

DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITAÇÃO À EXECUÇÃO INDIRETA DE ATIVIDADES PÚBLICAS

OUTSOURCING OF PUBLIC SERVICES: LIMITATION TO THE INDIRECT EXECUTION OF PUBLIC ACTIVITIES

Gustavo Henrique Paschoal^{1*}

RESUMO

O artigo objetiva analisar a terceirização irrestrita, considerada constitucional pelo STF a partir do julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, e sua compatibilidade com o concurso público, em vista do julgamento do RE nº 760.931. Inicia com a análise da adoção do modelo gerencial de administração pelo Brasil com a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, que permitiu a execução indireta de serviços públicos como forma de melhorar os serviços prestados aos administrados. Em seguida, passa-se ao estudo da terceirização no Brasil e, em especial, na Administração Pública, tratando da necessidade de licitação para contratação dos trabalhadores terceirizados, e da responsabilidade do Poder Público pelos haveres laborais não pagos por seus contratados. Ao final, trata da compatibilização da terceirização irrestrita com a regra do concurso público, sendo necessária a regulamentação do instituto para sua correta aplicação, o que, na esfera federal, foi concretizado pelo Decreto nº 9.507/2018.

Palavras-Chave: Terceirização; Serviços Públicos; Modernização; Limitações; Responsabilidade.

ABSTRACT/ RESUMEN

The article aims to analyze unrestricted outsourcing, considered constitutional by the STF from the judgment of ADPF nº 324 and RE nº 958.252, and its compatibility with the public tender, in view of the judgment of RE nº 760.931. It begins with the analysis of the adoption of the managerial model of administration by Brazil with the enactment of Decree-Law nº 200/1967, which allowed the indirect execution of public services as a way of improving the services provided to those administered. Then, we move on to the study of outsourcing in Brazil and, in particular, in the Public Administration, dealing with the need for bidding for contracting outsourced workers, and the responsibility of the Government for the labor assets not paid by its contractors. In the end, it deals with the compatibility of unrestricted outsourcing with the public tender rule, requiring the regulation of the institute for its correct application, which, at the federal level, was implemented by Decree No. 9.507/2018.

Key-words: Outsourcing; Public services; Modernization; Limitations; Responsibility.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Ciência Jurídica – UENP, Mestre em Direito Constitucional – ITE, Especialista em Direito e Processo do Trabalho – UNIVEM. Professor dos cursos de pós-graduação do ProJuris Cursos Jurídicos, UNIMAR, UniToledo, Toledo Prudente e UEPG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3792193627271559>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0529-9254>. E-mail: ghpaschoal1981@gmail.com.

O tema da terceirização encontra-se, não raras vezes, cercado de polêmicas, especialmente quando vem à tona a dicotomia geração de novos postos de trabalho x proteção dos direitos dos trabalhadores. Enquanto os defensores da terceirização argumentam a habilidade do instituto em aumentar o número de postos de trabalho disponíveis, os críticos embatem-se sobre a precarização de direitos laborais historicamente conquistados a partir do momento em que um trabalhador é contratado por meio da terceirização.

Os debates em torno do tema acirraram-se quando da publicação das Leis Federais nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, as quais, ao introduzirem modificações na Lei Federal nº 6.019/1974, passaram a autorizar o que a doutrina e a jurisprudência chamam de terceirização irrestrita, isto é, a possibilidade de o empregador relegar a terceiros não só as atividades descritas na Súmula nº 331 do TST – vigilância, conservação, limpeza e atividades-meio – como também as chamadas atividades-fim, o que, de um modo geral, possibilita a terceirização de todas as atividades desenvolvidas pelo empregador.

Levando-se em conta que a terceirização, por força do Decreto-Lei nº 200/1967, é possível também no âmbito da Administração Pública, a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252 tem reflexos na organização administrativa de pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois abre nova possibilidade de admissão de trabalhadores para execução de atividades típicas da Administração Pública, tendo sido tal questão apreciada pelo STF no julgamento do RE nº 760.931.

Em âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.507/2018, que disciplina a terceirização no serviço público federal, delimitando, inclusive, os cargos que podem e os que não podem ser relegados à execução indireta. Ressalte-se, contudo, que o referido decreto aplica-se unicamente à esfera federal, não sendo possível a extensão de seus efeitos aos demais entes da federação, cabendo a Estados, Distrito Federal e Municípios a edição de normas próprias para regulamentar a terceirização e serviços públicos.

Desta forma, o objetivo da presente pesquisa é responder aos seguintes problemas: é possível compatibilizar a terceirização irrestrita com a regra constitucional do concurso público? Pode a Administração Pública promover a terceirização de todos os cargos existentes em sua estrutura ou existem limites que devem ser observados, aos moldes do Decreto Federal nº 9.507/2018, o qual disciplina a terceirização na esfera federal?

Da adoção do modelo administrativo gerencial

A Administração Pública no Brasil, ao longo do tempo, organizou-se de diversas maneiras diferentes, refletindo em todos os casos, o momento histórico pelo qual passava o país, ora com maiores restrições, ora com maior liberdade. Desde o modelo patriarcal do império até o advento do atual modelo gerencial, foram muitas as tentativas de aperfeiçoar o modelo de gestão da coisa pública no Brasil.

