XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr

Luciani Coimbra de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-770-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

MAIS UMA VEZ O CONPEDI SE AFIRMA COMO UM CONCLAVE DESTACADO PELA PESQUISA DE PONTA DA SOCIEDADE CIENTÍFICA DO DIREITO.

O GRUPO DE TRABALHO INTITULADO DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, COORDENADO PELOS PROFESSORES DOUTORES FERNANDO GUSTAVO KNOERR (UNICURITIBA) E LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO (UFMS) TROUXE A LUME OS MAIS RECENTES MEANDROS IMPRESSOS À DISCIPLINA ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO, CENTRALIZANDO OS TEMAS DE MAIOR INDAGAÇÃO NA INFLUÊNCIA CRESCENTE DA CONSENSUALIDADE NA SOLUÇÃO DE LIDES ADMINISTRATIVAS, PRINCIPALMENTE NA SEARA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, E TAMBÉM NA CONSEQUENCIALIDADE INSTIGADA PELAS REGRAS, AINDA EM AMADURECIMENTO, ACRESCENTADAS À LINDB.

“A (IM)POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NOS INQUÉRITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DA RESOLUÇÃO Nº 179 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO”, TEMA DO ARTIGO ESCRITO POR ANA LUIZA BRANDÃO DE AGUIAR VILAÇA E RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO, VERTICALIZOU A ABORDAGEM CRÍTICA DA PROIBIÇÃO DO ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INCONGRUÊNCIA DESSA DISPOSIÇÃO COM A POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO CONSENSUAL ATÉ MESMO EM AÇÕES PENAIS (TRANSAÇÃO PENAL), DESTACANDO A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA RESOLUÇÃO Nº. 179 DO CNMP QUE, EMBORA AINDA ENCONTRE OBSTÁCULOS EM SUA APLICABILIDADE – DADO O CARÁTER ABERTO DE SUAS DISPOSIÇÕES – REPRESENTA IMPORTANTE AVANÇO NA REGULAMENTAÇÃO DOS ACORDOS EM MATÉRIA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

O TRABALHO APRESENTADO SOBRE “A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E A LEI Nº 13.460/2017” POR LEANDRO SOUZA ROSA E FERNANDO GUSTAVO KNOERR, DEMONSTROU DE FORMA CONTUNDENTE A PLENA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO

CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, AFASTANDO O RISCO DE TRANSFORMAR USUÁRIO EM CLIENTE PARA COMPROVAR QUE O CARÁTER TUTELAR DESTE DIPLOMA LEGAL É INCLUSIVO, PROTEGENDO DE IGUAL FORMA TANTO OS USUÁRIOS QUE CUSTEIAM DIRETAMENTE O SERVIÇO MEDIANTE O PAGAMENTO DE TARIFAS E PREÇOS PÚBLICOS, QUANTO OS QUE, NÃO TENDO CONDIÇÕES DE FAZÊ-LO, TÊM DIREITO DE ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO PELA TITULARIDADE DA CONDIÇÃO DE CIDADÃOS.

"A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO" FOI TRATADA POR FERNANDO DE BRITO ALVES E POR LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHIA, DEFENDENDO O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DO PROJETO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, PERMITINDO DESTE MODO O CONTROLE JUDICIAL ANTECIPADO NA ESTRUTURAÇÃO DOS CANAIS DE ARRECADAÇÃO E DESPESAS DO ESTADO. COLOCOU NO CENTRO DE DISCUSSÃO O ESPAÇO DE DISCRICIONARIEDADE RESERVADO AO GESTOR PÚBLICO DIANTE DESSA EVENTUAL PRERROGATIVA JUDICIAL, ANALISANDO A ESCALA DE EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AO LONGO DOS MODELOES ESTATAIS PARA SEPARAR OS DIREITO DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES. CENTROU A ANÁLISE NOS DE SEGUNDA GERAÇÃO JUSTIFICANDO QUE, POR SEREM VOCACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SÃO EXATAMENTE OS QUE CAUSAM MAIOR IMPACTO ORÇAMENTÁRIO, INVOCANDO O TEMPERO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COM A EFICIENTE GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS.

LEONARDO VIEIRA ARRUDA ACHTSCHINA, ABORDOU A "ILEGALIDADE DO CONTROLE DO TCU SOBRE DECISÕES DA ANS: O CASO DO REAJUSTE DE PLANOS DE SAÚDE", DESTACANDO O RISCO DE INVASÃO DE COMPETÊNCIAS CONTROLADORAS NAS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SE SOBREPÕEM ÀS NORMAS EXPEDIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS, AFIRMANDO QUE HÁ DE FATO UM CONFLITO A SER RESOLVIDO PELA DEFINIÇÃO MAIS CLARA DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DE CADA ENTIDADE, PRINCIPALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO CONTROLE FINALÍSTICO. DESTACOU QUE ESTE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS MUITAS VEZES PROTELA A EFICÁCIA DO CONTROLE EXERCIDO TANTO PELAS AGÊNCIAS QUANTO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, POIS A SOBREPOSIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONDUZ À JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

RENAN GOMES DE MESQUITA ABORDOU “A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATINENTES AOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF PARA O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO”. PARTINDO DE UM CASO PRÁTICO COLHIDO DA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PARTICULARES POR MUNICÍPIOS – MUITAS VEZES POR CONTRATAÇÃO DIRETA – PARA A BUSCA DE VERBAS DO FUNDEF. AFIRMOU QUE A CONTRATAÇÃO DIRETA SERIA ILEGAL, POIS O TRABALHO DESENVOLVIDO NÃO SE REVESTE DE SINGULARIDADE A PONTO DE JUSTIFICAR A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, TRIBUTANDO A CONTRATAÇÃO À AUSÊNCIA, EM MUITOS MUNICÍPIOS, DE PROCURADORIA CONSTITUÍDA COM SERVIDORES, ORÇAMENTO E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA PARA DESENVOLVER ESTE TIPO DE FUNÇÃO, O QUE DISPENSARIA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO PARTICULARES. DESTACOU, PORTANTO, QUE: 1) NÃO SE JUSTIFICA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO; 2) A PROCURADORIA MUNICIPAL DEVE DESEMPENHAR ESTA FUNÇÃO; 3) OS VALORES DO FUNDEF ESTAVAM SENDO DESVIADOS PARA O CUSTEIO DE ADVOGADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COBRADOS EM PERCENTUAIS E; D) OS VALORES COBRADOS SERIAM ABSOLUTAMENTE ALEATÓRIOS.

