

**TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA
ANÁLISE DA ATIVIDADE IRRESTRITA SOB A ÓTICA DO DECRETO
Nº 9.507/2018**

**LABOR THIRD PARTY IN THE PUBLIC ADMINISTRATION: AN ANALYSIS OF
IRRETRACT ACTIVITY UNDER THE OPTICS OF DECREE Nº 9.507/2018**

Christhyanne Regina Bortolotto¹

Luiz Eduardo Gunther²

Resumo

No contexto global contemporâneo, marcado pela flexibilização dos direitos trabalhistas, o presente artigo insere-se neste debate com o objetivo de analisar os limites da terceirização trabalhista no âmbito da administração pública sob a ótica do Decreto nº 9.507/2018 através de uma abordagem constitucional lógica, sistemática e teleológica.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Atividade-fim. Limites Constitucionais.

Abstract/Resumen/Résumé

In the contemporary global context, marked by the flexibilization of labor rights, this article is inserted in this debate with the objective of analyzing the limits of outsourcing labor in the scope of public administration from the point of view of Decree nº.9.507/2018 through a logical constitutional approach, systematic and teleological.

Keywords/Palavras-claves/Mots-clés: Outsourcing. Public administration. Activity-end. Constitutional limits.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

² Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

INTRODUÇÃO

A administração pública, na busca da eficiência administrativa e em decorrência dos processos desestatizantes ocorridos nos últimos anos, cada vez mais, tem repassado a prestação de serviços públicos para a atividade privada, bem como tem reduzido seus quadros e estimulado a execução de suas atividades através da contratação de terceiros.

Até a edição da Lei nº 13.429/2017, Lei nº 16.467/2017 e do Decreto nº 9.507/2018, a atividade de terceirização no âmbito da administração pública sofria limitação impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, com o advento das referidas normas, esse fenômeno passou a ser admitido de forma irrestrita no bojo das contratações de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Nesse cenário atual, o presente estudo tem como objetivo realizar uma análise sistemática, normativa e constitucional acerca da utilização da terceirização na execução de atividade-fim da administração pública sob a ótica da Lei nº 3.429/2017, Lei nº 13.467/2017 e Decreto Lei nº 9.507/2018.

Para tanto, primeiramente far-se-á uma abordagem acerca da construção normativa da terceirização trabalhista no âmbito privado, bem como dos limites constitucionais e legais estabelecidos para esse fenômeno no setor público. Posteriormente, serão analisadas as possíveis (in)constitucionalidades da terceirização trabalhista de forma irrestrita no âmbito da administração pública oriundas da atual legislação que rege o instituto em apreço.

1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA ATIVIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO PRIVADO

Com o aprofundamento da terceirização no Brasil, especialmente a partir dos anos 70 e 80, o Poder Judiciário, açulado sobretudo pela indecisão do Poder Legislativo, se viu obrigado a produzir uma lógica interpretativa para assegurar

soluções aos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços contratados de forma terceirizada.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho editou no ano de 1986 a Súmula 256³, limitando a possibilidade de terceirização apenas àquelas previstas legalmente, quais sejam, o trabalho temporário – Lei nº 6.019/74(BRASIL, 1974) e o serviço de vigilância - Lei nº 7.102/83 (BRASIL, 1983).

No decorrer dos anos houveram intensas pressões de outros segmentos empresariais, sobretudo o financeiro quanto a legalização da terceirização.

Não obstante a isto, em meados de 1993 o Ministério Público do Trabalho postulou perante o TST a revisão da Súmula 256 (face de um inquérito civil público instaurado para investigar denúncia de uso pelo Banco do Brasil de mão-de-obra ilegal de digitadores), requerendo a ampliação das hipóteses de terceirização dentro da administração pública federal, também, para o âmbito das empresas públicas e sociedade de economia mista (BIAVASCHI, 2011, p. 8), nos termos do Decreto-lei nº 200 de 1967 (BRASIL, 1967) e do artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 5.645/1970 (BRASIL, 1970).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho, realizou a revisão de forma mais ampla que a solicitada pelo *Parquet*, elasticendo a hipótese de terceirização não só para as empresas públicas e sociedade de economia mista, mas também, para todas as entidades de natureza privada, desde que o serviço prestado fosse ligado a atividade meio do tomador.