A edição do Decreto-Lei nº 200/1967 marcou a tentativa inicial de promover a transição entre o modelo patriarcal de gestão da coisa pública, permeado especialmente pelo clientelismo, para um modelo gerencial, que vê o Estado como um prestador de serviços e o administrado como cliente, numa tentativa de inculcar na esfera administrativa valores próprios da cultura empresarial privada. Nesse sentido escreve Klicia Maria Silva Guimarães²:

² GUIMARÃES, Klicia Maria Silva. *Uma proposta de modelo gerencial para Administração Pública: caso Brasil*, Tese de Doutorado, Universitat de les Illes Balears, 2004. Disponível em <https://www.tdx.cat/handle/10803/9420#page=1>. Acesso em 15 fev 2022.

O usuário dos serviços públicos deve ser visto dentro dos princípios de uma empresa privada, como verdadeiro cliente, no sentido de que a relação Administração/Cidadão, deixa de ser uma relação de subordinação e passa a ser uma relação de igualdade. A capacitação e modernização administrativas, quando se tornam ações concretas, obtêm-se resultados com qualidade e eficiência, melhorando o atendimento, informação, comunicação e a receptividade. Infelizmente, ainda não atingimos as aspirações que a sociedade exige e estamos, ainda, presos a alguns motivos clássicos.

Um dos principais méritos do Decreto-Lei nº 200/1967 foi promover a chamada descentralização administrativa, numa clara tentativa de “enxugar” a “máquina pública” a partir da redistribuição das competências administrativas a órgãos menores e de atuação mais limitada, além, é claro, da delegação de atividades administrativas a particulares, por meio de delegação (art. 6º, inc. III e IV). Escreve Luís Carlos Bresser-Pereira³:

Em consequência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do welfare state no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais.

Ao promover a descentralização das decisões administrativas, o Decreto-Lei nº 200/1967 tratou de dar agilidade às ações da Administração Pública, levando-se em conta que, com a criação de órgãos públicos com competências mais específicas, a tendência lógica era que as expectativas dos administrados passassem a ser atendidas com mais presteza e, conseqüentemente, com maior precisão. Fazemos coro, aqui, às palavras de Leonardo Secchi⁴:

Hood e Jackson (1991) defendem que a APG é um argumento administrativo ou uma filosofia de administração, na qual eficiência e desempenho são valores que prevalecem. Essa filosofia de administração é baseada em um conjunto de doutrinas e justificativas. As doutrinas são prescrições para a ação, receitas para serem aplicadas na gestão e no desenho das organizações públicas. As justificativas são as razões para a pertinência das doutrinas, dando a elas um sentido racional. Como argumentado por Hood e Jackson (1991), doutrinas e justificativas são relativamente coerentes umas com as outras, e algumas filosofias podem usar certas prescrições baseadas em algumas justificativas, já outras filosofias podem usar as mesmas prescrições baseadas em justificativas totalmente diferentes.

Importante salientar que o Decreto-Lei nº 200/1967 possibilitou a descentralização das atividades administrativas para entidades privadas, nos termos do art. 10, §1º, alínea “c”, de maneira que, por meio de contratos ou concessões, os particulares receberam autorização legal para o exercício de atividades tipicamente públicas, acarretando a redução das competências

³ BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1998. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/?lang=pt>. Acesso em 14 fev 2022.

⁴ SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 43(2):347-69, mar/abr 2009, p. 354.

administrativas e, obviamente, do tempo de espera, por parte do administrado, para a solução de problemas.

Desta forma, dentro do que se pretendia com a adoção do modelo gerencial de administrar a coisa pública, a aproximação da iniciativa privada traz novos ares, pois implementa novos modelos de gestão, especialmente baseados na eficiência do serviço e na satisfação do consumidor final que, no caso dos serviços públicos, é o administrado.

A eficiência dos serviços passou a ser, assim, palavra de ordem quando se trata da administração da coisa pública, tanto que foi alçada, em 1988, à categoria de norma constitucional, constando expressamente do art. 37, caput da Constituição Federal como princípio regente da atividade administrativa brasileira. Escreve Diogenes Gasparini⁵:

O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude pode levar a Administração Pública a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. É o que ocorre se solicitada a instalação de um para-raios numa escola. O Estado procrastina a instalação. Nesse tempo, ocorre a queda de raio que causa prejuízo aos alunos. O Estado, apurada a culpa, deve indenizar os prejudicados.

Assim, dentro daquilo que Juarez Freitas⁶ denominou “direito fundamental à boa Administração Pública”, o modelo gerencial busca oferecer ao administrado um serviço público qualitativamente melhor, mais condizente, especialmente no Brasil, com a altíssima carga tributária suportada pelos contribuintes. A obrigação de agir com eficiência tem sido, inclusive, reconhecida pela jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA MINISTRA DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE A AUTORIDADE COATORA DECIDA O PEDIDO DE ANISTIA DO IMPETRANTE NO PRAZO DO ART. 49 DA LEI Nº 9.784/99. 1. Cuida-se, no caso concreto, de pedido administrativo para declaração da condição de anistiado, formulado pela parte impetrante em maio de 2010, ou seja, há mais de uma década, mas ainda pendente de decisão final pela Administração Pública. 2. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. [...] 4. A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade operacional do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF) (sem grifos no original)⁷.

Não é diferente o posicionamento do STF, podendo ser encontrado, exemplificativamente, na ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000⁸.

⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

⁶ “Trata-se de assumir, com ênfase inédita, a *defesa do Direito Administrativo mais de Estado do que de governo*, no sentido de menos vocacionado ao efêmero particularista, por melhor que seja. Cumpre, assim, expandir a *sindicabilidade*, com os olhos fitos nos princípios da boa administração, assimilados como autênticos nortes vinculativos” (FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20).

