



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ LAURENTINO SILVA NETO

**AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL
DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL: LIMITES LEGAIS E
CONSTITUCIONAIS**

**CAMPINA GRANDE
2019**

JOSÉ LAURENTINO SILVA NETO

**AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL
DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL: LIMITES LEGAIS E
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado à Coordenação do Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Cynara de Barros Costa

**CAMPINA GRANDE
2019**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S856a Silva Neto, Jose Laurentino.

Ampliação da terceirização na administração pública federal direta, autárquica e fundacional [manuscrito] : limites legais e constitucionais / Jose Laurentino Silva Neto. - 2019.

25 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.

"Orientação : Prof. Dr. Cynara de Barros Costa, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Terceirização. 2. Administração Pública. 3. Serviço Público. 4. Decreto 9507/2018. I. Título

21. ed. CDD 351

JOSÉ LAURENTINO SILVA NETO

**AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL
DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL: LIMITES LEGAIS E
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado à Coordenação do Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 28/11/2019.

BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Cynara de Barros Costa (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Paula Christianne da Costa Newton
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	05
2	CONTEXTUALIZAÇÃO CONCEITUAL	06
2.1	Atividades-meio x atividades-fim	07
2.2	Reforma trabalhista e terceirização irrestrita	08
3	AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DECRETO 9.507/2018	09
3.1	Evolução normativa acerca da terceirização na Administração Pública	10
3.2	Decreto nº 9.507/2018 e a atualidade	12
4	IMPLICAÇÕES E LIMITES CONSTITUCIONAIS	14
4.1	Análise principiológica	14
4.1.1	<i>Princípio da legalidade</i>	14
4.1.2	<i>Princípio da impessoalidade</i>	15
4.2	Prestação constitucional de serviços públicos	16
4.2.1	<i>Serviços públicos e direitos fundamentais</i>	17
4.2.2	<i>Serviços públicos como atividade econômica</i>	18
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
	REFERÊNCIAS	22

AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL: LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

José Laurentino Silva Neto*

RESUMO

A terceirização, também conhecida como execução indireta de serviços, é uma ferramenta oriunda da Ciência da Administração que objetiva focalizar as atividades principais de uma empresa mediante o trespasse de suas atividades acessórias a outra(s). Há tempos é também utilizada pela Administração Pública, sob autorização, inclusive, do primeiro diploma normativo (Decreto-Lei nº 200/1967) a tratar sobre a matéria no direito brasileiro. Desde então uma série de modificações ocorreram nesse contexto e a terceirização atualmente no Brasil passa por um momento de ruptura com o modelo historicamente adotado, que se baseava na divisão em atividades-meio e atividades-fim para permitir a terceirização apenas daquelas, restrição que hoje não mais se aplica, ao menos no setor privado, em tese. Dessarte, o presente artigo objetiva analisar tais alterações normativas referentes à Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, que também indicam um movimento de ampliação relativa à utilização da execução indireta de serviços. No que concerne à metodologia, a partir do método dedutivo desenvolveu-se uma pesquisa descritiva do tema, a qual se deu por meio de levantamento documental e bibliográfico alicerçado em diversos dispositivos normativos, jurisprudências, manuais jurídicos, artigos científicos e trabalhos acadêmicos. Realizou-se a análise da temática central sob a perspectiva legal e constitucional, com contrapontos quanto aos princípios da Administração Pública e quanto aos serviços públicos considerados como atividade econômica e como direitos fundamentais positivos ou mistos.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Serviço Público. Decreto 9.507/2018.

ABSTRACT

Outsourcing, also known as indirect execution of services, is a tool from Management Science that aims to focus on the main activities of a company through the transfer of its ancillary activities to another(s). It has also been used by the Public Administration for a long time, even with the authorization of the first normative diploma to deal with the matter in Brazilian law. Since then a number of changes have occurred in this context and outsourcing currently in Brazil is going through a break with the historically adopted model, which was based on the division into middle and end activities to allow only those outsourcing, a restriction that today no longer applies, at least in the private sector, in theory. So, this article aims to analyze such normative changes regarding the direct federal, autarchy and foundational Public Administration, which also indicate a movement of expansion related to the

* Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba

use of indirect execution of services. Regarding the methodology, from the deductive method developed a descriptive research of the theme, which was done through documental and bibliographic survey based on several normative diplomas, jurisprudence, legal manuals, scientific articles and academic works. The analysis of the central theme was performed from the legal and constitutional perspective, with counterpoints as to the principles of Public Administration and public services considered as economic activity and as positive or mixed fundamental rights.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Public service. Decreto 9.507/2018.

1 INTRODUÇÃO

A transferência de atividades para terceiros, também conhecida como execução indireta ou, consagradamente, terceirização, é uma ferramenta oriunda da Ciência da Administração, originariamente aplicada em âmbito empresarial, com vistas à redução de custos e à especialização das atividades. Ocorre por meio da execução, por empresa(s) interposta(s), de atividades acessórias pertencentes a outra pessoa jurídica, denominada tomadora de serviços, que objetiva, com isso, focar em suas atividades principais.

Notórias são as polêmicas relacionadas ao tema, as quais primeiramente se referem às diversas reivindicações justralhistas no sentido de repudiar o uso do instituto, sob a alegação desse inevitavelmente ocasionar a precarização das relações de trabalho e o achatamento dos direitos trabalhistas.

Embora a terceirização tenha surgido como ferramenta para uso empresarial e apesar do Direito Administrativo se nortear por princípios diversos dos existentes na iniciativa privada, com o propósito de trespassar atividades consideradas acessórias ou instrumentais (atividades-meio), foi prevista pela primeira vez no ordenamento pátrio para uso do Poder Público, em meados da década de 1960, mas ganhou força e expansão apenas nos anos 1990.

O trespasse a terceiros de serviços executados originariamente pelo Poder Público parece sempre ter sido alvo de controvérsias, o que se entende como natural, visto a característica tensão que permeia historicamente os limites do público e do privado, do trabalho e do capital.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), prevê expressamente a descentralização dos serviços administrativos, nela podemos encontrar conceitos como Administração Pública direta e indireta, além de regimes específicos de prestação de serviços públicos por terceiros, como a concessão e a permissão.

