

Sobre as inovações do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018

Daniel de Andrade Oliveira Barral

Procurador Federal da AGU e Fundador e Colaborador do Portal L&C.

O Decreto nº 9.507, publicado no dia 24 de setembro de 2018 e que conferiu nova regulamentação à contratação de serviços terceirizados no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, entra em vigor no próximo dia 22 de Janeiro de 2018¹.

Para analisar as alterações promovidas na sistemática de contratação destes serviços no âmbito da administração pública federal, faremos uma breve contextualização do instituto da terceirização e na sequência iremos abordar, artigo a artigo, as inovações da regulamentação.

Aspectos introdutórios do instituto da Terceirização de serviços²

A terceirização consiste em forma de organização estrutural que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades acessórias, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade principal, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração, o que se amolda à definição produzida por Franceschini³, para quem a terceirização, *é uma abordagem de gestão que permite delegar a um agente externo a responsabilidade operacional por processos ou serviços até então realizados na empresa.*

¹ Conforme estabelece o § 1º do art. 8º da Lei Complementar nº 95, *in verbis*:

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

² Parte das observações deste capítulo foram extraídas e adaptadas de manifestação de minha autoria consubstanciada no PARECER n. 00026/2015/DEPCONSU/PGF/AGU, disponível em www.agu.gov.br/pgf

³ FRANCESCHINI, Fiorenzo; GALETTO, Maurizio; VARETTO, Marco e PIGNATELLI A. Um modelo para a terceirização. Como uma empresa pode monitorar e administrar seu terceirizado em todas as etapas que requerem tomada de decisões. HSM Management. São Paulo, 42, janeiro- fevereiro de 2004. site: http://ulhoa.net/Textos/Um_modelo_para_a_terceirizacao.pdf Acesso em 19/04/2017.

Corroborando esta afirmação, Maurice F. Greaver II⁴ destaca que terceirizar implica, no mais das vezes, em transferir não só a atividade, mas também os fatores de produção e a sua própria gestão, o que sobreleva o aspecto estratégico da terceirização, como moderna técnica de administração baseada no processo de gestão. Para este autor a terceirização deve ser entendida como:

... the act of transferring some of an organization's recurring internal activities and decision rights to outside providers, as set forth in a contract. Because the activities are recurring and a contract is used, outsourcing goes beyond the use of consultants. As a matter of practice, not only are the activities transferred, but the factors of production and decision rights often are, too. Factors of production are the resources that make the activities occur and include people, facilities, equipment, technology, and other assets. Decision rights are the responsibilities for making decisions over certain elements of the activities transferred.⁵

Esta transferência de processos internos, que recebe o nome em inglês de *outsourcing*, surgiu nos Estados Unidos da América na década de 1940, em função do esforço daquele país na Segunda Grande Guerra. Conforme esclarece Queiroz *apud* Silva⁶:

A Terceirização foi muito aplicada ao longo da guerra, pois as indústrias da época precisavam concentrar-se na produção, cada vez melhor das armas necessárias para a manutenção da superioridade aliada e então descobriram que algumas atividades de suporte à produção dos armamentos poderiam ser passadas a

⁴ GREAVER II, Maurice F. Strategic outsourcing: a structured approach to outsourcing decisions and initiative. New York: Amacom, 1999, pg. 3

⁵ Em tradução livre: Terceirização é o ato de transferir algumas das atividades internas recorrentes da organização e privilégios de decisão aos fornecedores externos, conforme previsto em contrato. Como as atividades são recorrentes e regidas por um contrato, a terceirização vai além do uso de consultores. Como prática, não apenas as atividades são transferidas, mas também os fatores de produção e direitos de decisão muitas vezes o são, também. Fatores de produção são os recursos que materializam as atividades e incluem pessoas, instalações, equipamentos, tecnologia e outros ativos. Direitos de decisão são as responsabilidades para a tomada de decisões sobre determinados elementos da atividade transferida.

⁶ QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. Manual de Terceirização. São Paulo: STS, 1992 In: SILVA, Danny Monteiro da. Terceirização na Administração Pública como instrumento estratégico de Gestão. Curitiba: Juruá, 2014, pg. 46

outros empresários prestadores de serviços, mediante a contratação desses.