⁷ MS nº 26552 DF – Rel. Min. Sérgio Kukina – Julgamento: 10 fev 2021.

⁸ ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000 DF – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 14 jun 2021.

Importante salientar que o Decreto-Lei nº 200/1967 não surgiu de regular procedimento legislativo, ou seja, após debates sobre o tema realizados nas duas casas do Congresso Nacional. Ao contrário, refletindo o regime ditatorial que vigia no Brasil no período, a reforma administrativa foi introduzida *a forceps*, o que significa dizer que não estamos diante de um direito posto, mas de um direito imposto.

Assim, a despeito de o Decreto-Lei nº 200/1967 tratar de temas importantes para o desenvolvimento da atividade administrativa no Brasil, os resultados esperados pelo regime ditatorial eram mais supostos do que pressupostos, haja vista que o referido diploma ignorou estudos anteriores realizados pelo Legislativo.

Alguns autores, como Matheus Carvalho⁹, salientam que uma grande parte dos dispositivos do Decreto-Lei nº 200/1967 sequer teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Na mesma esteira o escólio de José Antonio Remedio¹⁰, que cita, inclusive, a edição do Ato Institucional nº 08/1969 para “dinamizar a Reforma Administrativa” adotada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, o que reforça o caráter impositivo da legislação ora em comento.

Salutar a transcrição das palavras de Leonor Moreira Câmara¹¹:

A institucionalização da prática de planejamento nos moldes das condições político-econômicas vigentes na década de 1960 e no âmbito da administração para o desenvolvimento, em última instância, é o contexto no qual o modelo de interações intergovernamentais foi definido. O planejamento, neste caso, se materializa a partir de um órgão coordenador que engloba todos os demais órgãos da administração pública. Essa prática de planejamento está contida nos títulos III, IV e V do Decreto-lei nº 200/67 e se caracteriza pelo controle centralizado sobre a execução das ações, pela exclusividade dos órgãos centrais sobre o ato de planejar a ação a ser executada e por uma rígida linha de comunicação e autoridade hierárquica. Essas são as principais características sobre as quais todo o sistema de planejamento foi idealizado. Esse sistema ainda está em vigência e, apesar de alguns de seus artigos terem sido alterados, no que se refere aos princípios norteadores do planejamento, o mérito permanece.

Belmiro Valverde Jobim Castro e Herbert Antonio Age José¹² apresentam a seguinte crítica às alterações trazidas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, bem como ao modelo de concepção da referida legislação:

Apesar da modernidade conceitual de muitas das provisões do Decreto-lei nº 200, não se pode atribuir ao mesmo avanços quânticos no funcionamento da máquina governamental, mesmo porque boa parte das inovações previstas nele não foi, sequer, implantada parcialmente. As forças modernizantes da burocracia continuaram a ter de multiplicar arranjos *ad hoc* e improvisar “gambiaras” jurídico-organizacionais para driblar as regras imobilizantes da burocracia tradicional. A tão sonhada profissionalização da burocracia estatal brasileira e o azeiteamento produtivo da máquina pública para que ela funcionasse com eficiência claramente ficaram na promessa mais uma vez.

⁹ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*, 6ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019, p. 161-162.

¹⁰ REMEDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*, 3ª edição, São Paulo: Verbatim, 2018, p. 111-113.

¹¹ CÂMARA, Leonor Moreira. Breves notas sobre o modus operandi do modelo de relacionamento entre instâncias de governo institucionalizado pelo Decreto-lei nº 200/67 em face dos novos desafios do federalismo cooperativo, *Revista de Administração Pública*, 36(5), 797 a 809. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6464>. Acesso em 05 jul 2022.

¹² CASTRO, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, 32(6), 97 a 111. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7779>. Acesso em 05 jul 2022.

Buscando, portanto, incutir na atividade administrativa a mesma presteza e eficiência da iniciativa privada, bem como a otimização dos serviços prestados aos administrados, valendo-se do permissivo do Decreto-Lei nº 200/1967, foi introduzida, como forma de execução das atividades típicas da Administração Pública, a terceirização, que nada mais é do que a delegação do exercício de competências públicas para agentes privados, substituindo-se servidores públicos admitidos mediante concurso público, por trabalhadores privados, contratados por meio de licitação.

Da terceirização na administração pública brasileira

A terceirização ganhou notoriedade no Brasil a partir da década de 1970, quando começou a ser adotada pelas grandes empresas como forma de redução do custo de produção por meio da redução dos gastos com mão de obra. Com o avanço do processo de industrialização e com o aumento da concorrência por parte das empresas estrangeiras, a terceirização de parte das atividades empresariais foi uma saída encontrada para reduzir o custo final do produto nacional e torná-lo competitivo no mercado internacional.

Com a disseminação da terceirização, as indústrias, especialmente, passaram a transferir partes de suas etapas de produção para empresas menores, mais especializadas, o que possibilitou, às empresas adotantes da terceirização, a redução dos custos com folha de pagamento e com insumos de produção, repassando tais gastos ao terceirizado. Ressaltamos, aqui, as palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite¹³:

Sendo a competitividade a palavra de ordem ditada pelo processo de globalização e da ideologia neoliberal, diversas empresas passaram a ver a terceirização como única forma de reduzir custos, mormente encargos sociais, trabalhistas e fiscais, procurando, com tal prática, diminuir o quantitativo de empregados e contratar com número cada vez maior de “colaboradores” autônomos ou pequenos empresários.

