

A EXECUÇÃO INDIRETA NAS EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE: EXISTEM LIMITES PARA A TERCEIRIZAÇÃO?

INDIRECT EXECUTION IN PUBLIC COMPANIES PROVIDING PUBLIC SERVICES ON AN EXCLUSIVE BASIS: ARE THERE LIMITS TO OUTSOURCING?

Marcela Carvalho Machado¹

RESUMO

O presente artigo analisa a existência de limites à terceirização nas empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos com exclusividade. Partiu-se do pressuposto de que a terceirização nessas empresas encontra os seus limites nos dispositivos constitucionais, em especial inerentes à exigência do concurso público e da organização do Estado, assim como na natureza especial dessas empresas, que atrai a incidência do regime de direito público. Após a análise com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência relativas ao tema, confirmou-se que a terceirização nessas empresas deve limitar-se às atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias, sendo vedado a terceirização das atividades finalísticas e as atividades inerentes aos profissionais do plano de cargos e salários.

Palavras-chave: Terceirização. Execução Indireta. Administração Pública. Empresas Públicas.

ABSTRACT

This article analyzes the existence of limits to outsourcing in federal public companies that provide public services exclusively. It was assumed that outsourcing in these companies finds its limits in the constitutional provisions, especially inherent to the requirement of public tender and the organization of the State, as well as the special nature of these companies, which attracts the incidence of the public law regime. After analyzing, based on legislation, doctrine and jurisprudence related to the subject, it was confirmed that outsourcing in these companies should be limited to auxiliary, instrumental or accessory activities, being prohibited the outsourcing of final activities and activities inherent to the professionals in the job and salary plan.

Keywords: Outsourcing. Indirect Execution. Public administration. Public companies.

1 INTRODUÇÃO

A terceirização era recorrentemente apresentada como uma estratégia capaz de aumentar a competitividade mediante a contratação da execução de atividades

¹ Administradora. Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas na Universidade Salvador. E-mail: marcelacarvalho12@gmail.com.

secundárias por terceiros, o que permitiria à Empresa concentrar-se na atividades principais do seu ciclo produtivo, mas que vem sendo paulatinamente expandida no seu escopo empresarial e na administração pública para as atividades finalísticas. Assim, em função das suas prováveis consequências, torna-se necessário avaliar a possibilidade da terceirização ilimitada nos serviços públicos.

A identificação da existência de limites à terceirização, mediante a execução indireta de serviços, nas empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade é o tema deste artigo. A delimitação do tema surgiu a partir da observação da realidade, com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, conhecida coloquialmente como Reforma Trabalhista, que promoveu modificações na redação da Lei nº 6.019/1974, passando a prever expressamente a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades da empresa tomadora, inclusive de sua atividade principal.

Assim, com o intuito de inserir as empresas estatais, entidades integrantes da Administração Pública Indireta e sujeitas a um regime jurídico próprio, nessa tendência de ampliação do escopo da terceirização, em função das permissões implementadas na legislação pertinente à esfera privada, foi editado o Decreto nº 9.507, em 21/09/2018. O referido decreto, dentre outros preceitos, dispõe, no seu artigo 4º que nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União não serão objeto da 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, nas 4 (quatro) hipóteses que especifica, o que permitiria a terceirização de todas as atividades das citadas empresa e ainda constitui matéria controversa.

O objetivo deste artigo é verificar e identificar a existência de limites à terceirização, mediante a execução indireta de serviços, nas empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, A metodologia de pesquisa adotada foi uma revisão de literatura, por meio do levantamento da produção científica que aborda o temática, em livros, periódicos especializados, teses e dissertações, além de uma pesquisa legislativa e jurisprudencial, com a finalidade de descrever fatos já investigados e examinar conceitos e entendimentos referentes ao tema, de modo a contribuir com a sua discussão.

Este artigo se encontra dividido em cinco tópicos, incluindo a introdução acima.

O segundo tópico aborda a terceirização na administração pública, apresentando um breve histórico e as recentes modificações na legislação pertinente. O terceiro tópico apresenta as características das empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, a sua natureza jurídica especial e a identificação e a análise dos limites aplicáveis a essas empresas. O quarto tópico aborda a análise da proposta do trabalho. O último tópico traz as conclusões.

