lei federal nº 13.429/2017, que já sofreu alterações pela Lei federal nº 13.467/2017, não alterou o entendimento jurídico há muito fixado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado no tocante à terceirização, eis que a novel legislação não tem o condão de alterar a Constituição Federal.

15.1. Importante ainda lembrar que a questão da terceirização não está focada na diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, eis que o que importa é a possibilidade da atividade ser ou não delegável ao particular. Nesse sentido admite-se a terceirização da atividade-fim, no âmbito da Administração Pública, desde que o objeto licitado não envolva atividade indelegável do Estado (segurança pública, forças armadas, justiça, dentre outras), e nem seja executado mediante personalidade e subordinação, consoante assentado no Parecer PA nº 69/2002. (...).”

O acompanhamento das decisões judiciais dos Tribunais Superiores tornou-se necessário no presente expediente administrativo, o qual será utilizado como padronização de posicionamento para as análises de regularidade das contratações terceirizadas realizadas pela Administração Estadual, sob a alegação de situação emergencial.

As recentes notícias veiculadas na mídia, vide extratos e impressos *retro*, demonstram que o atual posicionamento jurisprudencial, com repercussão geral, reconheceu a possibilidade constitucional de terceirização para *atividade-fim*, nos termos, aliás, já previstos em Lei Federal (Lei 13.429/2017). Assim, o país adotou postura de flexibilização relativa das relações de trabalho, pautada em respaldo legal decorrente da Reforma Trabalhista.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

O ponto principal da discussão diz respeito, como consignado no teor da Portaria deste Procedimento, a verificar os reflexos que seriam irradiados das determinações decorrentes da assim denominada “Reforma Trabalhista”, especialmente nos contratos públicos vigentes e por serem editados, na estrutura da Secretaria de Estado da Saúde.

A questão tem grande relevância institucional e já foi apreciada pelas Consultorias Jurídicas do Estado, que apontaram e recomendaram, de forma uníssona, que as situações verificadas nas unidades de saúde estaduais devem - caso questionadas em sua regularidade ou legalidade, por órgãos externos de controle ou fiscalização, ser avaliadas individualmente em seus requisitos e justificativas constantes dos processos de contratação.

A Corte de Contas local também já apreciou anteriormente a situação e admitiu, incidentalmente, contratações com a natureza e formato das referidas por amostragem nos autos, mantendo a ressalva da manutenção do respeito aos princípios constitucionais e também a economicidade das contratações. Nesse sentido o posicionamento que parece prevalecer é o de que as contratações por instrumento de terceirização devem ser excepcionais e fundadas em situações específicas que demandam ação enérgica do Estado na manutenção do serviço essencial de saúde pública.

Parece se apresentar claro, nos casos em que a alegação é falta crônica de profissionais médicos e o impedimento de contratação em relação à Lei de Responsabilidade Fiscal, um conflito de princípios constitucionais a ser dirimido pelo Administrador em sua atuação concreta, a saber, de um lado a firme vedação de contratação por meio que não o concurso público, com alegação de que a terceirização, nestes casos, seria nada mais que “mera locação de mão de obra”; e de outra banda, a



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

CGA  
Fls. 261

necessidade de manutenção do serviço essencial de saúde pública, também protegido constitucionalmente - e um dos mais relevantes Direitos do ser humano<sup>5</sup>.

A decisão caberá, nos enfrentamentos práticos cotidianos, ao Administrador Público, por intermédio da autoridade designada para o ato da contratação, que necessariamente deverá ter respaldo de suas consultorias jurídicas nas justificativas emergenciais, respeitando estritamente, em cada processo individualizado, as recomendações exaradas pela PGE/SP em seus pareceres e o respeito às diretrizes constitucionais dos princípios que regem a Administração como um todo.

Nesse sentido, fica mantido o delineamento constitucional de que a regra de contratação para o funcionalismo é, de fato, o concurso público. Mas também resta garantida a manutenção do serviço de saúde e o atendimento da população, que não pode ser interrompido, eis que gerador de graves prejuízos sociais.

Situações em que o *deficit* de profissionais decorra de falta de planejamento estratégico bem elaborado, ou de previsão técnica por parte da Administração, poderão e deverão ser objeto de responsabilizações em suas variadas instâncias jurídicas, pois não configuradoras de emergência imprevisível tal que justificasse o desvio temporário da regra padrão de contratação de prestadores de serviços para o setor público.

Com as constatações acima, entenda-se claramente que as eventuais contratações excepcionais decididas em atuação emergencial de manutenção do serviço de saúde não podem ser entendidas como regra de flexibilização de arregimentação de mão de obra no setor público, sob pena de agir o agente político e seus gestores designados em desacordo com os limites constitucionais e legais, submetendo-se, assim à possibilidade de investigação e responsabilização em esfera de improbidade administrativa.

