

A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL

THE APPLICATION OF THE OUTSOURCING INSTITUTE IN THE STATE MIXED ECONOMY COMPANY

Eduardo Vieira de Souza Barbosa^I

^I Diretor Jurídico e Regulatório da Companhia Paranaense de Energia e Diretor Jurídico e de Relações Institucionais das subsidiárias integrais da Copel: Copel Geração e Transmissão S.A., Copel Distribuição S.A., Copel Comercialização S.A., e Copel Renováveis S.A. (atualmente Copel Serviços S.A.), Presidente do Conselho de Administração da ABCE – Associação Brasileira de Empresas de Energia Elétrica; Sócio fundador do escritório Vieira Barbosa & Carneiro – Advogados (licenciado), é mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA; Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst.
eduardo@vbcadvogados.com.br

Patrícia Ditttrich Ferreira Diniz^{II}

^{II} Advogada e membro do Conselho de Orientação Ética e Comissão de Assédio Moral da Companhia Paranaense de Energia – Copel, Especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho, Mestre e Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental na PUC-PR. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB-PR. Autora de diversos artigos e do livro “Trabalhador versus Automação: Impactos da inserção da tecnologia no meio ambiente do trabalho à luz do tecnodireito e da tecnocracia”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0460-9409>.
patridf@yahoo.com.br

Recebido/Received: 07.05.2023/ May 7th, 2023.
Aprovado/Approved: 27.07.2023/ July 27th, 2023.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade e os limites da terceirização de atividades no âmbito da administração pública indireta estadual, em especial na sociedade de economia mista. Diante da natureza jurídica da sociedade de economia estadual, é necessário sopesar as regras de direito público aplicáveis, especialmente da necessidade de realização de concurso público. Nesse sentido, em âmbito federal, tem-se o Decreto Federal n.º 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 5/2017, que disciplinam os requisitos para terceirização. Os aspectos metodológicos são de natureza qualitativa, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Terceirização; Administração Pública Indireta; Sociedade de Economia Mista Estadual; Decreto Federal nº 9.507/2018.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the possibility and limits of outsourcing activities within the scope of indirect state public administration, especially in mixed-capital companies. Given the legal nature of the state economy company, it is necessary to weigh the applicable public law rules, especially the need to hold a public tender. In this sense, at the federal level, there is Federal Decree No. 9,507/2018 and Normative Instruction No. 5/2017, which govern the requirements for outsourcing. The methodological aspects are of a qualitative, descriptive, bibliographical and jurisprudential nature.

Keywords: Outsourcing; Indirect Public Administration; State Mixed Economy Society; Federal Decree No. 9.507/2018.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA, EM ESPECIAL NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade e os limites da terceirização de atividades no âmbito da administração pública indireta estadual, em especial na sociedade de economia mista.

Os aspectos metodológicos são de natureza qualitativa, descritiva, bibliográfica e jurisprudencial, para ao final responder ao questionamento se é possível aplicar o instituto da terceirização na administração pública indireta, e, em sendo positivo, verificar em quais situações, além dos parâmetros e limites.

A esse respeito, tem-se conhecimento de alterações legislativas e jurisprudenciais recentes acerca da possibilidade de terceirização de atividades nas empresas, como a reforma trabalhista a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 13.429/2017 e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida.

Ao mesmo tempo, diante da natureza jurídica da sociedade de economia estadual, é necessário sopesar as regras de direito público aplicáveis, especialmente da necessidade de realização de concurso público. Nesse sentido, em âmbito federal, tem-se o Decreto Federal n.º 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 5/2017, que disciplinam os requisitos para terceirização, quais sejam, serviços passíveis de terceirização, serviços vedados, disciplina de terceirização com cooperativas, regimes de execução dos serviços, gestão e fiscalização dos contratos de terceirização, entre outras questões.

Por outro viés, é certo que a regra constitucional do concurso público não elimina a terceirização, devendo se esquadriñar uma convivência harmoniosa entre os institutos, balizada pelos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade.

Destaca-se que a própria Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 no inciso XXI do artigo 37 e o inciso III do § 1º do artigo 173 permitem a terceirização através da contratação de serviços.

Sendo tal tema regulado pela Lei nº 8.666/1993, a qual preceitua normas gerais para as licitações e contratos, inclusive de serviços, por parte da Administração Pública nacional, e, a Lei Federal nº 13.303/2016, a qual trata do tema no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, entretanto, nenhuma das legislações aqui indicadas versam acerca de condições e tipos de serviços que podem ser contratados.

Assim sendo, a fim de conciliar as normas de direito público aplicáveis a essas contratações, com as normas de direito do trabalho, visando promover uma análise

jurídica interdisciplinar mais aprofundada, pretende-se, à luz do direito público e do direito do trabalho, buscar elementos para fundamentar, a abrangência da permissão de terceirizações; a eventual vedação e/ou limitação de atividades terceirizáveis; as regras gerais sobre a terceirização; e a forma de disciplina das terceirizações nos contratos e processos administrativos, em especial na sociedade de economia mista estadual.

1. **ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA, EM ESPECIAL NA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA**

A sociedade de economia mista nasceu como uma réplica aos princípios austeros da administração pública burocrática, assim como uma maneira de fomentar o desenvolvimento econômico do país, nos termos do Decreto Lei nº 200/67.