Após o término da conflagração mundial, a terceirização evoluiu e consolidou-se como uma técnica administrativa eficiente e eficaz quando aplicada adequadamente.

Assim, a terceirização surgiu como ferramenta de gestão de empresas privadas, que, ao reordenar os fatores de produção e racionalizar os custos, pretendiam concentrar esforços na sua competência essencial⁷, conferindo maior eficiência aos seus processos produtivos.

Da terceirização de serviços na visão do STF

O tema da terceirização de serviços no âmbito das empresas privadas sempre foi envolto em grande controvérsia e a discussão a respeito da possibilidade ou não de sua utilização foi objeto de acirrado debate entre as visões divergentes a respeito do assunto.

Conforme registrou a Ministra Rosa Weber em voto no RE 760.931/DF⁸, muito se discutiu na Justiça do Trabalho a diferença entre intermediação de mão de obra e prestação de serviços, sem que se tenha chegado a uma definição precisa sobre o assunto.

Motivado pela incapacidade de se estabelecer, com segurança, o marco divisor entre o que pode ou não pode ser terceirizado, o Supremo Tribunal Federal - STF entendeu, ao julgar a ADPF 324⁹ e o RE 958.252¹⁰, ser *“lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”*

Por ocasião dos debates havidos no plenário do STF no bojo destas duas ações, o ministro Roberto Barroso chegou mesmo a asseverar que o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria não estabelece critérios e

⁷ 5. Conceito desenvolvido por C.K. Prahalad no livro Competindo pelo Futuro, Ed. Elsevier.

⁸ Este recurso extraordinário foi interposto pela União contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, da lavra do eminente Ministro José Roberto Freire Pimenta, ao argumento de que a decisão da justiça trabalhista descumpria a ADC 16 a respeito da responsabilidade subsidiária trabalhista da Administração Pública.

⁹ ADPF 324/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 29 e 30.8.2018. (ADPF-324)

¹⁰ RE 958252/MG, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 29 e 30.8.2018. (RE-958252)

condições claras e objetivas que permitam a celebração de terceirização com segurança, de modo a dificultar, na prática, a sua contratação.

Forte nesta compreensão o STF entendeu que a terceirização tanto das atividades-meio quanto das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.

Para o Tribunal a terceirização, por si só, não enseja precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários.

Contudo, em linha com o que dispõe a recente Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017¹¹, o STF manteve a obrigação da contratante em verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

Da contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública

Como exposto acima, a terceirização teve seu berço na iniciativa privada, que, ao lançar mão desta ferramenta de gestão, buscava maximizar a eficiência de sua atividade.

Já no âmbito da Administração Pública a contratação de serviços terceirizados surge como mecanismo voltado à implementação de um novo modelo burocrático, abandonando-se o paradigma do Estado do Bem-estar Social intervencionista ou Providencial, em prol do modelo de Estado Subsidiário, cuja atuação está centrada no binômio Complementariedade e Subsidiariedade. Transcrevo aqui análise do Professor CARLOS BASTIDE HORBACH¹² que descreve o processo histórico de migração do modelo estatal burocrático:

¹¹ Referida legislação inseriu o art. 5-A, §5º na Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, prevendo expressamente a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas eventualmente inadimplidas durante o período em que ocorrer a prestação de serviços em seu favor.

¹² HORBACH, Carlos Bastide. **A terceirização na administração pública e o problema central da responsabilidade** -- In: Fórum administrativo, v. 14, n. 163, p. 9-15, set. 2014.

“Nas ultimas décadas, o Estado brasileiro tem passado por **uma série de projetos** de desestatização, privatização, reforma, reengenharia e outros tantos nomes que **indicam a tendência de revisão dos modelos burocráticos vigentes, com a diminuição da maquina estatal e o conseqüente abrandamento dos vínculos jurídicos públicos.**

Nesse quadro, **a legislação brasileira e a interpretação que a ela tem sido dada levaram — e ainda levam — a uma crescente transferência de tarefas desenvolvidas pelo setor publico, originalmente, para o setor privado.** Ou, em outra perspectiva da mesma realidade, fazendo com que certas tarefas estatais sejam cada vez mais levadas a cabo por indivíduos que não guardam com o Poder Publico um vinculo jurídico-administrativo, nem mesmo um vinculo funcional direto.

