

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

MARÍLIA GABRYELLA ARAÚJO DA COSTA

**CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 9.507, DE 21 DE
SETEMBRO DE 2018 FRENTE AO PRINCÍPIO DA EXIGÊNCIA DE
CONCURSO PÚBLICO**

CARUARU

2020

MARÍLIA GABRYELLA ARAÚJO DA COSTA

**CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 9.507, DE 21 DE
SETEMBRO DE 2018 FRENTE AO PRINCÍPIO DA EXIGÊNCIA DE
CONCURSO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do núcleo de trabalhos de conclusão de curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita), em requisito parcial para a aquisição de grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Taíza Maria Alves da Silva

CARUARU

2020

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/_____

Presidente: Professora Dra. Taíza Maria Alves da Silva

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo fazer uma abordagem sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública frente a exigência constitucional da realização de concurso público. Em setembro de 2018 o ex-presidente Michel Temer sancionou o decreto 9507/2018 para ampliar o uso da terceirização na esfera federal, por parte da Administração Pública, com base no julgado do STF que entende por lícita a Terceirização nas contratações privadas. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, serão analisados os princípios básicos do Direito Constitucional e Administrativo, perpassando instituto da terceirização, nas suas modalidades de contratação de empregados, de forma lícita no âmbito privado, para, posteriormente, tratar do decreto 9507/2018 e suas possíveis inconstitucionalidades. Verificar-se-á, por fim, possíveis medidas de combate aos vícios demonstrados, para que os princípios constitucionais sejam respeitados. Quer se demonstrar, portanto, que a terceirização ampla de serviços dentro da Administração Pública afronta o princípio do concurso público, assim como o princípio da isonomia, moralidade, probidade administrativa, previstos na Constituição Federal, sendo a incidência destes, um eficiente mecanismo de proteção aos brasileiros que desejam ingressar na carreira pública.

Palavras-chave:

Terceirização - Administração pública – Inconstitucionalidades – Concurso Público.

ABSTRACT

The present work has scope take an approach to outsourcing within the Public Administration facing the constitutional requirement to hold a public tender. In September 2018 the former President Michel Temer sanctioned the decree 9507/2018 to extend the use of outsourcing in the federal sphere by the Public Administration, based on the judgment of the Supreme Court that understands as licit the outsourcing in private contracts. To this end, through bibliographic and jurisprudential research, the basic principles of Constitutional and Administrative Law will be examined, through the outsourcing institute, in its methods of hiring employees, lawfully in the private sphere, to deal subsequently with Decree 9507/2018 and its possible unconstitutionality. Finally, there will be observed possible measures to combat the proven flaws, so that constitutional principles are respected. It is therefore to be demonstrated that the broad outsourcing of services within the Public Administration affronts the principle of public tender, as well as the principle of isonomy, morality, administrative probity, provided in the Federal Constitution, being the incidence of these, an efficient mechanism of protection for Brazilians who wish to enter the public career.

Key-words: Outsourcing – Public Administration – Unconstitutionality – Public Tender.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. TERCEIRIZAÇÃO: DA REFORMA TRABALHISTA À ADOÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	09
3. TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO.....	13
4. MEDIDAS PARA COMBATER A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 9.507/2018.....	22
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	27
REFERÊNCIAS.....	30

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o Decreto 9.507 de 2018, que trata da terceirização na Administração Pública Federal, autárquica e fundacional, mas que também é utilizado nas demais esferas do Poder Público, ampliando as hipóteses em que a terceirização é admitida.

O referido tema foi escolhido, devido à sua relevância jurídica, já que versa sobre a prestação de atividade profissional em entes públicos, que em princípio, deve ser realizada pelos que prestaram concurso público, que é o principal mecanismo utilizado como meio de ingresso no serviço público. Além do que, mostra-se bastante atual, por abordar um decreto editado em 2018, pelo ex-presidente Michel Temer, e que vem despertando, até então, grande debate entre os juristas, não só no meio acadêmico, como também no plano fático.

Ademais, é um tema interdisciplinar, envolvendo as áreas do Direito Administrativo, nas questões sobre o Concurso Público, os princípios que devem ser obedecidos pela Administração, a maneira pela qual a Administração deve se portar, também aborda a temática constitucional, visto que, traz dispositivos constitucionais que regem a forma de provimento dos cargos públicos. Na seara trabalhista, trata dos conceitos de terceirização, seus limites, nas esferas público e privada.

E por fim, a minha vivência prática no Estágio no Ministério Público de Pernambuco, nas Promotorias de Caruaru, por meio de conversas com servidores do quadro, e observando a sistemática de funcionamento do órgão, despertou o interesse pelo aprofundamento no tema, ao ver que essas formas de provimento de cargos, sem o concurso público, já vêm chegando ao *Parquet*.

O estudo em desenvolvimento partiu do seguinte problema de pesquisa: o decreto 9.507/2018, que trata da terceirização da atividade fim no serviço público, é compatível com o sistema constitucional vigente?

A hipótese inicial é a de que esse decreto tenha desrespeitado a Constituição Federal de 1988, sobretudo na questão relativa à exigência do concurso público, quando alarga as hipóteses de terceirização, e dá ao gestor público a opção por prover cargos públicos de forma diversa do que está no Texto Constitucional em vigor. Contudo, essa hipótese vai ser submetida a teste, para pesquisa e obtenção de resultados diante dela.

O método de pesquisa, para realizar esse teste, foi o hipotético-dedutivo, posto que, há uma resposta provisória ao problema, que foi submetida a teste.

As principais fontes de pesquisa foram as legislações que tratam da terceirização, a doutrina relativa ao tema, com a análise de livros e artigos científicos e dissertação de mestrado, bem como, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da terceirização da atividade fim no âmbito privado.