Não tardou para que a terceirização chegasse à Administração Pública. Como já dito nas linhas anteriores, a partir da introdução da descentralização dos serviços públicos pelo Decreto-Lei nº 200/1967, as pessoas jurídicas de direito público optaram por executar parte de suas competências, especialmente as que exigem menos conhecimentos técnicos, por meio de contratação de empresas privadas, deixando, portanto, de admitir servidores por meio de concursos públicos.

A respeito do tema leciona José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

Diz-se que há execução indireta quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. O Estado, por sua conveniência, transfere os encargos da prestação a outras pessoas, nunca abdicando, porém, do dever de controle sobre elas, controle esse, como é lógico, variável de conformidade com a forma específica de transferência. Em certas situações, o executor indireto originário contrata terceiros para desempenhar parte do objeto que lhe incumbe. É o caso em que, por exemplo, empresa pública (já responsável por execução indireta) contrata sociedade privada para assistência mecânica a seus veículos. Sob esse prisma, pois, haverá uma execução indireta originária, incumbência da pessoa originariamente incumbida do serviço, e uma execução indireta derivada, de responsabilidade da pessoa por ela contratada.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 544 (*e-book*).

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 519-520 (*e-book*).

Na mesma esteira, Hely Lopes Meirelles¹⁵ escreve que ocorre a descentralização quando o “Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente”.

Antes das alterações promovidas pelas Leis Federais nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, as hipóteses de terceirização válida, aplicáveis também à Administração Pública, regiam-se pela Súmula nº 331 do TST, ou seja, poderiam ser terceirizados¹⁶ os serviços de vigilância, conservação, limpeza e aqueles ligados à atividade-meio do tomador dos serviços. Restava vedada, desta sorte, a terceirização de atividades-fim do empregador, que são aquelas ligadas diretamente ao núcleo principal da atividade empresarial.

Duas questões são importantes a tal altura do trabalho: a forma de contratação dos serviços terceirizados pela Administração Pública e a responsabilidade da Administração Pública em relação aos trabalhadores terceirizados não componentes do quadro de servidores efetivos.

A contratação de serviços terceirizados passa, necessariamente, pela realização de licitação. Nos termos do art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993 e do art. 2º, inc. V da Lei Federal nº 14.133/2021, quaisquer aquisições de serviços devem ser licitadas, de maneira a assegurar a possibilidade de participação do maior número possível de interessados e, conseqüentemente, assegurar à Administração a proposta mais vantajosa. Ademais, a contratação de serviços terceirizados não se encontra descrita, ao menos genericamente, entre as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que reforça a tese da necessidade de realização do certame.

A respeito do tema escrevem Rennan Thamay, Vanderlei Garcia Junior, Igor Moura Maciel e Jhonny Prado¹⁷:

O objeto da licitação pode ser dividido em dois: um objeto mediato e um objeto imediato. Enquanto o objeto imediato é a seleção da proposta que melhor atenda aos objetivos e interesses da Administração Pública, o objeto mediato consiste na obtenção de obra, serviço, realização de compra, locação ou prestação de serviço público a ser produzidos por um particular por meio de uma contratação formal.

Na mesma esteira, as palavras de Hely Lopes Meirelles¹⁸:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

No que concerne à responsabilidade da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas de seus contratados, o TST vinha entendendo pela possibilidade de imputar ao

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 327.

¹⁶ Edmir Netto de Araújo destaca que a terceirização é “[...] o caso de contratar-se o particular para prestar determinado serviço ou realizar certa obra, em prazo certo” (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 150)

¹⁷ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada e Referenciada*, São Paulo: Saraiva, 2021, p. 25.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260-261.

Poder Público contratante, pelo simples inadimplemento do contratado, a responsabilidade por todos os haveres trabalhistas, conforme se podia ler da redação do item IV da Súmula nº 331:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

O entendimento do TST fundamentava-se no fato de que a Administração Pública, ao firmar contrato com particulares, despojava-se de seu poder de império, de maneira que a relação contratual passava a ser regida pelas normas de direito privado, e não mais de direito público, o qual atribui à Administração Pública algumas prerrogativas em função da prevalência do interesse público.

Tal entendimento, contudo, contrariava expressamente o conteúdo do art. 71, §1º¹⁹ da Lei Federal nº 8.666/1993, o qual retirava do Poder Público contratante qualquer responsabilidade sobre os débitos trabalhistas de seus contratados. Na visão do TST, a aplicabilidade de tal norma deveria ser afastada em razão de sua inconstitucionalidade.

Analisando a redação da Súmula nº 331 do TST, alterada após o julgamento, pelo STF, da ADC nº 16-DF, que julgou constitucional o art. 71, §1º da Lei Federal nº 8.666/1993, resta bastante evidente que a Fazenda Pública somente pode ser condenada subsidiariamente, pelos débitos de seus contratados, se restar cabalmente demonstrada a ocorrência de conduta culposa.

In verbis:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

[...]

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 (sem grifos no original).

Note-se que tal posicionamento foi referendado, posteriormente, pelo STF, quando do julgamento da RE nº 760.931, a partir do qual é possível verificar que a responsabilização da Fazenda Pública, de forma subsidiária, nas relações jurídicas de terceirização, somente se dá quando resta demonstrada ação ou omissão culposa da Administração Pública. Neste sentido a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰:

Outro ponto relevante da decisão do STF é que, doravante, tendo em vista o reconhecimento da constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93, houve consenso entre os ministros do Pretório Excelso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como

¹⁹ Art. 71. [...] §1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 567.

causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante (sem grifos no original).