O TEMA “A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?” FOI PESQUISADO POR MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI E ISABELLA CALABRESE SIMÃO, DESTACANDO QUE O TRANSPLANTE DAS REGRAS DE TERCEIRIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APLICADA LÁ E AQUI DE FORMA IRRESTRITA, COMO CONSEQUÊNCIA DA RECENTE REFORMA TRABALHISTA, NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA ANCORAR-SE, QUANDO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM NO DECRETO-LEI 200/1967 – ATÉ PORQUE SE TRATA DE LEGISLAÇÃO PRÉ-CONSTITUCIONAL - NEM NA LEI 8.666/93 (LEI DE LICITAÇÕES). CONCLUI QUE O DECRETO Nº. 9.507 /2018, AO ADMITIR A TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ASSUME FEIÇÃO INOVADORA DO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE APENAS PODERIA SER RECONHECIDA À LEI, E POR ISSO APROXIMA-SE DA CONDIÇÃO DE UM DECRETO AUTÔNOMO, INCONSTITUCIONAL, FORMAL E MATERIALMENTE.

“A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA CORRUPÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO” FOI TRATADA POR JOSE DE OLIVEIRA JUNIOR E POR LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK, PONDO EM DESTAQUE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM GOVERNO HONESTO, LIVRE DA VIOLAÇÃO MORAL SUPERIOR (CORRUPÇÃO), AMPARADO NA TRILOGIA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA + PRINCÍPIO REPUBLICANO + CIDADANIA. O TRABALHO DEMONSTROU QUE A CORRUPÇÃO VIOLA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRODUZ EXCLUSÃO SOCIAL.

O TRABALHO SOBRE “AS ALTERAÇÕES NA LINDB E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” FOI APRESENTADO POR MORGANA BELLAZZI DE OLIVEIRA CARVALHO, TRATANDO DAS CRÍTICAS QUE AS NORMAS SOBRE A DISCIPLINA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ACRESCENTADAS À LINDB SOFRERAM, REPELINDO-AS MEDIANTE A DEMONSTRAÇÃO DE QUE TÊM UTILIDADE ESSENCIAL QUE VAI MUITO ALÉM DE UMA MERA LISTA DE OBVIEDADES, NÃO SENDO NECESSÁRIO QUE SE CONSTITUA EM LEI AUTÔNOMA. A LINDB, ASSIM COMO AS LEIS EM GERAL, DEVEM SER CONSIDERADAS FERRAMENTAS QUE POTENCIALIZAM, A AÇÃO HUMANA.

“CONTROLE INTERNO DAS PESSOAS JURÍDICAS: DO OMBUDSMAN AO SISTEMA DE COMPLIANCE” FOI O TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR GISLENI VALEZI RAYMUNDO, AFIRMANDO QUE O SISTEMA BRASILEIRO ADMITE FORMAS DE CONTROLES DA ATUAÇÃO ESTATAL QUE NÃO SE LIMITAM AOS MÉTODOS TRADICIONAIS, SENDO CERTO QUE A PRÓPRIA POPULAÇÃO PODE TAMBÉM EXERCÊ-LOS POR MEIO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRETA PREVISTOS PELA CONSTITUIÇÃO. DESTACA A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE TAMBÉM NA DISCIPLINA DAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO RELEVANTE INSTRUMENTO DE FOMENTO À CULTURA DA PROBIDADE.

ERIC JOSE MIGANI E ROBERTA MARTINS SOARES MACIEL ISMAEL APRESENTARAM O RESULTADO DE PESQUISA DIRECIONADA À ANÁLISE DO “DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CADASTRO DE RESERVA EM CONCURSOS PÚBLICOS”. INICIANDO POR UM PERCURSO HISTÓRICO DA LINHA DECISÓRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PASSANDO PELA ADEQUADA DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PARA APORTAR NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. A CONFLUÊNCIA DESTES TEMAS ENVEREDOU PARA O DESTAQUE DO TEMA 784/STF, CONCLUINDO QUE

HÁ DIREITO À NOMEAÇÃO QUANDO A) O CANDIDATO FOI APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL; B) HOUVE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO E; C) FOI REALIZADO UM NOVO CONCURSO QUANDO AINDA VIGENTE O ANTERIOR.

PARA TRATAR DA “LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUA EFETIVIDADE: UMA ANÁLISE NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL”, MARIANA MARA MOREIRA E SILVA REALIZOU UMA PROFUNDA PESQUISA DE CAMPO, CONSULTANDO 27 TRIBUNAIS. RECEBEU RESPOSTA DE 17 E, PORTANTO, CENTROU SUA ANÁLISE EM 62,96% DOS TRIBUNAIS CONSULTADOS, CONCLUINDO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.

“O PODER DISCRICIONÁRIO E O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS”, TEMA DO TRABALHO APRESENTADO POR HENRIQUE GASPAR MELLO DE MENDONÇA, PROPÕE COM MUITA ACUIDADE A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA, MUITAS VEZES MANIQUÍSTA, ENTRE VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE, INSTITUINDO GRAUS DE VINCULAÇÃO PARA DESTACAR QUE NUM GRAU INTERMEDIÁRIO DE VINCULAÇÃO ESTÃO OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E, DESSE MODO, QUANTO MAIOR A VINCULAÇÃO, MAIOR A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL.

O TRABALHO SOBRE OS “REFLEXOS DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” FOI ESCRITO POR LUIZ MAGNO PINTO BASTOS JUNIOR E POR AMANDA GUIMARÃES DA CUNHA, A PARTIR DE UMA PESQUISA COMPARATIVA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, PARA CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SUBSTANCIAL, RESSALTANDO A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE FECHADA E, NESSA LINHA, A ABERTURA DE ESPAÇO PARA A ARBITRARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES.

GIL CÉSAR COSTA DE PAULA PESQUISOU “SOBRE A ORIGEM DO ESTADO BRASILEIRO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, RESULTANDO UM TRABALHO DE ABORDAGEM FORTEMENTE TEÓRICA, COM NÍTIDO APORTE SOCIOLÓGICO, PERCORRENDO FAORO, WEBER E OUTROS DESTACADOS SOCIÓLOGOS EM BUSCA DO CONCEITO DE ESTADO PATRIMONIALISTA PARA APROFUNDAR A ANÁLISE CRÍTICA DOS CONCEITOS DE NAÇÃO E NACIONALISMO.

A “TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA: ENFRENTANDO O ARGUMENTO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” FOI OBJETO DO ESTUDO DESENVOLVIDO POR JOÃO LUCAS ARCANJO CARNEIRO E RAFAEL DA NÓBREGA ALVES PRAXEDES, PONDO EM LINHA DE ANÁLISE PARA SUPERAR A APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMONSTROU QUE A CONSENSUALIDADE NAS LIDES QUE ENVOLVEM O INTERESSE PÚBLICO COM ELE SE HARMONIZA NA MEDIDA EM QUE EVITA O ABARROTAMENTO DA ESTRUTURA JUDICIAL, CONDUZINDO A UMA SOLUÇÃO DE CONFLITOS MAIS RÁPIDA E EFICAZ.

PROFESSOR DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

PROFESSOR DO PPGD DO UNICURITIBA

PÓS-DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO PELO IUS GENTIUM CONIMBRIGAE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PROFESSORA DRA. LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

PROFESSORA DO PPGD DA UFMS

DOUTORA EM DIREITO DO ESTADO PELA PUC/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL: O DECRETO 9.507/2018 É CONSTITUCIONAL?

OUTSOURCING IN FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION: IS DECREE 9.507 /2018 CONSTITUTIONAL?