Somente para contabilizar as experiências dos últimos vinte anos, podem ser destacados as ações do Governo Sarney, com o Decreto no 91.991, de 28 de novembro de 1985; o Programa Nacional de Desestatização do Governo Collor, disciplinado pela Lei no 8.031/90; e, numa perspectiva mais ampla, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, editado em 1995 pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e que teve a sua concretização normativa em diplomas como a Emenda Constitucional no 19/98 e a Lei no 9.637/98, instituidora do Programa Nacional de Publicização, por meio das organizações sociais.

(...)

Reconhecia, pois, a chamada “crise da sobrecarga”, definida por Manoel Goncalves Ferreira Filho como sendo a assunção, pelo Estado contemporâneo, de tarefas cada vez mais volumosas, que são retiradas da sociedade, dos grupos sociais e dos indivíduos (FERREIRA FILHO. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*, p. 27.)

(...)

Refletindo essa visão, já questionava o Plano do Governo Fernando Henrique quais tarefas eram essencialmente publicas, quais poderiam ser desenvolvidas pelo setor privado ou pelo setor publico

não estatal; além de como poderiam ser reduzidos os entraves econômicos decorrentes da sobrecarga.

As respostas a essas indagações correspondiam à limitação das atividades estatais aquelas funções que lhe fossem próprias e essenciais; à revisão das estruturas burocráticas, com flexibilização de seus procedimentos; à transferência para o setor privado de atividades não exclusivas do setor público, gerando entre esses setores “uma maior parceria”.

Tais respostas, por outro lado, indicavam a projeção, na Administração brasileira, de uma tendência verificada em diferentes ordenamentos estrangeiros, nos quais se podia constatar a transferência de tarefas do Estado para a sociedade civil e o emprego de modelos jurídicos tipicamente privados na gestão das tarefas que lhe restavam, no que Fritz Fleiner chamou, já em 1928, de “a fuga para o Direito Privado”

Neste mesmo sentido é a lição do Ministro do TST José Roberto Freire Pimenta¹³, que recorda que o tratamento legal pioneiro da terceirização no campo da Administração Pública ocorreu por meio do Decreto-lei n. 200/67, que exortava o administrador público a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas executivas e internas que, pela natureza, não justificariam a criação de carreiras públicas.

O artigo 10 do Decreto-Lei n. 200, de 1967 disciplina aquilo que chamou de descentralização, e determinou que ela deveria ocorrer tanto dentro da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução quanto para fora dos limites dela, seja para os Estados mediante convênios ou para a iniciativa privada, mediante contratos ou concessões. Buscando disciplinar esta última diretriz descentralizadora, o § 7º do mesmo artigo assim disciplinou a matéria:

§ 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

¹³ 6. PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 2, p. 271-307, abr./jun. 2011.

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.

Buscando conferir concretude a este antigo comando legal, foi editado o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997 que verteu a então vigente taxinomia de atividade-fim e meio à seara pública, o fazendo no art. 1º da referida regulamentação.

Ocorre que mesmo antes dos recentes julgados do STF referidos acima, que desconstruíram esta diferenciação, a doutrina administrativista já refutava a aplicação acrítica destes conceitos à administração pública, por entendê-la imprópria.

Segundo Flávio Amaral Garcia¹⁴, além da ausência de fundamento legal para a utilização dos conceitos de atividade-meio e fim, introduzida pela antiga Súmula no 256¹⁵ do Tribunal Superior do Trabalho, a proibição da execução das ditas atividades-fim do Estado pelo particular não passariam de um mito.

Para ele, apenas as atividades típicas do Estado, envolvendo as atividades de Poder de Polícia, Tributar e Punir, seriam indelegáveis ao privado, como decidiu o STF no julgamento da ADI 1717, cuja ementa está reproduzida abaixo:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3o do art. 58 da Lei no 9.649, de 27.05.1998,

¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. A RELATIVIDADE DA DISTINÇÃO ATIVIDADE-FIM E ATIVIDADE-MEIO NA TERCEIRIZAÇÃO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no 19, setembro, outubro, novembro de 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-setembro-2009-FLAVIO-AMARAL.PDF>. Acesso em 01 de outubro de 2018.