2 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

De acordo com Delgado (2016), a terceirização é um fenômeno relativamente recente no Brasil, adquirindo relevância somente nos últimos trinta anos, apesar do crescimento industrial observado nos anos 1930/1940. Assim, a própria CLT, aprovada em 1943, não incorpora nenhuma regulamentação para a matéria, o que é corroborado por Miraglia (2008).

Na Administração Pública, Delgado (2016) afirma que o Decreto-lei n.º 200/1967 previu no seu art. 10º, §7º, que a Administração Federal deveria desobrigar-se da realização de atividades executivas, mediante execução indireta pela iniciativa privada, mas que não havia clareza quanto à abrangência do objeto desta determinação. Assim, somente com a edição da Lei n.º 5.645/1970, no seu art. 3º, parágrafo único, foi apresentado um rol exemplificativo das atividades passíveis de execução indireta, incluindo “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”.

Somente em 1974, com a edição da Lei n.º 6.019, surge a regulamentação no âmbito privado do trabalho temporário, impactando fortemente o modelo de emprego tradicional e afastando a incidência de normas presentes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Observa-se que o trabalho temporário, nos termos da referida lei, é utilizado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista que se encontra amoldado ao disposto no art. 37, IX da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Já em 2017, com a sanção da Lei nº 13.467, que configura a denominada “Reforma Trabalhista”, foram alterados diversos dispositivos da CLT e também da Lei n.º 6.019/1974, incluindo o art. 4º-A, que considera prestação de serviços a terceiros “transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de

serviços”, o que possibilita ampla terceirização dos serviços nas empresas e afasta restrição imposta pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que vinculava a terceirização ao conceito de “atividade meio”.

A referida alteração foi submetida ao controle de constitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) em decisão proferida na ADPF 324/DF, aprovado, por maioria, a terceirização ampla das atividades das empresas, com repercussão geral, no sentido de que “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”.

Também no STF, o julgamento do RE nº 958.252/DF firmou tese de repercussão geral, com o seguinte teor: “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas [...]”

Assim, logo em seguida foi editado o Decreto nº 9.507/2018, que dispõe sobre a execução indireta, na administração pública federal direta, autárquica e fundacional e nas empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. O referido decreto revogou o Decreto nº 2.271/1997, que regulamentava a matéria, pelo que cabe apresentar algumas diferenças fundamentais.

Inicialmente, o Decreto nº 2.271/1997 regulamentava a execução indireta de serviços apenas na Administração Direta, autárquica e fundacional, enquanto o Decreto nº 9.507/2018 inclui na regulamentação as empresas públicas federais e as sociedades de economia mista controladas pela União, como se observa no art. 1º, *caput*.

Delgado e Amorim (2018) registram que, enquanto o decreto revogado relacionava as atividades possíveis de serem terceirizadas, o novo decreto indica apenas as que não poderiam ser objeto da execução indireta, pelo que seria admitida a terceirização de todas as demais, como disciplina o art. 3º, para a Administração Direta, autárquica e fundacional.

No que concerne às empresas estatais, Delgado e Amorim (2018) apontam que o Decreto nº 9.507/2018 apresenta como vedação a terceirização das atividades inerentes aos cargos existentes nos planos de cargos e salários, mas estabelece as excepcionalidades. Com efeito, assim dispõe o ar, 4º:

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.

Neste sentido, tendo em vista a inexistência de vedações, no Decreto nº 9.507/2018, à terceirização das atividades finalísticas e das atividades inerentes aos cargos dos planos de cargos e salários, passe-se a analisar a situação específica das empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos.

3 A EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Nesta pesquisa, definiu-se como objeto de estudo as empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos, tendo em vista a consolidação, no campo doutrinário e jurisprudencial, da existência de uma natureza jurídica especial, como será abordado em seguida.

3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS

Grotti (2003, p. 91-92) afirma que “o art. 21 [da Constituição Federal] lista atividades que somente podem ser desempenhadas diretamente pela União ou mediante autorização, permissão ou concessão [...]”. Segundo a autora, essa condição implica necessariamente o reconhecimento de que são serviços públicos.

Do mesmo modo, Aguillar (1999, p. 135) refere-se ao citado artigo e indica a

existência de uma lista de serviços que “[...] somente podem ser desempenhados pela União”. Afirma, ainda, que “[...] sobre tais atividades, não resta dúvida de que se cuida de serviços públicos [...]”, visto que se trata de atividades econômicas que somente poderiam ser desempenhadas por particulares mediante concessão ou permissão.