O objetivo geral foi identificar as possíveis inconstitucionalidades do Decreto 9.507/18 e, para tanto, na primeira seção do artigo, há uma contextualização sobre o que é terceirização, a terceirização na reforma trabalhista, e nas esferas privada e estatal. Já na segunda seção, será analisado o decreto, artigo por artigo, apontando as suas possíveis fragilidades, com a fundamentação jurídica pertinente. E, na última seção, em sendo o decreto inconstitucional, serão trabalhados quais são os instrumentos jurídicos existentes para atacá-lo.

2. TERCEIRIZAÇÃO: DA REFORMA TRABALHISTA À ADOÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para melhor compreensão do tema, esta primeira seção abordará a temática da terceirização, de maneira ampla, que nada mais é, do que uma nova forma de organização da linha de produção, e que uma empresa prestadora de serviço, que detém quadro de empregados, é contratada por outra empresa, chamada contratante, que transfere parte de suas atividades para que possa se concentrar somente na sua função fim. Cisneiros conceitua o instituto como:

A terceirização se caracteriza por uma relação trilateral, envolvendo, portanto, três sujeitos: (a) empresa prestadora de serviços a terceiros + (b) contratante + (c) trabalhador. O trabalhador terceirizado, apesar de empregado da empresa prestadora, trabalha nas dependências do contratante ou em outro local, definido de comum acordo entre as partes. (2018, p.65)

Como se pode depreender, o trabalhador terceirizado é vinculado a uma empresa, mas presta serviços à outra. Na terceirização existe dois tipos de contrato, o primeiro é aquele celebrado entre a empresa prestadora de serviços com o empregado, formando um vínculo empregatício, e o segundo, de natureza civil, é o celebrado entre as empresas da relação trilateral. É o comando da Lei 6.019/1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, no seu artigo 5º-A, determina: “Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”.

A terceirização foi um processo pensado e construído nos Estados Unidos há algum tempo, com a finalidade de especialização de atividades. Como demonstra Zainaghi:

O fenômeno da terceirização, como toda grande criação capitalista, surge nos Estados Unidos durante a 2ª Guerra Mundial (1939-1945). Cumpre esclarecer que antes desse período havia traços de terceirização, mas esta era tão pequena que não possuía qualquer relevância social, econômica ou mesmo trabalhista, não resultando num estudo aprofundado. No conflito bélico citado, a indústria armamentista não estava dando conta de suprir a necessidade do exército norte-americano e de seus aliados. Para conseguir aumentar a demanda de produtos passou a concentrar-se na produção de armas, deixando atividades secundárias das indústrias nas mãos de terceiros, dando início a um grande momento de terceirização dessas atividades. (2019, p.2)

O capitalismo gerou a produção em massa, e dela advém a demanda por mecanismos que ajudem as empresas na sua linha de produção, concerne, apenas, em um setor, tido como fundamental, enquanto contrata outras para realizar suas atividades periféricas, ou seja, a ideia central da terceirização é que ela ocorra somente nas atividades meio.

No Brasil, a prática da terceirização ocorreu por muito tempo sem regulamentação, pois muitas empresas já faziam uso das suas técnicas sem nenhum comando legislativo para definir os limites:

A terceirização passou a ser amplamente utilizada por diversas empresas, mas não havia qualquer regulamentação e as demandas submetidas ao Poder Judiciário tinham decisões inconsistentes, trazendo verdadeira insegurança jurídica. (ZAINAGHI, 2019, p.6)

Foi quando o Congresso Nacional editou a lei 13.429/17, conhecida como Lei da terceirização. Ocorre que, essa lei permite, que a terceirização ocorra somente nas atividades meio das instituições, obrigando a contratação direta dos profissionais ligados a atividade fim. Em uma escola, por exemplo, que tem como objetivo a educação de crianças e adolescentes, os professores por realizarem a função fim, de ensinar, teriam que ter vínculo direto com a instituição, fazendo jus a todos os direitos trabalhistas. Já a contratação de faxineiras e zeladores que fazem a limpeza dos estabelecimentos, por constituírem atividade meio, poderiam ser terceirizados, o difícil era conceituar o que era atividade meio e atividade fim.

Daí então, diante da omissão legislativa e insegurança jurídica, entrou em vigor a famosa lei 13.467/17, a Reforma Trabalhista, que passou a regulamentar a terceirização de uma forma diferente, dando uma nova roupagem ao instituto, e permitindo a terceirização da atividade fim, como se extrai do artigo 4º:

Art. 4º -A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (BRASIL, 2017)

A terceirização, que já não era muito aceita entre os juristas, por mitigar direitos dos trabalhadores, após a mudança legislativa, foi alvo de ainda maiores críticas, gerando uma onda de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de nº 5.685,

nº 5.686, nº 5.687 e nº 5.695, como relator o ministro Gilmar Mendes, e que visavam a anulação do instituto, se ele fosse considerado inconstitucional.

Ocorre que, a questão quando levada ao Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto de dois processos que discutem a licitude da terceirização, com o exame das questões preliminares e os votos dos relatores, tanto o ministro Luís Roberto Barroso, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 324), quanto o ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário (RE nº 958252), entendem que a prática é lícita em todas as etapas do processo produtivo, inclusive nas atividades-fim. Segue os julgados:

Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à proibição da terceirização de atividades fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada. Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "**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", vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. (BRASIL, STF, 2018)

Dessa forma, constituiu-se entendimento da Suprema Corte, de que a terceirização, mesmo que na atividade-fim, é lícita. Estando a esfera privada autorizada a utilizá-la na sua linha de produção. Escolhendo quando e quais serviços deseja terceirizar, tudo isso em respeito aos princípios da livre iniciativa e liberdade de escolha que são vetores na iniciativa privada.