Quanto à terceirização ou execução indireta de serviços como conhecemos hoje, apesar de ser indubitavelmente utilizada pela Administração Pública há tempos, seu embasamento legal ou constitucional é frequentemente objeto de questionamentos, que se fundam na falta de previsão expressa do instituto na CRFB/1988, assim como também levam em conta as sucessivas alterações normativas do tema, que aparentam seguir no sentido de cada vez mais permitir a execução indireta no contexto administrativo público.

Sobre as alterações pelas quais passou a matéria terceirização, recentemente houve significativas mudanças nesse panorama: a aprovação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que, dentre outras modificações, passou a permitir a incidência do referido instituto sobre todas as

atividades da empresa tomadora de serviços (e não mais apenas as atividades-meio); e a edição do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que tornou mais genérica e aberta a delimitação do que pode ser objeto de execução indireta no âmbito da Administração Pública e assim aponta para uma ampliação do uso desse recurso.

O presente artigo, então, intitulado “Ampliação da terceirização na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional: limites legais e constitucionais”, tem por objetivo geral a análise da ampliação da terceirização em âmbito administrativo, a partir das modificações normativas do tema e da confrontação dessas com os limites constitucionais relativos à Administração Pública e à prestação de serviços públicos pelo Estado.

Este artigo se justifica, portanto, pela inegável relevância do assunto ante as recentes alterações pelo qual passou no nosso ordenamento, bem como pela inerente relação entre o tema e os serviços públicos, que serão, em breve análise, considerados sob a perspectiva do Direito Econômico e dos direitos fundamentais.

No que concerne à metodologia, a partir do método dedutivo desenvolveu-se uma pesquisa descritiva do tema, a qual se deu por meio de levantamento bibliográfico e documental alicerçado em diversos dispositivos normativos, jurisprudências, manuais jurídicos, artigos científicos e trabalhos acadêmicos.

Para os fins deste estudo, no que concerne à Administração Pública em sua acepção subjetiva, serão considerados apenas os entes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Excluem-se assim da análise as pessoas de Direito Público pertencentes aos estados e municípios, bem como empresas públicas e sociedades de economia mista.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO CONCEITUAL

Historicamente remete-se o surgimento da terceirização ao sistema de produção conhecido como “Toyotismo”, cuja expansão ocorreu a partir da década de 1960 e se consolidou por tornar as empresas mais horizontalizadas e por priorizar suas atividades-fim, ao transferir a execução das atividades-meio para outras empresas, conforme Scherch (2016).

Nesse sentido, segundo Zockum, (2017, p. 2-3), a terceirização é estudada como instituto proveniente da Ciência da Administração, pelo qual busca-se a redução de custos e a especialização das atividades empresariais. Essa especialização baseia-se na diferenciação entre atividades-meio (aquelas relativas ao suporte do processo produtivo) e atividades-fim (aquelas referentes ao objetivo final da empresa). Dessa forma, a essência do instituto em comento é o repasse para outra(s) empresa(s) de algumas ou todas as atividades acessórias e o foco nas atividades principais.

Na esteira desse entendimento da terceirização sob a perspectiva da Ciência da Administração, o termo “terceirização” aparece como neologismo decorrente do sentido de “terceiro” como intermediário ou interveniente, o qual se insere no âmbito jurídico com um novo significado, não mais aquele de quem se diz que é estranho a uma relação jurídica. Conforme Zockum (2017, p. 7), ao contrário, este “terceiro” é parte na relação jurídica obrigacional instaurada, vez que se trata do prestador de fato do serviço contratado.

Para Delgado (2012, p. 435), sob a óptica do Direito do Trabalho, de maneira semelhante, “a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”.

Segundo o autor, forma-se daí uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho:

[...] o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata, que contrata esse obreiro, firmando com ele vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

A transferência de atividades para terceiros ou prestação de serviços a terceiros, embora consagradamente seja tratada em âmbito empresarial como “terceirização”, na Administração Pública (principalmente), como se verá mais adiante nos dispositivos normativos citados, é usualmente utilizada a expressão “execução indireta de serviços” ou simplesmente “execução indireta” para tratar do instituto.

2.1 Atividades-meio x atividades-fim

No contexto das empresas, como já dito, sempre foi de relevância a diferenciação existente entre as atividades-meio e as atividades-fim para o alcance do objetivo a que se propõe a terceirização nesse âmbito.

Em nossa doutrina tal discussão já ocupou o centro da polêmica questão que é a transferência de atividades para terceiros, ainda mais quando as relações de trabalho se modificaram com o avançar da tecnologia. Assim, segundo Delgado (2012, p. 450):

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

A despeito da relevância que essa dualidade assumiu no nosso ordenamento jurídico, conforme ainda Delgado (2012, p. 450), a jurisprudência construída nas décadas de 1980 e 1990 foi influenciada, na verdade, pela interpretação de antigos diplomas legais que tratavam da execução indireta na Administração Pública, já que não existia norma que cuidasse dessa diferenciação na área privada, seja de forma geral ou específica, até mesmo pelo seu considerado alto nível de abstração.

Conforme Romar (2014, p. 116), mesmo para a jurisprudência, que historicamente assumiu o escopo de regulamentar de forma genérica a terceirização, nem sempre é fácil a aplicabilidade da distinção prática entre atividades-meio e atividades-fim para efeitos de delimitação dos serviços terceirizáveis, e assim afirma que tal diferenciação depende, sobretudo, de cada caso concreto.

Dessa forma, previa a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em seu item III, que a execução indireta de serviços seria lícita apenas quando se tratava da contratação de serviços como conservação e limpeza ou demais serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Sobre a questão, apesar de tal previsão sumular, Fonseca (2018, p. 96) pontua que no Brasil iniciou-se, na verdade, um processo de transferência para terceiros das atividades essenciais das empresas, e reconhece aí uma desvirtuação do instituto ora tratado. A autora sustenta que dessa maneira não há, na verdade, o repasse dos serviços finalísticos, mas sim a transferência da contratação de mão de obra, e assim aduz que “terceirização de atividades-fim” não se trata de terceirização, mas sim de intermediação (ou locação) de mão de obra.

Nessa linha de raciocínio, Fonseca (2018, p.97) afirma ainda que a locação de mão de obra é repudiada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), pois reduz o trabalhador a coisa, ao passo que, em vez de fornecer serviços, a empresa de terceirização fornece trabalhadores, tal como se aluga máquinas ou veículos. Como apontado ainda pela autora, esse tipo de execução indireta de serviços só pode ser viável através da sonegação de direitos ao trabalhador, já que o uso legítimo do instituto só se justifica quando são repassados para terceiros serviços que a contratante não tem especialidade, ou seja, uma decisão em prol da especialização e não necessariamente da redução direta de custos.