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini [1]
Isabella Calabrese Simão [2]

Resumo

Recentemente afloraram no Brasil discussões a respeito da terceirização devido às significativas alterações causadas pela Reforma Trabalhista. Isso porque as Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 possibilitaram o uso do instituto de forma ampla no setor privado. Diante desse novo cenário, muito se tem discutido também sobre a aplicabilidade do modelo no setor público, tendo em vista algumas limitações constitucionais, dentre elas o princípio do concurso público. Posto isso, por intermédio de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, pretende-se analisar a constitucionalidade do Decreto 9.507/2018, que definiu a terceirização no âmbito da Administração Pública Federal.

Palavras-chave: Terceirização na administração pública, Princípio do concurso público, Limitações constitucionais, Decreto 9.507/2018

Abstract/Resumen/Résumé

Recently there have been discussions in Brazil about outsourcing, due to the significant changes by the Labor Reform. Whithin Laws 13.429/2017 and 13.467/2017 the institute begins to be widely used in the private sector. On this new scenario, much has also been discussed about the applicability of that model in the public service, aiming some constitutional limitations, among them the principle of public tender. By bibliographical research and the deductive method it is intended to analyze the constitutionality of Decree 9.507/2018, which defines the outsourcing in the scope of the Federal Public Administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Outsourcing in public addministration, Principle of the public tender, Constitutional limitations, Decree 9.507/2018

[1] Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado do UNICURITIBA.

[2] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela EMATRA. Graduada em Direito pelo UNICURITIBA. Advogada.

Introdução

A terceirização é um instituto amplamente utilizado pelas empresas, as quais, por intermédio da contratação de empresas prestadoras de serviços, transferem algumas atividades secundárias para se concentrar em sua atividade principal, com intuito de maximizar a produção, a competitividade e a rentabilidade de seu negócio.

Contudo, em que pese o instituto ser utilizado no Brasil há muitos anos, recentemente as regras que regulam a terceirização no setor privado foram reformadas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, diplomas legislativos esses que alteraram substancialmente a Lei 6.019/1974, responsável por regular o trabalho temporário nas empresas urbanas e a prestação de serviços a terceiros no âmbito empresarial (terceirização). Com efeito, a chamada Reforma Trabalhista permitiu a contratação de empresa prestadora de serviços a terceiros relativamente a quaisquer atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, o que vem sendo objeto de acaloradas discussões no que tange à sua aplicabilidade e constitucionalidade, com se demonstrará adiante.

Para além da terceirização ampla no setor privado, o Poder Executivo Federal editou o Decreto 9.507/2018 dispondo sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, revogando expressamente o Decreto 2.271/1997 que regulava a matéria; o novo Decreto ampliou as hipóteses de terceirização na Administração Pública Federal, tema central dessa pesquisa.

O problema que se tentará equacionar é o seguinte: o Decreto 9.507/2018 é compatível formal e materialmente com a Constituição de 1988?

A relevância do tema parece indiscutível, posto que a atual onda neoliberal que vem se espraiando pelo ocidente tem produzido profundas mudanças no âmbito político e econômico, impondo aos Estados nacionais o retorno ao modelo de Estado mínimo, reduzindo direitos da população, essencialmente retirando ou flexibilizando direitos sociais. Em outros termos, os interesses econômicos das empresas privadas de redução de custos, de encargos trabalhistas e de elevação da lucratividade, têm sido preponderantes na produção do Direito.

Ao se tratar da questão da terceirização no âmbito da Administração Pública, não se está cuidando exclusivamente de um problema de Direito Administrativo, ligado ao tema agentes públicos, como também se está enfrentando um outro assunto muito caro para os estudiosos dessa área, consistente nos limites do poder regulamentar, também chamado poder normativo da Administração Pública, razão da escolha da linha de pesquisa "Direito Administrativo e gestão pública". De outra parte, não se pode olvidar que o artigo também envolve discussões no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, especialmente no que tange a direitos fundamentais de segunda dimensão.

Com esse recorte, objetiva-se responder à indagação acima referida, que em última análise corresponde ao título do artigo: a terceirização promovida no âmbito da Administração Pública Federal pelo Decreto 9.507/2018 é constitucional?

Celso Antônio Bandeira de Mello, Konrad Hess e Hans Jonas, sem prejuízo de outros autores, constituem o referencial teórico desse estudo. Com efeito, a partir de pesquisa bibliográfica e da utilização do método dedutivo – sem se abrir mão de uma análise crítica –,

serão envidados os esforços necessários ao enfrentamento da problemática apresentada, cujo resultado, ao final, pretende expressar a força normativa da Constituição de 1988, essencial para a preservação dos postulados do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo e de seu catálogo de direitos fundamentais.

1. A terceirização: breve contexto histórico

O fenômeno da terceirização tem ganhado cada vez mais espaço no cenário globalizado, haja vista a sua efetividade e rentabilidade para os empresários no desenvolvimento de suas atividades econômicas.

O termo terceirização é derivado da tradução da palavra inglesa *outsourcing* que expressa com clareza o que vem a ser o instituto em comento ('out' significa fora e 'sourcing' significa fonte).

Sua história recente se inicia nos Estados Unidos da América após a Segunda Grande Guerra Mundial. De acordo com David Dorwin *et al.* (2014), o primeiro uso do outsourcing se deu no ano de 1950 através do sistema de time sharing, sendo que novos modelos surgiram nos anos 80 e 90 em empresas de TI (tecnologia da informação), haja vista que grandes empresas desejavam que os esforços de seus empregados fossem concentrados nas áreas de atuação específica da empresa, e não em questões circunstanciais relativas ao desenvolvimento da atividade empresária.

No que tange à história da terceirização em território brasileiro, a regressão leva a uma época ainda mais recente do que a supracitada. A primeira sinalização efetiva de incorporação da ideia de terceirização se deu no início dos anos 70, mas tão somente para o segmento público. Em tal época foram editados o Decreto-lei 200/1967 e a Lei 5.645/1970.

Anos mais tarde, a legislação incorporou aos dispositivos justrabalhistas a existência da terceirização no setor privado por intermédio da Lei 6.019/1974, que trata do trabalho temporário. Na década de 80 foi editada a Lei 7.102/1983, que autorizava a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente, diferentemente do que permitia a Lei do Trabalho Temporário.

No ano de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331, que veio a reger o tema por um longo período de tempo, posto que inexistia disposição legal sobre o assunto.

Avançando, no ano de 2017 foi editada a Lei 13.467 (denominada de Reforma Trabalhista), que promoveu diversas alterações nas leis trabalhistas, dentre estas alterações está a promovida no art. 4º da Lei 6.019/1974, pondo fim à uma longa discussão sobre quais atividades seriam passíveis de serem repassadas para um terceiro, uma vez que o legislador definiu que agora todas as atividades podem ser terceirizadas, inclusive aquelas que se constituem em atividade fim da empresa. A Lei 13.429/2017 também operou mudanças em diversos dispositivos da Lei 6.019/1974.