É certo que, a partir do julgado acima não cabe mais uma discussão sobre a licitude da terceirização, mas sim sobre os limites da sua utilização, no que diz respeito as esferas público e privadas, já que cada uma obedece a princípios diferentes, que tutelam interesses, também, distintos.

Cumpre-se salientar os conceitos de direito público e privado. Senão veja-se:

Por figurar o Poder Público ou o Estado em um dos polos da relação jurídica, entende-se serem as normas de Direito Público destinadas a disciplinar os interesses gerais da coletividade (DOWER, 2005, p.6). O Direito Privado se encontra subdividido em duas massas de leis: de um lado, o Direito Comum e, de outro, o Direito Especial. Para sabermos se uma norma pertence ao Direito Comum ou ao Direito Especial, devemos considerar primeiro o ramo componente do Direito Especial; se a norma não pertence a este, será de Direito Comum, representado pelo Direito Civil. Os ramos que formam o Direito Especial são: o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho. (DOWER, 2005, p.7).

Em primeiro plano, já se tem a conclusão de que, o direito público e o privado se diferenciam por regulamentar campos jurídicos distintos. Enquanto o Direito Público tem como premissa o interesse coletivo, estando limitado a fazer apenas o que a lei permite. O direito privado, cuida das relações privadas, em que impera a autonomia das partes.

No que diz respeito à terceirização na Administração Pública, a lei de licitações 8666/93, no seu artigo 71, trata da matéria de forma indireta, regulamentando a contratação de pessoal para atividades-meio, entretanto, o Decreto Federal 2.271, de 7/7/1997, que foi revogado, em sua totalidade, abordava a matéria diretamente. Ademais, informações cruciais são trazidas pela abordagem de Shirato, veja-se:

Deve ser ressaltado que a terceirização de atividades-meio, embora seja, em princípio, lícita, deve observar alguns limites e alguns requisitos. O primeiro limite a ser observado refere-se ao dever de constituição de atividade-meio do objeto da terceirização. Não obstante a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio não ter mais a mesma relevância para o Direito do Trabalho, como noticia Nelson Mannrich, para o Direito Administrativo essa mantém sua relevância. Isso se verifica, porque, no Direito Administrativo, as atividades-fim seriam, em princípio, indelegáveis. Diante do quadro formado pela Constituição de proteção do cidadão e garantia de independência e imparcialidade dos agentes públicos, é evidente que as atividades-fim da Administração que tenham impacto sobre as esferas de direitos e liberdades dos indivíduos não podem ser delegadas, sem a observância de uma série de requisitos (SHIRATO, 2013, p.8).

De outro bordo, em sentido estrito, terceirização teria uma abrangência limitada, restrita aos mecanismos por meio dos quais a Administração Pública contrata um particular para a realização de certa atividade, que não se configura a principal da Administração Pública (atividades-meio). (SHIRATO, 2013, p.3).

Dessa forma, a terceirização na Administração Pública, é também lícita, mas tem seu campo de atuação restrito as atividades-meio, por uma série de fatores que serão abordados no segundo ponto deste artigo. Ressalta-se que o julgado do STF, acima transcrito, nada abordou sobre a terceirização de atividades-fim no âmbito público, ficando a autorização jurisprudencial afeta ao campo privado.

3. TERCEIRIZAÇÃO FRENTE A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

A partir destas breves considerações, sobre o instituto da terceirização, nas esferas público e privada, traz-se à discussão o Decreto Presidencial 9507/2018, que ampliou o uso da terceirização na esfera federal, por parte da Administração Pública, como será exposto a seguir. A abordagem examinará se o Decreto sob análise desrespeita preceitos constitucionais.

No dia 21 de setembro de 2018, o até então presidente Michel Temer, sancionou o Decreto 9.507/2018, que trata da terceirização na Administração Direta, Autárquica e Fundacional, sendo alvo de críticas, já que se trata de uma norma infraconstitucional, a regulamentar matéria de competência da Constituição Federal de 1988, matéria esta que diz respeito ao preenchimento de cargos públicos:

A maior repulsa provocada pelo atual decreto estaria no alargamento da terceirização na administração pública federal. Os diversos comentários disponíveis na internet rotulam o Decreto 9.507/18 de inconstitucional por ofender a regra do concurso público de que cuida o artigo 37, inciso II. (FORTINI, 2018).

Faz-se mister uma análise de cada ponto do citado decreto, para apontamento das suas possíveis inconstitucionalidades. A análise será sobre a autorização do aumento de terceirização na esfera pública, pois a parte reservada à fiscalização dos contratos, de que tratam os artigos 6º e seguintes do decreto, merecem um artigo separado.

De início, o artigo 1º do Decreto 9.507/18, trata do seu âmbito de incidência, veja-se:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A execução indireta mencionada pelo artigo é a terceirização dos serviços públicos, mas essa matéria já era regulamentada pelo Decreto Federal 2.271/97, que foi revogado. Ele permitia a terceirização da atividade-meio de uma forma a limitar quais seriam as atividades passíveis de terceirização. O que significa que, sendo o novo decreto silente quanto ao assunto, tem-se uma ampliação da incidência, é nessa perspectiva que defende Fortini:

De fato, a mudança sugere um possível alargamento do emprego da terceirização. Não porque inexistente o elenco de serviços que poderiam contar com mão de obra externa, mesmo porque a lista do ato normativo anterior era exemplificativa, mas substancialmente diante da ausência de referência à natureza da atividade que poderá ser objeto de contratação. Some-se a isso o fato de que, a depender do conteúdo do ato a ser produzido pelo Ministro, a que se refere o artigo 2º, a execução indireta avançará para além do território habitual. (FORTINI, 2018).