O artigo 5º, III do referido Decreto assim conceitua a sociedade de economia mista, como uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de direito privado, mas sujeitam-se ao controle estatal, motivo pelo qual suportam a derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público. Especifica ainda que as referidas sociedades apresentam vinculação aos fins determinados na lei instituidora, bem como, desempenham atividade de natureza econômica, sendo-lhes aplicada, em especial, o Decreto Lei nº 200/67, a Lei nº 6404/1976 e os artigos 37, XIX e 173, §1º, II da CF/88.¹

A sociedade de economia mista compõe a Administração Pública Indireta, tendo a descentralização como escopo “utilizar o modelo empresarial privado, seja para dar um melhor atendimento aos usuários do serviço público, seja para maior rendimento na exploração da atividade econômica”², uma vez que pode exercer a exploração de atividade econômica ou então a prestação de serviço público, e, como tal, está sujeita à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por força do art. 37, XXI da CF/88 e da Lei nº 13.303/2016.

Neste contexto, existem distinções entre os institutos de direito público que orientam as atividades da Administração Pública (Direta e Indireta) e os institutos de direito privado que determinam as relações entre os particulares.

As relações entre particulares se desenvolvem no âmbito da autonomia de vontades, sendo-lhes facultado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. É do acerto das vontades entre os particulares que surgem os contratos e desenvolvem-se as relações. Para a Administração Pública, o que vige é o princípio da legalidade, é a

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª. ed – São Paulo: Atlas, 2006, p. 438

2 FERRO, Marlúcia Lopes. Sociedade de economia mista & despedida imotivada. São Paulo: LTR, 2007, p. 27

vinculação das ações da Administração àquilo que a lei permite. O princípio da legalidade implica ao agente público fazer somente aquilo que a lei autoriza.

Diante da força vinculante do princípio da legalidade, imposta às atividades e atos administrativos, nem todos os contratos e acertos de vontade realizados por particulares podem ser realizados pela Administração, que somente com a devida permissão legal pode agir.

Além do princípio da legalidade, a Administração deve atentar para os outros princípios constitucionais administrativos previstos no *caput* do art. 37 da CF/88, quais sejam: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Vale citar o conceito do referido princípio da eficiência exarado por Alexandre de Moraes, o qual confere à Administração Pública a busca do bem comum e da qualidade, a partir da utilização correta e adequada dos recursos públicos, de forma eficaz e sem burocracia, evitando desperdício e buscando rentabilidade social.³

Interessante ainda citar o entendimento do princípio da eficiência ligado à noção de administração gerencial e relação custo/benefício, afastando o conceito tradicional de controles e gestão da Administração Pública, que normalmente estão atrelados à morosidade, desperdícios, baixa produtividade, ineficiência se comparado ao setor privado. O princípio da eficiência está relacionado com o princípio da economicidade, e com este, possui objetivos como a prestação de serviços focado na relação custo/benefício da atividade da Administração, ou seja, “o administrador deve sempre procurar a solução que melhor atenda ao interesse público, levando em conta o ótimo aproveitamento dos recursos públicos, conforme essa análise de custos e benefícios correspondentes.”⁴

A aplicação da análise econômica do direito⁵ pode ajudar a entender a melhor forma de aplicação do princípio da eficiência, devendo se considerar todos os custos de transação envolvidos, e devendo a análise ser realizada em termos efetivos e não somente pecuniários, e verificar o que será mais vantajoso para todas as partes envolvidas.⁶

No voto do Recurso Extraordinário nº 958252, há um exame importante acerca da terceirização e análise econômica do direito, o qual coaduna com o presente artigo:

O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma,

3 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320

4 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 202 e 203

5 “Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 17-37. Para saber mais ver: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

6 “Para a aplicação da Análise Econômica do Direito é preciso ter em mente premissas fundamentais, quais sejam, que o ser humano age de forma racional maximizadora, escolhendo o que for melhor para si, com base na existência ou não de incentivos e de eventual sanção cabível, sendo que dentre os incentivos ou desincentivos pode-se citar o conteúdo das regras legais. Têm-se ainda como premissas a busca da eficiência, principalmente pela consideração do critério de Kaldor-Hicks; as falhas do mercado, sobretudo em razão da assimetria informacional; bem como, a existência de custos de transação, os quais serão analisados no próximo item.” in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ditttrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.⁷

O princípio da moralidade, por sua vez, nada mais é do que o cumprimento estrito da legalidade acompanhado dos princípios éticos da razoabilidade e justiça. Vale ressaltar o entendimento da Maria Sylvia Zanella di Pietro que reforça o conceito de moralidade atrelado à “proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”.⁸

O princípio da moralidade está estreitamente ligado à ideia de probidade e de boa-fé, portanto, atendendo um está se atendendo a todos.

Dessa forma, “toda a atuação da Administração deve visar ao interesse público, deve ter como finalidade a satisfação do interesse público”.⁹

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade implica no dever dos Entes Públicos quando da produção de normas jurídicas, de cumprir as exigências de adequação, exigibilidade e equilíbrio axiológico, sob pena de invalidação.

O princípio da impessoalidade também merece ser analisado, sendo que para Celso Antônio Bandeira de Mello tal é relevante para evitar privilégios, discriminações, favoritismo, bem como, “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideologias não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”¹⁰

Desta forma, em tendo a terceirização como escopo a impessoalidade, e sendo obrigatoriamente realizada através de licitação, conforme prevê a CF/88, não há que se falar em não atendimento ao referido princípio.