Não é outro o posicionamento do STF, explicitado no RE nº 760.931²¹, oportunidade em que a Suprema Corte reconheceu, como já dito nas alíneas anteriores, a impossibilidade da implicação subsidiária do Poder Público pelo simples inadimplemento do empregador, devendo restar comprovada nos autos, no mínimo, a conduta culposa da Administração Pública, quer na contratação (culpa *in eligendo*), quer na fiscalização do contrato (culpa *in vigilando*).

Na mesma esteira tem se posicionado o TST, podendo servir de exemplo o acórdão proferido no RR nº 070800-92.2010.5.13.0009²², oportunidade em que se reconheceu a impossibilidade de imposição de responsabilidade subsidiária à Administração Pública sem a demonstração cabal da existência de conduta culposa por parte do Poder Público, culminando, inclusive, na reforma da decisão proferida pelo Regional, em estreita atenção ao posicionamento adotado pelo STF quando do julgamento da ADC nº 16.

Possível concluir que a execução indireta de serviços público passa, via de regra, pela realização de procedimento licitatório, no intuito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Consequentemente, realizada a terceirização, compete à Administração Pública fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte dos contratados, sob pena de responsabilização subsidiária por todos os haveres laborais não pagos ou pagos a destempo. Ressalte-se que tal posicionamento foi convertido pelo STF no Tema de Repercussão Geral nº 246²³.

Da regulamentação da terceirização irrestrita

Como já dito nas linhas anteriores, o Decreto-Lei nº 200/1967 introduziu medidas para a modernização da Administração Pública brasileira, dando especial ênfase à necessidade de prestar serviços de maneira mais eficiente aos administrados, possibilitando, inclusive, a execução de serviços públicos por delegação a agentes privados. Tal situação foi reconhecida pelo STF quando do julgamento do RE nº 760.931²⁴:

A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

A terceirização, de um modo geral, foi reconhecida pelo STF como uma forma moderna de gerir as atividades públicas e privadas, atendendo, portanto, às exigências do mercado e, ao

²¹ “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” (RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 26 abr 2017).

²² RR nº 070800-92.2010.5.13.0009 – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – Julgamento: 20 mai 2020.

²³ “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

²⁴ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

cabo de contas, do consumidor final. No julgamento da ADPF nº 324 escreveu o Ministro Luís Roberto Barroso²⁵:

Terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa para outra empresa, por motivos de custo, eficiência, especialização ou por qualquer outro interesse empresarial legítimo. Assim, uma etapa da cadeia produtiva de uma empresa – chamada empresa contratante – passa a ser cumprida por uma outra empresa – denominada empresa contratada ou empresa prestadora de serviços. Por exemplo, uma empresa pode optar por ter um departamento jurídico internamente ou pode optar por contratar um escritório de advocacia. Eu acho perfeitamente legítimo, já antecipando, que um escritório de advocacia especializado em advocacia tributária, portanto, sua atividade-fim, contrate um parecer ou uma sustentação de outro escritório especializado em advocacia tributária, mesmo sendo esta a sua atividade-fim.

Citando José Pastore, escreve a Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁶:

No Brasil, a terceirização também avança a passos largos. As áreas mais terceirizadas são informática, organização e métodos, serviços jurídicos, relações públicas, recrutamento e seleção, treinamento e desenvolvimento, administração de cargos e salários, folha de pagamento, benefícios em geral, restaurante e alimentação, previdência privada, saúde, seguro de vida e acidentes, transporte coletivo, limpeza e conservação, segurança, gráfica, correio externo, malote, frota de veículos, importação e exportação, auditoria de sistemas, marketing, pesquisa de mercado, propaganda, projetos, laboratórios diversos e serviços domésticos.

A terceirização é um processo irreversível. Faz parte da nova divisão do trabalho. E constitui peça essencial na formação de redes de produção. Nos dias atuais, não são mais as empresas que competem entre si. A verdadeira competição se dá entre as redes de produção. E isso é crucial para a manutenção das empresas e dos empregos. A eficiência das redes é que coloca as empresas no lado perdedor ou ganhador na concorrência mundial. Em 2006, a General Motors, por exemplo, perdeu US\$ 1 bilhão por mês – e em 2008 está à beira da falência – enquanto que a Toyota lucrou US\$ 1 bilhão por mês, vendendo os mesmos produtos (automóveis) no mesmo mercado (o planeta Terra). A grande diferença esteve na eficiência da rede de produção, inovação, manutenção e vendas das duas empresas.

Resta evidente que a terceirização é um fenômeno irrefreável, que tende a atingir uma grande percentual dos postos de trabalho disponíveis, especialmente após o reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade da terceirização irrestrita. Quando se trata, contudo, da aplicação do instituto da terceirização à Administração Pública, alguns pontos precisam ser trazidos à discussão: (i) se é possível compatibilizar a terceirização com a regra do concurso público, previsto no art. 37, inc. II da Constituição Federal, e (ii) se existem limites à terceirização de cargos públicos, ou seja, se existem atividades públicas que não poderiam, sob nenhuma hipótese, ser executadas de forma indireta.

O Texto Constitucional assegura que ninguém pode ser admitido no serviço público sem ser aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos. As exceções à referida regras estão na própria Constituição: cargos de provimento em comissão (art. 37, inc. II) e contratações temporárias para atendimento de situações emergenciais (art. 37, inc. IX). Sobre o tema o escólio de André Ramos Tavares²⁷:

²⁵ ADPF nº 324 – Rel. Min. Luís Roberto Barroso – Julgamento: 22 ago 2018.

²⁶ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.427 (e-book).