¹⁵ 10. vide o texto da súmula revogada: Súmula 256 - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1o, 2o, 4o, 5o, 6o, 7o e 8o do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP- 00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

De certa forma esta visão foi acolhida pela já revogada Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, nos incisos II e III do art. 9º e agora, por força da nova regulamentação ganha ainda mais relevância conforme passaremos a expor nos comentários a respeito das inovações introduzidas pelo Decreto nº 9.507, de 2018, em seus pontos mais relevantes.

Comentários ao artigo 2º do Decreto nº 9.507, de 2018

Art. 2º Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação.

O artigo em comento conferiu ao Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a competência para editar Portaria estabelecendo quais os serviços deverão ser objeto preferencial de terceirização.

Referido dispositivo reproduz a antiga regra constante no art. 1º, § 1º do Decreto 2.271, de 1997, que perfilhava um rol de serviços que deveriam ser preferencialmente executados indiretamente.

Este rol constante no Decreto 2.271, de 1997 consistia em uma avaliação prévia do legislador a respeito do caráter acessório destas atividades em relação às atividades desempenhadas pelos órgãos e entes públicos. Neste caso o rol exemplificativo servia de orientação ao interprete no momento de subsunção do dispositivo ao caso concreto, auxiliando-o no processo decisório.

Ocorre que como vimos, as premissas lógico-jurídicas válidas à época da edição do Decreto 2.271, de 1997 não são as mesmas que hoje devem orientar o gestor público responsável pela decisão de terceirizar ou não determinado serviço.

Agora, conforme enuncia o art. 3º do Decreto 9.507, de 2018, a regra vigente é a terceirização de quaisquer atividades, desde que não constituam ou uma atividade típica do Estado ou uma competência nuclear de cargo público integrante do plano de cargos e salários do órgão ou ente público contratante.

Esta afirmação decorre da constatação de que o novo Decreto se limita a impor limites negativos à terceirização, não mais afirmando quais atividades podem ser terceirizadas.

Esta opção, ao nosso ver, faz uso das recentes decisões do STF que afastaram por completo os limites até então existentes para a terceirização de serviços, permitindo a conclusão, a nosso visto, que as únicas limitações remanescentes são aquelas inerentes às particularidades do Poder Público já contempladas no art. 3º, não mais sendo adequado se falar em tipos de serviços passíveis de terceirização ou não.

Esta interpretação é corroborada pela leitura do § 1º deste art. 3º que deslocou a regra da verificação da subsidiariedade do serviço a ser terceirizado, que antes era a avaliação principal do Decreto 2.271, de 1997, para o artigo que trata apenas do rol de atividades indelegáveis ao particular.

Esta mudança tem o claro intuito de permitir a terceirização de todas as atividades não essenciais, e mesmo nas atividades típicas do Estado, aquelas consideradas materiais e acessórias, o que guarda harmonia com as disposições do art. 10, § 7º do Decreto-Lei 200, de 1967.

Assim, calcado nestas premissas interpretativas, acreditados não haver qualquer utilidade prática para a elaboração do rol de atividades reclamado pelo Decreto, pois hoje, combinando-se as recentes decisões do STF e o que dispõe

o art. 3º do Decreto nº 9.507, de 2018, pode-se facilmente concluir que a enunciação de atividades terceirizáveis parte de uma premissa lógica que hoje já foi proscrita do ordenamento jurídico.

A despeito disso o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão entendeu por bem regulamentar o art. 2º, o fazendo pela Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018.

A leitura da sobredita portaria confirma as opiniões acima alinhavadas, pois tanto o *caput* do art. 1º, quanto o seu parágrafo único são expressos em destacar o caráter não exaustivo do rol ali exposto. Ora, tratando-se de rol aberto, o serviço, mesmo que não expressamente previsto, pode ser objeto de terceirização, desde que subsumível às regras constantes no art. 3º do novo Decreto de terceirização.