Ademais, a CF/88, no mesmo artigo 37, ora em análise, que prevê o instituto da licitação, estabelece também, a obrigatoriedade de investidura de servidores públicos mediante concurso público.¹¹

Ou seja, a regra é de que os entes da Administração Pública tenham servidores concursados, o que não exclui, por outro lado, a possibilidade de execução indireta de atividades e a terceirização de serviços. Por isso mesmo, existe a regra da submissão das contratações da Administração Pública ao processo licitatório, pois há serviços que poderão ser executados por terceiros.

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111.

9 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 198.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 114.

11 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

O que se resta demarcar são os limites da terceirização admissíveis à administração pública estadual, em especial a sociedade de economia mista.

A terceirização pode ser definida como uma relação trilateral na qual existem os seguintes sujeitos: contratante (empresa tomadora), contratado (empresa prestadora de serviços) e o trabalhador terceirizado. Percebe-se que tal formatação difere da relação de emprego tipicamente bilateral existente entre empregador e empregado. Reitera-se ainda que a terceirização sempre se refere à serviços, e jamais mão de obra, portanto, não há que se falar de terceirização desta última.

Para a doutrina, a terceirização é uma forma de modernização das relações trabalhistas, proporcionando às empresas redução dos custos operacionais e maior competitividade por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, além de ser uma alternativa para minorar a falta de postos de trabalho.¹²

A terceirização é definida por Delgado como “o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralbista que lhe seria correspondente”¹³, restando o trabalhador inserido no processo produtivo do tomador, mas sendo a relação trabalhista relacionada à entidade superveniente.

Destaca-se que antes do advento da Lei nº 13.429/17, inexistia diploma legal que regulamentasse a terceirização de forma geral. Tal incumbência ficava a cargo dos Tribunais a partir de interpretações extraídas da Súmula 331¹⁴ do Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, desde 1995 já há legislação específica quanto à possibilidade de terceirização nas atividades exercidas pelas concessionárias e permissionárias, nos termos do artigo 25, § 1º da Lei nº 8.987/95.¹⁵

Nos termos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, a execução das atividades inerentes ao objeto da concessão pode ser atribuída a empresas especializadas de mão de obra.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 171-174.

13 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 426.

14 Súmula nº 331 do TST - Contrato de prestação de serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

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

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

15 Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

O legislador quis ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípua, objeto da concessão. Nesse diapasão, é o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, que, ao estipular a responsabilidade da empresa concessionária pela prestação dos serviços públicos (art. 175 da CF/88), permite a terceirização em atividade inerente à atividade-fim, na medida em que a expressão inerente, constante da lei, segundo Plácido e Silva, “exprime o qualificativo o que vem unido ou o que está ligado à coisa. É pertinente, é próprio, é inato”. “O inerente vem junto com a coisa, nasce com a coisa. Não é mero atributo dela: é elemento congênito, que com ela surgiu, para mostrar sua qualidade, seu caráter ou seu estado. É o que é originário”.¹⁶

A contratação destas atividades inerentes, acessórias ou complementares com terceiros está expressamente assegurada pelas leis citadas, pelo que, não há que se falar em terceirização ilícita, mesmo porque não há lei proibitiva, mas sim permissiva.

É também a Lei Suprema que assegura que todo o trabalho humano lícito (ou não ilícito) deve ser livremente exercitado, nos termos da CF/88; bem como deve ser assegurado o livre exercício de toda e qualquer atividade econômica, nos termos do artigo 170, parágrafo único da mesma CF/88.

No contrato de concessão não se exige que tais atividades sejam prestadas por empregados próprios da concessionária. Pelo contrário, a Lei nº 8.987/95, no seu artigo 25, § 1º, prevê expressamente, sem prejuízo da responsabilidade da concessionária, a possibilidade de executar por meio de contrato com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Reitera-se que o artigo 37, XXI da CF permitiu a contratação de serviços de terceiros pela Administração Pública, desde que houvesse lei específica prevendo licitação e regras para os contratos a serem realizados.

Por sua vez, no âmbito federal a Lei nº 8.666/1993 regulamentou as contratações públicas, e, no âmbito estadual, a Lei nº 15.608/2007, havendo, ainda, para as empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016.

Recentemente, entrou em vigor a Lei nº 13.429/17, que alterou alguns artigos da Lei nº 6.019/74, regulamentando algumas questões acerca das terceirizações e trabalho temporário, em especial a permissão de terceirização de qualquer atividade, não havendo diferenciação entre fim e meio, sendo aplicáveis suas regras à Administração Pública Indireta na medida a seguir explicitada.

