

# A terceirização na administração pública sob o prisma do decreto 9.507/2018

*Outsourcing in public administration under the prism of decree 9.507/2018*

Victor de Oliveira FERREIRA<sup>1</sup>, Carlos Marcel FERRARI<sup>1</sup>.

(1) Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAMINAS. Muriaé – MG, Brasil.

**Autor correspondente:**

Victor de Oliveira Ferreira

E-mail: [vestudos@gmail.com](mailto:vestudos@gmail.com)

Rua Naylor Gomes, nº 127, Bairro Luvy.

Patrocínio do Muriaé – MG. CEP: 36860000. Brasil

**Conflitos de interesses:** Os autores deste artigo declaram que não possuem conflito de interesse de ordem financeiro, pessoal, político, acadêmico e comercial e que o apoio financeiro e (ou) material recebido para o desenvolvimento deste trabalho estão claramente informados no texto.

**Recebido:** 11/10/2019

**Revisado:** 30/11/2019

**Aceito:** 09/12/2019

**Editor de Seção:**

Dr. Sérgio Gomes da Silva

**Afiliação do Editor:**

Centro Universitário

UNIFAMINAS e Hospital

do Câncer de Muriaé –

Fundação Cristiano Varella.

## Resumo

O presente trabalho acadêmico apresenta-se com o objetivo principal de analisar um dos principais temas jurídicos em termos de fenômenos relacionados ao direito público: a análise da terceirização realizável no âmbito da administração pública e suas consequências à regra constitucional do concurso público; principalmente na conjuntura brasileira devido ao recente decreto federal 9.507/2018, que determinou novo rebusco a temática mencionada. Sendo certo que a técnica empregada traduz-se na utilização de pesquisa, em artigos e doutrina especializada, de modo a realizar um trabalho de caráter qualitativo, mediante a análise teórica-jurídica das informações angariadas, tudo isso realizado com a finalidade de responder a indagação inferível através do próprio objetivo do trabalho. Por fim, abarca-se neste labor acadêmico, como resultado, parecer quanto a prática da terceirização, que em virtude do decreto 9.507/2018, tornou-se extremamente disciplinada, de maneira a ser realizada nos limites constitucionais e sem prejuízo a necessidade do concurso público, sendo justamente por isso a disparidade com que a terceirização é determinada para a administração direta e indireta. Ademais, as conclusões advindas, consolidam o entendimento de que o ato decreto promove valoroso progresso na temática, por refinar a aplicação da terceirização na administração pública, desenvolvendo hipóteses abstratas de sua aplicação e proibição, bem como por promover maior segurança jurídica aos atos da administração pública. É conclusível também, a constitucionalidade da atual tratativa jurídica quanto a terceirização, que em função disso demonstra desnecessário o temor quanto ao vilipêndio do concurso público como instrumento regra de aquisição dos recursos humanos que conduzem o Estado.

**Palavras-chave:** terceirização; Administração Pública; decreto.

## Abstract

*The main objective of the present work is to analyze one of the main legal subjects in terms of phenomena related to public law: the analysis of outsourcing achievable within the public administration and its consequences to the constitutional rule of the public administration; mainly in the Brazilian conjuncture due to the recent federal decree 9.507/2018, that determined a new fossick of the mentioned subject. Whereas the technique employed is translated into the use of research, articles and specialized doctrine, in order to carry out a qualitative work, through the theoretical-legal analysis of the information collected, all this accomplished with the purpose of responding to inferable inquiry through the very purpose of the work. Finally, it is included in this academic labor, as a result, opinion as to the practice of outsourcing, which by virtue of decree 9.507/2018, became extremely disciplined, in such a way as to be carried out within the constitutional limits and without prejudice to the need for public procurement, which is precisely why the disparity with which outsourcing is determined for direct and indirect administration. Moreover, the conclusions reached, consolidate the understanding that the decree act promotes valuable progress in the subject, by refining the application of outsourcing in public administration, developing abstract hypotheses of its application and prohibition, as well as promoting greater legal certainty to the acts of the public administration. It is also conclusive, the constitutionality of the current legal process regarding outsourcing, which, on the basis of this, shows no need to fear the vilification of the public tender as a general instrument for acquiring the human resources which govern the State.*

**Keywords:** outsourcing; Public Administration; decree.

## 1 Introdução

A ideia de terceirização, ou também chamada de execução indireta, possui natureza autoexplicativa por seu próprio termo, nesta convalida-se fenômeno jurídico e administrativo onde um órgão ou entidade, público ou privado, passa para uma outra pessoa jurídica (terceiro) a atribuição de realizar, em específico, determinada atividade, a qual era a priori de responsabilidade direta do órgão delegante. Assim, vê-se de pronto que tal fenômeno é fruto da ciência social da Administração, que por seu alto grau de relevância para o desenvolvimento social, adquiriu contornos jurídicos.

Historicamente falando, as raízes mais firmes da terceirização enquanto prática de gestão remontam ao período inicial da segunda guerra mundial nos Estados Unidos da América, contexto no qual tanto o Estado, quanto as empresas privadas, enxergaram a necessidade de conceder certas práticas secundárias às suas atribuições a outros entes externos em relação a sua estrutura, com vistas a se concentrarem em seus encargos principais, maximizar a solidez de seus atos e, dessa forma, lograr êxito em vencer o estado de recessão da economia que se fazia presente, assim como cumprir com a robusta necessidade de produção de armamento pela indústria bélica, que era a maior no cenário mundial até então. A partir daí a execução direta passou a ser "praxe administrativa", e também jurídica, de vários países, como por exemplo: o México, que inclusive modernizou sua tratativa jurídica quanto à terceirização mediante a lei trabalhista em 2012; Inglaterra, Alemanha e outras potências que, interessadamente, aplicam a execução indireta para beneficiar e fortalecer o setor público.

Ultrapassada a visão histórica quanto ao tema, é imprescindível veicular agora a justificativa do presente labor acadêmico, esta que diz respeito a necessidade do entendimento substancial do fenômeno de terceirização, principalmente o que seja praticado pela administração pública, que se configura como fato jurídico de exploração técnica recente, embora de existência prática pretérita, e, portanto, alvo de inúmeros questionamentos relativos a sua constitucionalidade. Outrossim, por se tratar de prática agora disciplinada por ato administrativo regulatório, acarretando, pois, substancial influência no funcionamento da administração pública direta e indireta, obviamente, nos limites determinados pelos demais institutos constitucionais, a dizer, principalmente, a regra do concurso público.

A força motriz do trabalho reside no fundamental questionamento que impulsiona toda pesquisa e utilização das

informações investigadas, trata-se, com efeito, do problema de pesquisa relativo ao presente trabalho, o qual se materializa na seguinte indagação: Há consonância entre o conteúdo do decreto 9.507/2018 e a obrigatoriedade constitucional do concurso público? Haja vista o natural nivelamento entre a prática terceirizada dos serviços típicos da administração pública e o concurso público como meio constitucional de provimento dos recursos humanos que dão cumprimento a atuação da mesma.