Ademais, para alcançar qualquer cargo público efetivo e transformar-se em servidor público, o interessado deverá submeter-se, previamente, a um concurso público²⁰⁸⁷ (art. 37, II), que é modalidade de licitação pública. Este, portanto, só não é exigível nos casos de cargos públicos em comissão ou função de confiança, cujo ocupante é demissível ad nutum (art. 37, V). Também prevê a Constituição a hipótese de contratação direta de pessoal para enfrentar necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX).

Mais duas exceções podem ser apontadas à regra do concurso público: aproveitamento de ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial (ADCT, art. 53), e a admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias que é feita por processo seletivo simplificado. Para os demais casos, o concurso público será sempre necessário (EC nº 51/2006).

Assim, qualquer pessoa que passa a integrar o quadro do serviço público federal, estadual ou municipal sem aprovação em concurso público e fora das exceções legais, encontra-se em situação irregular. Entende o TST que tais trabalhadores, encontrados em situação irregular junto ao serviço público, têm direito ao recebimento, unicamente, das horas trabalhadas e do FGTS, como se pode ler da redação da Súmula nº 363:

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

De se notar, pois, que a terceirização, ou seja, a execução de funções tipicamente públicas por trabalhadores privados, parece ferir a regra constitucional do concurso público, lembrando que tais trabalhadores são admitidos por meio de procedimento licitatório, e não por concurso público de provas ou de provas e títulos como determina a Constituição. Ademais, a contratação de trabalhadores terceirizados para execução de atividades contínuas, não se enquadra nas exceções à regra do concurso público previstas no Texto Constitucional.

Interessante, nesse ponto, a transcrição das palavras de Winnicius Pereira de Góes, citadas pela Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁸:

Vale lembrar que os serviços de natureza pública executiva, a partir do Decreto nº 200/1967, passaram a ser terceirizados ou os trabalhadores eram contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se esta fosse entidade da iniciativa privada, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, de certo modo, conferia ao ente público contratante maior flexibilidade para contratar e demitir seus funcionários.

Todavia, o uso desgovernado da terceirização e de contratações diretas teve como consequências o inchaço da máquina administrativa pública e o elevado custo para a manutenção do quadro de pessoal.

Registre-se, ainda, que a utilização irracional do modelo contratual, anterior à Constituição vigente, favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração.

Nessa esteira, tem-se como primeira limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços no âmbito público, o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a investidura em cargo ou emprego de natureza pública somente após aprovação prévia em concurso de provas e títulos.

O perigo da terceirização irrestrita no serviço público é a burla à regra do concurso público, o que permitiria o provimento de cargos públicos efetivos por pessoas despreparadas

²⁸ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

por meio de favorecimento pessoal, violando, em última análise, os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade (art. 37, caput). Nesse sentido as palavras de Luciano Ferraz e João Trindade Cavalcanti Filho, ambos citados pela Ministra Rosa Weber no julgamento do RE nº 760.931²⁹.

Seria lícito, por exemplo, delegar o exercício do poder de polícia da Administração Pública a terceiros? Ou o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento? Aplicada indistintamente a decisão do STF quanto à constitucionalidade da terceirização irrestrita, não haveria óbices ao exercício das atividades mencionadas por um trabalhador privado terceirizado?

Aqui, porém, é necessário que se façam algumas ponderações.

Se o objetivo da regra constitucional do concurso público é assegurar a aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput) no acesso aos cargos públicos, para que todos os eventuais interessados tenham condições de postular o ingresso no serviço público, não faria sentido que todos os cargos públicos fossem abertos ao acesso a partir da terceirização, sob pena de se relegar à inutilidade a regra constitucional do concurso público.

Outro ponto relevante são as garantias atribuídas aos servidores públicos, regularmente admitidos por concurso público, especialmente a estabilidade (CF, art. 41), que permitem aos ocupantes de cargos públicos que façam cumprir a lei sem interferência política. Os terceirizados não têm tais garantias, de maneira que, ocupando cargos que exerçam poder de polícia, não estariam resguardados dos ataques daqueles interessados em descumprir as normas.

Importante, ainda, salientar que a exigência de concurso público para contratação de servidores assegura o respeito ao princípio constitucional da impessoalidade, levando-se em conta que serão contratados, unicamente, aqueles que forem aprovados ao final do certame, independentemente de quem seja o aprovado. Assim, o critério de escolha da Administração é objetivo, ou seja, deve ser contratado o candidato que obtiver aprovação em concurso público, sendo irrelevantes as condições pessoais dele.

Por outro lado, a contratação de trabalhadores terceirizados, como já dito nas linhas anteriores, atende a outro reclamo constitucional, que é a aplicação do princípio da eficiência nos serviços públicos. Compete ao administrador público atender às necessidades dos administrados da melhor forma possível, valendo-se dos recursos públicos para satisfação das necessidades primordiais da população, como saúde e educação. Sobre o tema o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Irene Patrícia Nohara³¹ acrescenta que a eficiência na aplicação dos recursos públicos deve resultar em eficácia das medidas, isto é, no atingimento das metas pretendidas pelo administrador:

²⁹ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 243-244 (*e-book*).

³¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 51 (*e-book*).

Na Ciência da Administração, a eficiência e a eficácia são duas formas recorrentes de avaliação do desempenho de uma organização. Compreendem, todavia, conceitos com significados distintos. Enquanto eficiência é noção que se refere à adequada medida de utilização dos recursos, ou seja, um administrador eficiente é o que consegue um desempenho elevado em relação aos insumos disponíveis (mão de obra, material, dinheiro, máquinas e tempo); a noção de eficácia transcende a mera indagação dos meios e avalia mais diretamente os resultados; portanto, neste enfoque pode ser que um administrador seja eficiente sem que necessariamente seja eficaz, ou seja, que não obstante a utilização de métodos e procedimentos adequados, os objetivos visados não sejam alcançados. Note-se que a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes.