Parafraseando Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 504), é inegável que o fenômeno da terceirização trouxe inúmeras transformações no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país, todavia, falta um pouco de clareza a respeito da extensão de tais

transformações, haja vista que não se pode permitir que o fenômeno caminhe em direção diametralmente oposto aos princípios que regem o Direito do Trabalho.

2. Terceirização da atividade fim – a alteração promovida pela Lei 13.467/2017

Trata-se a terceirização de relação jurídica trilateral existente entre empregado, empresa intermediadora e empresa tomadora do serviço, em que esse último se vale da mão de obra do obreiro, sem que para isso necessite contratá-lo diretamente como empregado (CASSAR, 2018, p. 90). O fenômeno também é conhecido como subcontratação, horizontalização, parceria, prestação de serviços por interposta pessoa, contratação de terceiros ou contratos triangulares (LEITE, 2017, p. 337).

O vértice da terceirização está baseado na possibilidade de uma empresa utilizar mão de obra de um empregado, sem que para isso haja um vínculo empregatício entre ambos. Tal contratação tem o claro intuito de maximizar a produção, a competitividade e a rentabilidade da atividade empresarial. No período anterior à vigência da Lei 13.467/2017, as únicas atividades que poderiam ser passíveis de terceirização eram aquelas não integrantes da finalidade da empresa, as chamadas atividades-meio. Cita-se a título exemplificativo a limpeza e a segurança patrimonial.

No caso da transferência da atividade ser considerada ilegal pelo Poder Judiciário, a consequência era a formação de vínculo empregatício diretamente entre o empregado e a empresa tomadora do serviço.

Ocorre que a jurisprudência e a doutrina trabalhista vinham travando uma grande discussão acerca do referido tema desde a década de 1970, haja vista a antiga lacuna legislativa sobre a matéria. Na década de 1980, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256, que tratava a respeito do problema do seguinte modo: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 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”.

Pode-se dizer que o enunciado da precursora Súmula foi um dos primeiros entendimentos lançados pela jurisprudência nacional a respeito da terceirização, entendimento esse que possibilitava a delegação de atividades que estivessem abarcadas pela Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário).

A supramencionada Súmula foi cancelada e cedeu lugar à Súmula nº 331 do TST, que dentre outras previsões específica, estabeleceu que inexistiria formação de vínculo empregatício com a empresa tomadora do serviço quando fossem atendidos três requisitos básicos: 1) Ausência de subordinação direta; 2) Ausência de pessoalidade; 3) Atividade terceirizada deveria estar ligada à atividade-meio do tomador. Quando não atendidos de forma cumulativa todos os requisitos exigidos pela jurisprudência, haveria formação de vínculo direto com a empresa tomadora.

Como não havia definição legal do que seria atividade-meio e atividade-fim, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência a sua definição. De acordo com Godinho (2017, p. 518), atividade-meio

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

Por sua vez, o mesmo autor (2017, p. 518) afirma que atividade-fim são

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

Por mais que houvesse uma certa convergência doutrinária a respeito do que se constituiria cada uma das atividades, em realidade a definição era sempre dada pelo magistrado no julgamento do caso concreto, o que deixava uma margem de discricionariedade muito grande ao julgador.

Isso implicou em julgamentos contraditórios, na medida em que, casos iguais, eram julgados de forma totalmente distinta, haja vista que, em um deles, o julgador considerava que a terceirização era lícita em razão da atividade desenvolvida pelo obreiro ser considerada atividade-meio, enquanto em processo semelhante a terceirização era considerada ilícita, por ter o outro magistrado considerado que a atividade desenvolvida faria parte da finalidade da empresa tomadora.

Exemplificativamente, pode-se citar o julgamento do processo AIRR 0000563-74.2012.5.24.0003 pelo TST, de relatoria da Ministra Vieira de Mello Filho, no qual se reconheceu como ilícita a terceirização de serviços de conservação e manutenção de via férrea, por se considerar que tais atividades estavam ligadas a atividade-fim da empresa tomadora:

> 85295837 - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO NÃO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÚMULAS 126 E 331, I, DO TST. O TRIBUNAL REGIONAL, COM FUNDAMENTO NAS PROVAS DOS AUTOS, DECIDIU EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA Nº 331, I, DESTA CORTE, AO CONSIDERAR COMPROVADA A INSERÇÃO DO AUTOR NA ATIVIDADE FIM DA TOMADORA DE SERVIÇOS, POIS TRABALHOU EM ATIVIDADES SIMILARES ÀQUELAS DESEMPENHADAS PELA TOMADORA (ALL. América Latina Logística Malha Oeste S.A.), exercendo a função de trabalhador de via permanente para prestar serviços de conservação e manutenção de via férrea. O entendimento da Corte de origem foi corretamente aplicado, porquanto as tarefas exercidas pelo autor encontram-se no âmbito da atividade fim da empresa- reclamada, afastando o item III da Súmula nº 331 do TST e ensejando o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a reclamada tomadora dos serviços, nos termos do item I da referida súmula. Essa conclusão somente pode ser superada com a reanálise do acervo probatório, situação vedada aos recursos de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº126 do TST. VALE-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. SÚMULA Nº 297 DO TST. AGRAVO DESFUNDAMENTADO. Em atendimento ao princípio processual da dialeticidade, para o êxito do recurso apresentado a parte deve atacar específica e individualmente os fundamentos consignados na decisão que pretende reformar. Na hipótese, o agravo não se viabiliza, na medida em que a agravante deixou de combater o fundamento da decisão agravada, qual seja a ausência de fundamentação do apelo, em virtude de não impugnar o óbice da Súmula n.o 297 do TST, aplicado pela decisão de admissibilidade. Agravo desprovido.

Contudo, em decisão oposta, o Tribunal Regional do Trabalho da 24° Região, ao julgar processo onde se discutia a terceirização da atividade de manutenção e conservação de via férrea, entendeu que a referida tarefa deveria ser enquadrada como atividade meio da empresa,

sendo a terceirização lícita, não gerando o vínculo de emprego com a empresa tomadora do serviço, *verbis*:

> 41050408 - TERCEIRIZAÇÃO. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DA MALHA FERROVIÁRIA. ATIVIDADE MEIO. LICITUDE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA EMPRESA TOMADORA. SÚMULA Nº 331, IV, DO C. TST. Conforme entendimento consolidado no âmbito desta egrégia primeira turma, as atividades de manutenção e conservação da malha ferroviária enquadram-se como atividade meio das empresas concessionárias do serviço de transporte ferroviário. Nesse passo, não há falar em ilicitude da terceirização, o que obsta o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com a tomadora, mormente quando não comprovada a subordinação e a pessoalidade dos prestadores de serviços. De outro vértice, impõe-se o reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária, com fundamento na culpa in eligendo e in vigilando, nos termos do disposto no item IV da Súmula nº 331 do c. TST. Recurso a que se dá parcial provimento. (TRT 24ª R.; RO 1456-02.2011.5.24.0003; Primeira Turma; Relª Desª Fed. Nery Sá e Silva de Azambuja; Julg. 29/01/2013; DEJTMS 08/02/2013; Pág. 26) Nota: Repositório autorizado do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009.