Interessante observar que para conciliar as normas de direito público e de direito do trabalho, é preciso se aprofundar sobre os critérios de interpretação das leis, sendo que Maria Helena Diniz, afirma que a interpretação é ideológica, deve buscar a finalidade prática a partir dos fins, objetivos e sentido da norma, já prevendo conflitos e soluções, sem deixar prevalecer preferências pessoais.¹⁷

16 SILVA, Plácido e. Vocabulário jurídico. Editora Forense

17 DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 5ª. ed. Editora Saraiva, p. 153

Desta forma é importante, fazer uma interpretação sistemática de toda a legislação aqui exposta em conjunto com a CF/88, sendo que as legislações supracitadas, embora autorizem a execução indireta de atividades pela Administração Pública, não fixaram seus limites. E, diante da manutenção dessa dicotomia no âmbito da Administração Pública, transcreve-se decisão do Tribunal de Contas da União, em que houve a ponderação didática da matéria, mas antes da nova legislação aqui mencionada:

40. No âmbito da administração pública, [a terceirização] é permitida com base no artigo 37, inciso XXI, da Constituição, observadas as normas da Lei 8.666/1993. Trata-se da execução indireta a que se referem os artigos 6º, inciso VIII, e 10 dessa lei, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 343).

41. Entretanto, não é qualquer atividade que pode ser terceirizada pela administração pública. O decreto-lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa, em seu artigo 10, §7º, já previa a possibilidade de terceirização para as tarefas executivas:

§ 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.

42. A Constituição Federal de 1988, ademais, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (artigo 37, inciso II): (...)

43. A Carta Magna, em adição, determina que a administração pública de qualquer dos poderes e entes federados deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, caput).

44. Dessa forma, a terceirização de atividades afetas à área-fim de um órgão ou entidade ou que estejam incluídas nas atribuições de seus cargos ou empregos públicos representa uma burla à obrigatoriedade de realização de concurso público, em clara afronta aos princípios constantes do caput, do artigo 37, da carta política.

45. Buscando coibir a terceirização irregular, o chefe do poder executivo federal editou o decreto 2.271/1997, dispondo sobre a contratação de serviços pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que, logo em seu artigo 1º, disciplina quais atividades podem ser terceirizadas:

Art. 1º no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às

categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

46. Essa norma regulamentar veda, portanto, a terceirização das atividades que correspondem à área de competência legal do órgão ou entidade e daquelas abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo, neste caso, expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo em extinção. As demais atividades, chamadas de acessórias, instrumentais ou complementares, poderão ser objeto de execução indireta.

47. Para as empresas estatais, apesar da falta de regulamentação, esta corte de contas aplica analogicamente o disposto no decreto 2.271/1997, a exemplo dos acórdãos 3.566/2008 – segunda câmara, 215/2008 – plenário, 1.141/2011 – primeira câmara e 2.132/2010 – plenário. – g.n.¹⁸

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADPF 324, em 30/08/2018, também modificou basilarmente o entendimento sobre o tema, afastando a até então existente divisão entre conceitos de atividade fim e atividade meio, para fins de terceirização:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.¹⁹

Na data de 13/09/2019 foi fixada a seguinte tese no Recurso Extraordinário nº 958.252, considerando lícita a terceirização, ou seja, “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”²⁰

Interessante apresentar pontos importantes do referido julgado, conforme segue transcrito, o qual demonstra que não há nenhuma irregularidade na terceirização e que ela é benéfica para o modelo organizacional e para a sociedade:

11. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas para fazer frente às exigências dos consumidores, justamente porque elas assumem o risco da atividade, representando a perda de eficiência uma ameaça à sua sobrevivência e ao emprego dos trabalhadores.

(...)

13. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance

18 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 032.202/2010-5 – 1ª Câmara.

19 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 324. Acórdão publicado em 06/09/2019. Relator Ministro Roberto Barroso.

20 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.²¹

Em razão das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, aqui explanadas, pode-se inferir, por lógica, que assunto similar constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5685, a qual ainda permanece em julgamento, provavelmente será julgada na mesma configuração. De qualquer forma, é fato que ainda não há decisão do Supremo Tribunal Federal ou legislação posterior que impeça a terceirização de atividade fim ou meio, inclusive sequer há divisão neste sentido, portanto, é este panorama que deve ser avaliado para a conclusão do presente parecer.

Destaca-se que a referida decisão do Supremo Tribunal Federal altera por completo o panorama existente na decisão do Tribunal de Contas da União, pois ausente a divisão entre atividade fim e meio, fator que foi utilizado para determinar uma licitação regular ou irregular, portanto, não havendo mais nenhum parâmetro, a terceirização, seja ela qual for, é regular, o que está de acordo com a legislação existente, que jamais realizou a referida distinção, sendo portanto, inconstitucional a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

22. Em conclusão, a prática da terceirização já era válida no direito brasileiro mesmo no período anterior à edição das Leis nº. 13.429/2017 e 13.467/2017, independentemente dos setores em que adotada ou da natureza das atividades contratadas com terceira pessoa, reputando-se inconstitucional a Súmula nº. 331 do TST, por violação aos princípios da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170 da CRFB) e da liberdade contratual (art. 5º, II, da CRFB).²²

Importante ainda citar uma das primeiras decisões prolatadas após o advento da reforma trabalhista, na Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001 envolvendo uma empresa de sociedade de economia mista e a terceirização:

Destarte, irrelevante ao caso a análise de que a terceirização realizada pela Ré se deu em uma de suas atividades fins, tampouco, friso, sobre a aplicabilidade da lei 13.429/2017, eis que, nos termos da decisão acima citada, esta sempre foi permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, resguardadas, apenas, as decisões já transitadas em julgado.

Dito isso, resta perquirir acerca da possibilidade de terceirização pela Administração Pública de atividades próprias de categorias abrangidas por plano de cargos de seu quadro próprio de pessoal - servidores efetivos.