Já para Grau (2006, p. 125), “ao texto do art. 21 da Constituição de 1988 extraímos a conclusão de que há serviço público, de titularidade da União, na prestação dos serviços referidos nos seus incisos X, XI e XII”.

Di Pietro (2010, p. 101-102) afirma que “é o Estado, por meio de lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos” e que no direito brasileiro a própria Constituição traz essa indicação, citando expressamente o artigo 21, X.

Não é a proposta deste artigo apresentar todas as noções de serviço público, nem apresentar uma lista exaustiva de todos os serviços públicos elencados na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional. Impende destacar a existência de empresas públicas criadas com a finalidade precípua de prestar serviços públicos.

A título de exemplo, adota-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública federal criada pelo Decreto-lei n. 509/1969, com a finalidade de “executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional” e cuja doutrina – majoritariamente - e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecem como um serviço público.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA ESPECIAL DAS EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Como regra geral, a intervenção do Estado na economia sujeita-se às condições estabelecidas no art. 173 da Constituição Federal, que estabelece:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Conforme se observa, o texto constitucional refere-se à “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”, o que tem sido compreendido na doutrina e na jurisprudência como a “atividade econômica em sentido estrito”, excluindo a exploração de serviços públicos.

Medauar (2012, p. 97) afirma que as empresas estatais criadas para a prestação de serviços públicos não podem ser entendidas apenas pelas normas do direito privado, devendo ser aplicáveis as normas do direito público.

Deste modo, tem ocorrido um tratamento especial às empresas públicas prestadoras de serviços públicos. É o que afirma Pinto Júnior (2010, p. 207-208):

Consolidou-se no campo doutrinário e jurisprudencial o entendimento de que a vedação constitucional somente seria aplicável à companhia que atua em regime de competição com o setor privado. Já a empresa pública, que presta serviço público na condição de delegatária do Estado, estaria ao abrigo da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

Essa tese também é defendida por Grau (2006, p. 97), que admite a fruição de privilégios fiscais pelas empresas públicas, inclusive quando prestam serviços públicos passíveis de serem concedidos à iniciativa privada.

No que concerne à jurisprudência, Queiroz (2012, p. 199) afirma que em relação às estatais que prestam serviços públicos haveria uma nítida inclinação por parte do STF em reconhecer a aplicação de normas referentes à Fazenda Pública, destacando a impenhorabilidade de bens (Recurso Extraordinário 589025/SP), a submissão ao regime de precatórios (Recursos Extraordinários nos. 225011, 20906 e 23051) e a imunidade tributária recíproca, em conformidade com o art. 150, §1º, IV, da CF (Ação Civil Originária 1.226/STF).

Como exemplo, o Recurso Extraordinário nº 601.392, no qual o STF concluiu:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, entidade da administração indireta da União, criada pelo Decreto-lei nº 509/1969, presta em exclusividade o serviço postal, que é um serviço público, não consubstanciando atividade econômica. Por essa razão, goza de algumas prerrogativas da fazenda pública, como prazos processuais, custas, impenhorabilidade de bens e imunidade recíproca. (BRASIL, 2013)

Caracteriza-se, assim, uma natureza especial das empresas públicas prestadoras de serviços públicos, sobretudo em condições de exclusividade, atraindo o regime jurídico de direito público e as prerrogativas da Fazenda Pública. É o que afirma Queiroz (2012, p. 199):

Assim, para tais estatais, o regime jurídico aplicável, embora híbrido, tende a ser pautado (ao menos jurisprudencialmente) por normas pertinentes ao regime jurídico de direito público, equiparando as empresas estatais (ao menos as que prestam serviços públicos) a verdadeiras autarquias, numa interpretação mais abrangente da norma constitucional.

Na situação específica da ECT, essa natureza jurídica especial já produziu efeitos na Jurisprudência do TST, tendo sido alterada a redação da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 para excepcionar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos da possibilidade de demissão imotivada dos empregados celetistas, conforme se observa:

SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Na oportunidade, o TST divulgou a alteração e esclareceu:

O fundamento da decisão foi o fato de o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, vir assegurando à ECT privilégios inerentes à Fazenda Pública notadamente, no caso da Justiça do Trabalho, o pagamento de débitos por meio de precatórios. Deste modo, merecendo os Correios tratamento privilegiado em relação a tributos fiscais, isenção de custas e execução por precatórios, seus atos administrativos devem se vincular aos princípios que regem a administração pública direta, em especial o da motivação da despedida de empregados, assinalou o relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga.