Neste diapasão, sintetiza-se como objetivo geral, justamente, analisar a consonância do decreto 9.507/2018, por seu conteúdo, e a obrigatoriedade do concurso público à luz da constituição federal de 1988. Sendo desprendido daqui, conseqüentemente, os "degraus de conhecimento" necessários para se alcançar a resposta do problema de pesquisa, sendo estes, por certo, os objetivos específicos, que são: a análise do decreto enquanto ato administrativo normativo e a determinação constitucional quanto ao concurso público; o estudo da terceirização e sua gradual manifestação no ordenamento jurídico brasileiro; do decreto 9.507/2018 e suas implicações no concurso público.

Quanto à metodologia empregada na manufatura do trabalho, esta concerne em uma série de fatores. Em primeiro, a natureza do trabalho é de caráter predominantemente descritivo, por relacionar variáveis e descrever situações pertinentes ao problema de pesquisa; tal como explicativa, já que esclarece determinados fenômenos, tudo isso aglutinado pela utilização da análise teórica-jurídica que permite plena teorização quanto ao objeto do trabalho. Outro ponto, trata-se quanto as fontes de pesquisa utilizadas, estas que são de natureza secundária, porquanto a pesquisa se inclinou a averiguar livros e artigos científicos oportunos à temática estudada. Ademais, o presente trabalho fora moldado pela essência qualitativa, em virtude do fato de que tanto a pesquisa, quanto a forma de expressão do ofício acadêmico se reduz a demonstração de conceitos ou ideias.

Desta forma, o trabalho apresenta-se estruturalmente da seguinte maneira: as informações introdutórias; o desenvolvimento, que por sua vez será exposto em 3 (três) capítulos congruentes aos objetivos específicos de pesquisa e que irão exaurir por completo o problema de pesquisa; e, em ato final, pelas conclusões desprendidas desse esforço acadêmico quanto ao tema objeto de pesquisa.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Do decreto enquanto ato administrativo normativo e da determinação constitucional quanto ao concurso público

Como já antecipado pela introdução, o presente ofício acadêmico põe em vias de análise relacional o decreto 9.507/2018 e o instituto do concurso público; todavia, é vultuosa a importância quanto ao esclarecimento de informações e conceitos elementares aos objetos anteriormente mencionados. Sendo assim, proceder-se-á a tanto.

Inicialmente, vale expor uma rápida síntese do que é o ato administrativo, haja vista que decreto é justamente uma especificação de tal instituto jurídico.

Pois bem, ato administrativo pode ser conceituado como uma manifestação unilateral da Administração Pública ou de entes privados delegatários de serviço público, com fulcro em normas e regime jurídico de direito administrativo, idônea a produção de efeitos jurídicos imediatos e ao atingimento do interesse público. Tal conceito em uma visão simplista versa que ato administrativo seria uma conduta de vontade única da administração pública e que atende aos interesses coletivos, nascendo das normas jurídicas de direito público e usufruindo dos institutos jurídicos internos a tal setor do ordenamento pátrio. Sendo que, a doutrina jurídica atribui à tal ato cinco elementos de constituição que, a dizer, são: Competência, Forma, Objeto, Motivo e Finalidade. Estes que não serão explanados para que não se desvirtua a linha de estudo proposta neste capítulo.

Como lecionado por Hely Lopes Meirelles:

"Ato administrativo é toda manifestação unilateral da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria" (MEIRELLES, 2003, p. 179).

Mais além, percebe-se que tal manifestação unilateral do Estado, exala duas grandes classificações, dentre muitas outras, de alta pertinência aos estudos, quais sejam: ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário.

O primeiro, diz respeito ao ato administrativo em que a sua realização é rígida e exaustivamente predeterminada pelos dizeres legais; não havendo, portanto, margem de liberdade do agente público para lapidar a manifestação a ser realizada. Sendo

certo que em tal classificação afasta-se a incidência de "mérito administrativo", isto é, do juízo de conveniência e oportunidade quanto à prática da Administração Pública, de modo que a lei apresenta os requisitos e condições para implementação do ato, que, se corroborados, o autorizam. Exemplos: a aposentadoria compulsória do funcionário público com setenta anos de idade; ou a concessão de aposentadoria ao indivíduo que completa trinta e cinco anos de contribuição previdenciária, caso o mesmo requeira. Já o ato discricionário, por seu turno e a contrário sensu, concerne naquele onde o agente público tem determinada margem de liberdade para a realização da manifestação administrativa; liberdade esta que recai sobre os elementos objeto e motivo, somente, e que garante "mérito administrativo" à prática, desde que basilado, obviamente, pela legalidade, de modo que haja uma liberdade controlada. Como exemplos têm-se: o juízo subjetivo relativo a concessão ou não do porte de arma de fogo ao cidadão civil; ou a ordem de parada, feita por agente público portador de poder de polícia, a determinado veículo em uma "blitz" de trânsito.

Por último, no que diz respeito a tal esclarecimento quanto ao ato administrativo, destaca-se que o instituto em evidência é dotado de atributos, que funcionam como catalizadores de eficiência, já que o ato administrativo atua em parceria às prerrogativas de direito público da Administração Pública (Poderes Administrativos), são eles: A) Presunção de legalidade, pois o tal ato nasce com aparência de legalidade, até que o contrário seja provado. B) Tipicidade, já que a prática de um ato administrativo depende de sua previsão na lei, para que se efetive o princípio da legalidade. C) Imperatividade, isto é, o ato é dotado de implementação coercitiva, não sendo necessária a anuência do administrado para sua edição. D) Autoexecutoriedade, que concerne no fato de que a aplicação do ato administrativo, via de regra, não demanda requisição e permissão do poder judiciário. Logo, não há formalidade em sua implementação por parte do agente público responsável. Há exceções pontuais a tal atributo, como por exemplo: a cobrança de multa pela administração pública, que depende de processo administrativo em órgão competente; ou a realização de atos jurídicos afetos por reserva judicial (necessidade de autorização judicial).

Seguidamente, e de posse do conhecimento relativo a ato administrativo, em evidência recai agora o instituto jurídico do decreto (art. 84, IV, CF/88), este que é uma espécie de ato administrativo normativo, bem como outras como: resoluções,

deliberações e portarias de conteúdo geral. A essência desta classificação, de ato administrativo normativo, tange ao fato de que são manifestações donde se desprendem comandos, dotados de caráter geral e abstrato, atinentes à Administração Pública e aos administrados, tudo isso com escopo em determinar a correta aplicação da lei. Devido a isso assevera Hely Lopes Meirelles:

"Ato administrativo normativo são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas" (MEIRELLES, 2003, p.181).