Neste passo, em que pese a regra do art. 37, II, da CF/88, que prevê que o provimento de cargos e empregos na Administração Pública se dê por meio de concurso público, não há impedimento para que a empresa estatal ou sociedade de economia mista terceirize determinadas atividades necessárias para consecução de seu objetivo primário, ainda que o Ente Público tenha corpo

21 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.

próprio de pessoal, bastando que justifique de forma razoável a conveniência de tal hipótese, bem como que obedeça aos princípios que regem a Administração Pública, em especial, a regra do procedimento licitatório.

Neste passo, não assiste razão à parte autora.

Isto porque, inexistem nos autos elementos seguros e confiáveis a demonstrarem a prática de terceirização ilícita de atividades pela Ré, isto é, de que esta vem substituindo seu pessoal efetivo pela contratação de empregados terceirizados.

A um, porquanto o contrato de prestação de serviços de consultoria tributária firmado pela empresa Ré não tem objeto idêntico às atribuições próprias dos advogados concursados do quadro de empregados da Copel.

(...)

Destarte, dada a especialidade dos serviços prestados a título de consultoria tributária, lícita a terceirização realizada pela Ré.

A dois, porquanto, no que se refere aos contratos de prestação de serviços de advocacia consistentes na representação judicial da Ré em audiências cíveis e trabalhistas, não restou demonstrada a perfeita correspondência entre as atividades dos advogados terceirizados com as privativas do advogado integrante do quadro permanente das Copel.

(...)

Na hipótese, portanto, entendo que se mostrou razoável e adequada a escolha realizada pela empresa Ré, no que pertine à representação processual por meio de advogados terceirizados, em comarcas das quais não possui sede, e, conseqüentemente, advogados concursados, a qual se encontra em conformidade com os princípios da moralidade e eficiência da Administração Pública.

Destaco que, não se mostra razoável a determinação para que a empresa Ré contrate advogado efetivo, o qual tem diversas atribuições, tão somente para atender a demanda suprimida pelos advogados terceirizados, isto é, representação da Ré em audiências realizadas em cidades das quais esta não tem sede, em geral.

(...)

Pelo exposto, julgo lícita a terceirização nos moldes realizados pela empresa Ré, e, por conseguinte, indefiro os pedidos de itens "a", "b" e "c" da exordial, fl. 56.

Deste modo, não reconhecida a existência de terceirização ilícita, e sendo incontroverso o preenchimento da única vaga constante no Edital 04.2015 para o cargo de Advogado, não há como reconhecer a preterição dos candidatos aprovados para fins de cadastro de reserva, uma vez que, nos termos da jurisprudência da pacificada, estes têm somente mera expectativa de direito à nomeação.

(...)

Por fim, não reconhecida a prática de qualquer ato ilícito pela empresa Ré, indefere-se, igualmente, o pleito de indenização por danos morais coletivos.²³

A referida decisão foi mantida em sede de Recurso Ordinário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, conforme segue fundamentação transcrita:

23 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001. 1ª. Vara do Trabalho de Curitiba. Sentença prolatada em 21 de Setembro de 2018. Juíza Dra. Márcia Frazão da Silva.

Em abono à complexidade do tema e à discussão que se aventa sobre a extensão dos efeitos da referida decisão à Administração Pública, jungida, de todo modo, a arcação conceitual próprio e, ainda, ao limite regulatório do concurso público (art. 37, “caput”, e incisos II e IX, da Constituição Federal), acresçam-se os fundamentos que seguem.

(...)

A eventual existência de quadro jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, uma vez preenchidos os requisitos legais.

(...)

A especialidade do serviço técnico profissional, na dicção legal, justifica a contratação direta, também informada pela necessidade da Administração de atendimento aos princípios da moralidade e da eficiência (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).

(...)

O último aspecto referido, em destaque, é de suma importância no caso dos autos, dado o inegável impacto financeiro que a manutenção de corpo jurídico, ou, em última análise, a demanda de deslocamentos, diárias e pagamento de horas extras, em cada um dos municípios ou comarcas do Estado traria às Reclamadas, para atender fases processuais de comparecimento indispensável da parte, e que, sem embargo da importância do trabalho, não justifica a permanência de estrutura jurídica na localidade. A descentralização de estruturas próprias para localidades cuja demanda de serviço não tem suficiente e justificável vazão, no caso, atentaria contra a imperiosa correlação que deve existir entre a satisfatória prestação do serviço público e o custo que ele impõe ao erário. Não se trata, à evidência, de precarizar o trabalho do profissional, mas de atentar que a proximidade do local dos fatos atende, com maior eficiência e menos dispêndio, ao interesse público.

(...)

Pelo exposto, não vislumbra ilicitude da terceirização.²⁴

Ou seja, a terceirização de atividades, no âmbito da Administração Pública Indireta, em especial na sociedade de economia mista, é lícita, uma vez que não há proibição na lei quanto o referido instituto, contudo, deve-se compreender os limites a que está sujeita, sempre observando o custo/benefício e a finalidade de tal escolha.

2. DOS LIMITES E RECOMENDAÇÕES PARA A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Entende-se que a terceirização é utilizada visando a economicidade e a eficiência na prestação dos serviços públicos, pois a ferramenta possibilita a redução de custos com pessoal e prestação de serviços especializados, as quais supostamente são mais vantajosas para o Estado, visto que não há necessidade de realizar gastos para capacitar seu próprio pessoal.