Já o artigo 2º do Decreto 9.507/18, aborda o objeto das terceirizações, atribuindo a um Ministro de Estado os serviços que poderão vir a ser terceirizados pela Administração: “Ato do Ministro da Economia estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação”.

Sem dúvidas aqui reside um dos maiores vícios do decreto, por alargar, de forma explícita, as possibilidades de terceirização, além de atribuir a um servidor público matéria reservada à esfera constitucional.

Cumprido salientar que o Estado, como pessoa jurídica que é, dotada de personalidade por ficção legal, segundo a Teoria do Órgão, tem a sua vontade manifestada através de agentes que detêm legitimidade para praticar determinados atos.

Ocorre que, nem sempre foi assim, a organização do Estado se deu através de um processo evolutivo, iniciado em uma época em que o rei era detentor de todo o poder, e sua vontade se confundia com a do Estado, indo até o Estado de Direito, em que todos são submetidos ao império da Lei, desde um cidadão comum até o poder público:

O conceito de Estado de Direito em sentido amplo designa um tipo de Estado que adota uma forma de organização estatal, de natureza política e jurídica, na qual o poder do Estado se encontra limitado pelo direito, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais. Estado de Direito significa, primordialmente, a legitimidade do poder do Estado; ademais, o poder do Estado está vinculado ao direito,

reconhece e protege os direitos fundamentais. (RANIERI, 2019. p. 211).

As regras e os princípios são comandos cogentes que visam à convivência em sociedade. Os princípios são a vontade da norma, exprimem aqueles valores consagrados como supremos. A aplicabilidade da lei fica adstrita ao campo dos princípios fundamentais de uma organização estatal. Nessa perspectiva, segundo Rocha:

No estudo dos concursos públicos, os princípios, postulados normativos e regras gerais adquirem especial relevância ante à ausência de detalhes com que o assunto é tratado pelas leis que regulamentam a matéria em cada ente da Federação. É neles, portanto, que se encontram as diretrizes e limites da atuação administrativa e, conseqüentemente, de seu controle constitucional. (ROCHA, 2006. p.26).

A verdade é que, a história mostra que todo aquele que detém o poder tende ao abuso, portanto, é função da lei e dos princípios impor limites a atuação dos detentores de mandato eletivo ou cargo público. Não sendo viável que o artigo 2º do Decreto 9507/2018, de forma ampla, autorize que um Ministro de Estado estabeleça as atividades que serão terceirizadas. Além do que, a Constituição Federal de 1988 impõe limites, já que determina a forma de provimento de diversos cargos efetivos na Administração Pública.

Dando prosseguimento ao feito, insta comentar o artigo 3º do decreto 9.507/18, que indica quais atividades não podem ser terceirizadas:

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.

Percebe-se que, o decreto regulamenta somente as atividades que não podem ser objeto da terceirização, nada aludindo sobre atividades-fim ou meio, e não enumera ou exemplifica os serviços objeto da contratação, ou seja, tudo o

que não está no rol do artigo 3º poderá ser objeto de execução indireta. Constituindo a maior inconstitucionalidade do seu texto, pois fere diretamente o princípio constitucional do concurso público.

Situação diferente do que constava o artigo 1º do revogado Decreto 2.271/97, que determinava:

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.

Resta claro, que os serviços que poderiam ser terceirizados eram enumerados, ainda que em rol exemplificativo. Todavia, o texto do artigo acima não deixa margem para que o administrador terceirizasse atividades-fim da Administração.

Ocorre que, após a decisão do STF, sobre a licitude da terceirização da atividade-fim, Michel Temer no Decreto 9.507/2018 tratou de modificar a previsão, autorizando esse tipo de terceirização na Administração Pública.

A justificativa utilizada pelo ex-presidente, foi a busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos e a economia de recursos, previsão contida no artigo 4º *caput*, do decreto 9.507 de 2018:

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: [...]

Isto é, este artigo abre margem à terceirização de serviços, utilizando como justificativa, princípios que, na prática, não serão efetivados, são na verdade, uma justificativa para a burla do concurso público, e favorecimento de empresas prestadoras de serviços, levando em conta, que apesar do salário dos trabalhadores terceirizados serem menores do que o de servidores concursados, o número de

contratações aumentou consideravelmente, constituindo o mesmo ônus financeiro ao Estado.

Dada a complexidade da matéria serão tecidas considerações sobre alguns princípios e a maneira pela qual a Constituição Federal de 1988 determinou que seria a melhor forma de provimento de cargos efetivos, que foi o concurso público.

Na área do Direito Administrativo, inúmeros princípios ditam um caminho a ser seguido, e entre eles, estão expressamente previstos no Texto Constitucional o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Insta salientar, devido ao objeto desse estudo, o princípio da impessoalidade, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

Daí que se diz que o princípio da impessoalidade relaciona-se com a ideia de “finalidade pública”. A atuação da Administração deve ter sempre o objetivo de atender ao interesse público, sendo vedadas, em princípio, discriminações e privilégios para determinadas pessoas. É corolário lógico do princípio da impessoalidade, por exemplo, a exigência de concurso público para ingresso em cargos e empregos públicos [...] (OLIVEIRA, 2013, p. 98).

Impessoalidade, significa, portanto, que os interesses pessoais do servidor público não podem confundir-se com o do Estado. E suas decisões devem advir de um parâmetro objetivo, que traduza a vontade estatal e finalidade pública, livres de escolhas subjetivas ou viciadas.

A finalidade pública deve ser o grande objetivo a ser perseguido por todo aquele que é investido de poder estatal, e por isso o legislador impôs limites a uma tendência, que é utilizar das prerrogativas do Estado de forma contrária aos valores protegidos.