Sendo assim, o decreto, que é ato praticado somente pelo líder do executivo de cada ente federativo, herda a finalidade de promover a regulamentação da lei, isto é, sua pormenorização para a fiel aplicação da mesma. Ademais, vale salientar que embora o decreto tenha força normativa, o mesmo não é lei em sentido formal (apenas em sentido material) e apresenta-se, no ordenamento jurídico, em patamar inferior a esta. Isto pois, somente a lei pode obrigar a fazer ou deixar de fazer algo, assim como somente ela pode criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações; tudo isso pautado no princípio da legalidade geral, manifestado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Portando, restando ao decreto a necessidade de submissão e congruência à lei formal, devendo ser *secundum legem* ou *praeter legem*.

Outro ponto de grande envergadura, com tratamento neste capítulo, diz respeito ao concurso público, previsto no Art. 37 inciso II da CF/88, que concerne no instrumento técnico pelo qual a Administração Pública seleciona e angaria o recurso humano que irá dar realização ao seu funcionamento e atribuições, e que, concomitantemente, garante a isonomia necessária aos interessados em ocupar cargo ou emprego público. Isto posto, desprende-se do próprio conceito retrocitado os fins do instituto em contemplação, bem como a colossal importância de tal instrumento para a manutenção do regime republicano do país. Nesta mesma visão pondera Hely Lopes Meirelles:

"O concurso é meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao

mesmo tempo, proporcionar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei" (MEIRELLES, 2003, p.440).

Neste tocante, é importante se perceber que a Administração Pública tem a prerrogativa de fazer uso de poderes extroversos, os quais atingem diretamente a esfera pessoal e os direitos fundamentais dos indivíduos, de forma a limitá-los. Por isso, torna-se imprescindível que os agentes públicos pautem suas atuações com vistas ao interesse coletivo, com isenção e desempenho técnico, e não fiquem subservientes a interesses privados de qualquer natureza. O concurso público enseja justamente esse cenário, pois faz com que o mérito do candidato a agente público seja o fator determinante de seu êxito, afastando a necessidade de favores políticos ou pessoais, logo, evitando os chamados "apadrinhamentos". Sendo justamente esse efeito que acaba por ocasionar uma Administração Pública mais legalista e republicana.

É conveniente ventilar que existem duas exceções à regra do concurso público, a dizer: a) os cargos em comissão, previstos no Art. 37 inciso V da CF/88, que são destinados às funções de direção, chefia e assessoramento; e b) os casos de contratação temporária de agentes públicos para responder a situação de excepcional interesse público, segundo o inciso IX do art. 37 da CF/88. No entanto, deve ficar claro que tais hipóteses não correspondem a terceirização, pois nestas, os agentes públicos contratados integram formalmente os quadros de servidores da Administração Pública, mesmo que sujeitos a disposições normativas diversas daquelas destinadas aos aprovados por concurso público.

Do ponto de vista histórico, o concurso público surge no momento da constituição de 1930, durante o governo Vargas, e a partir dali sofrera pequenas e sutis diferenças com as próximas constituições, sobretudo em temáticas satélites ao concurso público em si, até a chegada do atual formato pela Constituição de 1988.

Para findar, cumpre expor a estreita relação entre o instituto tratado e o princípio da eficiência, o qual fora introduzido ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998, objetivando-se, como o próprio termo induz, garantir que a Administração Pública fosse mais eficiente, isto é, cumpridora de suas atribuições mediante o menor tempo e pela melhor qualidade de serviço possível, e com o menor gasto de recursos públicos também possível. Como bem demonstra José dos Santos Carvalho Filho em sua obra:

"O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir o desperdício de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional"(CARVALHO, 2010, p. 32).

Isto pois, o princípio da eficiência acaba por impelir a Administração Pública a prover um serviço de maior qualidade à sociedade, conjuntura esta que somente pode ser corroborada se a mesma atuar com alto grau de esmero durante a seleção do(a) interessado(a) em atuar em nome da Administração, bem como após o seu ingresso, por meio da valorização salarial do profissional, melhoria em suas condições de trabalho e oportunidade de cursos para aperfeiçoamento. Com primor, Alexandre de Moraes discorre sobre o fim proposto pelo princípio da eficiência, o qual tem como um dos pressupostos a implementação do concurso público de forma ilustre, a dizer:

"Incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços a sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte e enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos" (MORAES, 2001, p. 33).

## **2.2 Do conceito de terceirização, suas implicações e sua gradual manifestação no ordenamento jurídico brasileiro**

Como já discorrido durante a introdução deste artigo, a execução indireta ou terceirização é a transferência do direito de executar um serviço, por parte de um órgão ou entidade à outra pessoa jurídica capacitada a fazê-lo. Sendo certo que, embora a Constituição tenha tratado com veemência a necessidade do concurso público, esses dois expoentes em certa medida são compatíveis. A começar pelo concurso de previsões constitucionais dos artigos 37 inciso XXI e 173 parágrafo 1º e inciso III, estes que, respectivamente, versam sobre a contratação geral de terceiros para prestação de serviços, por licitação, com base em leis acessórias (exemplo: lei 8.666/1993 e 13.303/2016); e quanto a contratação de terceiros para executar

obra ou serviço em favor das "estatais" realizadoras de atividade econômica, também por licitação e observando-se os princípios gerais da administração pública.

Ficando demonstrado, ainda que de forma suave, a empatia da Carta Magna brasileira pela prática da execução indireta e sua vivência junto do concurso público. Fato compreensivo, já que a terceirização não condiz com a contratação individual de mão-de-obra, mas sim a contratação de recursos humanos vinculados a uma pessoa jurídica, que irão efetuar a obrigação contratada autonomamente, externos a estrutura da Administração pública.

Todavia, fato é que, em tese, pode a realização da terceirização acabar por lesar a regra do concurso público, alavancando, à vista disso, um conflito entre ambos os institutos de vivenda constitucional. Porquanto, o agente terceirizado pode assumir atividade, que a priori, poderia ser realizada pelos agentes públicos que já fazem parte dos quadros formais da Administração Pública. Hipótese essa que reforça a necessidade de implementação prudente e sábia da execução indireta, destinando-a às atividades coadjuvantes. Para que, assim, não ocorra o desrespeito leviano à Constituição Federal. Com relação a isso a excelente observância de Carolina Zancaner Zockun:

"a Constituição não instituiu os regimes estatutários, celetistas e especial para que estes possam ser livremente substituídos pela terceirização por meio de uma empresa privada. Discricionariedade alguma pode ser tão ampla a ponto de aniquilar o mandamento constitucional" (ZOCKUN, 2014, p. 119).