2.2 Reforma trabalhista e terceirização irrestrita

Em meio à ausência de legislação genérica sobre terceirização (especialmente no meio privado), a um cenário de crise econômica, desemprego e na contramão do entendimento trazido anteriormente, foi sancionada a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 4º-A da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (até então conhecida como Lei do Trabalho Temporário), que passou à seguinte redação:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de qualquer 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. (grifos nossos).

Percebe-se, dessarte, que a despeito de toda a celeuma já existente relativa aos limites da prestação de serviços a terceiros com base na distinção entre atividades-fim e meio, o legislador simplesmente fulminou a previsão de restrições nesse sentido ao dispor que qualquer atividade poderá ser transferida a terceiros, inclusive a principal.

No entanto, conforme destaca Rêgo (2018), o instituto, embora agora irrestrito quanto à natureza dos serviços terceirizáveis, evidentemente ainda precisa de critérios para sua configuração lícita. A intermediação de mão de obra, por exemplo, citada anteriormente e tão repudiada pela doutrina trabalhista, continua a ser proibida, justamente por constituir fraude à relação de emprego e violação ao valor social do trabalho.

Como preleciona o artigo 4º-A retrocitado, a prestação de serviços a terceiros constitui apenas a transferência da execução de atividades, de modo que o

fornecimento de trabalhadores propriamente dito só poderá ocorrer nas relações de trabalho temporário, instituto trabalhista excepcional que é também regulamentado pela mesma lei, o que inequivocamente se traduz em uma diferença substancial existente entre esses dois institutos, como se percebe na redação do artigo 2º do mesmo diploma legal:

Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (grifos nossos).

O parágrafo 1º do aludido artigo 4ª-A reforça ainda mais a diferença entre terceirização e o trabalho temporário quando prevê que, naquele instituto, é a empresa prestadora de serviços que contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores. Ou seja, não há vínculo pessoal ou subordinação direta entre o empregado da empresa de terceirização e a contratante dos serviços, de forma que essa não possui o poder diretivo sobre os serviços contratados.

Destaca-se também, ao final do referido parágrafo, a previsão de que a empresa prestadora de serviços poderá subcontratar outras para a realização das atividades, ao que se chama de terceirização em cadeia, que se distingue de quarteirização, ocorrida quando uma empresa tomadora de serviços contrata outra pessoa jurídica apenas para gerir seus contratos de terceirização, conforme explica Garcia (2018).

Cumprе ressaltar, por fim, conforme ainda Garcia (2018), que a referida alteração legislativa fez superado o entendimento jurisprudencial presente na Súmula 331 do TST citada anteriormente, e foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

3 AMPLIAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DECRETO 9.507/2018

Apesar da significativa alteração no ordenamento pátrio acerca da terceirização, a Lei nº 13.467/2017, citada anteriormente, não fez qualquer menção à sua aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, o que não se pode depreender de forma automática e decorrente, vez que é sabido que no Direito Administrativo imperam princípios e diretrizes diversas dos que subsistem no Direito Empresarial e Trabalhista, como será demonstrado mais à frente.

Conforme Casartelli e Costa (2018, p. 27), sobre a reforma trabalhista em comento:

[...] não é aplicável à Administração Pública no que concerne às atividades-fim dos seus órgãos ou entidades, por afronta direta ao disposto no art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal acerca da exigência de aprovação em concurso público para ingresso nos quadros da Administração Pública e em observância aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. A Constituição Federal não foi derogada em razão da reforma trabalhista, tampouco foram derogados os princípios do Direito do Trabalho.

Para os fins deste trabalho, no que concerne à Administração Pública em sua acepção subjetiva, serão considerados apenas os entes integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, ou seja, os entes administrativos da União que funcionam sob regime de Direito Público. Exclui-se deste estudo, portanto, as pessoas de Direito Público pertencentes aos estados e municípios, bem como empresas públicas e sociedades de economia mista.

A referida divisão entre Administração Pública direta e indireta ocorre, segundo Bandeira de Mello (2010, p. 152-156), pelo fato do Estado tanto poder prestar diretamente as atividades administrativas, por meio de seus órgãos, como também indiretamente, através de entes com personalidade jurídica própria. Desse modo, em nível federal, a Administração Pública direta é integrada pela estrutura administrativa da Presidência da República e dos ministérios. Já a Administração indireta é integrada por: autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa); fundações públicas (autarquias com designação correspondente à base estrutural que possuem); empresas públicas (pessoas jurídicas de Direito Privado constituídas a partir de capital unicamente oriundo de pessoas de Direito Público da União) e sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de Direito Privado constituídas sob a forma de sociedade anônima e com controle majoritário pertencente à União).

3.1 Evolução normativa acerca da terceirização na Administração Pública

A legislação sobre o tema execução indireta de serviços sempre foi escassa, principalmente na iniciativa privada, como dito anteriormente. Quanto à Administração Pública, no entanto, tem-se a primeira previsão normativa do tema no final da década de 1960, quando o aparato público do executivo passou por reforma administrativa ao seguir os ideários publicistas de desenvolvimento e ao descentralizar a atividade pública, conforme Tavares (2018, p. 71).

A reforma em questão ocorreu através do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs especificamente sobre a transferência de atividades para terceiros no artigo 10, parágrafo 7º:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle 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. (grifos nossos).

A partir de então sucederam-se diversos diplomas legais que ampliaram e normatizaram cada vez mais a terceirização na Administração Pública. Assim, na busca de aprofundar a previsão supracitada do Decreto-Lei nº 200/1967 e exemplificar quais atividades deveriam ser, de preferência, objeto de execução indireta, a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, em seu artigo 3º, parágrafo único, relacionou as seguintes: transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes.