Depreende-se do princípio em tela, a obrigatoriedade de uma atuação impessoal por parte de quem está com o múnus público. Já que o Estado é uma entidade de todos, não seria adequada uma atuação discriminatória que acabasse por beneficiar pessoas em detrimento de outras, que se encontram na mesma situação de fato. Sendo esse o comando central do princípio da igualdade:

A igualdade, nas felizes palavras de Roberto Ferraz, é mais uma constatação do que uma ideia. Não há um desejo de que todos sejam iguais. Para o Direito, todos são realmente iguais. Em razão desta constatação, é vedado ao Estado instituir tratamento desigual e deve o sistema jurídico corrigir eventuais distorções existentes e incompatíveis com a igualdade. (ROCHA, 2006, p. 28).

A partir do princípio da igualdade, todos devem ter o mesmo ponto de partida, as mesmas oportunidades. É este princípio que determina a realização de concurso público para selecionar os candidatos a cargos públicos e a abertura de licitações para celebração de contratos administrativos, por exemplo. Partindo da premissa de que todos são iguais perante a lei, devem ocupar funções dentro da administração pública aqueles que por merecimento fazem jus ao benefício.

Inicialmente, se o cargo e emprego público são benefícios ofertados pelo Estado, e ninguém deve ser tratado de maneira diferenciada, qual a melhor forma de perseguir os princípios constitucionais se não com o provimento dos cargos através do concurso? E foi assim que sua aplicação se deu, um mecanismo de efetivação do princípio da igualdade no acesso.

Vale ressaltar que, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 consagra a forma republicana de governo, que garante a todos os cidadãos o direito de participar da Administração Pública, o que inclui o exercício de cargos e empregos públicos. Nessa linha, segundo Rocha:

É tamanho o relevo de tal norma, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, numa tentativa de exaltá-la chegou mesmo a proclamá-la princípio constitucional explícito, em acórdão assim ementado: “A acessibilidade aos cargos a todos os brasileiros, nos termos da lei e mediante concurso público é princípio constitucional implícito desde 1934, art. 168. (2006, p. 52).

Entretanto, como a quantidade de cargos é menor do que o número de interessados, configurando situação que várias pessoas disputam o benefício não alcançável por todas, e que o agente público, que administra a máquina pública, por tempo determinado, é somente gestor da coisa alheia, pois o dono do interesse público é a coletividade, o provimento dos cargos administrativos por conversão da lei, e de uma evolução histórica, fica a cargo do concurso público.

O Concurso Público é um mecanismo utilizado na China desde 2220 a.C. e no Brasil foi previsto desde a Constituição do Império de 1824, e depois dela todas as outras previram sua realização como requisito para investidura em cargos públicos. O concurso é uma exigência constitucional para cargo efetivo, que através de critérios objetivos seleciona os melhores profissionais, por merecimento, assegurando uma administração neutra, livre de práticas imorais, que são inerentes ao ser-humano, que poderiam se utilizar da máquina pública para benefício pessoal.

O Art. 37 da Constituição Federal de 1988, estabelece que:

[...] 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.
[...]

Como se depreende da norma, dependendo da natureza e complexidade o provimento de servidores para a Administração deve se dar por concurso público de provas ou provas e títulos, tem-se expressamente a obrigatoriedade do certame para os devidos fins. Sendo as nomeações para cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, a exceção do sistema, e não cabendo sua aplicação nos casos em que já existem cargos previstos em lei.

É certo que, decorre da Constituição da República de 1988 o direito individual à razoável duração do processo, sem falar que de nada adiantaria a instituição do Poder Judiciário, como esfera de resolução de conflitos se as suas reprimendas não ocorressem no devido momento. Daí surgiu o princípio da eficiência:

A ideia de eficiência está intimamente relacionada com a necessidade de obter os resultados elencados pelo texto constitucional de maneira célere. Os agentes públicos têm o dever-poder de desempenharem a função pública de forma eficiente, com o intuito de satisfazerem as necessidades da população. Nesse contexto, pode ser destacado o art. 5.o, LXXVIII, da CRFB, inserido pela EC 45/2004, que garante às pessoas, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (OLIVEIRA, 2013, p. 113).

Se o Estado é o detentor do poder e da força, e se manifesta através de seus agentes, deve fazer de forma eficiente, garantindo a paz social e a aplicação da justiça. O quantitativo de servidores públicos, tem íntima ligação com a efetivação desse princípio, já que são eles os responsáveis pela entrega do serviço, seu maior número garantiria uma entrega mais eficiente e eficaz. Entretanto, essa premissa apesar de ser muito importante esbarra nos limites deixados pela lei. Ou seja, a necessidade de provimento de cargos públicos, para satisfação do princípio da eficiência, conquanto seja necessária, não deve se sobrepor à exigência constitucional da realização de concurso público.

Por último, mas não menos importante tem-se o princípio da moralidade, que mesmo de difícil definição, e tradução, pois o conceito do que é moral muda de uma

sociedade para outra, além de ser objeto de discussões doutrinárias, impõe ao administrador uma conduta ética, que não só respeite a lei, mas seja razoável no caso concreto. Assim, assevera Oliveira:

Não basta o cumprimento da legislação para se considerar como moralmente adequada a conduta do administrador. É importante levar em consideração o contexto em que a decisão administrativa foi efetivada. Conforme exemplifica Odete Medauar, deve ser considerada imoral a aquisição de veículos luxuosos, durante grave crise econômica e social, para serem utilizados por autoridades administrativas, ainda que tal aquisição respeite a legislação vigente. (2013, p. 100).

Outrossim, a conduta pautada de acordo com a moral, vai além da simples obediência a lei, ela tem em seu bojo um caráter do bom senso. O estrito cumprimento do Ordenamento jurídico é fundamental, mas ele deve vir acompanhado da boa intenção do operador.