Ao longo do tempo foram várias as manifestações normativas que aos poucos faziam emergir o instituto da terceirização no ordenamento jurídico, algo que, conjuntamente, aumentava a importância da inclinação sobre tal temática. A primeira delas fora o Decreto-Lei nº 200/1967 que, principalmente no §1º do art. 10, fazia apologia a execução indireta na Administração Pública, desde que incidida somente nas atividades-meio inerentes as atribuições da Administração e que a transferência fosse feita mediante contratos ou concessões. Em concordância a isto operava o § 7º do mesmo artigo:

"§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à

execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

Posteriormente, surgiu a lei 8.666/1993, a qual prescreve normas de caráter geral para licitações e contratos, determinando estas que desaguam na viabilização da execução indireta. No mesmo sentido viria a maneira a lei 13.303 de 30 de junho de 2016, que realizou, dentre outras coisas, as mesmas funções no tocante a possibilidade de terceirização realizáveis no âmbito das "estatais", sociedades de economia mista e empresas públicas. Sendo mister constar que em ambas normas foram dispostas regras para as licitações e não para precisamente quanto a condições e tipos de serviços que poderão ser contratados, questões que seriam trabalhadas por decretos.

Ato contínuo, a terceirização fora regulamentada sobre o prisma do decreto 2.271/1997, que há pouco tempo veio a ser revogado pelo Decreto nº 9507 de 21 de setembro de 2018, de autoria do então Presidente da República Michel Temer. Em síntese, ambos decretos já demonstravam avanços na temática, todavia tendo cada qual sua particularidade. Aquele, decretou a terceirização somente à Administração Pública Direita, Autárquica e fundacional de direito público, logo, afastando por completo o estrato da Administração inerente ao regime jurídico de direito privado. Diferentemente fez o novo decreto 9.507/2018, este que incluiu toda a Administração Pública na sujeição à terceirização, todavia atribuindo regras diferentes para o setor de regime jurídico público e para o de regime jurídico privado, como será analisado no próximo capítulo. Tudo isso, sob a justificativa de uniformizar a forma como a terceirização deverá ocorrer em todo o âmbito federal.

### **2.3 Do decreto 9.507/2018 e suas implicações no concurso público**

O presente artigo ergueu-se sobre o intento de promover uma análise aprofundada quanto a compatibilidade da regra constitucional do concurso público e a diretriz funcional de aplicação da terceirização na Administração Pública, determinada nos tempos atuais pelo decreto 9.507/2018. Assim sendo, torna-se imprescindível a compreensão integral das principais deliberações feitas no mesmo ato normativo, já que, conseqüentemente, ensejar-se-á à formação do panorama teórico que naturalmente esclarecerá quanto a existência ou não de compatibilidade entre os tais fatores.

De início, o decreto consolida a previsão de que ato administrativo do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão irá estabelecer o rol de serviços que preferencialmente serão sujeitos a incidência de terceirização mediante contratação. Logo, em regra, fica incumbido a tal órgão a responsabilidade de planejar e confirmar eventual hipótese de execução indireta na Administração. Observa-se aqui, que a descrição do órgão como exposta diz respeito a época em que o decreto fora criado, pois que o governo iniciado a partir do ano de 2019, criou o Ministério da Economia através da fusão dos ministérios da Fazenda, do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Indústria, Comércio Exterior e Serviços.

Durante a leitura do decreto é plenamente perceptível a intensão do texto em estabelecer uma dicotomia regulamentar entre a Administração Pública direta, autárquica e fundacional e a Administração Pública das "estatais", em termos de aplicação da execução indireta. Para a primeira, criou-se um regime de caráter restritivo e, para a segunda, um regime de caráter flexível. É justamente sobre tal circunstância que reside a maior importância normativa do decreto, bem como é esse o ponto a ser estudado para se alcançar o objetivo geral deste labor acadêmico. Começemos então tal enfrentamento:

Pois bem, as mencionadas regras restritivas do decreto 9.507/2018 têm origem no art. 3º e seus incisos, estes que demonstram categoricamente as atividades que não poderão ser alvo de terceirização quando se estiver tratando da Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público. Diz o artigo:

"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".

Em síntese, o decreto acabou por eleger três hipóteses gerais de proibição da terceirização nesta seara em comento, a dizer: a) vedação para a realização de atividades que envolvam "questões maiores" da Administração Pública, isto é, aquelas de repercussão institucional ou estratégica; b) vedação para as atividades em que os atos a serem realizados sejam inerentes ao uso de poderes extroversos da Administração Pública, ou seja, que façam uso de poderes administrativos, sobretudo o poder de polícia; c) vedação quanto as atividades portadoras de atos que se equiparem à atribuições legais de cargos públicos. Dessa forma, a contrário sensu, a terceirização para a Administração de regime jurídico público passa a ser autorizada nas demais hipóteses.

Por óbvio, é mais do que prudente que as questões maiores de um órgão ou entidade da Administração Pública sejam tarefas diretamente realizadas pelos agentes públicos formalmente instituídos, já que questões institucionais ou estratégicas são pontos críticos para a manutenção da ordem administrativa do Estado. A terceirização de tais atividades iria desaguar na renúncia em si dos serviços públicos atribuídos por lei a determinado órgão ou entidade. Sendo certo que tal cenário somente ocorreria mediante a prática de delegação de prestação de serviços públicos, devidamente autorizado pela lei; para que, assim, houvesse controle do Estado na transferência de tamanha responsabilidade. Não sendo o caso de delegação, e se a própria lei atribuiu a atividade a um órgão ou entidade, são somente estes, e não outros, que devem dar cumprimento a tais diligências.

Na mesma linha de raciocínio, é natural que as atividades relacionadas à utilização de poderes extroversos, principalmente o poder de polícia, não estejam sujeitas a terceirização, ficando cingidas àqueles que ocupam cargos públicos. Isto pois, tais poderes são prerrogativas de direito público que interferem diretamente na esfera pessoal dos particulares e em seus direitos fundamentais, então, em virtude desta potência e do fato de que o legislador atribuiu às mesmas somente a Administração Pública; torna-se incogitável a transferência dessas prerrogativas a terceiros, sem ao menos autorização legal para tanto. De mais a mais, é importante destacar que, no caso do inciso III, o foco da proibição é para os atos que se escorem no poder de polícia e que digam respeito à aplicação de sanções administrativas. Como, por exemplo, se

verifica na realização de "regulação" ou "outorga", atos administrativos que, cada qual ao seu tempo e modo, versam sobre a prestação de serviços públicos delegados; e que por isso, acabam por influenciar na liberdade e propriedade dos prestadores de serviço e dos usuários, revelando uma dinâmica equiparada a do poder de polícia. Vê-se, portanto, que atos como estes se enquadram na proibição manifesta pelo inciso III do art. 3º.