Como aponta Zockum (2017, p 4-5), apesar da existência de dispositivos normativos que previam a terceirização na Administração Pública já na década de

1970, foi apenas nos anos 1990 que a ideia ganhou fôlego e passou a ser de fato implementada. Destaca-se, nesse período, a previsão mais precisa dos serviços passíveis de execução indireta, conforme Silva (2008, p. 17-18), presente na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (conhecida como Lei de Licitações), que trouxe em seu artigo 6º, inciso II:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Apesar da evolução normativa ocorrida sobre o tema até a Lei nº 8.666/1993, percebe-se que nenhum diploma se prestou a tratar única e especificamente da execução indireta, de forma que a questão foi até então disposta apenas de forma transversal ou periférica nesses dispositivos, situação modificada com o advento do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, que em seu artigo 1º, parágrafo 1º, trouxe a seguinte previsão:

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta;

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal

Do referido decreto, observa-se com maior clareza o objetivo da Administração Pública com a opção pela execução indireta de serviços e a utilidade que terá essa enquanto ferramenta administrativa. Evidencia-se que o instituto não atinge os serviços que podem ser entendidos como principais -“que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”- e alcança tão somente os acessórios, instrumentais ou complementares.

Segundo Druck *et al.* (2018, p. 118-119), o Decreto nº 2.271/1997 surgiu em meio a um contexto de reforma gerencial do Estado brasileiro, em que a privatização e a terceirização foram pautas centrais, e buscou reproduzir a distinção presente na Súmula 331 do TST, citada anteriormente, entre atividades-fim e meio, ao permitir que apenas essas (materiais acessórias, instrumentais ou complementares) fossem terceirizadas e ao exemplificar em seguida quais deveriam ser, preferencialmente.

As restrições estendem-se ainda no parágrafo 2º do artigo supracitado, que previa, em regra, a inaplicabilidade da execução indireta nas atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do órgão ou entidade. No entanto, quanto aos cargos extintos, por exemplo, tal restrição não se aplicava.

3.2 Decreto nº 9.507/2018 e a atualidade

A Lei nº 13.467/2017, como visto, ao ampliar as possibilidades de incidência da terceirização, alterou significativamente o entendimento vigente subsidiado pela já citada Súmula nº 331 do TST. Pouco mais de um ano após a sanção dessa lei, foi editado o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que revogou o retromencionado Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 e, diferentemente desse, trouxe de maneira mais genérica o que pode ser objeto de execução indireta no âmbito da Administração Pública:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Percebe-se a significativa diferença entre a delimitação presente no artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, citado no ponto anterior, e a do artigo 3º do decreto ora analisado que o revogou: o decreto de 1997 só admitia a terceirização das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares (atividades-meio), e vedava claramente o instituto para as atividades-fim; enquanto que o decreto de 2018 limita-se a vedar taxativamente a execução indireta apenas dos serviços de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia no âmbito da Administração Pública (conforme o artigo 3º, parágrafo 2º), e deixa um rol significativamente aberto dos que podem ser objeto do referido instituto.

É de se destacar que, embora a intenção do decreto seja delimitar a terceirização na Administração Pública por exclusão, ao definir o que não poderá ser terceirizado, o parágrafo 1º do artigo supramencionado abre genérica exceção para todos os incisos, até mesmo para o que trata dos serviços inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade pública.

A problemática central na exegese do artigo 3º do Decreto nº 9.507/2018 reside no fato que esse, assim como o anterior revogado (Decreto nº 2.271/1997), faz uso da divisão entre atividades principais e atividades acessórias, instrumentais ou complementares - que como já citado, é considerado um critério casuístico - porém o decreto atual não deixa nenhum indício, nem sequer exemplificativo, da natureza dessas atividades.

O novo decreto aparenta conceber os serviços que “envolvam tomada de decisão; sejam considerados estratégicos; estejam relacionados com poder de polícia, regulação; entre outros” na condição de atividade principal quando proíbe a execução indireta desses, assim como o faz com os serviços inerentes às categorias funcionais com cargos ativos. Contudo, dispõe que os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios a esses podem também ser executados indiretamente, desde que não sejam transferidas a realização de atos administrativos e a tomada de decisão.

Ora, se formos imaginar a órbita de serviços que podem ser considerados auxiliares dos listados nos incisos do artigo 3º teremos uma enorme gama, que pode ir do serviço de limpeza ao de secretariado executivo, por exemplo, e assim passa por assistência administrativa, assessoria jurídico-administrativa e, evidentemente, abarca uma série de atividades inerentes a cargos efetivos ativos. Por conseguinte, diferentemente do Decreto nº 2.271/1997, que deixa clara a incidência da execução indireta apenas sobre os serviços de baixa complexidade e especializados como limpeza, segurança, informática, etc., o novel dispositivo normativo ora estudado traz uma abordagem mais aberta da aplicabilidade do instituto.

Essa modificação sugere uma possível ampliação da terceirização na Administração Pública. É como entende Fortini (2018), que destaca, primeiro, a ausência, no decreto atual, de referência à natureza das atividades que poderão ser objeto de terceirização; e, posteriormente, a disposição, em seu artigo 2º, que deixa a cargo de ato do ministro de Estado do planejamento, desenvolvimento e gestão a previsão dos serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta.

A intenção do aumento da execução indireta na Administração Pública fica evidenciada quando se analisa as inovações já citadas, decorrentes do Decreto nº 9.507/2018, em conjunto com a extinção de quase 61 mil cargos em janeiro do mesmo ano, por meio do Decreto nº 9.262, de 9 de janeiro de 2018 (que “extingue cargos efetivos vagos e que vierem a vagar dos quadros de pessoal da administração pública federal, e veda abertura de concurso público e provimento de vagas adicionais para os cargos que especifica”); e também com o inegável alargamento do rol exemplificativo dos serviços passíveis de terceirização através da Portaria nº 443 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/Gabinete do Ministro, de 27 de dezembro de 2018, que passa a prever a execução indireta preferencial de serviços como atividades técnicas auxiliares de arquivo e biblioteconomia; atividades técnicas auxiliares de laboratório; comunicação social, incluindo jornalismo, publicidade, relações públicas e cerimonial; elaboração de projetos de arquitetura e engenharia e acompanhamento de execução de obras; geomensuração; georreferenciamento; secretariado, incluindo o secretariado executivo; serviços de escritório e atividades auxiliares de apoio à gestão de documentação; serviços de tecnologia da informação e prestação de serviços de informação; tradução, inclusive tradução e interpretação de Língua Brasileira de Sinais (Libras); visita domiciliar e comunitária para execução de atividades relacionadas a programas e projetos públicos, em áreas urbanas ou rurais; monitoria de inclusão e acessibilidade; certificação de produtos e serviços; entre outros.