De tal sorte, houve o cancelamento da Súmula 256 do TST (BRASIL, 2003), sendo publicada a Súmula 331⁴ (BRASIL, 211) que por sua vez sintetizou a matéria da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

³Súmula 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

⁴Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III- 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 pessoalidade e a subordinação direta.

Nos termos da referida Súmula foi considerada válida a terceirização de serviços nas chamadas atividade-meio, ou seja, nas atividades secundárias que não se relacionam com a atividade-fim da empresa. Todavia, se a terceirização envolver a atividade-fim da empresa, ela seria considerada ilícita. Neste caso, a empresa tomadora é considerada responsável solidariamente ou subsidiariamente no tocante aos direitos do trabalhador não cumpridos pelo fornecedor da mão-de-obra.

No tocante ao aspecto conceitual da atividade-meio e atividade-fim como caracterizadora da (i)lícitude da terceirização da prestação de serviços, Maurício Godinho Delgado assim os lapidam respectivamente:

“Atividade-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 definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”. “Atividade-meio são aquelas fundações 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 do seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (DELGADO, 2015, p. 414).

Assim, nos termos da Súmula 331 do TST (BRASIL, 2011), verifica-se que a regra geral é a de que o fornecimento de mão-de-obra (contratação de trabalhadores por empresa interposta) é ilegal, tendo como consequência o reconhecimento de vínculo entre o tomador de serviços e o trabalhador.

Destarte existem duas exceções em que não se forma esse vínculo: (a) quando o contratante é a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, porque, nesse caso, a formação do vínculo significaria burla a exigência constitucional

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

de concurso público, contido no artigo 37, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988); (b) quando se tratar de contrato de vigilância (Lei nº 7.102/1983), de conservação e limpeza ou se serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta (DI PIETRO, 2012, p.219).

Constata-se que a terceirização no Brasil até a recente edição da Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 (BRASIL, 2017) e da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 (BRASIL, 2017) foi ilustrada apenas pela normatividade criada pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho mediante a edição da Súmula 331 (BRASIL, 2011).

Com advento da Lei nº 13.429/2017 (BRASIL, 2017) a terceirização foi legalizada mediante sua inserção no bojo da Lei 6.019/1974 (Contrato Temporário), com algumas alterações posteriores promovidas pela Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista).

O primeiro diploma legal (Lei nº 13.429/2017), basicamente, delineou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei 6.019/1974 (BRASIL 1974). No tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa, o quadro jurídico até então imperante no ordenamento jurídico do País.

O segundo diploma legal (Lei nº 13.467/2017) foi além, introduzindo regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo. As novas regras insculpidas nos artigos 4º-A da Lei nº 13.467/2017⁵ (BRASIL, 2017) consagram a possibilidade de terceirização em qualquer atividade da contratante (tomador de serviços), independentemente de ser ela essencial ou secundária, fim ou meio.

Quanto ao aspecto da aplicabilidade das mudanças normativas da terceirização trabalhista em observância a natureza jurídica (objeto) do instituto no âmbito da iniciativa privada, recentemente, nos autos da ADPF nº 324⁶ e

⁵ Art. 4º- A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (BRASIL, 2017).

⁶ **RE nº 958.252:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É

RE.nº 58.252⁷ o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de considerar lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social da empresa contratante.

Tais ações foram movidas pela empresa Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA e Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, respectivamente, muitos anos antes do advento da Lei nº 13.467/2017 e tinham como objeto a análise acerca da licitude da terceirização da atividade-fim sob o viés da livre iniciativa do empresariado.

Os ministros que votaram a favor da terceirização irrestrita argumentaram no sentido de que não haverá precarização da relação de emprego e que essa medida estimularia o aumento no número de postos de trabalho. Além disso, sustentou-se que haveria a redução do custo final do produto ao consumidor, o que ajudaria no crescimento da economia.

Para o ministro Celso de Mello, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente, “sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial”.

Ainda, o referido ministro apontou que o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas⁸.

lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social da empresa contratante”, vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronuncia quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018 (STF, 2018, on-line).

⁷ **ADPF nº 324**: Decisão: O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator prestou esclarecimentos no sentido de que a decisão deste julgamento não afeta os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lucia. Plenário, 30.8.2018 (STF, 2018, on-line).

⁸ “O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados” (STF/2018).