Outrossim, a proibição recai em último caso para as atividades correspondentes às atribuições dos cargos públicos de órgãos, autarquias e fundações públicas de direito públicos. O motivo é que a atribuição de um cargo público é originada pela própria lei, que por sua vez reflete a vontade do legislador. Evidentemente, se o legislador também cria o cargo público, é inferível o desejo de que a atribuição seja cumprida por aqueles que sejam ocupantes de seu cargo correspondente. Todavia, o inciso IV relativiza essa determinação, criando uma válvula de escape para a presente regra, ao autorizar a terceirização para os cargos totalmente ou parcialmente extintos, ou para casos pontuais onde a lei expressamente permitiu a terceirização.

Tomando por base todas essas considerações, sobra pouco à ser terceirizado pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público, sendo que as hipóteses onde isso é possível, nitidamente, têm caráter de atividades secundárias, acessórias, de apoio. Isto é, neste âmbito hora discutido, a terceirização fica confinada às atividades-meio, desde que em consonância aos incisos do art. 3º. Tudo isso, para que haja acatamento a regra constitucional do concurso público.

Mas o decreto 9.507/2018 aplicou ainda mais rigor a esta causa. No §1º do art. 3º expressou:

"§ 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".

Assim, deixou-se claro que à Administração Pública é permitida a contratação de serviços auxiliares a suas atividades-fim, todavia fica rigorosamente proibido que o aperfeiçoamento de um contrato ou que a prática de um ato administrativo em si, sejam realizados pelo terceirizado. Ou seja, a decisão final cabe sempre a Administração propriamente, que somente pode ser auxiliada por terceiros durante o caminho até este ponto. Seria a situação, por exemplo, onde uma determinada



autarquia federal contrata empresa especializada, para realização de projeto de desenvolvimento estratégico desta entidade. A empresa contratada ficaria responsável por apresentar as medidas e os custos relativos ao projeto, mas a palavra final quanto a implementação ou não do mesmo cabe somente a direção da autarquia contratante. Logo, mais uma vez se percebe que a terceirização do art. 3º é restrita, pois se mantém a competência legal do agente público formal em tomar a decisão final.

Outro exemplo, a título de melhor compreensão do rigor normativo em apreciação, é o caso onde uma entidade administrativa ou a administração Pública federal direta se envolva em processo judicial de teor complexo e que abarque risco de grande desfavor financeiro. Neste caso seria permitido ao qualquer dos entes citados contratar parecer jurídico de advogado privado especializado na área da demanda, para oferecer suporte teórico ou mesmo para corroborar as teses já desenvolvidas por advogados públicos (advogados concursados). Todavia, a atuação do advogado privado ficaria limitada a tanto, pois é vedado, pelos termos do §1º do art. 3º do decreto 9.507/2018, que o mesmo representasse judicialmente a entidade administrativa contratante, tomando para si a responsabilidade de por a efeito sua defesa. Caso contrário, o cenário seria de contratação de um serviço principal, e não auxiliar, o que, por sua vez, incorreria em lesão grave a regra do concurso público.

Somado ao já exposto, o §2º do art. 3º incrementou ainda maior rigor mediante os seguintes termos: "§2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta ". Aqui, o decreto passa a proibir uma prática comum da Administração Pública, que inclusive é aceita majoritariamente pela doutrina. Esclarecendo é o seguinte: é pacífico na doutrina e jurisprudência que o poder de polícia não pode ser terceirizado, pois que o mesmo atinge a liberdade e propriedade dos particulares, bem como se trata de um poder administrativo destinado somente àqueles que atuam pela Administração Pública com base em normas de direito público. Apesar disso, a mesma doutrina e jurisprudência reconhece que eventuais atos auxiliares ou acessórios ao exercício do poder de polícia, podem ser perfeitamente terceirizados, objetivando a maior eficiência do ato administrativo, e desde que não se rompa com a competência do agente público em realizar o ato final que irá interferir nos direitos fundamentais dos administrados.

Fixando essa mesma visão Celso Antônio Bandeira de Mello discorre:

"daí não se segue, entretanto, que certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia não possam ser praticados por particulares, mediante delegação, propriamente dita, ou em decorrência de um simples contrato de prestação" (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 855).

Portanto, o §2º atribui impedimento a fator que constituía "praxe administrativa" antes aceitável por todos. Desta forma, o atual entendimento, põe à margem, por exemplo, a situação onde um órgão de vigilância sanitária contrata uma empresa especializada no ramo de inspeção de cargas, para auxiliá-lo na identificação de conteúdo proibido no local de sua circunscrição. Ao identificar carga suspeita, a empresa contratada aciona os agentes do órgão público, que por sua vez, dão andamento às práticas inerentes ao poder de polícia que lhes compete, de modo a apreender mercadorias, confeccionar autos de infração ou qualquer outra medida cabível. Este cenário era anteriormente plausível, todavia, agora, à luz do mencionado §2º, não mais.

*Data maxima venia* à posicionamentos contrários, o conteúdo em análise do decreto 9.507/2018 acaba por representar um retrocesso na regulamentação da temática proposta e, sobretudo, em termos de se garantir eficiência às atividades do Estado. Pois é certo que a terceirização deve ser restrita e controlada, tendo em mente o respeito ao instituto do concurso público, porém, neste particular, o decreto exagerou ao impor uma restrição que não tem utilidade e que, principalmente, reduz em muito as chances de êxito de vários atos da Administração Pública pautados no poder de polícia.

Além do que, é de colossal incoerência possibilitar a terceirização de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de atos institucionais, estratégicos ou de regulamentação e obstáculos para os atos de apoio ao poder de polícia. Porquanto, os primeiros, além de serem tão importantes quanto os atos relativos ao poder de polícia, também têm a mesma propensão em causar dano, direta ou indiretamente, a esfera jurídica dos particulares.

Vencida a análise da regulamentação quanto a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público. De imediato, passa-se agora para o exame das regras flexíveis do decreto 9.507/2018 em relação a terceirização

que afeta as "estatais". Estas que são manifestas pelo art. 4º do decreto 9.507/2018, vide:

"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".

Então, diferentemente do que foi posto a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público, para as "estatais", sociedades de economia mista e empresas públicas, optou-se pela concessão de um maior nível de liberdade. Isto, motivado pelo fato de que as mesmas, ao menos aquelas que sejam exploradoras de atividade econômica, são entes que por estarem sob a égide do regime jurídico de direito privado, tornam-se detentoras de personalidade jurídica privada, vide o art. 173 inciso II da Constituição Federal de 1988. Tudo isso, segundo Fabrício Motta, para se cumprir uma determinada estratégia pessoal do legislador, o autor explica:

"a criação de empresas estatais como instrumentos de atuação do Estado evidencia a escolha do figurino empresarial como o mais indicado para a execução de determinadas atividades. Trata-se de uma opção feita previamente pelo ordenamento [...] de utilizar os modelos jurídicos empresariais em razão da inadequação dos modelos regidos prioritariamente pelo direito público" (MOTTA, 2014, p. 226.).