Comentários ao artigo 3º do Decreto nº 9.507, de 2018

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

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

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

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

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

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

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Como já antecipamos no comentário do artigo anterior, um ponto importante a ser destacado a respeito da nova regulamentação é que, ao contrário do Decreto anterior, não se estabelece o que pode ser terceirizado, mas sim quais são os pontos a ela interditados.

Esta é uma contribuição haurida de uma jurisprudência administrativa que já tinha avançado para ampliar as hipóteses de incidência da terceirização que somente agora encontraram regulamentação, de modo que não procede a crítica de que o Decreto 9.507, de 2018, ampliou excessivamente o âmbito de aplicação do instituto da terceirização.

A bem da verdade, ainda que as disposições do Decreto nº 2.271, de 1997 tenham permanecido intocadas por longo período, é inelutável reconhecer que tanto a doutrina quanto os órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação da legislação já haviam alargado o campo de aplicação da terceirização para todas as atividades que não constituíssem o núcleo essencial das competências dos cargos públicos integrantes do plano de cargos do respectivo órgão ou entidade contratante.

Somado a essa gradual construção interpretativa, a eliminação da taxinomia de atividade fim/meio pelo STF no julgamento conjunto da ADPF 324 e do RE 958.252 consolidou a compreensão de que apenas as atividades típicas do Estado estariam interditadas à terceirização. Neste sentido, a redação do art. 3º do Decreto 9.508, de 2018 captou de maneira adequada a mais recente posição do STF.

Com efeito, os incisos I, II e III constituem a interpretação do quanto restou decidido na ADI 1717, refletindo a tentativa do Poder Executivo de conferir concretude ao conceito fluido de “atividades típicas do Estado”. Por sua vez o inciso IV reproduz regra que já existia no Decreto 2.271, de 1997.

A respeito deste último inciso, já sustentávamos que a interpretação do art. 1º § 2º do Decreto no 2.271, de 1997 permitia concluir, numa interpretação *a contrario sensu*, ser possível a terceirização de atividades abrangidas pelo

plano de cargos do órgão ou entidade, desde que estas não sejam essenciais ou, na dicção do decreto, não sejam inerentes às categorias funcionais.

Isso porque segundo o léxico, inerente é o adjetivo proveniente do latim *inhaerente* que qualifica aquilo que é: 1 Ligado estruturalmente. 2 Que por natureza é inseparável de alguma coisa. 3 Inseparável.

Assim, em nossa opinião, o Decreto nº 2.271, de 1997 já admitia a execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares independentemente destas atividades constarem formalmente no plano de cargos e salários do ente, desde que, não sejam atividades inerentes, essenciais, fundamentais à própria razão da criação de cargo público em questão.

Com efeito, o adjetivo inerente guarda correlação com a concepção de núcleo principal das atividades atribuídas aos cargos públicos, sendo apenas este o limite à terceirização no âmbito da administração pública.

Esta mesma compreensão pode ser estendida para os demais incisos do *caput* do art. 3º, uma vez que o § 1º autoriza a execução indireta de atividades complementares em todas as hipóteses regulamentadas pelo artigo em comento.

A respeito deste ponto é relevante destacar que o TCU, no julgamento do Acórdão no 1069-14/11- P, relatado pelo Ministro UBIRATAN AGUIAR, proferido em sede de consulta formulada pelo Ministro da Educação, entendeu pela possibilidade de terceirização de atividades de apoio à análise de prestação de contas em convênios ou instrumentos congêneres, nos seguintes termos:

As atribuições inerentes ao acompanhamento e à análise técnica e financeira das prestações de contas dos convênios ou instrumentos congêneres constituem atividade precípua e finalística da Administração e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização. Já as atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem acessórias ou instrumentais e não requeiram qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo

expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente.