Diante de tal paradigma, o Governo Federal editou o Decreto nº 9.507/2018, o qual trouxe limitações ao uso da terceirização irrestrita na esfera administrativa federal, lembrando que a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 324 e no RE nº 958.252 reconheceu, apenas, a constitucionalidade da terceirização irrestrita, não sendo, pois, obrigatória a sua adoção.

Desta sorte, nos termos do art. 3º do referido decreto, vedou-se a terceirização dos seguintes serviços públicos:

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.

Note-se que o Decreto nº 9.507/2018 impediu a terceirização de postos-chave para a Administração Pública Federal, ou seja, que envolvam capacidade decisória, que sejam estratégicos para determinada pasta, que exerçam poder de polícia ou de cargos que estejam previstos na estrutura da administração direta ou indireta. Claro, pois, que a terceirização só chega a cargos ligados diretamente à execução das atividades administrativas, não cabendo a eles o planejamento dos trabalhos, mas, apenas, o cumprimento das ordens emanadas das autoridades competentes.

A respeito do tema escreve Tatiana Kian³²:

Entretanto, a multiplicação destes ajustes, acabaram envolvendo atividades que, ainda que acessórias, perdem o caráter próprio de especialização, lançando dúvidas sobre a legalidade na contratação. Exemplo bastante citado é o dos hospitais públicos que contratam cooperativas de médicos para prestarem serviços de suas especialidades profissionais, sem realização de concurso público para o provimento de seus cargos. Considerando o que foi visto até o momento, pode se afirmar que há uma variedade de atividades que o Estado pode dirigir sem que as execute diretamente. Entretanto, nem todas as tarefas materiais acessórias podem ser terceirizadas, principalmente se na estrutura administrativa do Poder Público existirem cargos criados para atendimento àquelas necessidades.

³² KIAN, Tatiana. Terceirização na Administração Pública, *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, p. 227-240, 2006. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11577/10273>. Acesso em 05 jul 2022.

Resta evidente a necessidade de regulamentação da terceirização irrestrita, especialmente para os demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios), a fim de se evitar o desvirtuamento da atividade administrativa e, em última análise, da própria existência da Administração Pública. No julgamento do RE nº 760.931 adverte a Ministra Rosa Weber³³:

Importante destacar que essa crescente transferência de tarefas do setor público para o setor privado não se tem limitado aos serviços secundários, de suporte, alcançando muitas vezes atividades próprias e essenciais do Estado. Não raro, em desvirtuamento do instituto, empregados das prestadoras de serviços vêm a desempenhar, permanentemente, atividades afetas a servidores públicos em sentido estrito, exercentes de cargos ou empregos públicos, restando inviabilizado o reconhecimento de vínculo direto com a Administração Pública pela inobservância do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ao prescrever a exigência de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo, função ou emprego público, ressalvadas “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Trata-se, assim, o Decreto Federal nº 9.507/2018, de uma tentativa de compatibilização entre a terceirização irrestrita enquanto instrumento de melhoria da eficiência dos serviços públicos, e da necessidade de respeito ao princípio da impessoalidade dos serviços públicos, o que se concretiza na exigência de concurso público para a admissão de agentes públicos.

Há que se ressaltar que não há unanimidade em relação aos benefícios da terceirização para a Administração Pública. Alguns autores, como Jorge Luiz Souto Maior, entendem que a execução indireta descaracteriza a atividade administrativa, incorrendo em verdadeira inconstitucionalidade. Escreve o referido autor³⁴:

Os autores que cuidam do assunto, defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização do ente público, mas ou não têm a mínima ideia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista ou, tendo, assumem o risco de trazer tal perversidade para o âmbito público, só não se sabe para atender a qual finalidade. A do lucro?

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os membros da sociedade, que cabe a ele organizar e proteger.

Prossegue com suas críticas Jorge Luiz Souto Maior³⁵:

No setor público, então, isso é ainda mais nítido, pois, como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira, com a redução do custo de parcela da mão de obra, que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isso se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles

³³ RE nº 760.931 – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 30 mar 2017.

³⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.

³⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.

próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

Salutar, ainda, trazer a crítica à terceirização na Administração Pública realizada por Fernanda Maria Afonso Carneiro³⁶:

Por outro lado, a prática descontrolada e intensiva da terceirização na Administração Pública poderia fazer com que o Estado se tornasse completamente dependente dos serviços executados pelas empresas prestadoras de serviços. Essa dependência seria inevitável, uma vez que o Estado abriria mão de realizar concurso público para contratação de pessoal, preferindo contratar empresas para substituir a mão de obra direta. No entanto, em que pese essa possibilidade, há de se observar, fundamentando-se na mesma premissa, que empregados terceirizados não podem substituir, nas atividades especializadas, aqueles que são contratados mediante aprovação em concurso público.

Desta sorte, a despeito das vozes em sentido contrário, parece ser a terceirização uma realidade na Administração Pública brasileira, cuja tendência é de substituir grande parte dos servidores concursados por mão de obra terceirizada, com o objetivo, ao menos a princípio, de reduzir os custos com contratações, bem como de dar maior agilidade aos serviços prestados à população.