Ao transferir uma parcela de suas atividades a terceiros, a empresa contratante deixa de realizar gastos com parte de sua estrutura, otimizando tempo, recursos pessoais e financeiros. Isso permitirá que se concentre no foco do seu negócio,

24 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº 0000401-29.2017.5.09.0001. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão publicado em 13 de Dezembro de 2018. Relator Juiz Convocado Dr. Luiz Alves.

aproveitando melhor seu processo produtivo, investindo em tecnologia e desenvolvimento de novos produtos, obtendo ao final mais agilidade, flexibilidade e competitividade no mercado.

No entanto, a doutrina tem apontado a ocorrência recente da “desterceirização”, diante da constatação de que determinados serviços terceirizados não foram bem-sucedidos, muitas vezes após constatação da necessidade do retrabalho com mão de obra própria.²⁵

Assim, Sekido recomenda a adoção de algumas regras para efetividade da terceirização, quais sejam, estudo prévio da necessidade e vantajosidade; escolha de mão de obra especializada, a qual deve ser remunerada e sem a existência dos elementos da relação de emprego com a Administração Pública; a parceria deve visar o crescimento de todas as partes envolvidas; e, por fim, a empresa terceirizada deve possuir autonomia para dirigir os serviços contratados sem interferência do tomador de serviço.²⁶

Nessa esteira, em havendo decisão pela realização de terceirização no âmbito da sociedade de economia mista estadual, deverá a área responsável, em processo próprio, preocupar-se com as recomendações supracitadas, em especial quanto à vantajosidade, além de respeitar regras que obrigatoriamente deverão ser criadas em âmbito corporativo.

Nesse sentido, embora a legislação federal que trata da terceirização não tenha fixado regras claras para sua limitação no âmbito da Administração Pública, é certo que o regime a que se submetem as empresas estatais não é exatamente o mesmo regime a que se submetem as empresas privadas, devendo haver uma conciliação, por um lado, entre a livre iniciativa e autonomia da vontade, e, por outro lado, a supremacia e indisponibilidade do interesse público, pois é exatamente esta combinação o cerne da sociedade de economia mista, não podendo prevalecer um dos aspectos, mas sim o equilíbrio.

Com relação à defesa do livre-arbítrio das estatais, assim preceitua Celso Antônio Bandeira de Melo: nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.²⁷

A fim de corroborar com o entendimento de liberdade da sociedade de economia mista, importante citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à dispensa do empregado público, a qual no julgamento do Tema nº 131 da repercussão geral, julgado em 12/09/2013, entendeu pela necessidade de motivação da dispensa, entretanto, sem todas as formalidades da administração pública direta:

25 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 21

26 SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. Trabalho publicado em setembro de 2010 no site: https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show_full_text, p. 16

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 288.

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS –ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Sendo que na data de 29/11/2018, o Relator Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, na análise do Recurso Extraordinário nº 688.267, reconheceu a repercussão geral sob nº 1022, referente à possibilidade de dispensa sem motivação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista admitido por concurso público, demonstrando, um caminhar rumo a flexibilização da dispensa do empregado público quando há exploração de atividade econômica pela empresa pública ou sociedade de economia mista, ou seja, isentando-as de motivação, ou seja, o mesmo caminho que está a trilhar no âmbito da aplicação do instituto da terceirização, principalmente, considerando que as duas discussões perpassam pela alegação da necessidade do respeito à realização e consideração do concurso público.

Assim sendo, ainda no âmbito federal, o Decreto Federal 9.507/2018 e a Instrução Normativa n.º 07/2018 vieram disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, estabelecendo um rol de atividades que podem ou não ser terceirizadas. Veja-se o contido no Decreto a respeito dos limites de terceirização pelas empresas estatais:

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.

De acordo com Joel de Menezes Niebhur, o referido Decreto possui como intuito aumentar a flexibilização das regras da terceirização nas empresas estatais em razão “de elas serem pessoas jurídicas de direito privado e, pelos menos as que exploram diretamente atividade econômica, submeterem-se ao regime jurídico das empresas privadas, nos termos do inc. II do § 1º do art. 173 da Constituição Federal.”²⁸

O Autor ainda traz mais uma reflexão importante referente à possibilidade de terceirização em atividades em que há empregados concursados, bem como, a possibilidade de terceirização de atividade entendida como fim, apesar de não existir a dita distinção:

Unindo as pontas, chega-se a duas conclusões: a primeira é que a terceirização de atividades coincidentes com os cargos das estatais não viola a legalidade, porque os cargos das estatais não são criados por lei; a segunda é que não há proibição geral de terceirização de atividades-fim. Diante disso, sem violar qualquer norma jurídica, o *caput* do art. 4º do Decreto nº 9.507/2018 reconheceu competência discricionária às estatais para terceirizar atividades coincidentes com as atribuídas a seus cargos, tomando em conta os princípios da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.²⁹

Desta forma, compreende-se que, na ausência de legislação ou decreto estadual definindo limites específicos à terceirização por empresas estatais, pode-se adotar por simetria e, como fonte normativa, a disciplina do Decreto Federal nº 9.507/2018, inclusive com as limitações ali indicadas.