Importa reiterar, contudo, que a execução indireta trata da contratação de serviços e não de mão de obra, de modo que ampliação desse recurso (inclusive no âmbito das atividades principais) na Administração Pública pressupõe cada vez mais a existência de trabalhadores prestando serviços desvinculados e sem subordinação direta ao Estado enquanto tomador, o qual conseqüentemente perde o poder diretivo sobre os referidos serviços trespassados.

4 IMPLICAÇÕES E LIMITES CONSTITUCIONAIS

4.1 Análise principiológica

4.1.1 Princípio da legalidade

Diante do quadro atual até então retratado acerca da ampliação da terceirização na Administração Pública, o Ministério Público do Trabalho (MPT) manifestou-se sobre o Decreto nº 9.507/2018 a partir da Nota Técnica nº 1/CONAP/MPT, de 6 de fevereiro de 2019, pela qual recomendou a sua revogação e a manutenção do decreto anterior por ele revogado (Decreto nº 2.271/1997), bem como a também revogação da Portaria nº 443/2018, igualmente citada anteriormente.

A referida nota técnica destaca a ofensa do supracitado decreto a diversos dispositivos e princípios constitucionais, além de contrariar normas que o próprio decreto pretende regulamentar.

É o exemplo do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, conforme já demonstrado, prevê em seu artigo 10, parágrafo 7º, a permissão da execução indireta apenas de tarefas meramente executivas, posteriormente discriminadas de forma não exaustiva no artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, citado anteriormente. Dessarte, a referida nota técnica entende configurada ofensa ao princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e no artigo 84, inciso IV: “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Sobre o princípio da legalidade da Administração Pública, Celso Bandeira de Mello (2016) preleciona:

“[...] embora já abrigada no art. 5º, II, vem a ser particularmente encarecida no art. 84, III, dispositivo pelo qual se interdita ao Executivo expedir decretos e regulamentos senão para executar fielmente a lei. Seu desiderato, pois, é impedir que sob o rótulo de regulamentar se expeçam disposições de caráter legislativo, vale dizer, normas constitutivas de direitos e obrigações (imposições de fazer ou não fazer) não previstas em lei. Dessarte, com tal preceito, firma-se cânone basilar de nosso Direito Público — oposto ao da autonomia da vontade — segundo o qual *o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido*. (grifos do autor)

Dessa forma, a mencionada alteração substancial no uso do instituto da execução indireta pela Administração Pública, realizada por meio do poder regulamentar do chefe do Executivo Federal, pode ser considerada atentatória ao princípio da legalidade.

Sobre poder regulamentar, José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 60) ensina:

“[...] ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), sob pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos

postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

Observa-se, portanto, um limite imposto pelo princípio constitucional da legalidade ao poder regulamentar que possui a Administração Pública, a qual deve observar nos dispositivos normativos editados a fiel execução da lei.

4.1.2 Princípio da impessoalidade

Outro princípio importante a ser considerado no presente estudo é o da impessoalidade, que apesar de parecer simples e direto, pode ser analisado por três faces ou visões, segundo Borges e Sá (2015, p. 115-118).

Em uma primeira visão, a impessoalidade se traduz como finalidade, na permissão do administrador público de apenas praticar atos voltados à consecução do interesse público. Dessa forma, o tratamento conferido aos administrados não deve considerar aspectos distintivos como “prestígio social”, por exemplo, mas sim as condições objetivas das pessoas em face das normas aplicáveis a cada caso.

Na mesma linha de raciocínio, uma outra visão do princípio ora tratado entende que pelos atos de seus agentes responde a Administração Pública, justamente pela impessoalidade daqueles.

A terceira visão se relaciona ao princípio da isonomia ou igualdade. Os autores, ao tratar do ponto, exemplificam com a previsão constitucional do concurso público: “Ao se exigir concurso público para o acesso aos cargos públicos, o legislador prezou pelo mérito, sem criar discriminações benéficas ou detrimen-tosas”.

A retrocitada Nota Técnica nº 1/CONAP/MPT, de 6 de fevereiro de 2019, também aponta ofensa do Decreto nº 9.507/2018 aos princípios da impessoalidade e da exigência de concurso público, vez que a CRFB de 1988 prevê em seu artigo 37, *caput*, inciso II:

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.

Ainda sobre a exigência de concurso público para recrutamento de pessoal, Zockum (2017, p.11) assinala:

[...] o concurso público é imperativo constitucional para que a Administração Pública não apenas ofereça igual oportunidade aos particulares, cumprindo, desta forma, o princípio da isonomia, mas também para que seja “obtido” aquele que melhor satisfaz o interesse público, dentro do universo de interessados.

Ao se permitir a terceirização dos serviços inerentes às categorias funcionais abrangidas por plano de cargos, admite-se que empregados terceirizados

desempenhem as mesmas funções que servidores públicos, só que em categoria profissional distinta e com direitos mais precários. Viola-se, desse modo, o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB de 1988, que prevê a igualdade de todos perante a lei.

4.2 Prestação constitucional de serviços públicos

Na linha direcionada ao aumento da terceirização na Administração Pública sugerida pelas recentes alterações normativas citadas até então, convém analisar a previsão constitucional da prestação dos serviços públicos pelo Estado e verificar o cabimento da ampliação da execução indireta de serviços nesse contexto.

Segundo Grotti (2017, p. 26), “o Brasil tem uma base constitucional do serviço público”. A autora afirma que, embora nossa Carta Magna não nos entregue um conceito de serviço público, fornece diretrizes e referenciais conformadores da área inerente a tais serviços.

Grotti (2017, p. 26-27) cita ainda dois critérios extraíveis da Constituição de 1988, o orgânico (ou subjetivo) e o objetivo, que são frequentemente relacionados à expressão. O sentido orgânico refere-se aos serviços públicos como aparato administrativo do Estado. Já o sentido objetivo os relaciona a uma modalidade de atividades de natureza pública, ora de prestação individual (*uti singuli*), ora de destinação genérica e indivisível (*uti universi*), ou sob a perspectiva, em grau variável, do regime jurídico de Direito Público.

De outro modo, Grau (2010, p. 117) afirma que:

É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal - que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime - além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.