Portanto, evidencia-se que a empresa pública prestadora de serviços públicos, com exclusividade dispõe de uma natureza jurídica especial, afastando a incidência do disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal e atraindo características do regime de direito público, pelo que se passa a analisar os seus efeitos sobre os limites

da terceirização.

3.3 OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO NAS EMPRESAS PÚBLICAS FEDERAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE

Como se observa, toda a suposta sustentação jurídica da ampliação da terceirização e da edição do Decreto nº 9.507/2018 se baseia na Lei nº 13.467/2017, que alterou a Lei nº 6.019/74, indicando a possibilidade de terceirização de todas as atividades das empresas (atividades-meio e atividades-fim), no julgamento da ADPF 324 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932, que firmou, em sede de repercussão geral, “a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim”, e no Recurso Extraordinário nº 958.252.

Assim, com base na interpretação textual do Decreto 9.507/2018, mais especificamente do art. 4º, poder-se-ia entender que é possível terceirizar quaisquer atividades nas empresas estatais, desde que a terceirização esteja fundada nos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, bem como na impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere.

No entanto, segundo Freitas (2010, p. 81), a interpretação jurídica deve ocorrer de forma sistemática, haja vista que a chamada interpretação literal surge, apenas, como uma das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática, “sendo que uma das mais relevantes modalidades se dá na chamada interpretação conforme a Constituição”.

Assim sendo, a interpretação deve ser feita à luz da Constituição Federal e dos princípios que a norteiam, de tal modo que os limites da terceirização no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, encontram-se justamente nos princípios do caput do art. 37 e na exigência constitucional de concurso público, contida no inciso II e nas limitações das excepcionalidades previstas no inciso IX.

De plano, há que se considerar que nos julgamentos da ADPF 324, do Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932, e do Recurso Extraordinário nº 958.252, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão dos limites da terceirização no âmbito da administração pública e em especial das empresas estatais, à luz das obrigações constitucionais estabelecidas no art. 37 da Constituição, sobretudo a exigência de concurso público (CF/1988, art. 37, II).

Feitosa e Silva (2020, p. 21) reafirmam esse entendimento:

Observe-se que, não houve menção explícita à terceirização na Administração Pública, nem mesmo no concernente às empresas estatais, e que não se pode olvidar que há um sistema constitucional que impõe respeito à uma série de exigências por parte do Poder Público e, em nenhum momento, a Corte Suprema direcionou o debate para os limites da terceirização na esfera estatal. (p. 21)

Isso também é o que se depreende do Enunciado nº 75 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), p. 43, *in verbis*:

A Lei 13.467/2017, ao alterar a Lei 6.019/74, tanto no tema da contratação temporária quanto da terceirização de serviços, não serve como marco regulatório para a administração pública direta ou indireta, em razão do disposto no art. 37, caput, e incs. II e IX, da Constituição Federal.

No que concerne aos órgãos de controle, deve-se registrar o entendimento firmado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) por meio de sua Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), na Nota Técnica nº 01, de fevereiro de 2019, que apresenta suas considerações ao Decreto nº 9.507/2018, com o intuito de apontar o que seriam “inconstitucionalidades e ilegalidades do texto em relação à contratação de trabalhadores terceirizados no âmbito da administração pública federal, direta e indireta”, no sentido da ilegalidade da Execução Indireta dos Serviços, com base no referido decreto, de atividades finalísticas e de atividades relacionadas à descrição do Plano de Cargos e Salários, em especial pela afronta à obrigação constitucional de acesso aos cargos por concurso público (CF88, art. 37, II).

Há, igualmente, farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca da referida ilegalidade, podendo-se destacar o Acórdão nº 2.303/2012 – TCU – Plenário, o Acórdão nº 1521/2016 – TCU – Plenário e o Acórdão nº 341/2009 – TCU – Plenário, bem como a Súmula nº 231, que estabelece:

A exigência de concurso público para admissão de pessoal se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada.

Como bem registrou Tavares (2018, p. 90), é “notório que a dinâmica da Administração Pública não se equipara à da atividade privada, dada a maior flexibilidade das normas que a regem”, pelo que se evidencia que não são extensíveis

às empresas públicas e sociedades de economia as alterações realizadas na legislação no que concerne à terceirização das atividades finalísticas e inerentes ao plano de cargos e salários.