E, acompanhando o mesmo contexto de análise, relata Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre a importância da personalidade jurídica de direito privado das "estatais", por se tratar da tentativa:

"de compatibilizar a exigência de concurso com o espírito desse preceptivo, para que os dois possam conviver sem elisão de nenhum deles, mas apenas com

a restrição indispensável à positividade de ambos, de maneira a preservar, no limite do possível, o sentido animador de cada qual" (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 288.).

Tão logo, não obstante ao imenso debate quanto ao tema, evidencia-se pelo decreto e pela comparação com o estudo doutrinário, que a necessidade de fusão entre as "estatais" (entes públicos) e as regras de direito privado é prática da mais alta importância e necessidade. E este é exatamente um dos grandes objetivos do decreto 9.507/2018, haja vista que para isso não é necessário que a estatal faça contratações com vínculos empregatícios formais e diretos a si; basta que lhe seja concedido um regime mais flexível quanto a usufruir das terceirizações. Pois, é nessa hipótese em que ocorrerá a concatenação entre a regra constitucional do concurso público e a autonomia imprescindível do direito privado, que é conferido a algumas "estatais".

Com vistas a isso, o art. 4º do decreto em seu caput impede a realização da terceirização quando a contratação, em tese, for coincidente com as atribuições de "cargos integrantes de seus planos de Cargos e salários". E, logo após, acrescenta hipóteses, em seus incisos, onde a terceirização será admitida mesmo quando compatível a situação caputiana escrita anteriormente, desde que estejam respaldadas pelos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade.

Neste momento, torna-se ostensivo algo que já fora explanado a exaustão durante todo o ofício acadêmico, a dizer: para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público é vedada a execução indireta das atividades concernentes às atribuições de seus cargos públicos, ressalvando-se as atividades acessórias, de apoio a estas (art. 3º, §1º, decreto 9.507/2018). Já para as "estatais", a proibição de terceirização das atividades coincidentes com as atribuições de seus "cargos" é relativizada por ato discricionário assistido pelos princípios retromencionados.

Portanto, não se trata aqui de impedimento da incidência do concurso público sobre as "estatais"; mas sim de uma utilização do mesmo correspondente ao regime jurídico privado de tais entidades públicas.

Tal conjuntura encontra justificativa não somente na necessidade de compatibilização dos fatores anteriormente citados (concurso público e personalidade jurídica privada), mas também em outras circunstâncias.

A título de melhor esclarecimento, vale lembrar que: para a parcela de regime jurídico público da Administração, isto é, Administração direta, autárquica e fundacional de direito público, a realização de concurso público depende da criação anterior de cargo público, este que, por seu turno, depende de lei que o crie e o defina, vide: art. 61, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal de 1988, bem como a lei 8.112/1990 em seu art. 3º e a lei 9.962/2000 no §1º do art. 1º. Isto, pois, os órgão e entidades administrativas de direito público não são dotados de competência discricionária para a criação de seus cargos, tal possibilidade é prerrogativa do legislador.

Destarte, se o legislador laborou em criar determinado cargo público, por consequência, o concurso público será o meio pelo qual os aludidos órgãos e entidades irão captar os recursos humanos que lhe serão necessários ao desempenho de suas funções. Assim sendo, tornou-se imperativo que o decreto proibisse substancialmente a execução indireta das atividades equivalentes às atribuições dos cargos públicos. Caso contrário, estaria o próprio presidente, que sancionou o decreto em estudo, desrespeitando a intenção do legislador e violando a legalidade.

Todavia, para as "estatais" situação diversa se instala. Pois que, os empregos públicos inseridos nestas entidades não são criados por previsão legal, mas sim por ato da própria estatal, mediante um documento oficial chamado "Plano de Cargos e Salários", ou documento análogo a este, que é desenvolvido sob rígido acatamento ao estatuto da entidade. Desse modo, em termos de criação dos "cargos" das "estatais", não existe uma subordinação destas para com a lei; diferentemente do que ocorre com a Administração de regime público, anteriormente explicada. Para as "estatais" a lei permitiu o ato de usufruir de razoável competência discricionária no que tange a criação e extinção de seus eventuais "cargos". Advindo, então, a seguinte lógica, como resultado: se tais entidades públicas não criarem um "cargo", não poderão realizar o concurso público. Se criarem o "cargo", então estarão obrigadas a realizar o concurso.

Não obstante a isso, é notório que tal discricionariedade em criar e extinguir "cargos" acaba por repercutir, inevitavelmente, na regra constitucional do concurso público, pois se não houver o "cargo", também não haverá ensejo ao concurso público. Entretanto, deve-se observar que a discricionariedade ora tratada é, essencialmente, controlada, tanto pelas determinações estatutárias, quanto pelas demandas e contingências particulares da entidade. Evidentemente, há o risco de ocorrerem abusos e desvios quanto no uso de tal

competência discricionária, que para essas situações haverá os meios administrativo e judicial de reação. Mas este mesmo risco se torna sensivelmente minimizado se a discricionariedade for exercida em impecável conformidade com os princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, como diz o art. 4º do decreto.

Em função desse quadro situacional, o § 4º do art. 4º prevê:

"§ 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".

Perfeitamente, se o Conselho de Administração é o órgão dentro das "estatais" responsável por analisar e aprovar o Plano de Cargos e Salários, é quem, a grosso modo, cria os "cargos" de uma estatal. Por congruência, é compreensível que seja este mesmo órgão o responsável por arbitrar quanto a terceirização de atividades coincidentes com as atribuições dos "cargos" existentes na estatal, que foram criados por si mesmo. Mas uma vez a lógica é simples: quem tem prerrogativa discricionária de criar "cargos", tem a mesma prerrogativa para permitir a eventual terceirização de atividades que coincidam com atribuições de cargo existente.

Além do mais, é imperativo saber que durante a história jurídica da República Federativa do Brasil, por muito tempo vigorou o pensamento de que a terceirização não poderia recair sobre as atividades-fim de uma entidade, pública ou privada. Tal visão era embasada sobretudo no Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (vide exemplo: Acórdão nº 2.132/2010 do TCU). Todavia, com a chegada da reforma trabalhista, o cenário mudou e permitiu-se a terceirização para as atividades-fim de empresas. Logo após, o Pretório Excelso enfrentou o tema e acabou por confirmar o novo entendimento, reconhecendo-lhe a constitucionalidade. Fato é que a vedação da terceirização para as atividades-fim deixou de ser aceitável, para as empresas privadas e, por consequência, para as "estatais".