Em relação ao concurso público, a decisão de novos provimentos de cargos, mais do que enseje a satisfação de uma demanda da Administração Pública deve respeitar a forma de provimento no que diz respeito à lei e a Moral.

Todavia, o que ocorreu foi, por meio de um Decreto, que é ato administrativo, o ex-presidente Michel Temer regulamentou matéria contrária à Constituição Federal, e na visão do Ministro Gilmar Mendes:

O conflito de lei com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta. (2017, p.106).

Ao alargar os casos em que se autoriza a terceirização, o ex-presidente eliminou o concurso público, como forma de provimento de cargos efetivos. Contudo, essa situação só seria válida com a mudança expressa do Texto Constitucional, por meio de Emenda à Constituição, conforme Motta:

Num primeiro plano, encabeçando a lista do art. 59, temos as **emendas à Constituição**, atualmente o único instrumento formal previsto na Constituição para a alteração de seus dispositivos. (2018, p.619)

Como essa alteração expressa ainda não foi feita, e a Constituição Federal é clara na exigência de concurso público para o provimento de cargos efetivos, está o decreto 9507/18 maculado com o vício da inconstitucionalidade, quando amplia a terceirização de forma indiscriminada.

Além de todos esses fatores, que apontam a inconstitucionalidade do Decreto 9507/18, existem os aspectos negativos da terceirização no serviço público, como por exemplo, na questão da responsabilidade das empresas contratantes, que será, apenas, subsidiária, em relação aos créditos trabalhistas dos empregados terceirizados. No caso da Administração Pública essa responsabilização só incidirá se houver culpa ou desídia na fiscalização dos seus contratos. É o que se compreende da súmula 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE

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 n.º 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.

Configurando claro prejuízo aos servidores terceirizados, que passam a ser mais desprotegidos pela lei, em comparação aos servidores estatutários.

Outro aspecto negativo diz respeito ao aumento considerável dos números de acidente de trabalho:

O professor da Unicamp alerta ainda para o aumento dos riscos de acidentes de trabalho e cita o exemplo da Petrobras, que em uma década e meia mudou radicalmente o perfil dos contratados. Hoje, os terceirizados formam dois terços de toda a mão-de-obra da petroleira. “Essa expansão”, avalia, “coincide com uma elevação dos acidentes, inclusive fatais, registrados na companhia”. Antunes cita as experiências mal sucedidas na saúde, cuja febre de contratação de médicos sem vínculos empregatícios diretos com os estados e municípios foi incapaz de melhorar o atendimento à população. (ANTUNES, 2018)

Já que o terceirizado não tem a devida qualificação, por não ser pessoa treinada, quando ocupa o lugar de um concursado, que passou um período se aperfeiçoando, além de ter passado por uma capacitação, esses acidentes acontecem.

Dessa forma, espera-se que, um instrumento, como o concurso público, utilizado por várias nações ao longo dos séculos, e já reconhecido por suas características de promoção da isonomia, moralidade administrativa, impessoalidade e eficiência, além de estar previsto no maior diploma legislativo de um país, seja respeitado, assim como contida as ações que tentem burlar o seu efetivo cumprimento.

4. MEDIDAS PARA COMBATER A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO 9.507/2018

Tendo em vista, a manifesta inconstitucionalidade do Decreto 9.507/18, demonstrada nas seções anteriores, resta uma análise de possíveis medidas para combate do referido ato normativo contrário a Constituição Federal, em vigor.

Em primeiro lugar, o ato normativo do qual se trata é um decreto presidencial, que encontra limitações na lei, de ordem objetiva e subjetiva, ou seja, quem pode editá-lo e qual matéria poderá ser tratada por ele. Di Pietro aborda o tema:

Decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão. Quando produz efeitos gerais, ele pode ser:

1. regulamentar ou de execução, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;
2. independente ou autônomo, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01; assim mesmo, é uma independência bastante restrita porque as normas do decreto não poderão implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. (PIETRO, 2018, p. 282).

Isto posto, o decreto poderá ser de dois tipos, o de execução, expedido para fiel execução da lei, ou o autônomo, que regulamenta matéria que não está na lei, constituindo uma exceção ao ordenamento jurídico, já que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e mais ainda, a

Administração Pública, pelo princípio da legalidade, só pode fazer o que está adstrito na legislação.

Sendo assim, a Constituição Federal, no artigo 84 inciso V, dita quais são os dois casos em que esse decreto autônomo poderá ser expedido, veja-se:

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Como se sabe, com o Decreto expedido pelo ex-presidente Michel Temer, o que ocorreu foi a mudança na forma de provimento dos cargos públicos, estando aí contida a Inconstitucionalidade. Então, uma medida mais simples para seu combate, disponibilizada pela lei é a sustação, pelo Congresso Nacional, dos atos normativos editados pelo Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar. Esse é o comando do artigo 49, inciso V, da Constituição Federal:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. [...].

Não se pode olvidar, que o ato de sustar um decreto executivo, faz parte do controle que um poder estrutural pode exercer sobre outro, e advém da ideia de freios e contrapesos de Montesquieu, necessária para o bom funcionamento do sistema, e não deixando de ser um controle de constitucionalidade. Tema tratado por Valadão:

A sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional tem natureza de controle de constitucionalidade do tipo controle político. Veja-se que, para o Congresso Nacional sustar ato normativo do Poder Executivo, há que se configurar a exorbitância do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, a critério do Poder Legislativo. Em ambas as situações, é indubitável que se configura caso de inconstitucionalidade. Se um decreto presidencial vai além do que está previsto na lei, ou seja, exorbita do poder regulamentar, trata-se de inconstitucionalidade do decreto pela via indireta. (2002, p.290).