Quanto aos demais entes federados, como já dito, existe a necessidade de regulamentação por normas próprias, tendo em vista que cabe a cada unidade da federação organizar internamente seu serviço público, editando normas para regulamentar quais serviços serão prestados diretamente e quais serão objeto de execução indireta, em conformidade com o disposto no art. 39 da Constituição Federal.

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a introdução da terceirização na Administração Pública, por força do Decreto-Lei nº 200/1967, vem ao encontro dos ideais de implantação do modelo gerencial de administrar a coisa pública, de maneira que se busca, na iniciativa privada, inspiração para oferecer à população serviços públicos mais ágeis e de melhor qualidade.

Até a entrada em vigor da Lei Federal nº 13.467/2017, tanto a iniciativa privada quanto a Administração Pública só podiam promover a execução indireta de serviços de vigilância, conservação e limpeza, além de outros ligados à atividade-meio do tomador, o que significava o endurecimento do núcleo da atividade empresarial, e da pública, à terceirização, conforme de se lia da redação da Súmula nº 331 do TST.

Com o início da vigência da Lei Federal nº 13.467/2017, que ampliou as hipóteses de terceirização e passou a abranger, também, a atividade-fim do tomador de serviços, surgiu aquilo que doutrina e jurisprudência passaram a chamar de terceirização irrestrita, possibilitando, portanto, a execução indireta de todas as atividades do empregador, inclusive aquelas ligadas diretamente ao núcleo da atividade empresarial, bem como do serviço público.

³⁶ CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. A terceirização na Administração Pública: vantagens, desvantagens e ameaças ao regime jurídico das relações do trabalho, *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 61-80, jul/dez 2016. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1298/1724>. Acesso em 05 jul 2022.

A questão foi levada ao STF que, no julgamento da ADPF nº 324, do RE nº 760.931 e do RE nº 958.252, entendeu não só pela constitucionalidade da terceirização irrestrita como pela aplicação do referido instituto ao serviço público, de forma que o Poder Público poderia, ao menos em tese, substituir o concurso público por contratações terceirizadas.

Ocorre que o instituto da terceirização irrestrita, em que pese o reconhecimento, pelo STF, de sua constitucionalidade, choca-se com a regra constitucional do concurso público, prevista no art. 37, inc. II, a qual impede que se ingresse no serviço público sem a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as exceções contidas no próprio Texto Constitucional.

Desta sorte, fez-se necessária a regulamentação da aplicação da terceirização na Administração Pública, o que, no âmbito federal, deu-se pela edição do Decreto nº 9.507/2018, o qual barrou a terceirização de cargos que envolvam capacidade decisória, que sejam estratégicos para determinada pasta, que exerçam poder de polícia ou de cargos que estejam previstos na estrutura da administração direta ou indireta.

Possível, portanto, a terceirização, apenas, de atividades de natureza puramente executiva, que não possuam poder de decisão ou de exercer o poder de polícia estatal. Tais atividades continuam relegadas a agentes públicos admitidos na forma da Constituição Federal.

Por fim, compete aos demais entes federados, que se interessem pela execução indireta de parte de suas atividades, promover a regulamentação do instituto da terceirização irrestrita por meio de normas próprias, respeitando, assim, a autonomia federativa de Estados e Município, bem como a divisão de competências prevista na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 26552 DF* – Rel. Min. Sérgio Kukina – Julgamento: 10 fev 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 8621156-42.2015.1.00.0000 DF* – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 14 jun 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 760.931* – Rel. Min. Rosa Weber – Julgamento: 26 abr 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 324* – Rel. Min. Luís Roberto Barroso – Julgamento: 22 ago 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE* (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR nº 070800-92.2010.5.13.0009* – Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos – Julgamento: 20 mai 2020.
- BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 1998. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/xQZRPfMdrHyH3vjKLqtmMWd/?lang=pt>. Acesso em 14 fev 2022.
- CÂMARA, Leonor Moreira. Breves notas sobre o modus operandi do modelo de relacionamento entre instâncias de governo institucionalizado pelo Decreto-lei nº 200/67 em face dos novos desafios do federalismo cooperativo, *Revista de Administração Pública*, 36(5), 797 a 809. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6464>. Acesso em 05 jul 2022.

- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*, 6ª edição, Salvador: Juspodivm, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 33ª edição, São Paulo: Atlas, 2019 (*e-book*).
- CASTRO, Belmiro Valverde Jobim; JOSÉ, Herbert Antonio Age. Reforma e contrarreforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. *Revista de Administração Pública*, 32(6), 97 a 111. Recuperado de <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7779>. Acesso em 05 jul 2022.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019 (*e-book*).
- FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2014.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUIMARÃES, Klicia Maria Silva. *Uma proposta de modelo gerencial para Administração Pública: caso Brasil*, Tese de Doutorado, Universitat de les Illes Balears, 2004. Disponível em <https://www.tdx.cat/handle/10803/9420#page=1>. Acesso em 15 fev 2022.
- KIAN, Tatiana. Terceirização na Administração Pública, *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 2, p. 227-240, 2006. Disponível em <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11577/10273>. Acesso em 05 jul 2022.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019 (*e-book*).
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, p. 87-117, 2005. Disponível em <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/cientificas/index.php/boletim/article/download/207/186>. Acesso em 05 jul 2022.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo: Atlas, 2019 (*e-book*).
- REMEDIO, José Antonio. *Direito Administrativo*, 3ª edição, São Paulo: Verbatim, 2018.
- SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*, *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, 43(2):347-69, mar/abr 2009, p. 354.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2020, (*e-book*).
- THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada e Referenciada*, São Paulo: Saraiva, 2021.