Sintetizando todas as informações projetadas até este ponto, alcança-se as seguintes conclusões: a) a determinação de terceirização de atividade coincidente com os "cargos" das "estatais" não perturba a legalidade, pois que os "cargos" de tais entidades não são criados pela lei, mas sim por sua própria manifestação discricionária; b) Devido a evolução jurisprudencial, não há mais o que se falar em proibição quanto

a terceirização das atividades-fim de uma estatal. Por conseguinte, de forma acertada e plenamente legal, o art. 4º do decreto 9.507/2018 laborou em reconhecer competência discricionária das sociedades de economia mista e empresas públicas em terceirizar atividades equivalentes às atribuídas a algum (uns) de seu(s) "cargo"(s), em harmonia aos princípios caputianos e hipóteses do art. 4º do decreto.

Assim sendo, mister se faz, neste momento, explanar sobre as hipóteses de terceirização das atividades-fim de "estatais", que, como dito, estão previstas nos incisos do art. 4º e devem ser conjugadas com os princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade. Vejam-se:

As duas primeiras hipóteses são próximas em sentido e motivação. São elas: terceirização para cumprir com um serviço de caráter temporário (inciso I) e terceirização para dar vazão ao incremento temporário no volume de serviços (inciso II). Sucede que no caso da Administração Pública de regime jurídico público, existe a contratação temporária, movida por necessidade temporária de excepcional interesse público, como instrumento de reação para eventuais situações de sufocamento em função de demanda do serviço prestado (vide: art. 37, IX, CF/1988 e Lei 8.745/1993). Porém, para as "estatais" não há possibilidade de utilização do mesmo instrumento, ainda que estas também estejam sujeitas a passar por situações contingenciais retroaludidas. A solução é justamente se valer da execução indireta, seja por força do incremento temporário do serviço, seja por força de um novo serviço temporário. Tudo isso, objetivando garantir a vitalidade da estatal durante sua existência.

Em acréscimo a isto, surge o §1º do art. 4º do decreto, constando que é lícito que tais situações temporárias tenham relação com as "especificidades do local" onde atua a estatal ou com "à necessidade de maior abrangência territorial" da mesma.

Já no que concerne às hipóteses dos incisos III e IV, estas são autoexplicativas por seus próprios termos e drasticamente genéricas em suas semânticas. A primeira, diz respeito a terceirização para a atualização de tecnologia ou especificação de serviço, quando for mais atual ou segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente. A segunda (inciso IV), trata-se da terceirização como reação à impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere a estatal.

É necessário se observar que mesmo existindo a discricionariedade da estatal em terceirizar atividades-fim, tal

prática não pode ser feita de forma irrazoável, sob pena de lesão a regra do concurso público. Dessa forma, é imprescindível a existência de nexos causais entre as razões, antedescritas, dos incisos III e IV do art. 4º do decreto 9.507/2018 e a inabilidade do agente público formal da estatal para o desempenho das mesmas atividades. Logo, não se permite uma simples alegação genérica que seja alusiva às hipóteses ventiladas. Outrossim, tais ponderações reforçam a dedução de que as hipóteses dos incisos III e IV são situações de caráter pontuais e transitórias, assim como as dos incisos I e II.

O advogado Joel Menezes Niebuhr ao tratar do mesmo assunto em comento, elabora um exemplo de alta qualidade, que não poderia ser exposto de outro modo, se não *ipsis litteris*, contemple-se:

"Suponha-se que uma estatal, por questão estratégica, pretende alienar ativo, uma parte de sociedade de propósito específico, com base nos §§ 3º e 4º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016. Ela negocia com um grande grupo, que conta com advogados altamente especializados em M&A (*Mergers and Acquisitions*). A estatal conta com advogados em seus quadros, mas nenhum deles realmente especializado no assunto. Não causa espécie que a estatal queira e possa contratar os serviços de advogado terceirizado, também especializado, até para que haja paridade de armas na negociação" (Niebuhr, 2019, p. 1).

Portanto, repita-se, os incisos III e IV ainda que tenham uma redação genérica, somente serão deflagrados em situações fáticas pontuais e excepcionais para que se garanta a importância do instituto concurso público como a regra para as "estatais", o que também impede o possível descarte do quadro de servidores públicos oficiais já empregados pela estatal. E para tonificar tal asserção, o §2º do art. 4º versa que os funcionários da empresa contratada (terceirizada) "atuarão somente no desenvolvimento dos serviços contratados", de forma que a terceirização não possa vir a ameaçar os empregos de agentes públicos formais.

Obviamente, que se ocorrer o cumprimento de todos os parâmetros antes mencionados, a implementação dos incisos III e IV do art. 4º não restará nenhum prejuízo a regra constitucional do concurso público.

Por último, há uma outra ponderação de alta importância a ser feita, a qual não se desprende explicitamente do texto do art. 4º. O decreto foi incisivo ao proibir à

Administração Pública direta, autárquica e fundacional de direito público em terceirizar atividades relativas as suas "questões maiores" (institucionais, estratégicas e expressivas de poderes extroversos, como já explicado). Apesar disso, o art. 4º, ao tratar das "estatais", não fez nenhum tipo de determinação com relação a essas mesmas atividades de alta sensibilidade, isto é, o decreto não permitiu e nem proibiu que as "estatais" procedessem "questões maiores" em sede de execução indireta.

Não obstante, não é adequado, no caso em tela, que se interprete o decreto em raciocínio contrário sensu, para afirmar a visão de que a terceirização de tais atividades é aceita, simplesmente porque não foi expressamente proibida. Com toda certeza isso seria agir levemente e externo a uma hermenêutica apropriada à questão. Ademais, a interpretação nesses moldes levaria o decreto a incorrer em visível inconstitucionalidade, haja vista a violação do concurso público. Fato é que, se fosse esse o caso, as próprias "estatais" perderiam suas utilidades se suas questões maiores fossem terceirizadas. Como bem interpretado por Niebuhr, "seria uma terceirização da própria estatal".

Outro fato que reforça tal conclusão é o texto da Lei 13.303/2016, principalmente no que diz respeito ao Título I, que prescreve várias condições, restrições e requisitos para que um agente público alcance posição diretiva na administração de uma estatal. Indubitavelmente, não é coerente que a lei 13.303/2016 demonstre tanto rigor e que permita a entrega de atos diretivos e atividades sensíveis a agentes terceirizados.

### 3 Conclusão

Em função de todos os fatos e ideias evidenciados nos pontos anteriores analisados, percebe-se que a execução indireta caracteriza-se como fenômeno complexo e relativo à forma de administração da organização estrutural de uma entidade privada ou pública, sendo nítido o aumento de sua importância no que tange ao sucesso e manutenção da atividade proposta pelo ente.

Sendo certo que existem vantagens e desvantagens quanto a sua implementação, dado as diversas formas de se fazê-la. Quanto às vantagens, apresentam-se em termos gerais as seguintes:

- A) Redução de despesas e simplificação das atividades e processos propostos pelo ente; dessa forma, potencializando os lucros.
- B) Eliminação de eventuais problemas comportamentais entre funcionários, já que com a

redução do quadro formal de empregados, também se reduz os níveis hierárquicos.