Não há que se falar em impossibilidade de aplicação do referido Decreto em âmbito Estadual e Municipal, sendo inclusive o entendimento do Tribunal de Contas do Paraná, pela aplicação:

Decisão

O relator do processo, conselheiro Durval Amaral, afirmou que a terceirização de serviços na esfera da administração pública sempre foi muito debatida no âmbito do TCE-PR, pois frequentemente é utilizada

28 NIEBHUR, Joel de Menezes. 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. Extraído do site: <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/>. Publicado em 09/01/2019.

29 *Ibidem*.

pelos gestores públicos de forma irregular, em burla à regra do concurso público prevista no artigo 37, II, da Constituição Federal, que demanda a contratação de servidores em consonância com os princípios da isonomia, igualdade, impessoalidade e moralidade administrativa.

Amaral ressaltou, também, que a administração pública tem o dever de criar cargos ou empregos para execução de assuntos relativos à sua área de competência legal - aqueles que constituem seu núcleo fundamental de atuação.

No entanto, o conselheiro destacou que há outras atividades que não coincidem com o esse núcleo e que, portanto, podem ser executadas indiretamente, desde que observados os princípios da administração pública. Ele ainda lembrou que, em consonância com esse entendimento, o governo federal revogou o Decreto nº 2271/97 e regulamentou, recentemente, a execução indireta (terceirização) por meio do Decreto nº 9.507/18.

Os conselheiros aprovaram o voto do relator, por unanimidade, na sessão do Tribunal Pleno de 23 de outubro. O Acórdão nº 3367/19 - Tribunal Pleno foi veiculado, em 4 de novembro, na [edição nº 2.178 do Diário Eletrônico do TCE-PR](#), disponível no portal www.tce.pr.gov.br. O trânsito em julgado do processo ocorreu em 13 de novembro.³⁰

Interessante analisar o disciplinamento do artigo 4º do Decreto Federal nº 9.507/2018, item a item, para que possa ser estabelecido eventuais limites para a terceirização na sociedade de economia mista estadual.

O referido artigo 4º estabelece que o Decreto se aplica para empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, e, por simetria, conforme definido anteriormente, também as controladas pelos Estados ou Municípios.

Em seguida, o Decreto estabelece que “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”, entretanto, estabelece uma série de ressalvas, atreladas aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.

O inciso I admite a terceirização em caso de caráter temporário do serviço e o item II na hipótese de incremento temporário do volume de serviços, o que não é novidade, se o histórico do mercado for analisado.

Menciona-se que as situações descritas nos incisos I e II ora citados, “poderão estar relacionadas às especificidades da localidade ou à necessidade de maior abrangência territorial.”

Entretanto, o inciso III traz uma novidade, qual seja, a “atualização de tecnologia ou especialização de serviço, quando for mais atual e segura, que reduzem o custo ou for menos prejudicial ao meio ambiente”, assim, como o item IV, referente à “impossibilidade de competir no mercado concorrencial em que se insere”.

30 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Matéria extraída do site: <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/municipio-pode-terceirizar-atividades-de-operador-de-maquinas-motorista-e-coveiro/7472/N>.

Quanto ao inciso IV, é interessante destacar que a competição pode ser enquadrada como a concorrência pelo mercado, através do leilão por exemplo, bem como, a concorrência por comparação, a qual utiliza um modelo de benchmarking para se enquadrar e se manter no mercado concorrencial em que atua.³¹

O referido artigo 4º do Decreto Federal nº 9.507/2018 institui que o Conselho de Administração ou órgão equivalente das empresas públicas e das sociedades de economia mista constituirá o conjunto de atividades que serão passíveis de execução indireta, mediante contratação de serviços.

Por fim, interessante trazer a conclusão de parecer exarado pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, a qual infere que as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, referentes à terceirização, aplicam-se à Administração Pública até posição judicial em contrário, bem como, os gestores estariam resguardados de eventuais acusações de ilegalidade ou improbidade em relação ao tema, em razão da ausência de contornos bem definidos que delimitem o referido instituto:

CONCLUSÃO

74. As Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, que alteraram a Lei nº 6.019/1974, trouxeram um novo paradigma para as terceirizações no direito brasileiro. Pelo abarcamento amplo de sua regulação, a Administração Pública, ao menos até posição judicial em contrário, está submetida a referidos diplomas.

75. Sem embargo, não foram traçados contornos bem definidos que orientem a terceirização na Administração Pública, salvaguardando os gestores de eventuais acusações de ilegalidade ou improbidade quando da implementação do instituto. Assim sendo, a terceirização na Administração Pública deve fazer deferência a outros parâmetros, tais como a regra do concurso público, o poder de polícia, a necessidade prévia de licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

76. A tese jurídica aqui construída procurou apresentar um panorama desses preceitos, exemplificando atividades que, em abstrato, poderiam e não poderiam ser terceirizadas. No entanto, pelas peculiaridades inerentes aos casos concretos, será necessária uma análise mais minuciosa do assunto quando da efetivação do instituto.

77. Além disso, deve se estar em alerta para a posição a ser exarada pelo Supremo Tribunal Federal nas 16 (dezesesseis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade que estão pendentes de julgamento e que tratam da temática, o que fornecerá padrões mais seguros para a atuação dos gestores na utilização do instituto.³²

Portanto, o instituto da terceirização pode ser aplicado na administração pública indireta, em especial, nas sociedades de economia mista estadual, nos limites estabelecidos por lei estadual, ou na sua ausência, pelo disciplinamento do Decreto Federal nº 9.507/2018, nos limites e contornos do artigo 4º da legislação ora indicada.