No seu voto Celso de Mello, citou ainda dados estatísticos que comprovam o aumento de vagas no mercado formal em decorrência do aumento da terceirização em empresas dos mais diversos segmentos econômicos⁹.

Já a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, destacou que a terceirização não é a causa da precarização do trabalho nem viola por si só a dignidade do trabalho¹⁰.

Para a ministra Cármen Lúcia, a garantia dos postos de trabalho não está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada: “Com a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho”.

Nesse sentido, os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes também votaram julgando procedente a ADPF e dando provimento ao RE.

Divergiram desse entendimento os ministros Luis Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio se posicionando no sentido de que a limitação da Justiça do Trabalho apenas às atividades-meio não ensejava nenhuma violação, pois se tratava de uma das interpretações possíveis ao instituto da terceirização. Além disso, argumentaram a necessidade de se conciliar os princípios da livre iniciativa com o valor social do trabalho, ambos previstos na Constituição Federal¹¹.

A previsão de terceirização apenas nas atividades-meio ou secundárias da empresa constante na súmula 331 do TST exercia importante função de preservar os empregos nas atividades principais das empresas, pois era vedada a terceirização na atividade-fim. Com a autorização expressa de terceirização nas atividades-fim,

⁹ O impedimento absoluto da terceirização trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará a redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização nos últimos anos” (STF/2018).

¹⁰ “Se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Se não permitir a terceirização garantisse por si só o pleno emprego, não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados” (STF/2018).

¹¹ “Na atual tendência observada pela economia brasileira, a liberalização da terceirização em atividades fim, longe de interferir na curva de emprego, tenderá a nivelar por baixo nosso mercado de trabalho, expandindo a condição de precariedade hoje presente nos 26,4% de postos de trabalho terceirizados para a totalidade dos empregos formais” (Rosa Weber) - (OLIVEIRA; BARBIÉRI, 2018) Hoje o mercado de trabalho é mais desequilibrado do que era em 1943, quando da promulgação da CLT e do afastamento da incidência das normas civilistas. Hoje nós temos escassez de empregos e mão de obra incrível, com um número indeterminado de pessoas desempregadas” (Marco Aurélio Mello) - (OLIVEIRA; BARBIÉRI, 2018)

permitiu-se expressamente a contratação de empregados terceirizados em todas as funções da empresa.

2 A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NO ÂMBITO ESTATAL

Não obstante a conceituação de terceirização do âmbito privado¹² e público¹³ serem basicamente a mesma, no tocante ao Poder Público, este instituto deve ser observado sob o enfoque principiológico que rege a Administração Pública, que se funda na supremacia e na indisponibilidade do interesse público, e não na autonomia da vontade, como ocorre na iniciativa privada.

A terceirização da Administração Pública resultou de um processo desestatizante cujo marco legislativo inicial ocorreu mediante o Decreto-lei nº 200 de 1967 (BRASIL, 1967). Referido texto de lei trouxe em seu bojo a possibilidade do Poder Público contratar particulares para o exercício de atividades meio, desafogando-o de proceder com tarefas executivas.

Posteriormente, outras leis foram publicadas consubstanciando quais atividades poderiam ser objeto de execução indireta pela Administração Pública, sendo elas, Lei 5.645/70 (Estabelece diretrizes para a classificação de cargos em comissão e provimento efetivo do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências)¹⁴ e, Decreto-Lei nº 2.271/1997 (Dispõe sobre a contratação

12 O termo “terceirização” sob a ótica técnica das relações empresariais significa “direito de contratar terceiro para melhor atingir o objetivo social, tendo como escopo a redução de custos e ampliação dos benefícios da especialização, passando a empresa se concentrar em suas atividades essenciais” (DINIZ, 2005, p. 646).

13 No âmbito da Administração Pública, Marçal Justen filho, afirma que a terceirização “indica a transferência para terceiros, promovida pelo agente econômico, do desempenho de certas atividades específicas, necessárias à prestação de serviço ou à produção e circulação de mercadorias” (JUSTEN FILHO, 2015).

14 Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: (...) Parágrafo único: As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, §7º do Decreto-lei 200/97 (revogado pela Lei 9.527/97).

de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências)¹⁵ (BRASIL, 1997).

Na mesma linha, em 1997, o Ministério do Orçamento e Gestão da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio expediu a Instrução Normativa nº 18, cujo objeto era disciplinar a contratação de serviços a serem executados de forma indireta e contínua, celebrados por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG (BRASIL, 1997).