Não obstante, é necessário identificar os limites da terceirização nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, em virtude da natureza jurídica especial dessas empresas, apesar do disposto no Decreto nº 9.507/2018, em especial no seu art. 4º, orientado para as empresas estatais.

Deve-se observar que o art. 14 do Decreto nº 9.507/2018 estabelece a orientação de que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista controladas pela União adotarão os mesmos parâmetros das sociedades privadas naquilo que não contrariar seu regime jurídico e o disposto neste Decreto”.

Ora, como abordado no subitem 3.2, a empresa pública prestadora de serviços públicos apresenta uma natureza especial, que atrai aspectos do regime jurídico público, como se observa na sua equiparação à fazenda pública, o que afasta a incidência do disposto no art. 173, §1º, II da Constituição Federal, e, portanto, a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Deste modo, não há como falar na possibilidade da terceirização de todas as atividades dessas empresas públicas, inclusive das atividades finalísticas e daquelas inerentes ao plano de cargos e salários, como previsto pela legislação para as empresas privadas e pelo art. 4º do Decreto nº 9.507/2018.

A Nota Técnica CONAP/MPT (2019, p. 5) também aponta que a terceirização das atividades finalísticas, inerentes aos cargos do PCS, fere o princípio da isonomia, contido no art. 5º, caput, da Constituição Federal, tendo em vista que os empregados terceirizados exercerão atividades idênticas aos empregados públicos, mas com direitos diferentes, por comporem categorias profissionais diversas.

Registre-se que na Ação Civil Pública 0011141-68.2021.5.15.0153, ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), foi emitida sentença no sentido de “condenar a requerida na obrigação de se abster de contratar terceirizados que exerçam atividades de empregados públicos”, cujas contratações estavam ocorrendo com fulcro no art. 4º do Decreto nº 9.507/2018, com base no seguinte juízo:

Portanto, há clara ofensa ao artigo 37, II, CF/88, estando a requerida a ofender o princípio constitucional de ingresso mediante concurso público ao atuar na contratação através de terceirizados que executam

atividades inerentes ao seu pessoal, consoante quadro de carreira organizado pelo PCCS de 2008.

Ademais, na concessão da tutela de urgência, aquele Juízo assim se manifestou:

Destarte, há de se conferir à ré (ECT) o mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública no que concerne às garantias processuais, tais como impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, prazo em dobro para recorrer, isenção de custas e de preparo recursal, mas, por outro lado, também os termos do Decreto nº 9.507/2018, no sentido de ser-lhe autorizada somente a terceirização de atividades acessórias e não de atividades principais, como denuncia o Parquet nesta ação.

Evidencia-se, assim, que a natureza jurídica da ECT, ao afastar a incidência do art. 173, §1º, II e o regime jurídico próprio das empresas privadas, atraindo características de direito público, também gera efeitos para os seus direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; pelo que se passa a analisar os seus impactos para os limites da terceirização.

4 ANÁLISE DA PROPOSTA DE TRABALHO

O objetivo do presente trabalho é verificar e identificar a existência de limites à terceirização, mediante a execução indireta de serviços, nas empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade. Neste sentido, fez-se uma breve revisão histórica da terceirização na administração pública, destacando-se a evolução normativa e legislativa da matéria, culminando com as recentes alterações procedidas na reforma trabalhista e na edição do Decreto nº 9.507/2018, que em oposição ao Decreto nº 2.271/1997, passa a regulamentar a execução indireta de serviços nas empresas públicas federais e as sociedades de economia mista controladas pela União.

Como se observou, a partir da jurisprudência formada no STF nos julgamentos da ADPF 324, do Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932 e do Recurso Extraordinário nº 958.252, que firmou, em sede de repercussão geral, a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, o referido Decreto estabeleceu a possibilidade de terceirização de todas as atividades das empresas públicas e das sociedades de economia mista federais, desde que observado o atendimento de determinados requisitos.

Assim, para verificar, em primeira análise, a existência de limites à terceirização na Administração Pública, constatou-se que os referidos julgados não

enfrentaram essa questão e que a interpretação do Decreto nº 9.507/2018 deve ser feita de forma sistemática, com base nos princípios do caput do art. 37 e na exigência constitucional de concurso público, contida no inciso II e nas limitações das excepcionalidades previstas no inciso IX.