O Congresso Nacional poderia ter sustado o decreto, retirando seus efeitos, e a questão estaria resolvida. Entretanto, mesmo podendo fazer, em apenas uma

sessão, nenhuma medida, até agora, foi tomada, e está o Decreto 9507/18 em plena vigência, sendo usado como fundamento para contratações dos servidores terceirizados, pois a administração federal já começou a fazer essas terceirizações.

Vale ressaltar que, a segunda medida de combate ao decreto, dada pela lei, é o controle de legalidade das nomeações e contratações, feito pelo Tribunal de Contas da União, que tem várias atribuições, dentre elas, avaliar as contratações públicas, a legalidade das nomeações, tanto para os cargos temporários, como no caso dos concursos, e ainda em relação a contratação de servidores terceirizados. Justamente sobre isso aborda o artigo 71 da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Então, por exemplo, quando um servidor é nomeado o Tribunal de Contas avalia se aquela nomeação é legal, do mesmo modo, quando um servidor se aposenta o Tribunal de Contas avalia aquela aposentadoria. Nesta mesma linha:

Portanto, caberá ao Tribunal de Contas fiscalizar todos os atos relativos a pessoal, desde o ingresso do servidor e culminando com sua aposentadoria. Neste caso, a decisão do Tribunal de Contas não tem efeito meramente cartoral. A negativa de registro resulta de exame de legalidade e tem resultado terminativo, devendo o administrador desconstituir o ato impugnado pelo Tribunal, ficando, ainda, sujeito à aplicação da penalidade pela prática do ato ilegal. (LINHARES, 2008, p.14).

No caso do decreto, como se trata da contratação de pessoal através da terceirização, o Tribunal de Contas tinha que avaliar se essa terceirização é legal ou não. Mas, também, se encontra omissa sobre o assunto.

Dessa forma, com a omissão do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União, cabe ao Poder Judiciário via ação direta de inconstitucionalidade, em última instância, conter os efeitos desse ato normativo. Contudo, para isso, ele deve ser

provocado. Já que em um Estado Democrático de Direito, o zelo pela imparcialidade do processo determina a regra do impulso oficial.

O Controle de Constitucionalidade é um dos meios utilizados para conter normas que são contrárias a Constituição Federal. E tem como conceito capitaneado por Barroso:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema prevê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. (2016, p.23)

Isto posto, as regras vigentes no ordenamento jurídico devem ter compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, e caso isso não aconteça, cabe a utilização dos meios de controle, para retirada da vigência de espécies normativas inconstitucionais.

As fases constitucionais brasileiras vão desde o Constitucionalismo, que tem como ideia central a limitação do poder político, ou seja, uma das funções das Constituições é limitar o poder dos políticos. Até o neoconstitucionalismo, que tem a ideia de Texto Constitucional com caráter efetivo, de concretização dos Direitos Fundamentais, da hierarquia entre as normas, e principalmente da força normativa da Constituição, assim assevera Galvão:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição Quando não se controla as espécies normativas inferiores, para que estejam de acordo com o mandamento superior, está se enfraquecendo o neoconstitucionalismo, com sua ideia de força normativa Constitucional. Ela deve prevalecer seja em face de qual norma for. As normas hierarquicamente inferiores devem obedecer aos seus mandamentos. Ou então, esta não teria razão de ser. (GALVÃO, 2014, p.55).

A partir do momento que o Decreto Presidencial 9507/18, regulamenta uma matéria que modifica o Texto Constitucional, quando amplia os casos de

terceirização, a forma de provimento de cargos públicos muda, e com ele os órgãos vão contratando pessoal sem o respeito aos princípios administrativos, que estão postos, desfazendo toda lógica do ordenamento jurídico. E, portanto, deve ser alvo do controle de constitucionalidade.

Como ele é um ato normativo federal, dentro das espécies de controle concentrado, o adequado seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), pois o seu objeto é lei ou ato normativo federal ou estadual que está contra a Constituição Federal. Veja-se:

Os atos impugnáveis mediante ação direta de inconstitucionalidade são a lei e o ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a). A jurisprudência do STF vinha seguindo uma linha restritiva, exigindo que a norma impugnada em ação direta fosse dotada dos atributos de generalidade e abstração. (BARROSO, 2016, p.210).

Essas ações diretas de inconstitucionalidade analisam o ato normativo, e verificam se estão viciados ou não da inconstitucionalidade. Se ficar comprovado por decisão judicial a sua ocorrência, esses atos não mais produzem efeitos no ordenamento jurídico, vinculando o Poder Judiciário e toda a Administração Pública.

Os legitimados para propor esse tipo de ação se encontram no rol do artigo 103 da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vale ressaltar que, os legitimados dos incisos IV, V e IX, são chamados de especiais, pois precisam comprovar a pertinência temática na questão suscitada. Fora esses, todos os outros poderiam propor a ação de inconstitucionalidade contra do Decreto 9507/18, entretanto, nada foi feito.

Dessa forma, pode-se concluir que, até o momento, um decreto que modifica a forma justa e constitucional de provimento de cargos, mudou a forma como isso

acontece, e os órgãos já estão desistindo de realizar Concursos Públicos, terceirizado grande parte do serviço na Administração Pública. O que não pode ser admitido na vigente Ordem Constitucional de direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização é uma nova forma da linha de produção, que permite a uma empresa transferir a outra suas atividades-meio. No Brasil, a prática da terceirização ocorreu por muito tempo sem regulamentação, sendo que, a sua primeira legislação permitia a terceirização, somente, da atividade-meio.