Posteriormente, em 2008 foi expedida a Instrução Normativa nº 02 pela da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (BRASIL, 2008), no qual revogou àquela anteriormente mencionada e dispôs em seus artigos 6º a 9º¹⁶ quais os serviços passíveis ou não de terceirização.

¹⁵ 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.

Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

¹⁶ Art. 6º Os serviços continuados que podem ser contratados de terceiros pela Administração são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do órgão ou entidade, conforme dispõe o Decreto nº 2.271/97.

§ 1º A prestação de serviços de que trata esta Instrução Normativa não gera vínculo empregatício entre os empregados da contratada e a Administração, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize personalidade e subordinação direta. (Incluído pela INSTRUÇÃO NORMATIVA MP Nº 3, DE 15/11/2009)

Art. 7º 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. § 1º Na contratação das atividades descritas no caput, não se admite a previsão de funções que lhes sejam incompatíveis ou impertinentes. § 2º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632/98.

Art. 8º Poderá ser admitida a alocação da função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação à pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.

Art. 9º É vedada a contratação de atividades que: I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal; II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; e III - impliquem limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público, exercício do poder de polícia, ou manifestação da vontade do Estado pela emanção de atos administrativos, tais como: a) aplicação de multas ou outras sanções administrativas; b) a concessão de autorizações, licenças, certidões ou declarações; c) atos de inscrição, registro ou certificação; e d) atos de decisão ou homologação em processos administrativos

Para Helder Santos Amorim, há dois fatores que consolidaram a cultura da terceirização no serviço público, sendo o primeiro relativo a limitação de gastos com despesas de pessoal imposta pela Lei Complementar nº 101 de 2000 - Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências – (BRASIL, 2000) e, a segunda concernente ao princípio da eficiência inserido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (AMORIN, 2009, p. 69).

O que se verifica é que gradativamente ocorre uma imposição da economia sobre o direito, ocasionando uma modificação estrutural, forçando o Estado a transferir ao setor privado a execução direta de algumas tarefas.

Neste ponto, destaca-se os principais diplomas que tratam da terceirização hodierna na Administração Pública, quais sejam, a Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitação - (BRASIL, 1993), Lei nº 8.987/95 - Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos (BRASIL, 1995) e Lei nº 11.079/2004 - Parceria Público Privada (BRASIL, 2004), no qual estão insertos o próprio serviço público e as atividades relacionadas ao serviço público.

Assim, a teor do disposto na Lei nº 8.666/93 é possível a Administração Pública terceirizar contrato de prestação de serviços (terceirização de atividades ligadas aos serviços públicos) estando este fundamentado no artigo 37, inciso XXI¹⁷ da Constituição Federal. Já as Leis nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) e nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) autorizam a terceirizar serviços públicos mediante contrato de concessão ou permissão, consoante autorização constitucional prevista no *caput* do artigo 175 da Constituição Federal¹⁸ (BRASIL, 1988).

Recentemente foi publicado o Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 2018, dispondo sobre novas regras para a terceirização na administração pública federal, ampliando as contratações indiretas para as empresas públicas federal (direta,

¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁸ 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 público.

autárquica e fundacional) e das empresas públicas e sociedades de economia mista (controladas pela União).

O Decreto nº 9.507/2018 irá passar a vigor a partir de janeiro de 2019 e substituirá o Decreto nº 2.271/1997, que por sua vez, trazia a possibilidade de terceirização para as atividades de caráter acessório, instrumental ou complementar, tais como atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações, dentre outros.

Salienta-se que no Decreto nº 9.507/2018 não foi mencionado expressamente quais os cargos que poderão ser atingidos por essa nova normativa, bem como não constam expressamente quais são os serviços que podem ser terceirizados.

O decreto se atém a proibir a terceirização em apenas quatro situações distintas e amplia a área de abrangência nas regras de terceirização para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com essa nova normativa, 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 (art. 3, I); (ii) que sejam considerados estratégicos para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimento e tecnologias(art. 3, II).; (iii) que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção (art. 3, III) 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 (art. 3, IV).

Já com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objetos de execução indireta os serviços que utilizem profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, exceto se contrariar os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, tais como na ocorrência de: (i) caráter temporário do serviço (art. 4º, I); (ii) incremento temporário do volume de serviços (art. 4º, II); (iii) atualização de tecnologia ou especialização de serviço (art. 4º, III); (iv) impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere (art. 4º, IV).