Excerto: [ACÓRDÃO]

9.1. [...] conhecer desta Consulta, uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 264 e 265 do Regimento Interno; 9.2. no mérito, responder ao consulente que: 9.2.1 as atribuições inerentes ao acompanhamento e à análise técnica e financeira das prestações de contas apresentadas em virtude de convênios, ajustes ou instrumentos congêneres, que tenham por fim a transferência voluntária de recursos da União para a execução de políticas públicas, constituem atividade precípua e finalística da Administração e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização, conforme art. 1o, § 2o, do Decreto no 2.271/1997 e art. 9o, incisos I, II e III, da Instrução Normativa SLTI/MP no 2/2008;

9.2.2 as atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das referidas prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem, nitidamente, acessórias ou instrumentais e não requererem qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, nos termos do art. 1o, caput e § 2o, do Decreto no 2.271/1997 e dos arts. 6o, 7o, § 2o, 8o e 9o da Instrução Normativa SLTI/MP no 2/2008;

9.2.3. a prestação de serviços terceirizados não deve criar para a Administração contratante qualquer tipo de vínculo com os empregados da contratada que caracterize pessoalidade e subordinação direta, de acordo com o art. 4o, inciso IV, do Decreto no 2.271/1997 e os arts. 6o, § 1o, e 10, inciso I, da Instrução Normativa SLTI/MP no 2/2008;

A leitura de trecho do voto do ministro relator é bastante elucidativa, e por pertinência, transcrevo para elucidar a questão discutida neste processo:

8. Diante desse contexto legal e levando em conta, ainda, os termos da Portaria Interministerial no 127/2008 (que estabelece normas

para execução do Decreto no 6.170/2007, o qual dispõe sobre as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse) e da Lei no 11.357/2006 (que dispõe sobre a criação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – PGPE), a 6a Secex concluiu que todos os atos que apresentem correlação com as fases típicas verificadas no curso dos convênios (celebração, execução e acompanhamento), sucedidas pela etapa de prestação de contas (parcial e final), quando atreladas ao exercício de competências próprias da Administração e à execução do orçamento federal, têm natureza finalística e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização.

9. A jurisprudência deste Tribunal também é nesse sentido, consoante exemplifica o Acórdão no 481/2005 – Plenário, do qual extraio o seguinte trecho do voto condutor da deliberação: “15. Como a lei especial não contém autorização para terceirização da análise de prestações de contas dos projetos culturais, deve-se aplicar ao caso a regra geral vigente no âmbito da Administração Pública Federal. Tal norma é o Decreto 2.271/97 que, em seu no art. 1o, § 2o, veda a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais incluídas no plano de cargos da Administração Federal, atualmente previsto na Lei 5.645/70. Na regulamentação da Lei 5.645/70, em especial nos Decretos 72.493/73, 72.950/73 e suas alterações, verifica-se que as atividades de contabilidade e exame da aplicação de recursos integram o referido plano de cargos. Logo, a vedação de terceirização contida no art. 1o, § 2o, do Decreto 2.271/97 recai também sobre a atividade exercida pelo MinC na análise de prestação de contas de projetos culturais incentivados.”

10. Dessa forma, corroboro o entendimento da unidade técnica de que não se pode caracterizar como instrumentais os atos que importem em exame da prestação de contas de convênio, em especial na verificação dos aspectos técnicos e financeiros da aplicação dos recursos públicos descentralizados.

11. Todavia, pondero que não se pode ter a mesma compreensão quanto se trata de atividades acessórias ou instrumentais envolvidas na instrução preliminar dos processos de prestação de

contas, pois, como dito pela própria unidade técnica, tais atividades são desprovidas de caráter analítico e conclusivo.

12. Apesar de o Ministro de Estado da Educação não ter especificado objetivamente quais seriam as chamadas atividades de “auxílio na instrumentalização de processos” – fazendo apenas referência à reunião em documento próprio de todas as informações, consultas e dados necessários à conclusão do exame da prestação de contas – e da relevância de todas as atividades envolvidas no procedimento, não vislumbro prejuízo, para a avaliação sobre o mérito da prestação de contas, na terceirização de serviços que, sem sombra de dúvidas, possam ser considerados como acessórios ou instrumentais.

13. Para ilustrar a situação, no meu entendimento, podem ser citadas como exemplos desses serviços as atividades relacionadas à montagem física dos processos ou à digitação de dados, tendo em vista o caráter público dos documentos que integram a prestação de contas.