Não se deve ter dúvida que esse tipo de divergência era causa de perplexidade e insegurança jurídica para a empresa e para o trabalhador, algo certamente negativo para desenvolvimento da atividade empresarial.

Com o advento da Lei 13.467/2017, que alterou o art. 4º-A da Lei 6.019/1974, passou-se a admitir a terceirização de qualquer atividade empresarial, inclusive aquelas conectadas com a atividade principal da tomadora do serviço, sem que isso possa implicar em formação de vínculo de emprego. O dispositivo reformado possui a seguinte redação: "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".

Já sob a égide da Reforma Trabalhista de 2017, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o complexo e polêmico tema sob análise no julgamento da ADPF 324, decidindo, por maioria de votos, que é licita a terceirização de toda e qualquer atividade, seja ela meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante o empregado da contratada.

> O Tribunal, no mérito, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido e firmou a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Nesta assentada, o Relator esclareceu que a presente decisão não afeta automaticamente os processos em relação aos quais tenha havido coisa julgada. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

Em que pesem as críticas ao modelo de terceirização ampla no setor privado, fundamentalmente relacionadas à precarização das relações de trabalho, certo é que a Corte Suprema entendeu como legítimo esse ponto da Reforma Trabalhista. Com efeito, o tempo dirá se o legislador e o Supremo Tribunal Federal acertaram ou não na escolha que fizeram, ou se efetivamente foram os protagonistas de um grande retrocesso.

Estabelecidas as premissas a respeito do histórico da terceirização, a sua caracterização e as recentes alterações legislativas havidas em âmbito nacional, passa-se à análise do tema

central da pesquisa, a terceirização na Administração Pública, especificamente na Administração Pública Federal.

3. A terceirização no âmbito da Administração Pública e o Decreto 2.271/1997

A terceirização também é utilizada no âmbito da Administração Pública, por meio da qual o Estado-Administração recorre a terceiros para a execução de atividades secundárias através de parcerias com o setor privado. Essa transferência constitui uma das formas de privatização, em sentido amplo, de que vem se socorrendo a Administração Pública.

A privatização em sentido amplo, engloba todas as formas pelas quais se busca uma diminuição do tamanho do Estado, podendo abranger a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a "desmonopolização" de atividades econômicas, a privatização de atividades econômicas, a privatização de serviços públicos, a concessão de serviços públicos e as contratações de terceiros por intermédio das quais a Administração Pública celebra ajustes de variados tipos, na busca de colaboração do setor privado (DI PIETRO, 2017, p. 212).

Em um primeiro momento, segundo Martins (2018, p.193), a terceirização no setor público poderia gerar casos de corrupção, principalmente no que tange ao fato de inexistir concurso pública para a contratação. Contudo, ressalta-se que há a concorrência pública para a contratação dos serviços. Dessa forma, o Estado também se beneficia da terceirização, tendo em vista que transfere atividades que são de sua responsabilidade a outras pessoas, que irão prestá-las de maneira mais eficaz, com um custo menor, como forma de minimizar o déficit estatal, racionalizando sua estrutura. Para esse autor (2018, p. 194), o Estado, mediante contrato de gestão com a empresa terceirizada, irá fiscalizar e verificar se o serviço está sendo prestado de forma correta e em prol dos cidadãos.

Durante duas décadas, a contratação de serviços terceirizados no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional federal e das empresas estatais controladas pela União, foi disciplinado pelo Decreto 2.271/1997, o qual restringia a terceirização no setor público federal às atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão entidade, na linha do que havia no âmbito privado, ou seja, a execução indireta somente das atividades-meio. O Decreto elegeu, sem esgotá-las, as seguintes atividades passíveis de terceirização: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Por sua vez, o mesmo ato regulamentar proibia a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal. Em outros termos, as atividades-fim não poderia ser delegada para a execução por empresa de mão de obra terceirizada.

O Decreto 2.271/1997 foi expressamente revogado pelo Decreto 9.507/2018.

A terceirização na esfera administrativa, tal como se deu na esfera privada, também foi assunto polêmico, naturalmente respeitadas as diferenças entre o regime-jurídico administrativo e o Direito do Trabalho.

Como cediço, quando a entidade tomadora é a Administração Pública, a execução indireta deve ser analisa com maior cautela. Isso porque, o inciso II do art. 37 da Constituição Federal impõe a necessidade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público (MARTINS, 2018, p.196).

Dessa forma, de acordo com o previsto na Constituição Federal e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública como um todo, direta, indireta ou fundacional, incluindo aqui as fundações, empresas públicas, autarquias e sociedades de economia mista, para a contratação de funcionários ou empregados públicos é imprescindível a aprovação prévia em concurso público. Ressalta-se, ainda, que o § 2º do referido art. 37 da CF dispõe que a não observância do concurso previsto pelo inciso II do mesmo artigo, implica em nulidade do ato e na punição da autoridade.

Diante de tais previsões constitucionais, é impossível o reconhecimento do vínculo de emprego entre o empregado e a Administração Pública, consoante autorizado no âmbito do Direito do Trabalho, sendo esse o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho no inciso II da Súmula nº 331.

A mesma Súmula, em seu inciso IV, previa que em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do seu empregador, implicaria na responsabilidade subsidiária do tomador de serviço, inclusive quanto aos órgãos da Administração Pública, direita, indireta e fundacional, desde que hajam participado da relação processual e constem do título executivo judicial. Contudo, tal previsão esbarrou no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, o qual estabelece que:

> Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
> § 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.

Diante do conflito existente entre a previsão do inciso IV da Súmula nº 331 do TST e o § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, o qual foi objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF, tendo sua constitucionalidade reconhecida, o TST alterou o texto do item IV da Súmula, acrescentando ainda os incisos V e VI. Com essa alteração, o inciso V passou a tratar da responsabilidade dos entes da Administração Pública com relação aos débitos trabalhistas. O referido inciso estabeleceu a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública, desde que reste evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da empresa interposta, real empregadora (DI PIETRO, 2013, p. 360).

Nos termos do inciso V da Súmula, para que a Administração Pública seja responsável de forma subsidiária é necessário prova de culpa *in vigilando*, ou seja, é essencial que o empregado demonstre que o ente administrativo deixou de fiscalizar o cumprimento do contrato de trabalho por parte da empresa prestadora de serviço (MARTINS, 2018, p.204).

Tal entendimento está embasado nos arts. 58, III e 67, caput e § 11, da Lei 8.666/1993, os quais impõem o dever de fiscalização da Administração Pública em relação ao contrato, através de um representante da Administração Pública especialmente designado, o qual ficará responsável pelo acompanhamento e fiscalização da sua execução. Em caso de descumprimento

por parte da empresa contratada, o ente público deve exigir que a empresa regularize suas obrigações trabalhistas e previdenciárias, sob pena de não pagamento dos créditos devidos pela Administração à contratada.