C) Ensejo de ganhos relativos à especialidade, qualidade, eficiência, produtividade e competitividade à empresa; situação essa que acentua a competição entre as empresas no mercado de consumo.

Já no que se sucede quanto as desvantagens, estas são, principalmente:

- A) Diminuição significativa do quadro formal de empregados na entidade.
- B) Falta de controle, por parte do tomador do serviço, sobre as atividades terceirizadas, o que pode acarretar em severa diminuição da qualidade do serviço ou produto.
- C) Realização de contratos vagos e confusos, possibilitando riscos qualitativos a prestação do serviço ou produto.
- D) Aumento do revezamento de mão-de-obra no âmbito interno do ente.

Para além da consciência de eventuais efeitos positivos e negativos da terceirização, a pesquisa materializada no presente trabalho também fora prestativa em demonstrar a inexistência de conflito entre o decreto 9.507/2018, leia-se: a forma pela qual se entende cabível a realização da terceirização no país, e norma constitucional ou infraconstitucional, principalmente as referentes ao instituto do concurso público. Isto pois, o conteúdo do decreto deixa idealmente claro as hipóteses de terceirização, fazendo as ressalvas e temperamentos necessários à devida interpretação do mesmo; tendo em conta as considerações explanadas no terceiro capítulo do desenvolvimento, isto é, em apertada síntese, a forma díspare com que a terceirização é regulada para a administração direta, autárquica e fundacional de direito público (art. 3º decreto 9.507/18), e para as "Estatais" (art. 4º decreto 9.507/18).

Pois é certo que, para a primeira categoria, o grau de rigor fora maior, devido ao escopo de se dar cumprimento ao princípio da legalidade restrita atinente a todo âmbito de regime jurídico administrativo, a garantia dos direitos inerentes aos cargos formais desse mesmo âmbito e o cuidado quanto a realização dos poderes extroversos. Por isso, o art. 3º do decreto apresenta preceito permissivo em seu "caput" e, logo após, demonstra por seus incisos as regras proibitivas da terceirização, ou seja, as exceções a regra caputiana. Não obstante, quanto a segunda categoria, por seu turno, o decreto fora mais flexível,

em respeito a personalidade jurídica privada das "estatais", a significativa discricionariedade em suas organizações e ao eventual desempenho de atividade econômica, de modo que redigiu o caput do art. 4º com a regra proibitiva à terceirização e, após, os incisos dotados de regras permissivas à terceirização, ampliando em muito o espectro de flexibilidade.

Por derradeiro, tornou-se evidente, ao longo de toda a pesquisa acadêmica, bem como durante o entendimento do conteúdo jurídico disposto pelo decreto, que a resistência, ou se mais adequado for: temor, quanto a flexibilização da aplicação da terceirização à administração pública, é muito mais de caráter político do que jurídico. Isto pois, é explícita a sensibilidade do decreto em tentar preservar os demais institutos jurídicos constitucionais, com vistas a garantir que a execução indireta seja instrumento de auxílio e ampliação no tocante a eficiência da administração pública. Precisamente por isso, houve o cuidado de ser respeitar fatores substanciais como o regime

jurídico da entidade ou órgão, o maior rigor na hipótese de terceirização de atividade-fim e etc. Sendo assim, há pouco, mas não nenhum ou irrisório, o que se alegar no que diz respeito a erros técnicos-jurídicos inerentes ao ato administrativo. Fato este que revela uma maior proeminência da análise política quanto ao decreto, esta que caracteriza-se pela atribuição de maior relevância à visão administrativa e gestorial do Estado, atingindo-na pela ótica ideológica e, tão logo, pelo interesse de uma vertente governamental. Diferentemente de sua antípoda, a análise jurídica, que, embora muitas vezes convergente com a anterior, acaba por privilegiar paradigmas, frutos da metodologia científica, concernente à disciplina da vivência dos indivíduos em coletividade. Não que haja ato falho quanto a discussão política da temática, mas sim, deve-se ter em mente a essência do debate que está em vias de realização e, principalmente, visar o que mais beneficiará a administração pública, em prol da supremacia do interesse público sobre o privado.

#### 4 Referências

AVANSINI, M. A. **Terceirização, o pior pode acontecer**. Disponível em: <<http://sincomerciarior.net.br/noticias/terceiriza%C3%A7%C3%A3o,-o-pior-pode-acontecer/497>> Acesso em: 01 de maio de 2019.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BASTOS, C. R. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, N. et al. **Dicionário de Política**. 12 ed. Brasília: UnB, 2002.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DANTAS, A. V. T.; COSTA, M. R. L. **O concurso público como instrumento de garantia da eficiência da Administração Pública**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60010/o-concurso-publico-como-instrumento-de-garantia-da-eficiencia-da-administracao-publica>> Acesso em: 9 de julho de 2019.

FREITAS, R. C. **Vantagens e desvantagens da terceirização**. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=8606](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8606)> Acesso em: 30 de abril de 2019.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito** / Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. - 8a. ed. - Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: PC Editorial, 2003.

MORAES, A. **Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. 4ª ed. São Paulo. Atlas, 2001.

MOTTA, F. **Tratado de direito administrativo/administração pública e servidores públicos**. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIEBUHR, J. M. **A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais**. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/a-terceirizacao-no-novo-decreto-no-9-5072018-entre-a-restricao-para-a-administracao-direta-autarquica-e-fundacional-e-a-flexibilidade-para-as-estatais/>> Acesso em: 25 de Julho de 2019.

PEIXE, J. C. M. D. S. **Terceirização no Brasil: tendências, dilemas e interesses em disputa**. Disponível em: <[http://www.dbd-puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1111910\\_2013\\_completo.pdf](http://www.dbd-puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1111910_2013_completo.pdf)> Acesso em: 01 de maio de 2019.

SITE PORTAL DA INDUSTRIA. **Mitos e verdades sobre a Terceirização**. Disponível em:

<<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/terceirizacao/noticias/mitos-e-verdades/>> Acesso em: 4 de março de 2019.

SOARES, C. A. et al. **Terceirização Estratégica: Estabelecendo uma relação de parceria com contratantes.** Editor Autor: Andradina, 2013.

SOUZA, V. M. **Que diferença faz lei ou decreto?** Disponível em: <[https://drvaldinar.jusbrasil.com.br/artigos/116712721/que-diferenca-](https://drvaldinar.jusbrasil.com.br/artigos/116712721/que-diferenca-faz-lei-ou-decreto)

[faz-lei-ou-decreto](#)> Acesso em: 8 de julho de 2019.

VIEIRA, Z. M. R. A. **Metamorfose no Trabalho Industrial: Um estudo de caso sobre os impactos da terceirização na cultura organizacional.** Rio de Janeiro: E-paper, 2009.

ZOCKUN, C. Z. **A terceirização na Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2014.