Sobre a expressão “serviço público”, conforme Grau (2010, p. 133-134), essa não pode ser determinada por um conceito, mas sim por uma noção. Ensina o autor que “a indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções”. Isso porque:

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima). (GRAU, 2010, p. 135, grifos nossos).

Dessa forma, o referido autor entende, por fim, que é no bojo da nossa Constituição que se encontram os parâmetros conformadores da noção ora trazida, que permitem, inclusive, novas áreas de atuação desses serviços através das diretrizes, programas e fins que enuncia o nosso Texto Constitucional.

4.2.1 Serviços públicos e direitos fundamentais

Nosso ordenamento jurídico ostenta notoriamente um avançado sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Schirato (2011, p. 68-69), ao relacionar o fundamento dos serviços públicos a esses direitos, afirma ser também notória a ideia de que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas deve perseguir uma finalidade pública, que justifica sua existência e legitima sua atuação”.

Nesse contexto, o autor entende que qualquer discussão sobre o fundamento e a razão de ser da atuação estatal deva se pautar pelos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, que, segundo ele, no atual estágio de sua evolução apresentam caráter dúplice:

Em alguns casos, contemplam uma obrigação do Estado de se abster da realização de qualquer ato que possa violar a eles (*status negativus*), ou seja, impõem ao Estado uma obrigação negativa de interferência, os quais são os chamados direitos fundamentais de liberdade (tais como a propriedade, a liberdade etc.). Em outros, contemplam uma obrigação positiva do Estado (*status positivus*), conduzindo a um dever positivo de ação do destinatário do direito fundamental (o Estado). Ainda, em outros, podem conter, de forma simultânea, tanto uma obrigação positiva, quanto uma obrigação negativa, tal como ocorre com o direito fundamental de livre locomoção (inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988), que, além de impor ao Estado a obrigação de não estabelecer barreiras à livre movimentação dos cidadãos, ainda determina ao Estado o dever de prover aos cidadãos meios para a livre movimentação. (SCHIRATO, 2011, p. 71, grifos nossos).

Diante do exposto, é possível compreender os direitos fundamentais sob o caráter negativo, positivo ou misto. Nessa linha, então, Schirato entende como serviços públicos apenas as “atividades desenvolvidas pelo Estado com a finalidade de concretizar direitos fundamentais de caráter positivo ou misto, cuja realização demande uma atuação positiva do Estado”.

O referido autor complementa:

A prestação dos serviços públicos emerge, assim, como instrumento necessário para a realização dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros pelo texto constitucional vigente. Com isso, quer-se dizer que os serviços públicos não apenas constituem uma obrigação estatal decorrente da afirmação dos direitos fundamentais, como também – e sobretudo – são instrumentos colocados à disposição pelo Estado para garantir a plena realização de referidos direitos fundamentais. (SCHIRATO, 2011, p. 73, grifos nossos).

Ante o demonstrado, fica perceptível a importância e o relevo constitucional dos serviços públicos, de forma que a presente concepção, quando analisada e confrontada com os movimentos anteriormente citados no sentido de ampliar a execução indireta na Administração Pública, causa estranhamento ao se imaginar a possibilidade da utilização irrestrita (ou quase) desse recurso.

Como explicitado anteriormente, o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, em seu artigo 3º, traz uma disposição diversa da existente até então para delimitar a execução indireta de serviços na Administração Pública, de modo que prevê, de forma genérica, apenas os serviços públicos que não serão objeto do instituto. Seus dois parágrafos, complementarmente, ainda apresentam disposições substanciais: o primeiro prescreve que os “serviços auxiliares, instrumentais ou

acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta”, desde que vedada a realização de atos administrativos ou tomada de decisão. Ora, os serviços previstos nos referidos incisos são de extrema importância, como posicionamento institucional, poder de polícia, fiscalização, os inerentes às categorias funcionais, dentre outros; mas como visto, o parágrafo 1º permite a terceirização de seus serviços auxiliares (que não se sabe ao certo quais seriam), com uma exceção: a previsão do parágrafo 2º.

Esse dispositivo, ao tratar de “fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia”, veda completamente nesse âmbito a incidência da execução indireta, até mesmo dos serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, diferentemente do anterior parágrafo 1º, que é permissivo nesse sentido.

Constata-se, portanto, uma restrição ainda maior que a já consagrada quanto às áreas da Administração Pública em que os serviços deverão ser prestados por servidores ou empregados públicos, uma vez que, conforme Zockum (2017, p. 10-11):

[...] embora adotando um critério casuístico (atividade-fim e atividade-meio), consagrou-se a possibilidade de terceirização das atividades-meio, sendo que o provimento de cargos e empregos poderá ser relegado apenas às atividades-fim ou, em tese ainda mais restritiva, apenas às situações em que se exijam atos de império por parte da Administração. (grifos nossos)

Ou seja, apesar de se considerar a importância dos serviços públicos por serem intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais de caráter positivo ou misto, a partir desse raciocínio extraído do decreto poder-se-ia estar diante de uma situação em que os serviços públicos, mesmo na condição de prestação positiva ou mista do Estado, possam em algum nível ser terceirizados, enquanto que serviços ligados aos direitos fundamentais de caráter negativo (poder de polícia), que interferem na liberdade e propriedade dos indivíduos, sejam totalmente resguardados da incidência de tal recurso administrativo.

4.2.2 Serviços públicos como atividade econômica

Até o momento foi tratada no presente estudo a Administração Pública em seu caráter subjetivo e objetivo, suas atividades enquanto acessórias e finalísticas, e, depois essas sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Para seguir na direção de uma abordagem provocativa quanto ao cabimento da ampliação da terceirização na Administração Pública, recorre-se ao Direito Econômico através da consagrada doutrina de Eros Roberto Grau acerca dos serviços públicos como espécie de atividade econômica.

Sobre a expressão “atividade econômica”, Grau (2010, p. 101-102) preleciona que a partir da análise de dispositivos constitucionais pode-se qualificá-la ora como gênero, ora como espécie. Para o autor, por exemplo, “serviço público” é uma espécie de “atividade econômica”, de forma que nesse contexto essa expressão se apresenta como identificadora de gênero, da qual aquela é espécie. Grau explica:

A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. [...]

Ao afirmar que serviço público é tipo de atividade econômica, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, serviço público.

Ao afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie. [...]

