

O NOVO DECRETO 9.507/2018 E A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Caroline Martynetz

Graduanda em Direito pela UFPR

Estagiária na Justen, Pereira, Oliveira & Talamini

1) Introdução

A discussão sobre a terceirização tem tido enfoque nos últimos tempos principalmente no âmbito do Direito do Trabalho, em decorrência da Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017. Contudo, este debate também tem relevância para o Direito Administrativo. Um aspecto fundamental se relaciona com os limites à terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, controvérsia que ganhou destaque com a edição da Súmula 331/TST¹.

A terceirização na Administração Pública é uma questão que gera debates desde a promulgação da Constituição de 1988. Ultimamente, em linhas gerais, prevalece o entendimento de que é vedada a terceirização de “atividades-fim” entre aquelas desempenhadas pela Administração, cabendo apenas a terceirização de “atividades-meio”.

Até o fim de setembro deste ano, vigorou o Decreto 2.271/1997, que versava sobre a execução indireta das atividades exercidas pela Administração. Após mais de 20 anos de vigência, houve sua revogação e edição do novo Decreto 9.507/18, dando novamente destaque à questão.

2) O conteúdo do Decreto 2.271/1997

Na vigência do Decreto 2.271/1997, e à luz de toda a disciplina constitucional e legal existente, consolidou-se o entendimento de que apenas atividades-meio poderiam ser terceirizadas.

¹ Conforme observa Marçal Justen Filho: “(...) A partir da orientação constante na Súmula 331 do TST de não ser viável o reconhecimento de vínculo trabalhista entre a Administração Pública e prestadores de serviço não concursados, extraiu-se o entendimento de que seria juridicamente vedado à dita Administração promover a contratação de prestadores de serviços. Mais ainda, a Justiça do Trabalho consagrou a orientação de que seria cabível a terceirização apenas de atividades-meio, sem que fosse cabível aquela das atividades-fim” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 860).

Em linhas gerais, o Decreto 2.271/1997 dispunha em apenas onze artigos quais serviços poderiam ser objeto de execução indireta, mediante terceirização pela Administração Pública. Resumidamente, só poderiam ser executados pela via indireta os serviços que não adentrassem nas categorias funcionais de cada órgão ou entidade da Administração Pública.

Assim, o Decreto 2.271/1997 previa, de maneira explícita, a autorização da execução indireta de *“atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”* (art. 1º).

Nessa linha, o §1º do art. 1º previa que seriam preferencialmente objeto de execução indireta as *“atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”*.

Ademais, o § 2º previa não caber a execução indireta relativamente às *“atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”*.

Ainda, o Decreto 2.271/1997 regulamentava a forma da contratação, estabelecendo as exigências e elementos que deveriam constar do edital de licitação, apresentando quatro vedações: i) indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos, ii) caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra, iii) previsão de reembolso de salários pela contratante, iv) subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.

3) O Decreto 9.507/2018 e as alterações em relação ao anterior

O Decreto 9.507/18, publicado no DOU no dia 24 de setembro, revogou o Decreto 2.271/1997.

Um pouco mais extenso, o Decreto recém-publicado trouxe novamente em destaque a questão controvertida da terceirização na Administração Pública. Diversos dispositivos são equivalentes às disposições do Decreto anterior. Porém, há modificações importantes na nova disciplina.

3.1) O objeto e o âmbito de aplicação

Inicialmente, o Decreto esclarece que seu objeto é a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração. Ainda, indica seu âmbito de aplicação: serviços da administração pública federal direta, autárquica e

fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

3.2) Exclusão do rol de serviços e atribuição de competência

Diversamente do Decreto 2.271/1997, que apresentava um rol dos serviços que preferencialmente deveriam ser terceirizados, o Decreto 9.507/2018 aponta os casos em que a terceirização é vedada. Nos termos do art. 3º, é vedada a execução indireta dos 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.