Consoante se verifica nas leis ora citadas, até a edição do Decreto nº 507/2018 não havia permissão legislativa acerca da terceirização de mão-de-obra na administração pública, mas tão somente regramentos acerca das formas de prestação de serviços que a entidade estatal poderia terceirizar.

O que se percebe com a amplitude apresentada da norma em comento, houve uma eliminação de todos os limites que a regulamentação anterior impunha à terceirização de atividades no âmbito da administração pública federal, admitindo a possibilidade de terceirizar atividade de todas as naturezas, acessórias ou principais no âmbito das empresas estatais da União.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DO DECRETO Nº 9.507/2018

Consoante analisado nos itens precedentes, até a publicação do Decreto nº 9.507/2018 o ordenamento jurídico brasileiro não autorizava a Administração Pública a terceirizar seus serviços objetivando a substituição do Estado em suas atividades-fim ou inerentes.

O Decreto nº 9.507/2018 inverteu a perspectiva deontológica até então adotada pelo Decreto nº 2.271/1997, e, ao invés de indicar as atividades passíveis de terceirização, restringe-se a apontar algumas poucas atividades que não podem ser objeto de terceirização (art. 3º), admitindo, por exclusão, a contratação indireta de todas as demais.

Assim, uma questão que emerge, por ausência de clareza do texto legal é a partir de janeiro de 2019 (início da vigência do Decreto nº 9.507/2018) a Administração Pública, na condição de contratante, poderá terceirizar sua atividade-fim, inclusive nas empresas públicas, sociedade de economia mista e suas controladas, em todas as instâncias federativas, e ainda, no que couber, na administração pública direta, autárquica, fundacional, permitindo sua prática em quaisquer atividades que não sejam inerentes às carreiras típicas de Estado, no âmbito da União, Estados e Municípios?

Destaca-se que a terceirização de atividade-fim no âmbito da Administração Pública não tem respaldo constitucional, eis que, o artigo 37, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988), exige que a investidura em cargos, empregos ou funções se

dê por concurso público, contando-se com duas exceções a saber: a contratação temporária, que depende de lei específica de cada ente federativo e a nomeação para cargos em comissão.

Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos, “a vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem”. Na Administração Pública, acresça-se que a contratação de pessoal exige a realização de concurso público (artigo 37, II, da Constituição Federal), (RAMOS, 2011, p. 58-59).

Neste contexto, não é demais citar que a Constituição Federal autoriza o ingresso de mão-de-obra nos quadros da Administração Pública apenas por meio de duas formas, sendo elas: tratando-se de servidores estatutários e empregos públicos, mediante concurso público; ou, então, em se tratando de cargo em comissão, por meio de nomeação.

A matéria de prestação de serviço de natureza contínua com dedicação exclusiva de mão-de-obra, à Administração Pública só é permitida a contratação de serviços, não a contratação de pessoas, sendo expressamente¹⁹ vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a caracterização exclusiva do objeto contratual como fornecimento de mão-de-obra.

A atual legislação que rege a matéria de terceirização resta conflitante, pois, enquanto as Leis nº 8.666/93 (BRASIL, 1993), nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) e nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) em vigor c/c com os artigos 37 e 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), admitem que a Administração Pública terceirize apenas atividades acessórias instrumentais ou complementares (atividade-meio), o Decreto nº 9.507/2018 autoriza a contratação de serviços relacionados a quaisquer atividade-fim, o que, pode implicar na derrogação dos limites impostos pelas demais leis que regem o instituto em apreço, bem como na violação constitucional.

Entretanto, para que não ocorra estas implicações jurídicas, as novas regras da terceirização devem se amoldar a Administração Pública observando um quadro constitucional lógico, sistemático e teleológico.

Os parâmetros jurídicos da Administração Pública no direito brasileiro são dados pela Constituição Federal de 1988, sendo este o regramento que deve ser

¹⁹ Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: (...) II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra; (...).

observado no que tange a limitação de quais atividades o ente público pode terceirizar seus serviços.

O primeiro princípio que deve ser ressaltado é o da legalidade previsto no artigo 37, *caput* da Carta Magna (BRASIL, 1988), o qual o Poder Público detém a obrigatoriedade de atuar dentro do que lhe foi autorizado por lei.