A seguinte convenção, então, proponho: atividade econômica em sentido amplo conota gênero; atividade econômica em sentido estrito, a espécie. (grifos nossos)

Sobre a referida lição de Eros Grau (2010, p. 128), cumpre entender que o autor parte da ideia de serviço público como “atividade indispensável à consecução da coesão social”, e o que “determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.

Assim, o raciocínio segue no sentido que a definição de serviço público, como uma ou outra parcela da atividade econômica em sentido amplo, será decorrente de elementos que informem adequadamente o Estado, em determinado momento histórico, do confronto entre os interesses do capital e do trabalho. Esse está ligado ao desenvolvimento não especulativo de serviços pelo Estado, enquanto aquele se traduz em objeto de especulação lucrativa, cuja exploração configura atividade econômica em sentido estrito (2010, p. 108).

Superadas as questões conceituais da presente teoria, se faz necessário, a partir de uma perspectiva constitucional, perceber a distinção dos regimes jurídicos aos quais estão submetidos a exploração de atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da CRFB/1988) e a prestação de serviço público (art. 175 da CRFB/1988), embora, como citado no início desse capítulo, não seja a definição do regime jurídico a razão de ser de um ou de outro. Assim, segundo a Constituição de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (grifos nossos)

Sobre o retromencionado artigo 175 da CRFB de 1988, Eros Grau entende referir-se aos serviços públicos privativos, cuja prestação é privativa do Estado, ainda que se admita a possibilidade de prestação pelo setor privado, apenas e tão-somente em regime de concessão ou permissão (2010, p. 122).

Quanto aos não privativos, se diferenciam dos anteriores por poderem ser prestados pelo setor privado e prescindirem de concessão, permissão ou autorização. Sobre os exemplos de serviços de saúde e educação, Grau (2010, p. 123) complementa:

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino - não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.

Não importa quem preste tais serviços - União, Estados-membros e Municípios ou particulares; em qualquer hipótese haverá serviço público.

Ante a teoria ora estudada e diante da análise constitucional empreendida acerca da atuação do Estado, percebe-se o instituto da terceirização ou execução indireta de serviços na Administração Pública como algo estranho ao meio. Como se pode concluir dos ensinamentos trazidos de Eros Grau, a prestação de serviços públicos diretamente por agentes privados acontece em situações bem delimitadas: ora sob o regime de concessão ou permissão, ora livremente por expressa previsão constitucional, como supracitado nos casos de serviços de saúde e educação.

Ao tratar da pertinência do recurso à presente teoria nesse estudo, cabe mencionar novamente a presença histórica da execução indireta de serviços na Máquina Pública e a evolução normativa pela qual passou, cujas alterações, conforme já demonstrado, são todas no sentido da ampliação do uso do instituto, o que provoca, em menor ou maior medida, o questionamento acerca da constitucionalidade do emprego desse recurso na Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização, apesar de concebida para a lógica empresarial e nesse contexto já enfrentar diversas oposições existentes até hoje, principalmente de cunho trabalhista, chegou primeiro no direito brasileiro para uso por parte da Administração Pública. Essa, por sua natureza sabidamente diversa do setor privado, acaba por ser alvo ainda maior de questionamentos pelo emprego do instituto nesse âmbito, até os dias atuais.

Ao analisar o escopo normativo que trata do tema deste estudo foi possível perceber uma sucessão de diplomas legais e regulamentares que se propuseram a cuidar da questão, no entanto o fizeram de forma imprecisa ou genérica.

Há bem pouco tempo a conveniência e o cabimento da terceirização eram amplamente considerados sob a clássica divisão entre atividades-fim e meio, das quais apenas essas poderiam ser objeto de execução indireta. Esse entendimento foi inegavelmente incorporado pela Administração Pública e pela jurisprudência também relacionada às empresas, vez que até então não existia norma legal no sentido de regulamentar o tema nesse âmbito.

No entanto, as modificações trazidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (conhecida como Reforma Trabalhista), romperam completamente com esse entendimento e provocaram uma desfiguração, sobretudo, no conceito de terceirização, seja para a lei, seja para a jurisprudência. Passou-se então a permitir a terceirização irrestrita, visto que a partir de então qualquer atividade poderá ser objeto da ferramenta, e não mais apenas as de caráter acessório ou intermediário.

A Administração Pública, apesar do entendimento dessa não ser atingida pela reforma retromencionada, posteriormente também se movimentou no sentido de modificar sua delimitação quanto ao uso do instituto. O Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, alterou a forma anterior de previsão da execução indireta no contexto administrativo quando passou a fazê-lo por exclusão e vedá-lo taxativamente apenas nos casos dos serviços de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia.

A terceirização na Administração Pública, em menor ou maior nível, sobretudo quando alcançados serviços entendidos como principais ou aproximados desses, suscita diversas indagações quanto à sua constitucionalidade ante as violações que se percebem a diversos princípios insculpidos em nosso Texto Maior.

O princípio da legalidade evidencia-se atingido quando um decreto que visa regulamentar a terceirização em âmbito público altera a amplitude da aplicação do

recurso. O princípio da impessoalidade, sob o prisma da isonomia e da finalidade, mostra-se contrariado quando burlada a exigência constitucional do concurso público como forma de recrutamento de pessoal para cargos e empregos públicos, ou quando permitido que cada vez mais haja trabalhadores a desenvolver serviços públicos à margem do poder diretivo do Estado, sem subordinação ou vinculação a esse.

Além dos referidos princípios de estatura constitucional relativos à atividade pública, percebe-se que a Carta Magna desenvolve em seu texto uma sistemática de serviços públicos em que esses, observados sob a compreensão do Direito Econômico, se apresentam como espécie de atividade econômica. Nesse sentido, a CFRB/1988 prevê de forma bem delineada de que maneira os serviços públicos poderão ser prestados por terceiros, como é o caso dos regimes de concessão e permissão. Sobre a terceirização, no entanto, a Constituição se mostra silente quanto ao uso específico do instituto, que é sustentado, muitas vezes, sob o argumento que a Administração Pública necessita de eficiência e, para tanto, precisa desincumbir-se de algumas atividades.

A execução indireta de serviços administrativos, como visto, apesar da ausência de respaldo constitucional expresse, surge no nosso ordenamento em um pacote de medidas que objetivaram reformar a Administração Pública sob o ponto de vista gerencial, reforma a qual se considera salutar, inclusive pela elevação da eficiência ao patamar de princípio constitucional.