Portanto, ao se limitar a apresentar vedações à execução indireta, o Decreto 9.507/2018 abre espaço para que o administrador, conforme sua interpretação e com base nos critérios pertinentes, respeitando a legislação vigente, defina qual atividade pode ser executada de maneira indireta ou não. De todo modo, permanece a regra do §1º do art. 3º, que tem equivalência com o art. 1º do Decreto 2.271/1997, que prevê o cabimento de terceirização dos “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios”.

Aliás, a própria disciplina do Decreto 9.507/2018 confirma a atribuição de competência para a especificação dos serviços aptos a serem terceirizados. Dispõe o artigo 2º do Decreto 9.507/2018: “*Ato do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecerá os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta mediante contratação*”.

Anteriormente, não havia competência equivalente expressa: a definição dos serviços que preferencialmente seriam terceirizados constava do próprio art. §1º do art. 1º. Ou seja, o novo Decreto, ao invés de apontar alguns casos mais evidentes em que a terceirização é possível, atribui ao Ministro do Planejamento a competência para indicar tais serviços.

No que se refere à atribuição e competências, o art. 8º do Decreto 2.271/1997 previa que “*O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado expedirá, quando necessário, normas complementares ao cumprimento do disposto neste Decreto*”. Essa regra permanece: está contida no art. 15 no Decreto 9.507/2018.

O texto do novo Decreto pode gerar certa insegurança quanto à extensão da competência do Ministério do Planejamento para definir quais atividades poderão ser objeto de execução indireta. De todo modo, cabe lembrar que há a atribuição de competência para a indicação dos serviços que *preferencialmente* serão objeto de execução indireta.

3.3) Exigências e formalidades para a contratação

Ademais, no regime anterior exigia-se a aprovação prévia de um plano de trabalho por autoridade máxima do órgão ou entidade, além de definição expressa no edital de licitação de qual seria o objeto da contratação.

O Decreto 9.507/2018 contém disciplina parcialmente diversa, estabelecendo uma grande quantidade de regras sobre a disciplina dos editais e contratos desses serviços (art. 6º e ss).

3.4) A contratação em empresas públicas e sociedades de economia mista

Talvez a maior mudança do Decreto 9.507/2018 diga respeito à contratação por empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Decreto 2.271/1997 apenas previa a disciplina da contratação por estas agentes por meio de “*resoluções do Conselho de Coordenação das Empresas Estatais*”. Já o Decreto 9.507/2018 apresenta uma série de regras sobre o tema, e, sobretudo, a previsão expressa de quais ocasiões será possível a execução indireta. Nesse sentido, o art. 4º prevê que “*não serão objeto de execução indireta os serviços que demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários*”.

Porém, tendo como referência os princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade, abre-se a exceção para a contratação de terceiros nos casos de: 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*.

3.5) As vedações previstas

Por fim, o novo Decreto prevê vedação de caráter geral inexistente no Decreto 2.271/1997. Impede a contratação quando houver administrador ou sócio de empresa pública ou sociedade de economia mista com poder de direção tiver relação de parentesco com i) *detentor de cargo em comissão ou*

função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou ii) autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

4) Conclusão

Ao contrário do Decreto 2.271/1997, o novo Decreto 9.507/2018 não prevê ele próprio os serviços que preferencialmente devem ser contratados para execução indireta (ou terceirizados). Nesse sentido, parece disciplinar a questão da execução indireta da Administração Pública mediante contratação por critérios negativos, dadas as particularidades da terceirização. Ao invés de dispor, de forma específica, quais serviços podem preferencialmente ser contratados para execução indireta, prevê as situações em que não cabe a terceirização, atribuindo ainda a competência para o Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabelecer os serviços que preferencialmente serão objeto de execução indireta mediante contratação.

Como dito, talvez a diferença mais relevante do Decreto 9.507/2018 seja o estabelecimento de regras sobre essas contratações no âmbito de empresas públicas e sociedades de economia mista.

De todo modo, permanecem relevantes as discussões sobre os limites da terceirização na Administração Pública, os serviços passíveis de serem terceirizados, a contratação por concurso público etc.

Informação bibliográfica do texto:

MARTYNETZ, Caroline. O novo Decreto 9.507/2018 e a terceirização de serviços na Administração Pública. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 140, outubro de 2018, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data]