Neste sentido, a administração pública apenas pode terceirizar as atividades que a legislação estritamente a autoriza (art. 10, §7º do Decreto Lei nº 200/1967 e Lei 8.666/1993) e não àquelas que a lei não proíbe (Decreto nº 9.507/2018), sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (MEIRELLES, 2005).

Ainda, o princípio da eficiência previsto no *caput* do artigo 37 (BRASIL, 1988), além de impor ao Poder Público a buscar melhores resultados na prestação de serviços, traz no seu bojo limitações acerca da terceirização em observância ao interesse público.

Na transferência das suas atividades a terceiros, a administração pública passa a ter um controle indireto da prestação serviços, sendo este fator propenso a redução de custos em detrimento da qualidade dos serviços perante a sociedade, violando o objeto da eficiência buscada pelo Poder Público.

Ainda, em consonância com o interesse estatal, a terceirização da administração pública tem limitações vinculadas aos princípios da economicidade e proporcionalidade, que por sua vez, demanda a aplicação de recurso de forma coerente, almejando solução economicamente mais apropriada na gestão do objeto pública.

Ademais, a terceirização da administração pública encontra limites nos princípios da impessoalidade e da moralidade, também previstos no *caput* e inciso II do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ou seja, um sistema de terceirização sem limites afronta diretamente o princípio da impessoalidade, vez que, a pessoalidade é requisito capaz de caracterizar vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Súmula 331 do TST).

É importante ressaltar que a exigência insculpida no dispositivo em comento revelou-se muito importante, porque “algumas atividades, em virtude de sua

relevância intrínseca para a coletividade, devem ser realizadas por servidores de carreira, inclusive pela responsabilidade que lhes é atribuída, estando sujeita a sanções administrativas” (PEREIRA, 2017).

Desta forma, considerando que a Constituição Federal criou cargos e funções para serem preenchidas pelo administrador público impondo-lhes direitos e obrigações, logo, conclui-se que, é defeso ao administrador público destiná-los a empregados terceirizados, bem como deixar de criar cargos necessários a execução dos serviços para os contratar através de terceiros. Até porque, certas atividades-fim da administração pública são codificadas como atividades exclusivas do Estado por razão lógica ou estrutural (princípio da organização funcional).

Conclui-se, portanto, que a análise a ser empreendida quanto aos limites da atividade de terceirização da Administração Pública, deve ocorrer sistematicamente observando todo o conjunto normativo e, não no mero isolamento do Decreto Lei nº 9.507/2018.

A hermenêutica do texto de lei que dispõe sobre a atividade de terceirização da atividade fim na administração pública deve ocorrer de forma integrada ao ordenamento jurídico com fulcro nos princípios constitucionais pré-existentes.

Com efeito, diante da amplitude que o Decreto nº 9.507/2018 proporcionou a atividade de terceirização na administração pública, conseqüentemente, contrariou o regramento normativo e principiológico insertos na Constituição Federal, responsáveis por avaliar a consonância do regime democrático e a subordinação aos valores republicanos na administração da atividade pública.

Por essas razões, a terceirização da prestação de serviços no âmbito da Administração Pública somente pode ser admitida com base nos ditames constitucionais pré-estabelecidos no ordenamento jurídico, sob pena de a Administração Pública incorrer em violação constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização como modelo trilateral de relação econômica é a resultante de um processo de desenvolvimento do capitalismo tendo como objetivo principal do tomador de serviços a redução de custos, qualidade e otimização da produção.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, a Administração Pública sofreu alterações nas suas estruturas decorrentes da intervenção estatal nas atividades privadas.

Neste contexto, a atividade da terceirização passou a ser utilizada pela Administração Pública como meio de descentralizar a atividade estatal mediante o auxílio da iniciativa privada nas hipóteses em que a Lei e a Constituição Federal a autoriza. Assim, o Estado passou a socorrer-se da ajuda de terceiros para a execução de atividades que lhe são afetas.

A normatização da terceirização na Administração Pública ocorreu ao longo dos anos com alterações significativas no ordenamento jurídico brasileiro, mas com ressalvas que o sistema principiológico de Direito Público lhe impõe.