No entanto, merece questionamento, senão a terceirização hoje, vez que consolidada, mas o notório alargamento de sua presença em âmbito público, sempre sob o argumento da necessidade de redução de despesas com pessoal, como se fosse isso algo impossível de ser resolvido dentro da própria organização da Administração Pública. Assim, o trespasse de serviços parece ter se tornado o grande trunfo dos gestores públicos, e a decisão de ampliação do uso do instituto aparenta ter adquirido o necessário significado de economicidade e preço pelos recursos públicos.

Contudo, admitir a execução indireta de serviços públicos estratégicos ou correlatos por empresas privadas -com contratos transitórios e trabalhadores alienígenas à natureza administrativa das atividades, que devem ser fielmente vinculadas à consecução do interesse público- e proibi-la apenas quando se tratar de atividades inerentes ao poder de polícia, é permitir o esvaziamento da plena noção de Administração Pública enquanto exteriorização do Estado Democrático de Direito previsto constitucionalmente.

Acredita-se sim, na urgente necessidade de uma reforma administrativa, principalmente para rever questões de pessoal como a destinação orçamentária expressiva para umas poucas carreiras, abastadas de altos subsídios e inúmeras verbas indenizatórias, como é de conhecimento de toda a sociedade. Ademais, cabe também a unificação e desburocratização das carreiras intermediárias para facilitar a movimentação de servidores dentro da estrutura administrativa e para compatibilizar seus vencimentos com as particularidades e complexidades de cada carreira, porém de forma técnica e não política como parece ser a praxe.

Em curto prazo, por outro lado, entende-se que o caminho mais acertado para a resolução do presente problema seja o retorno à sistemática mais restritiva do Decreto nº 2.271/1997 por meio da revogação do Decreto nº 9.507/2018, caso em que haverá maior compatibilização com dispositivos normativos tal qual a Lei 8.666/1993 e maior conformação com a principiologia administrativa expressa na Constituição. Além disso, faz-se mister a plena desvinculação entre o modelo de

terceirização irrestrita trazido pela chamada “Reforma Trabalhista” (que foi chancelado pelo STF) e a sistemática até então empregada em âmbito público, para que assim não haja dúvida quanto à inaplicabilidade daquele fora da órbita privada.

É certo que a terceirização, até mesmo pelo tempo em que é utilizada pela Administração Pública, dificilmente será revertida ou totalmente descontinuada, mas é imprescindível que haja limites bem definidos de sua aplicação, tanto por questão de legalidade e constitucionalidade, tanto por uma concepção de Estado prestacional sob a qual é fundada nosso ordenamento. Ademais, os serviços públicos devem sim ser considerados sob o prisma dos direitos fundamentais e o Poder Público tem a obrigação de garanti-los sob pleno controle e prestá-lo por meio dos indivíduos mais qualificados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. “Poder” regulamentar ante o princípio da legalidade. **Portal Editora Fórum**, 2016. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Direito administrativo facilitado**. São Paulo: Método, 2015. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Decreto nº 9.262, de 9 de janeiro de 2018. Extingue cargos efetivos vagos e que vierem a vagar dos quadros de pessoal da administração pública federal, e veda abertura de concurso público e provimento de vagas adicionais para os cargos que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9262.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Nota Técnica nº 01 CONAP/MPT, de 06 de fevereiro de 2019. Apresenta considerações ao Decreto nº 9.507, de 21/09/2018, em vigor a partir de 22/01/2019, com a finalidade de apontar as inconstitucionalidades e ilegalidades do texto em relação à contratação de trabalhadores terceirizados no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, bem como os riscos ao erário. Brasília, DF: Ministério Público do Trabalho, 2019. Disponível em: http://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-01-conap/@@download/arquivo_pdf. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Portaria nº 443 MPDG/GM, de 27 de dezembro de 2018. Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Brasília, DF: Presidência da República, 2018D. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57219256/do1-2018-12-28-portaria-n-443-de-27-de-dezembro-de-2018-57218981. Acesso em: 22 de julho de 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados

ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2011. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350. Acesso em: 22 de julho de 2019.

CASARTELLI, Mônica de Oliveira; COSTA, Eder Dion de Paula. Terceirização na administração pública: precarização e inaplicabilidade da Lei 13.429/2017. **Revista Brasileira de Direito Social - IEPREV**, v. 1, n. 2, p. 16-28, 2018. Disponível em: <http://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/41>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2012.

DRUCK, Graça *et al.* A terceirização no serviço público: particularidades e implicações. *In*: CAMPOS, André Gambier (org.). **Terceirização do trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326. Acesso em: 22 de julho de 2019.

FONSECA, Vanessa Patriota. Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador. *In*: CAMPOS, André Gambier (org.). **Terceirização do trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32326. Acesso em: 22 de julho de 2019.

FORTINI, Cristiana. O decreto federal 9.507/18 e a terceirização na administração: primeiras impressões. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Terceirização na reforma trabalhista e impactos da recente jurisprudência do STF. **Genjurídico**, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/terceirizacao-na-reforma-trabalhista-e-impactos-da-recente-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. *In*: NUNES JR., Vital Serrano *et al* (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 2. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>. Acesso em: 17 de abril de 2019

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RÊGO, Évellyn Barbosa. A terceirização e a reforma trabalhista no Brasil: uma análise crítica da possibilidade de terceirização das atividades-fim. **Revista**

JusNavigandi, Teresina, ano 23, n. 5521, ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66910>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

SCHERCH, Vinicius Alves. A terceirização no serviço público: aspectos gerais, limites e vedações. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 146, mar. 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-terceirizacao-no-servico-publico-aspectos-gerais-limites-e-vedacoes>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/pt-br.php>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

SILVA, Edna Aparecida da. **Terceirização na administração pública: conflitos na legislação, orçamentação e escrituração da despesa**. 2008. Monografia (Especialização em Orçamento Público) - Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. Disponível em: <http://senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182036/MonografiaEdna.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

TAVARES, Ernesto Alessandro. A (in)compatibilidade da regra constitucional do concurso público com a nova Lei de Terceirização. **Revista Digital de Direito Administrativo - USP**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 69-96, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/144295>. Acesso em: 22 de julho de 2019.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na administração pública. *In*: NUNES JR., Vital Serrano *et al* (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 2. Disponível em: http://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/control-interno_59224567dda34.pdf. Acesso em: 22 de julho de 2019.