<sup>5</sup> Constituição Federal, art. 5º, 6º e 196.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

Sobre a atividade fim no serviço público, a PGE/SP já apontou que o critério a ser verificado diz respeito à possibilidade de delegação do serviço, desde que mantida a prestação com independência e sem subordinação (vide parecer Parecer SubGCons 17-2002). Naquela diretriz jurídica institucional já constava expressamente que poderiam ser alvo de terceirização, em tese, as atividades acessórias, ou parcelas da atividade principal terceirizante - mesmo sentido parece apontar a nova orientação legislativa em vigor desde o ano de 2017 (cerca de quinze anos após a diretriz consultiva ser exarada no Estado de São Paulo)<sup>6</sup>.

Sobre as contratações terceirizadas envolvendo *atividade-fim*, anteriores à previsão legal de 2017 - agora ratificada em seus termos pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, será adotada pela Justiça pátria, com repercussão geral, a postura de que as contratações anteriores questionadas judicialmente terão sua validade aceita em esfera jurisdicional, exceto pelos casos que já foram atingidos pela coisa julgada.

Este posicionamento aparenta prezar pela estabilidade jurídica e sistematização de postura que se agora é admitida legalmente, não poderia gerar efeitos deletérios retroativamente.

Em mesmo sentido, ressalta-se que as diretrizes fixadas no Parecer PA n° 95/2014, de caráter vinculatório à Administração Estadual, continuam sendo balizas sólidas para a fixação da regularidade das contratações terceirizadas, devendo ser respeitadas pelo Administrador em sua atuação cotidiana.

Nas contratações em análise nos autos, apesar de não apresentar posicionamento definitivo sobre sua estrita legalidade, a Procuradoria Geral do Estado ressaltou o seguinte: "*Contudo, em um esforço de colaboração, vislumbra-se que, não obstante o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, vazado nos termos da aprovação parcial do parecer PA n° 95/2014, os aditivos em apreço podem*

<sup>6</sup> Vide também o teor do Parecer PA n.º 69/2012 – referido pela Consultoria Jurídica da Secretaria de Governo.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

*ser reputados legalmente viáveis, em face de premissas que devem estar presentes em cada uma das prorrogações dos ajustes, a exemplo da imperiosidade das justificativas apresentadas evidenciarem os elementos invocados na manifestação do então Subprocurador-Geral do Estado da área da Consultoria Geral, A [REDACTED] [REDACTED], no GDOC nº 16847-732671/14 (...)” (transcrevemos/grifo nosso).*

Logo, se expressamente amparados de alegada “viabilidade jurídica”, não podem ser entendidos, em gênese, irregulares de plano. As justificativas de contratação foram apresentadas pelo agente contratante e contaram com respaldo do Administrador, sempre no interesse da manutenção do serviço essencial de saúde. As justificativas buscaram demonstrar, incidentalmente, o respeito à observância das normas da Lei de Licitações e aos princípios de eficiência e economicidade.

Isso não impede, por óbvio, que referidas contratações sejam eventualmente auditadas, questionadas, ou apontadas pelos agentes internos ou externos de fiscalização como desalinhadas às diretrizes constitucionais vigentes, casos pontuais esses que certamente contarão com atuação desta Corregedoria Geral da Administração.

Em suma, foram estas conclusões passíveis de obtenção no momento de transição legislativa que se apresentou e as diretrizes de postura que parecem se apresentar às futuras avaliações disciplinares deste órgão interno de fiscalização.

## **Conclusão**

Diante do exposto e acima justificado, dirimidas as dúvidas relacionadas com as contratações de serviços não delegáveis, sugere-se o arquivamento definitivo dos autos nesta Corregedoria, sem prejuízo de eventuais análises individuais de contratações pontuais questionadas em sua legalidade, com prévio trânsito pelo [REDACTED]



CGA  
Fls. 264  
JSP

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

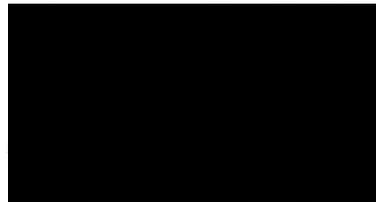
Departamento de Instrução Processual, nos termos do § 4º, artigo 11 da Portaria CGA/ADM n.º 006/2016.

É o relatório que se submete à apreciação desta Presidência.

CGA, em 20 de setembro de 2018.



**Luiz Francisco Ferraresi**  
Corregedor Coordenador



**Lawrence K. de Almeida Tanikawa**  
Corregedor Coordenador



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**CORREGEDORIA GERAL DA ADMINISTRAÇÃO**

PROCEDIMENTO: CGA n.º 074/2017 - SPDOC/SG/297829/2017

INTERESSADO: Corregedoria Geral da Administração

UNIDADE: Administração Pública Estadual

ASSUNTO: Consequências da aprovação da Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017, alterando os dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e suas possíveis implicações em apurações funcionais em andamento na Corregedoria Geral da Administração.

1. Acolho o relatório apresentado.
2. Arquivem-se os autos em pasta própria nesta Corregedoria, com prévio trânsito pelo Departamento de Instrução Processual, nos termos do § 4º, artigo 11 da Portaria CGA/ADM n.º 006/2016.

CGA, em 28 de SETEMBRO de 2018.

  
Ivan Francisco Pereira Agostinho

PRESIDENTE