14. Certamente, não é cabível repassar para terceiros qualquer ato que importe em juízo de valor sobre a aceitação ou não das despesas incluídas na prestação de contas, mas inserir dados em sistema pertencente à Administração, que efetue automaticamente críticas e aponte eventuais inconsistências (falta de correspondência entre o débito na conta bancária específica do convênio e o valor declarado na relação de pagamentos apresentada pelo gestor, por exemplo) a serem avaliadas por servidor público, pode configurar, a meu ver, atividade acessória ou instrumental, para a qual o ordenamento jurídico autoriza a terceirização. Sendo, claro, que a responsabilidade pelos dados ali inseridos deve ser do servidor que examinar o processo, pois o pressuposto é de que tais dados serão conferidos por quem examina e se pronuncia no processo.

15. Anoto que a referida Lei no 11.357/2006 estruturou os cargos de Técnico em Financiamento e Execução de Programas e Projetos Educacionais (art. 40, inciso II), de nível intermediário, prevendo como suas atribuições o suporte e o apoio técnico especializado a diversas atividades, entre as quais a “coordenação,

acompanhamento e controle da execução de programas e projetos financiados com recursos do FNDE”, bem como a “análise de desempenho institucional e de resultados dos programas e projetos financiados com recursos alocados no orçamento” da autarquia.

16. Ainda que a lei não tenha delimitado os conceitos de “suporte” e “apoio técnico” (que, em tese, podem compreender qualquer atividade-meio da instituição), entendo que deve haver interpretação sistemática da norma no sentido de considerar que não englobam as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, as quais podem ser objeto de terceirização, segundo o mencionado art. 1º do Decreto no 2.271/1997, sob pena de se inviabilizar a aplicação desse instituto.

17. Destarte, concluo que é possível terceirizar serviços como os descritos no item 13 retro sempre que não houver dúvidas a respeito do seu caráter acessório ou instrumental e forem observadas as prescrições legais sobre o assunto.

18. Entre essas prescrições, destaco as que proíbem a existência de qualquer vínculo de subordinação entre o terceirizado e os servidores da Administração Pública (art. 4º, inciso IV, do Decreto no 2.271/1997 e arts. 6º, § 1º, e 10, inciso I, da Instrução Normativa SLTI/MP no 2/2008), haja vista que, na presente Consulta, houve menção à possível existência de supervisão dos trabalhos desenvolvidos pelo terceirizado por servidor público, o que afronta a legislação citada e a jurisprudência deste Tribunal, como o Acórdão no 1.815/2003 – Plenário, referenciado pela unidade técnica.

Portanto, ainda que a questão atinente à diferenciação entre o núcleo essencial dos cargos públicos e de outro lado as atividades acessórias passíveis de terceirização não tenha sido enfrentada expressamente no referido precedente, pode-se perceber que a diferenciação apresentada nos itens 11 a 14 do voto do relator abebera-se desta separação.

Isto se confirma pela leitura dos exemplos apresentados pelo Ministro no item 13 do seu voto, quando aponta como exemplo de atividades que poderiam ser terceirizadas a montagem física de processos ou digitação de dados.

Ora, estas atividades são rotineiramente desempenhadas por servidores públicos, mas o relator, com acerto em nossa opinião, identificou que estas atividades não constituem a essência da atividade cometida ao servidor público.

Este é um exemplo de ampliação dos limites da terceirização que já era admitida e que agora, mediante a regulamentação do art. 3º em comento, passa a refletir a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal e da jurisprudência administrativa a respeito do assunto, não constituindo medida desarrazoada ou mesmo inédita.

Comentários ao artigo 3º, § 2º do Decreto nº 9.507, de 2018

Art. 3º (...)

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Como já deixamos assentado em linhas passadas, a regra da permissão da delegação de atividades à iniciativa privada tem ganhado espaço no entendimento da mais alta corte do País e o Decreto nº 9.507, de 2018 buscou retratar este novo modelo de complementação da atividade pública pelos particulares.

Assim, a primeira leitura das disposições deste novo dispositivo pode causar certo espanto pois buscou conferir tratamento específico para a questão da indelegabilidade das etapas intermediárias do ciclo do Poder Polícia.