Assim, após a incorporação do inciso V da Súmula nº 331 do TST, a Administração Pública deve tomar alguns cuidados no que tange à terceirização, como ensina Maria Sylvia Di Pietro (2013, p. 361):

> a) colocar nos instrumentos convocatórios e nos contratos cláusulas em que fique clara a aplicação da norma do artigo 71 da Lei 8.666/93;
> b) inserir nos instrumentos convocatórios de licitação e nos contratos cláusula prevendo a aplicação de penalidades pelo descumprimento da norma do artigo 71 da Lei 8.666/93, sem prejuízo da rescisão do contrato com fundamento no artigo 78, I e II, da mesma lei;
> c) na atividade de fiscalização do cumprimento do contrato, verificar se a contratada está cumprindo as obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; em caso de inadimplemento aplicar as penalidades cabíveis;
> d) exigir a atualização, a cada 180 dias, da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT) referida na Lei 12.440/11.

Portanto, quando a tomadora de serviço é um ente da Administração Pública, é impossível o reconhecimento do vínculo de emprego com o Estado, posto que, conforme exposto acima, não se admite o ingresso no quadro de funcionários ou empregados públicos, sem prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II da CF. Assim, estando a Administração Pública proibida de contratar agentes sem concurso público, não se configura o vínculo de emprego. É aqui que nasce uma grande discussão doutrinária acerca dos direitos trabalhistas devidos ao trabalhador.

Há três correntes doutrinárias que entendem de maneira diversa o tema: a primeira, minoritária na jurisprudência, defende que se não há vínculo, não deve ser pago nenhuma verba trabalhista ao empregado. Já a segunda corrente, um pouco menos radical, entende que devem ser pagos apenas os salários dos dias trabalhados pelo empregado, sob o argumento de que não pode o tomador do serviço enriquecer-se às custas do primeiro. Ainda, argumentam os defensores da corrente, que o empregado não pode voltar a situação anterior, não podendo ser devolvida sua energia de trabalho. Por fim a terceira corrente defende que além dos salários, também devem ser pagas as verbas rescisórias que faz jus o empregado, uma vez que as partes não podem voltar ao *status quo ante*.

Certo é que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, devendo sempre respeitar a regra constitucional, não podendo prevalecer as regras previstas na CLT e os princípios protetivos do Direito do Trabalho. Demais disso, o fato de não haver o reconhecimento da relação empregatícia entre empregado e Administração Pública, torna contraditório determinar o pagamento de verbas rescisórias, visto que o trabalhador não é empregado do ente público.

Diante da discussão doutrinária, o TST editou a Súmula nº 363, a qual prevê:

> 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.

A solução encontrada pelo Tribunal Superior do Trabalho parece razoável, isso porque a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, ou seja, só pode fazer aquilo que é determinado por lei, portanto, as formas de terceirização no âmbito público deverão estar em conformidade com a lei, sob pena de ilegalidade do ato (MARTIN, 2018, p.211).

Feita a retrospectiva das transformações da terceirização no Direito do Trabalho e realizada a análise do perfil e restrições da transferência da prestação de serviços a terceiros no Direito Administrativo, passa-se à análise do Decreto 9.507/2018.

4. O modelo de terceirização na Administração Pública Federal, segundo o Decreto 9.507/2018

Após o Supremo Tribunal Federal julgar, por maioria, constitucional a terceirização irrestrita promovida pela Reforma Trabalhista, o Governo Federal editou, em 21 de setembro de 2018, o Decreto 9.507, o qual regulamentou o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-lei 200/1967 e na Lei 8.666/1993.

Trata-se de uma normatização em linha de compasso com as aludidas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, porquanto elimina os limites que a regulamentação anterior impunha à terceirização de atividades no âmbito da Administração Pública da União, inovando ao admitir a possibilidade de terceirização de funções acessórias ou principais. O Decreto 9.507/2018, inicialmente, preocupou-se em apontar as atividades que não são passíveis de terceirização na administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Nesse sentido, o seu art. 3º dispõe que não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços que especifica.[1]

Ocorre que, o mesmo art. 3º, em seu § 1º, permite a terceirização dos "serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios" das áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle referidas nos incisos, o que significa dizer que, no âmbito do Poder Executivo Federal, afora as funções dos cargos das carreiras de Estado definidas na Constituição e nas leis, como é caso da Advocacia da União, Defensoria Pública ou Polícia Federal, bem como as funções dos cargos que envolvam o exercício de poderes de decisão, como são exemplo os cargos de direção e de chefia de órgãos públicos da União, autarquias e fundações federais. Todos os demais funcionários e empregados públicos poderão ser substituídos por mão de obra terceirizada.

A única exceção a esse tipo de substituição de agentes públicos, está prevista no § 2º do mesmo art. 3º: "Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e

[1] Art. 3º. (...)
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;
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.

consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta".

No que tange às empresas públicas e às sociedades de economia mista federais, a possibilidade de terceirização é ampla, incluindo inclusive os cargos com poder decisório e os cargos integrantes de seus planos de cargos e salários.[2]

Portanto, se os conselhos de administração ou equivalente resolverem entrar de chofre na terceirização das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, isso será possível conforme o Decreto. Como essas empresas estão sujeitas à supervisão ministerial e, portanto, à chefia do Poder Executivo, que nomeia os ministros e via de regra os conselheiros dos referidos órgãos deliberativos, não é difícil calcular o estrago que hoje se pode fazer nas empresas estatais que prestam serviços públicos e naquelas que exploram atividade econômica de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional.

Destarte, o Decreto foi mais amplo quanto às possibilidades de terceirização nas empresas estatais, tendo em vista que, ao contrário do limite imposto às entidades de Direito Público, permitiu a terceirização de atividades de agentes responsáveis pela tomada de decisão em áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, ou ainda, atividades estratégicas que envolvam o domínio de conhecimentos e de tecnologias.

Ao que tudo indica, o processo de privatização das empresas estatais brasileiras começará por dentro. Afastados, aposentados ou demitidos os empregados públicos dessas empresas estratégicas, as estatais poderão ser vendidas a empresas de terceirização de mão de obra, provavelmente com a precarização das relações de emprego, posto que a remuneração dessas empesas privadas, contratadas para prover com seus empregados os empregos públicos nas estatais, segue a cartilha liberal e da busca prioritária de lucro e poder. É a globalização em curso, com a sua tese do retorno incontinente do Estado mínimo. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 1101) assevera que:

> Suas teses fundamentais são as de que o progresso tecnológico tornou a "globalização" inevitável e irreversível; de que é inerente à ela a abertura dos mercados de todos os países ao ingresso do capitalismo internacional, com a natural presença das empresas multinacionais. Seu consectário natural e incontestável seria a necessidade de redução do papel do Estado há um mínimo (*O Estado-mínimo*), cumprindo, então, privatizar as empresas estatais. O Estado deveria se limitar à "regulação", deixando a

[2] Art. 4º Nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de 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, ao menos, uma das seguintes hipóteses:
I - caráter temporário do serviço;
II - incremento temporário do volume de serviços;
III - atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente; ou
IV - impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.
§ 1º As situações de exceção a que se referem os incisos I e II do caput poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.
§ 2º Os empregados da contratada com atribuições semelhantes ou não com as atribuições da contratante atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados.
§ 3º Não se aplica a vedação do caput quando se tratar de cargo extinto ou em processo de extinção.
§ 4º O Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União estabelecerá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

> presença ativa no meio socioeconômico à ação das empresas e do livre mercado, o qual, por si mesmo, provocará o equilíbrio e o bem-estar social, pelo que, para ensejar o máximo de eficiência deste mercado, deve-se também "desregulamentar" quanto possível, flexibilizando diversas relações, como as de trabalho por exemplo. Estas, as teses.