31 OLIVEIRA, Gesner e outros. Análise do ambiente concorrencial do setor elétrico no Brasil. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. 2018, p. 35

32 ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer nº 16.054/2018 exarado em 29/11/2018. Extraído do site: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/Pareceres2018/parecer-16.054-1.pdf>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a concepção da sociedade da economia mista vem se tentando desburocratizar a administração pública, não simplesmente para que a mesma possa atender a população de maneira mais eficiente e célere, mas igualmente para que empresas estatais possam competir com empresas do setor privado, seja pelo mercado, seja por comparação.

Destaca-se que tal concorrência é favorável à sociedade, pois instiga as empresas, estatais e privadas, a oferecerem o melhor de si para os consumidores, e dessa forma, abrandar preços, aprimorar a qualidade do serviço ou produto, aperfeiçoar a performance referente à sustentabilidade, e, por decorrência, acrescer o consumo, os postos de trabalho, o desenvolvimento, num círculo proveitoso de benefícios para a sociedade, alcançando o desígnio da sociedade de economia mista, que é exatamente recomendar as melhores direções ansiadas nesta evolução.

E para obter esta eficiência e agilidade, resta necessário aplicar o escopo da lei, desde a criação da sociedade de economia mista, em especial com a flexibilização de atuação no mercado, a partir da conciliação entre as normas de direito público e direito privado, com o intuito de resguardar a aplicação dos princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, com o instituto da terceirização.

Desta forma, para que a legislação cumpra o seu papel, a terceirização de atividades na Administração Pública Estadual deve seguir a mesma disciplina e regras estabelecidas em âmbito federal, quando inexistente legislação em âmbito estadual, limitando-se a possibilidade de terceirização aos casos fixados no artigo 4º do Decreto Federal nº 9.507/2018.

Recomenda-se, ainda que o Conselho de Administração, ou órgão equivalente, avalie e aprove a política de terceirização, a qual deverá ser apresentada em conformidade e por simetria com o Decreto Federal nº 9.507/2018.

Após a respectiva aprovação da política de terceirização, devem ser elaboradas normativas internas acerca do tema, bem como as áreas de elaboração de contrato devem ser adequadas a fim de adequar procedimentos e memorandos, indicando às justificativas indicadas no artigo 4.º do Decreto Federal nº 9.507/2018, e, quando impossível tal subsunção, entender pela impossibilidade do instituto da terceirização.

É fato que o Decreto Federal nº 9.507/2018 estabeleceu regras mais flexíveis para as estatais com relação à aplicação do instituto da terceirização, e, portanto, não ofendem norma jurídica, quando respeitado os limites ali indicados.

É importante esclarecer que o presente parecer não está a defender a plena terceirização, mas sim, a aplicação do instituto de forma a atender o princípio da eficiência e aperfeiçoar o atendimento ao consumidor e a população, objetivo principal da sociedade de economia mista.

Por fim, é importante identificar se eventual aversão a tal flexibilização realmente possui cunho técnico jurídico, ou se trata somente de questionamento político, pois estes não podem prevalecer sobre aquele, sob pena de restar um debate político vazio e sem fundamento, o qual tende a ocasionar muito mais retrocessos, do que avanços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer nº 16.054/2018 exarado em 29/11/2018. Extraído do site: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/advogado/Pareceres2018/parecer-16.054-1.pdf>.
- ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. Direito administrativo descomplicado. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 5ª edição, Editora Saraiva.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRO, Marlúcia Lopes. Sociedade de economia mista & despedida imotivada. São Paulo: LTr, 2007.
- GICO JÚNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NIEBHUR, Joel de Menezes. 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. Extraído do site: <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/>. Publicado em 09/01/2019.
- OLIVEIRA, Gesner e outros. Análise do ambiente concorrencial do setor elétrico no Brasil. Grupo de Economia da Infraestrutura e Soluções Ambientais. Elaborado em julho/2018.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. In: Revista de informação legislativa, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.
- SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. Trabalho publicado em setembro de 2010 no site: https://docplayer.com.br/1040118-Universidade-gama-filho-amelia-midori-yamane-sekido-terceirizacao-na-administracao-publica-a-gestao-e-a-fiscalizacao-dos-contratos.html#show_full_text.
- SILVA, Plácido e. Vocabulário jurídico. Editora Forense.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 958252. Acórdão publicado em 13/09/2019. Relator Ministro Luiz Fux.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF nº 324. Acórdão publicado em 06/09/2019. Relator Ministro Roberto Barroso.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Matéria extraída do site: <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/municipio-pode-terceirizar-atividades-de-operador-de-maquinas-motorista-e-coveiro/7472/N>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 032.202/2010-5 – 1ª Câmara.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº **0000401-29.2017.5.09.0001. 1ª. Vara do Trabalho de Curitiba. Sentença prolatada em** 21 de Setembro de 2018. Juíza Dra. Márcia Frazão da Silva.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª. REGIÃO. Ação Civil Pública nº **0000401-29.2017.5.09.0001. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho. Acórdão publicado em** 13 de Dezembro de 2018. Relator Juiz Convocado Dr. Luiz Alves.

artigos
científicos