Para entender os conceitos utilizados pela legislação, precisamos nos socorrer da classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶, para quem o poder de polícia é exercido em quatro fases, ou “ciclos de polícia”

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. P. 388

correspondendo a quatro modos de atuação: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

A **ordem de polícia** seria a própria norma, podendo se apresentar em duas modalidades: **negativo absoluto**, pelo qual são vedadas certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, impondo-se restrições; **negativo com reserva de consentimento**, pelo qual são vedadas certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a administração prévia e expressamente, as consinta, impondo-se condicionamentos.

Já o **consentimento de polícia** é o ato administrativo de anuência, que possibilita a utilização da propriedade pelo particular ou o exercício da atividade privada, quando o legislador tenha exigido controle prévio da compatibilização do uso do bem ou do exercício da atividade com o interesse público. Este ato de consentimento é, formalmente, um **alvará**, podendo conter, materialmente, uma **licença** ou uma **autorização**.

A **fiscalização de polícia**, se fará para a verificação do cumprimento das ordens de polícia, como para observar abusos nas utilizações de bens e nas atividades que foram consentidas pela administração. Pode ser preventiva ou repressiva e pode ser iniciada ex officio ou por provocação.

A **sanção de polícia** é a submissão coercitiva do infrator a medidas inibidoras ou dissuasoras impostas pela administração, quando falhar a fiscalização preventiva e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia.

Assim, a partir da regulamentação conferida no § 2º do artigo 3º do Decreto nº 9.507, de 2018 está afastada a possibilidade aventada por parte da doutrina a respeito da delegabilidade das atividades de consentimento e fiscalização para os particulares.

Comentários às inovações a respeito das contratações de serviços terceirizados no âmbito das empresas estatais federais

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.

O art. 4º do diploma ora comentado veicula regras específicas para a contratação de serviços terceirizados pelas empresas públicas e nas sociedades de economia mista controladas pela União, ante a particularidade das missões desempenhadas por estas.

A regulamentação específica é pertinente e válida, pois a previsão constante no art. 9º do antigo Decreto 2.271, de 1997¹⁷ nunca foi disciplinada

17 Art. 9º As contratações visando à prestação de serviços, efetuadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União, serão disciplinadas por resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais - CCE.

pelo Conselho das Empresas Estatais, e, diante da ausência de norma específica, se entendeu pela aplicação da regulamentação geral de maneira indistinta às empresa estatais federais, conforme dispunha o Acórdão TCU 1521/2016 – Plenário:

Aplicam-se às empresas estatais, por analogia, as disposições contidas no Decreto 2.271/1997, que regulamenta a contratação de serviços pela Administração Direta, Autárquica e Fundacional, em razão da ausência de normas que disciplinem o tema para as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas controladas direta ou indiretamente pela União (art. 9º do referido decreto) .

Ocorre que esta solução está longe de se mostrar ideal, pois as empresas estatais, pela sua própria natureza, reclamam regulamentação específica, e só agora, veem-se contempladas em suas especificidades. Esta orientação é reforçada pelo disposto no art. 14 que as empresas estatais devem adotar os mesmos parâmetros das sociedades privadas naquilo que não contrariar seu regime jurídico.

Ora, ao preencher a interpretação deste artigo com as recentes decisões do STF, é inelutável concluir pela sensível ampliação das hipóteses de terceirização das atividades meio ou fim das empresas estatais, desde que calcada na busca da eficiência do processo produtivo.

Conclusão

Bem ponderadas as inovações trazidas pelo Decreto nº 9.507, de 2017, após a necessária acomodação dos ânimos exasperados pelo potencial conflito deste com a Constituição Federal, em razão do potencial alargamento do emprego da terceirização na Administração Pública, penso existir, sim, largo espaço de aplicação de suas disposições, respeitadas as balizas constitucionais e legais, sem prejuízo do aproveitamento das potencialidades desta ferramenta de comprovada eficiência no setor privado e que pode

SOBRE AS INOVAÇÕES DO DECRETO Nº 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018
Daniel de Andrade Oliveira Barral

conduzir a Administração Pública ao nível desejado de excelência da prestação do serviço público, focada em suas competências essenciais.