O Decreto editado pelo Governo Federal em setembro de 2018, é fruto desse processo de desregulamentação e de flexibilização do trabalho. Segundo essa normativa, resta claro que a terceirização do setor público deve ser amplamente aceita, podendo o Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão indicar, com exceção das atividades excepcionadas, as funções passíveis de execução indireta. Isso inclui a possibilidade de terceirização de atividades executivas centrais ou acessórias às competências dos órgãos e entes públicos, conforme prevê o regulamento.

Nesse contexto, a Constituição Cidadã é apenas um detalhe.

5. O Decreto 9.507/2018 é conforme a Constituição de 1988?

A terceirização tal qual definida no revogado Decreto 2271/1997 era bastante razoável, porquanto as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações são funções acessórias, que encontram paralelo na iniciativa privada, não havendo razão alguma para a contratação desse pessoal em regime de cargo ou emprego público, modelo que só se justifica, haja vista o seu custo, nos casos de efetivo exercício de função pública, que exige para o seu desempenho prerrogativas e garantias para que o agente público possa realizar, sem temor ou risco, a defesa do interesse público primário.

Não se pode comparar o trabalho de um agente de polícia e de um copeiro, que, diga-se, merece integral respeito. Ocorre que aquele precisa estar cercado de garantias para exercer as funções estatais sob seu encargo; este não, pois não representa o Estado. Aquele só pode ser contratado via concurso público, visando a ocupação de um cargo de carreira; este não, pois uma contratação indireta é o bastante para lhe remunerar o trabalho, sob o regime trabalhista, como se dá com os trabalhadores do setor privado.

O mesmo já não se pode afirmar do Decreto 9517/2018. Ele quebra com essa lógica e transforma em iguais os desiguais, seja nos cargos e empregos da Administração direta federal, seja nos empregos das entidades componentes da Administração indireta. Trata-se de ato normativo secundário, com a aparência de primário, formalmente inconstitucional e materialmente inconstitucional.

Desperta a atenção o fato de que o aludido decreto foi editado para regular o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Começando por essa última legislação – Lei 8.666/1993, desde logo é possível se dizer que a pretensão de regulamentar a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos em matéria de terceirização é um engodo, posto que essa Lei foi editada com específico fim de cuidar do processo licitatório, do contrato administrativo, dos ilícitos administrativos relacionados à licitação e ao contrato administrativo, bem como no que tange aos crimes especiais relacionados a essa categoria do Direito Administrativo.

A relação que existe entre Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a terceirização reside no fato de que as empresas de mão de obra só podem ser contratadas via processo licitatório, devendo cumprir rigorosamente com suas obrigações trabalhistas, sob pena de rescisão do contrato, a ser fiscalizado de perto por agente público.

Afastada a Lei 8.666/1993, a legislação que poderia demandar regulamentação seria o vetusto Decreto-lei 200/1967. Novamente, a iniciativa regulamentar soa estranha, pois esse Decreto-lei foi editado sob a égide da Constituição de 1967/1969 outorgada pelo Regime Militar. Portanto, o Decreto 9.507/2018 não veio para explicar lei federal regulando a terceirização no serviço público federal, aprovada pelo Congresso Nacional após o advento da Constituição de 1.988, como se deu com a Reforma Trabalhista levada a efeito pelas Leis 13.429/2017 e 13.461/2017.

Ao tempo da Constituição de 1967/1969 não vigorava no Brasil o princípio do concurso público, sendo certo que os funcionários públicos poderiam ingressar no serviço público com ou sem concurso público, conforme estabelecido no art. 97, § 1º da aludida Carta:

> Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.
> § 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Ora, a Constituição do Regime Militar permitia duas coisas vedadas pela Constituição de 1988: a transposição de cargos de públicos, exigindo-se concurso somente para a primeira investidura; e a relativização do concurso público, que poderia ser excetuado pelo legislador infraconstitucional.

É por isso que o Decreto-lei 200/1967, no § 7º do seu art. 10 previa:

> para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Como o concurso público não era obrigatório e podia ser excepcionado por lei, e como o Decreto-lei era espécie normativa primária (art. 46, inciso V, da Constituição de 1967/1969),[3] é evidente que o então o Presidente da República, General Castello Branco, usando das atribuições que lhe eram conferidas pelo art. 9°, § 2º, do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, podia dispor sobre a organização da Administração Federal e estabelecer diretrizes para a Reforma Administrativa, sem passar pelo Congresso Nacional.

Portanto, o que o Presidente da República Michel Temer fez ao editar o Decreto 9.507/2018 foi, a rigor, editar um decreto-lei para regulamentar a terceirização no serviço

[3] Art. 46. O processo legislativo compreende a elaboração de:
I - emendas à Constituição;
II - leis complementares à Constituição;
III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - decretos-leis;
VI - decretos legislativos; e
VII - resoluções.

público federal, alterando substancialmente o regime de contratação de pessoal na Administração Pública Federal, como se estivesse ainda sob a égide da Constituição do Regime Militar, e como se o Decreto-lei 200/1967 fosse até esse momento válido relativamente ao aludido art. 10, § 7º que, à toda evidencia, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Como cediço, a Constituição de 1988 regulamentou com muita precisão o sistema de ingresso no serviço público impondo de forma cogente o princípio do concurso público (BERTONCINI, 2002, p. 257), "que cede espaço apenas perante regras constitucionais específicas que o excepcionem". Como cediço, seja para o regime de cargos seja para o regime de empregos públicos o concurso público é obrigatório, não se permitindo, ainda, mesmo para o já concursado e investido numa dada carreira, a chamada transposição, permitida pela Constituição de 1967/1969. Mesmo para aquele que já é servidor, o acesso a outra carreira apenas se dará pela via do concurso (art. 37, II).[4]

A Constituição de 1988 também vedou a cumulação de cargos e empregos públicos na Administração Pública direta e indireta (art. 37, incs. XVI e XVII),[5] estabelecendo criteriosamente as exceções ao princípio, quais sejam os cargos em comissão para as funções de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V)[6] e o trabalho temporário (art. 37, IX),[7] em nenhum momento autorizando o sistema de terceirização na Administração Pública direta ou indireta federal, estadual, distrital ou municipal.