Ao contrário do Decreto nº 2.271/1997, o novo Decreto nº 9.507/2018 não prevê ele próprio os serviços que preferencialmente devem ser contratados para execução indireta (ou terceirizados). Ao invés de dispor, de forma específica, quais serviços podem preferencialmente ser contratados para execução indireta, prevê as situações em que não cabe a terceirização.

Nesse sentido, parece disciplinar a questão da execução indireta da Administração Pública mediante contratação por critérios negativos, dadas as particularidades da terceirização, o que, possibilita a liberdade do ente público terceirizar a atividade de qualquer natureza e, conseqüentemente, ocasiona a violação das regras e princípios constitucionais que regem a Administração Pública (Interesse Público, Legalidade, Eficiência, Economicidade, Proporcionalidade e impessoalidade), responsáveis por garantir a harmonia no regime democrático de direito.

Nesse sentido, a terceirização no âmbito público nos moldes da nova previsão legal resta inconstitucional, por afrontar o direito à igualdade, devendo os agentes públicos (nomenclatura dada pela Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa) ingressarem na Administração Pública somente mediante a realização de concursos públicos, como preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição da República.

Assim, é necessário que se repense, urgentemente, a licitude da terceirização trabalhista de forma irrestrita na administração pública, observando um quadro

constitucional lógico, sistemático e teleológico, eis que, compromete o fundamento republicano do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BIAVASCHI, Magda Barros, DROPPA, Alisson. Dossiê: Classes e Transformações no Mundo do Trabalho. **A História da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: A Alteração na Forma de Compreender a Terceirização**, 2011. Disponível em <<http://www.femargs.com.br/uploads/artigos/a-historia-da-sumula-331/a-historia-da-sumula-331.pdf>>. Acesso em 03 set. 2018.

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Decreto-Lei nº 2.271 de 7 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Decreto-Lei nº 9.507 de 21 de setembro de 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm> Acesso em 13 nov. 2018.

_____**Lei nº 5.645 de 10 de dezembro de 1970**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 7.102 de 20 de junho de 1983**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em 14 dez. 2017.

_____**Lei complementar nº 101 de 4 de maio de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Lei nº 13.467 de 13 julho de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em 04 set. 2018.

_____**Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 2 de 30 de abril de 2008.** Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>>. Acesso em 03 ago.2018.

_____**Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Instrução Normativa nº 18 de 30 de 22 de novembro de 1997.** Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/in/in18_97.htm>. Acesso em 03 ago.2018.

_____**Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256> Acesso em 02 ago. 2018.

_____**Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331> Acesso em 02 ago. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves Delgado. **A Reforma Trabalhista no Brasil com Comentários à Lei N. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** v. 4, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNIOR, Marcos de Oliveira Vasconcelos. **A Terceirização na Administração Pública e os Serviços Públicos de Saúde.** Monografia Jurídica, Universidade Federal de Santa Maria, 2015. Disponível em <http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11492/Monografia%20IVANISE%20NUNES%20PEREIRA.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 ago.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA, Ivanise Nunes. Projeto de Lei nº 4.330 de 2004: Uma Análise da Terceirização de Atividade-fim na Administração Pública. In OPUSZKA, Paulo Ricardo (org). **Direito do Trabalho e Efetividade: Temas Clássicos Problemas contemporâneos.** Curitiba: CRV, 2017.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública: uma análise crítica.** São Paulo: LTr, 2001

SCHEID, Emanuelle Moreira. A Terceirização Trabalhista: Uma Análise à luz da (in) constitucionalidade material do projeto de lei 4.330/04. In OPUSZKA, Paulo Ricardo (org). **Direito do Trabalho e Efetividade: Temas Clássicos Problemas contemporâneos.** Curitiba: CRV, 2017.

STF. **AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 324.** Numeração Única 9997591-98.2014.1.00.0000. Relator Ministro Roberto Barroso. DJ: 06 set. 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>> Acesso em: 10 set.2018.

_____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 958282.** Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 06.09.2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>> Acesso em 10 set. 2018.

_____. **STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais.** Disponível em <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>> Acesso em 08 set. 2018.

OLIVEIRA, Mariana. BARBIÉRI, Luiz Felipe. **STF decide que é constitucional emprego de terceirizados na atividade-fim das empresas.** Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/30/maioria-do-stf-vota-a-favor-de-autorizar-terceirizacao-da-atividades-fim.ghtml>> Acesso em 08 set. 2018.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1, 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manual Prático das Relações Trabalhistas**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2017.