Com efeito, é o que registra Pamplona Filho (2017, p. 25), ao recomendar cautela em relação à terceirização das atividades finalísticas na Administração Pública:

Não obstante, é preciso cautela quando se cogita em terceirização da atividade-fim no âmbito da Administração Pública. Isso porque a Constituição Federal de 1988 exige, para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação em concurso público (art. 37, II). Não se afigura razoável, portanto, imaginar que a Administração Pública poderia terceirizar, por exemplo, Magistrados, Procuradores, Promotores de Justiça, Delegados, dentre outros agentes públicos que representam a própria Instituição.

Observou-se, ainda, a manifestação do Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), por meio do Enunciado nº 75 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, no sentido de que as alterações legislativas da reforma trabalhista não servem como marco regulatório para a administração pública direta ou indireta, em razão do disposto no art. 37, caput, e incisos. II e IX, da Constituição Federal.

Assim, compreendendo-se que existem limites à terceirização de serviços na Administração Pública, passou-se a analisar a situação específica das empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos com exclusividade.

Demonstrou-se, em seguida, que a jurisprudência do STF já reconheceu – o que também é predominante na doutrina – a existência de um regime jurídico especial, para essas empresas, atraindo a incidência de normas aplicáveis à Fazenda Pública, como a impenhorabilidade de bens, a submissão ao regime de precatórios e a imunidade tributária recíproca, afastando, portanto, a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, prevista no art. 173, §1º, II da Constituição Federal.

Em decorrência, evidencia-se uma diferença relevante entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista que executam atividades econômicas em sentido estrito, em ambiente concorrencial, às quais se aplica o regime jurídico próprio das empresas privadas, das empresas públicas prestadoras de serviços públicos em condições de exclusividade, as quais estão submetidas a um regime

jurídico especial, que atrai características de direito público, inerentes à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Portanto, para identificar os limites da execução indireta nas empresas públicas federais prestadoras de serviços públicos em condições de exclusividade, faz-se necessário compreender os limites estabelecidos para à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, pelo que cabe apontar o entendimento de Pamplona Filho (2017, p. 25), no sentido da vantajosidade da terceirização na Administração Pública, nas atividades que especifica:

Tratando-se da Administração Pública, a contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados possui muitas vantagens. Dentre elas, destaca-se o não engessamento das finanças e do orçamento do respectivo órgão público. Caso a Administração Pública tivesse que realizar concurso público para a admissão, em seus quadros, de atividades de limpeza e conservação, vigilância, dentre outros, a garantia da estabilidade conferida pela Carta Magna faria com que fosse inflacionado o quadro de pessoal, o que poderia ensejar a violação aos limites com gastos de pessoal plasmados na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo. Nesse sentido, a contratação, mediante licitação, de empresa para intermediar a prestação de tais serviços surge como uma boa solução para o sadio ordenamento das despesas públicas.

Por oportuno, cabe registrar que, no concerne à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o Decreto nº 9.507/2018 estabelece no seu art. 3º:

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

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

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

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

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

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

Em virtude de todo o exposto, tem-se como resposta que a terceirização nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos encontra-se limitada à execução

indireta de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, sendo vedado a terceirização das atividades finalísticas e as atividades inerentes aos profissionais do plano de cargos e salários, não podendo ser aplicadas, portanto, as exceções previstas no art. 4º do Decreto nº 9.507/2018.

5 CONCLUSÕES

Conforme se observa na doutrina e na jurisprudência, a ECT, empresa pública prestadora de serviços públicos em condições de exclusividade possui uma natureza especial, que afasta a incidência do disposto no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal e atrai características do regime jurídico de direito público.

Assim, restou demonstrado que a terceirização das atividades na ECT deve-se limitar aos serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, conforme previsto no art. 3º, §1º do Decreto nº. 9.507/2018, observando-se ainda as vedações estabelecidas nos incisos I a IV, em virtude da sua natureza jurídica especial, que atrai a incidência do regime de direito público, conforme já abordado.

Portanto, na ECT não é legal a terceirização das atividades finalísticas e daquelas inerentes aos profissionais do plano de cargos e salários, o que configuraria ofensa ao preceito constitucional do concurso público e à organização da Administração Pública, ao possibilitar a redução paulatina e a desprofissionalização do aparelho estatal.