Demais disso, a Constituição de 1988 impôs o regime jurídico único (art. 39, *caput*),[8] não admitindo a multiplicidade de regimes como definido no Decreto 9.507/2018, que logicamente permite o convívio não autorizado entre servidores públicos efetivos e servidores terceirizados.

O tema agentes públicos, pela sua importância, foi regulamentado na Constituição de 1988, do que se dessume que qualquer reforma dessa matéria exige uma emenda constitucional, jamais um decreto regulamentar, mero ato normativo secundário.

---

[4] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[5] XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:
a) a de dois cargos de professor;
b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;
XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

[6] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[7] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

[8] Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4)

A conclusão é uma só: o Decreto 9.507/2018 é materialmente inconstitucional, não guardando conformidade com a Constituição de 1988 relativamente aos citados incisos do art. 37 e ao art. 39, *caput*.

Também é formalmente inconstitucional. Ora, se o § 7º do art. 10 do Decreto-lei 200/1967 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, não há que se falar no exercício da competência regulamentar de que cuida o inc. IV do art. 84 da CF. Inexistia como inexiste competência e motivo para a expedição do decreto regulamentar destinado a dar fiel execução ao referido parágrafo do Decreto-lei 200/1967, posto que incompatível com os incs. II, V, IX, XVI e XVII do art. 37 e 39, *caput*, da CF.

Por outro prisma, a terceirização no setor público, para além de envolver tema de Direito Administrativo (servidores públicos), é também matéria de Direito do Trabalho, temática que é arrolada como competência legislativa da União (art. 22, I, CF), e não como competência regulamentar do Presidente da República. Logo, não tinha o Chefe do Poder Executivo competência para editar a matéria gizada no Decreto 9.507/2018.

Da mesma forma, extrapolou em muito a competência regulamentar definida na alínea "a" do inc. VI do art. 37 da Constituição de 1988, pois o ato regulamentar editado não cuidou da organização ou do funcionamento da administração federal, mas tratou, como visto acima, de temática relativa a pessoal da Administração Público – agentes públicos ou servidores públicos– assunto regrado com muito cuidado pelo constituinte, que não o atribuiu ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Em outros termos, também por esse fundamento, não tinha o Presidente da República competência para a edição do Decreto 9.507/2018.

Impregnado de abuso de poder e de arbitrário modismo neoliberal, o que se vê é a violação da Constituição de 1988 e o ultraje à sua força normativa que deveria ser preservada. Sobre esse ponto, Konrad Hesse (1991, p. 22), refletindo sobre o pensamento de Walter Burckhardt, ensina:

> Como anotado por Walter BURCKHARDT, aquilo que é identificado como vontade da Constituição "deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático". Aquele, que, ao contrário, não se disponha a esse sacrifício, "malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

É preciso se envidar esforços para se impedir o malbaratamento da Constituição de 1988 patrocinado pelo Decreto 9.507/2018, de modo a resgatar "a superioridade da norma constitucional sobre as circunstâncias fáticas" (HESSE, 1991, p. 24-25), expressas no malfadado regulamento, de modo a preservar a sua força ativa, sob pena de perdas irreparáveis e de um possível retrocesso social. Em outras palavras, as conquistas civilizatórias da Constituição de 1988 necessitam de proteção.

No plano ético, é preciso que o homem público e o cidadão comum ajam com responsabilidade (JONAS, 2006) na implementação e na preservação dos direitos dos trabalhadores do setor público e do setor privado, porque o que está em jogo com as consequências da globalização, assimiladas de modo amoral e subserviente por nossos representantes democraticamente eleitos, é o retorno ao Estado mínimo do tipo liberal, cuja

história foi marcada pela violação do princípio da dignidade da pessoa humana, Estado ao qual, pouca a pouco, se não houver resistência responsável, retornaremos.

Conclusão

A terceirização é uma ferramenta útil ao empresariado; durante anos as possibilidades de utilização do instituto eram restritas, sendo permitida apenas a terceirização das atividades-meio de uma empresa, basicamente de limpeza, conservação e segurança.

Com a aprovação da Reforma Trabalhista – Leis 13.461/2017 e 13.429/2017 –, as hipóteses de terceirização foram ampliadas substancialmente, passando-se a permitir a terceirização das atividades-fim da empresa, desde que ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre empregado terceirizado e empresa tomadora de serviço, reforma essa avalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

A terceirização ilícita no âmbito privado continua a implicar no reconhecimento do vínculo de emprego direito com a empresa tomadora do serviço, inclusive com a anotação da CTPS do empregado.

Seguindo a onda liberalizante, a Administração Pública Federal editou o Decreto 9.507/2018, ampliando as hipóteses de terceirização na Administração direta e indireta da União, de modo a permitir, com algumas ressalvas, a utilização desse modelo de contratação, inclusive das atividades-fim, revogando o Decreto 2271/1997 que restringia a contratação indireta basicamente às atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Ocorre que o Decreto 9.507/2018 foi editado para regular dispositivo do antigo Decreto-lei 200/1967, não recepcionado pela Constituição de 1988, Lei Maior que contém o princípio do concurso público, excepcionado somente em algumas hipóteses, não se encontrando dentre elas a prestação de serviços a terceiros, com a transferência das atividades tipicamente estatais, disso decorrendo a inconstitucionalidade formal e material do aludido Decreto 9.507/2018, consoante demonstrado no corpo do artigo, como resposta conclusiva ao problema apresentado na introdução da pesquisa.

Com efeito, os homens públicos – dentre eles o Presidente da República – têm a obrigação de proteção das gerações futuras, de aplicação do catálogo de Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 e de preservação da força normativa da Constituição, opondo-se responsável e vigorosamente aos postulados da globalização econômica, que afetam a dignidade da pessoa humana.

Referências

BERTONCINI, Mateus. Princípios de direito administrativo brasileiro. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/1969. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/D2271.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei 8.883, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei n.o 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8883.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei 12.440, de 7 de julho de 2011. Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.o 5.452, de 1o de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei n.o 8.666, de 21 de junho de 1993.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12440.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Lei 3.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Lei 13.461, de 3 de julho de 2017. Denomina Rodovia Mestre Dominguinhos o trecho da rodovia BR-423 compreendido entre as cidades de São Caetano e Garanhuns, no Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13461.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.o 5.452, de 1.o de maio de 1943, e as Leis n.os 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-AIRR 0000563-74.2012.5.24.0003. Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Julgamento: 10/10/2017. Órgão Julgador: Sétima Turma. Publicação: DEJT 27/10/2017; Pág. 2896.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 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 n.os 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. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 12 nov de 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. 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). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2.o, 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. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363>. Acesso em: 21 out. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Resumo de direito do trabalho. 6.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Parcerias na administração pública. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORWIN, David; GONZALES, Andrae; GUPTA, Diwaker; KALYAN, Kiran. Outsourcing: Past, Present and Future. Washington Magazine, mar. 2014. Disponível em: <https://courses.cs.washington.edu/courses/csep590/04au/clearedprojects/Dorwin.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (Die normative kraft verfassung), tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. Terceirização no direito do trabalho. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 33ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.