Ocorre que, com o advento da reforma trabalhista, permitiu-se a terceirização das atividades-fim. A terceirização, que já era vista como instrumento que mitiga direitos dos trabalhadores, após a mudança legislativa, foi alvo de críticas mais veementes, sendo a questão levada ao STF, que em sede de ADI decidiu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim nas empresas privadas. Embora seja legal a terceirização, em nenhum momento a reforma trabalhista tratou da terceirização-fim na Administração Pública.

Entretanto, no dia 21 de setembro de 2018, o até então presidente Michel Temer, valendo-se da decisão do STF, sancionou o Decreto 9.507/2018, que alarga as hipóteses de terceirização na Administração Pública, sendo alvo de celeuma jurídica, já que se trata de uma norma infraconstitucional, a regulamentar matéria de competência da Constituição Federal.

A discussão relativa ao Decreto, trata de como ele altera a forma de provimento dos cargos públicos. Enquanto a Constituição Federal no seu art.37, II, prevê que a forma de provimento dos cargos efetivos será através do concurso público, os artigos 1º e 2º do decreto, atribuem a um Ministro de Estado a escolha dos serviços que poderão ou não, ser terceirizados. Outro ponto, seria a ausência de um rol que determinasse quais atividades são passíveis de terceirização, pois, antes do Decreto 9.507/18, a matéria era regulamentada pelo Decreto 2.271/97. Nele, os serviços que poderiam ser terceirizados eram enumerados, ainda que em rol exemplificativo. Todavia, não deixava margem para que o administrador terceirizasse atividades-fim da Administração.

A justificativa utilizada pelo até então presidente, foi a busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos e a economia de recursos, princípios que, na prática, não serão concretizados, constituindo uma fuga ao concurso público, e beneficiando empresas prestadoras de serviços, levando em conta que, os maiores prejudicados são os trabalhadores terceirizados, por terem salários menores do que o de servidores concursados, sem falar, no número de contratações que aumentou consideravelmente, constituindo o mesmo ônus financeiro ao Estado.

Vale salientar que, o direito público, está adstrito ao comando da lei, pelo princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Sem falar da tendência de abuso do poder, é função da lei e dos princípios, impor limites à atuação dos detentores de mandato eletivo ou cargo público, não podendo estes, ao contrário do que determina a Constituição Federal de 1988, determinar quais atividades serão terceirizadas.

Dessa forma, ao alargar os casos em que se autoriza a terceirização, o ex-presidente eliminou o concurso público, como forma de provimento de cargos efetivos. Contudo, essa situação só seria válida com a mudança expressa do Texto Constitucional, por meio de Emenda à Constituição.

Diante do exposto, a hipótese inicial foi testada, e este artigo conclui por vícios de inconstitucionalidade que maculam o Decreto 9.507/18, perante sua contradição ao Texto Constitucional.

Assim sendo, medidas cabíveis devem ser tomadas, para que a Administração não faça a contratação de pessoal de forma inconstitucional. A primeira delas seria a sustação, pelo Congresso Nacional, dos atos normativos editados pelo Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentar, o que não foi feito. A segunda medida seria o controle de legalidade das nomeações e contratações, feito pelo Tribunal de Contas da União, que é um órgão responsável pela fiscalização da Administração Pública em várias matérias, sendo uma delas, justamente a legalidade de suas contratações. Mas, também, se encontra omissa sobre o assunto. A última medida seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal contrário a Constituição Federal, que tem no art. 103 da Constituição em vigor, o rol de legitimados, infelizmente inertes sobre o assunto.

Por consequência, um decreto que exorbita do poder regulamentar e atinge o diploma legislativo de um país está em pleno vigor, sendo contratações ilícitas efetivadas pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Terceirização irrestrita no setor público estimula a corrupção.** Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/www.cartacapital.com.br/economia/terceirizacao-irrestrita-no-setor-publico-estimula-a-corrupcao/@@amp>. Acesso em 09.11.2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Brasil.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958.252.** Relator: Ministro Luiz Fux. Minas Gerais, 30 de agosto de 2018. Lex: Jurisprudência do STF e Tribunais.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado.** 2ª edição. São Paulo: Método, 2018.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituição de direito público e privado.** 13ª edição. São Paulo. Saraiva, 2005.

FORTINI, Cristiana. **O Decreto Federal 9.507/18 e a terceirização na administração: primeiras impressões.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-27/interesse-publico-decreto-federal-950718-terceirizacao-administracao-publica>. Acesso em: 09.11.2019.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LINHARES, Rosângela Teresinha Camargo. **O Exame dos atos de Pessoal pelos Tribunais de Contas.** Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca_eletronica/monografias/direito/O%20EXAME%20DOS%20ATOS%20DE%20PESSOAL%20PELOS%20TRIBUNAIS%20DE%20CONTAS.pdf. Acesso em: 10.11.2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 12ª edição. São Paulo. Saraiva, 2017.

MOTTA, Silvio. **Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões.** 27ª edição. São Paulo. Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2º edição. São Paulo. Método, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2º edição. São Paulo. Manole, 2019.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos Concursos Públicos**. São Paulo. Dialética, 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Terceirização na Administração Pública**.

Fórum de Contratação e Gestão

FCGP. Belo Horizonte, ano 12, n. 139, jul. 2013. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI.0006>. Acesso em: 09 nov. 2019.

In:
Pública –

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional com base no artigo 49, inciso V, da Constituição de 1988**. *In:* Revista de Informação Legislativa. Ano. 38, n. 153. pp. 287-301 jan-mar. de 2002. Brasília: LTr,

ZAINAGHI. Luiz Guilherme Krenek. **A evolução da terceirização: Da 2ª guerra mundial à lei 13.467/2017**. <www.revistadostribunais.com.br> 09.10.2019.