Vê-se que o art. 4º do Decreto nº. 9.507/2018 permite às empresa públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, por meio das exceções já descritas, a terceirização de todas as suas atividades, inclusive as atividades finalísticas, sem nem sequer prever limites para as atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, ou que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, conforme estabelecido no art. 3º para a Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

Como consequência, pode-se prever que em futuro muito breve haverá uma redução significativa dos concursos públicos nas empresas estatais e os empregados públicos serão progressivamente substituídos por empregados terceirizados, em evidente afronta ao disposto no art. 37, caput, e incisos. II e IX, da Constituição Federal.

Considerando-se as afrontas constitucionais constatadas, torna-se necessário

que o referido Decreto seja submetido ao controle judicial, de modo a afastar a sua aplicação às empresas estatais, não só em ações ordinárias, mas também provocando a manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os limites da terceirização na administração pública direta e indireta.

Além disso, tendo em vista o estabelecido no art. 49, V, da Constituição Federal, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, deve ser revogado o Decreto nº 9.507/2018 por meio de Decreto Legislativo.

Neste sentido, registra-se a existência dos Projetos de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo PDC nº 1063/2018, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP), do PDC nº 1089/2018, de autoria do Deputado Federal João Daniel (PT/SE) e do PDL nº 519/2019, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra (MDB/MT), que tramitam de forma apensada e que se propõem a sustar o Decreto nº 9.507/2018.

Portanto, carece o tema da terceirização da devida revisão no âmbito da administração pública, produzindo-se uma legislação que, reconhecendo os seus limites constitucionais, seja compreensiva da nova dinâmica de trabalho afeta à prestação dos serviços públicos.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren Fernandes. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

ANAMATRA. **Enunciados aprovados 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em 5 de nov. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de nov. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 02 de nov. de 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica CONAP/MPT nº 01, de 6 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes?td=artigos>. Acesso em 3 de nov. de 2022

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 2271, de 7 de julho 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm. Acesso em: 2 de nov.de 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 9507, de 21 de setembro 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d9507.htm . Acesso em:2 de nov.de 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm . Acesso em: 2 de nov. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 231**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tc.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/Administra%C3%A7%C3%A3o-Indireta.-Concurso-p%C3%BAblico.-S%C3%BAmula-TCU-231.pdf>. Acesso em: 5 de nov. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 324/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 4 de nov. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 958.252/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Requerente: Celulose Nipo-Brasileira S.A (CENIBRA) 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 3 de nov. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 601.392**. Relator: Ministro. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2013. Dje. Brasília, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>>. Acesso em: 3 de nov. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. 2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 5 de nov. de 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Demissões na ECT: TST publica alteração da OJ 247**. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/-/demissoes-na-ect-tst-publica-alteracao-da-oj-247>>. Acesso em: 5 de nov. de 2022.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **A ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas estatais**, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ameaca-da-terceirizacao-sem-limites-na-administracao-publica-e-nas-estatais-05102018>> Acesso em: 1 de nov. 2022

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os Limites Constitucionais da Terceirização**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; SILVA, Roberta Cruz da. Possíveis inconstitucionalidades na regulamentação da terceirização de serviços na administração pública federal: limites e perspectivas do Decreto nº 9507/2018. **Revista de Direito Brasileira**, v. 25, n. 10, p. 17-34, 2020.

FORTINI, Cristiana. **O Decreto Federal 9.507/2018 e a terceirização da administração: primeiras impressões**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica#author>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do direito**. 5 ed. Malheiros Editores. São Paulo. 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Empresa Estatal: Função Econômica E Dilemas Societários**. Editora Atlas SA, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **A Terceirização no Brasil**. São Paulo: Quartier Latim, 2008.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PAULA, Eduardo Loula Novais de. A Administração Pública e a Possibilidade do Pagamento Direto aos Trabalhadores pelo Inadimplemento de Obrigações Trabalhistas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 978/2017, p. 21-36, abr.2017.

QUEIROZ, Julian Nogueira de. A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7. **Direito e Desenvolvimento**, v. 3, n. 5, p. 191-210, 2012.

TAVARES, Ernesto Alessandro. A (in)compatibilidade da regra constitucional do concurso público com a nova Lei de Terceirização. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 2, pp. 69-96, jul./dez. 2018.