

SE EXISTE CARGO, PROIBIDA A TERCEIRIZAÇÃO. ISSO É SEMPRE RAZOÁVEL E CONVENIENTE ?

Ivan Barbosa Rigolin
(mai/26)

I - Vem se repetindo ultimamente a deliberação de tribunais, tanto de justiça quanto de contas, que ampla e generalizadamente veda a contratação de terceiros, particulares, sejam empresas, sejam prestadores individuais de serviço, para trabalhos ou para exercer funções equivalentes a de cargos (ou empregos) de carreira existentes nos quadros da Administração pública.

Como exemplo cite-se o Acórdão nº 987/26, Plenário, do e. Tribunal de Contas da União, cuja ementa reza:

Contrato Administrativo. Terceirização. Vedação. Cessão de mão de obra. Serviços. Plano de carreira. Categoria profissional. A superposição de funções entre os terceirizados de empresa contratada em regime de dedicação exclusiva de mão de obra e os servidores ou empregados de carreira da entidade pública contratante caracteriza infringência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a regra do concurso público, bem como ao art. 3º, inciso IV, do

Decreto 9.507/2018, o qual proíbe a execução indireta de serviços que sejam inerentes às categorias funcionais do plano de cargos, independentemente de haver ou não subordinação direta ou poder de decisão.

Comentemos brevemente esta decisão do e. TCU.

II - Muito respeitosamente, pela sua generalidade não nos convence esta supratranscrita decisão do e. Tribunal de Contas da União. A ideia central é compreensível e defensável, mas a *generalização* da proibição que consigna, como quase todas as generalizações que se produzem no planeta e no direito, francamente não se sustenta.

Em primeiro lugar recorde-se que o e. TCU delibera apenas para os seus circunscicionados, sujeitos à sua fiscalização e ao seu controle externo, e a nenhum outro órgão ou entidade pública senão as federais. Nenhum Estado, nem o Distrito Federal, como nenhum Município, está vinculado por qualquer forma ou raciocínio ao que delibera o e. TCU ao apreciar contas públicas federais.

Em segundo lugar, uma decisão que ao lado do art. 37 da Constituição cita um decreto federal como fundamento, só por isso, decai em sua credibilidade. Ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, inc. II) e um decreto federal constitui, nesse sentido, uma *paupérrima* fonte de direito.

Decreto, como insistia o saudoso Geraldo Ataliba, só obriga funcionário. Citar um decreto como fonte de obrigação ou de proibição é algo que na ciência do direito não se sustenta.

Respeitosamente, não se sustenta *nem na esfera dos circunscicionados*, porque o Presidente da República pode mudar de ideia um dia e simplesmente revogar o decreto que ele ou outro Presidente editou.

Ou pode assumir outro Presidente eleito, e o seu primeiro ato pode ser o de remeter ao espaço o decreto, como se troca de roupa ou de sapato. E sem a mínima alteração do direito substantivo, porque, assim como o decreto não criou direito, a revogação do decreto não pode prejudicar o direito - que ele não criou.

III - Prosseguindo, afirmar que a regra do concurso público obriga a os entes públicos a somente admitir servidores concursados (ou em comissão para as funções constitucionalmente admitidas) á argumento que também infelizmente não justifica esta decisão do e. TCU.

Quem, pessoa pública, quiser admitir e manter servidores permanentes, esse ente, sim, deverá promover concurso público. Para a Administração não existe alternativa, seja qual for o regime jurídico existente.

Mas e os entes que *não quiserem manter servidores permanentes em determinadas funções*, esses estariam obrigados a, contra sua vontade e contra a conveniência local, abrir concurso para ter servidores ? Onde isso está escrito ?

Onde no ordenamento jurídico e de que modo a simples existência da regra de admissão de servidores permanentes, admissíveis por concurso, *obriga em qualquer caso a existência desses servidores ?*

A Administração pública não pode contratar serviços ? Não existe acaso no país uma vasta legislação sobre o tema, que dá as regras da contratação, da terceirização de funções e da 'privatização' da execução dos serviços públicos ?

Então é ou passou a ser proibido ao Estado utilizar-se da lei de licitações para contratar todo e qualquer serviço público que não represente função exclusiva ou privativa do Estado ? Desde quando, como, onde e por que ? Não existe, nunca existiu e dificilmente existirá porque a Administração precisa andar para a frente e não para trás ...

Funções exclusivas e/ou privativas de Estado são aqueles que só em si e pela sua natureza são proibidas ao particular de exercer. Alguém imagina uma licitação para contratar um juiz ou um promotor por contrato administrativo ? Ou uma empresa de diplomacia ? Ou delegacias de polícia, com delegados admitidos pela lei de licitações ?

Faz sentido pensar em licitar uma empresa que calcule e lance os impostos contra os contribuintes ? Ou contratar uma empresa que desempenhe as funções da receita federal ?

Essas, e muito poucas mais, são as denominadas funções exclusivas de Estado, insuscetíveis de provimento senão por servidores admitidos por concursos públicos, e

insuscetíveis de prestação senão pelo próprio Estado na sua expressão mais primária.

Mas e o resto, e as milhares de funções públicas que não exigem o próprio Estado a executar, essas por acaso não podem ser terceirizadas ? O fenômeno da terceirização da funções públicas - isso ainda será estranho para alguém, em 2.026 ?

Conhecem-se ocasionais pruridos preciosistas a pretender que muitas funções exercidas pelos entes públicos exigem prestação direta pelo Estado, e inadmitem terceirização. Estão absolutamente desacreditados, e hoje constituem *parolagem flácida para dormir bovinos*, ou, dizendo de outro modo, *pelo em ovo, chifre em cabeça de cavalo ou coelho neste mato*, sobretudo após a definitiva jurisprudência da mais alta corte de justiça.

IV - Com efeito, já há tempo que se firmou a jurisprudência superior, a começar pela do e. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a ampla terceirização das funções públicas é ampla e indiscriminadamente lícita, admissível e regular.

O que não se terceiriza é função privativa do Estado, exclusivamente estatal, definidora e sinônima do próprio Estado, e dele nodular e inseparável - e são muito poucas, surpreendendo este alquebrado escriba se chegarem a uma dúzia no Brasil.

Essa realidade até uma criança compreende sem maior dificuldade: terceirizar certas funções de Estado seria o mesmo que licitar uma empresa que exercesse a presidência da

República, ou a função legislativa, ou o controle das contas públicas, ou a função judicial. Soa como piada ou gracejo.

Observe-se que a mera função policial, ou a função de administrar presídios, ou a ministração da educação e do ensino de qualquer nível, ou a manutenção dos transportes e das estradas, ou a prestação de quaisquer serviços de saúde, nada disso está incluído entre as funções privativas do Estado, e assim podem ser e são cada vez mais definitivamente terceirizadas em todo o mundo.

São-o de fato, e já a tal ponto que, se por algum motivo que a imaginação custa a conceber alguns desses serviços subitamente precisassem voltar à prestação direta pelo poder público, *ipso facto* e *ex-abrupto* eclodiria cataclismo e dar-se-ia um trauma no seio do Estado, pelo simples inexercício, há décadas, daqueles trabalhos.

O Estado, ninguém duvide, a esta altura *perdeu a mão* de as exercer diretamente, pela mera e antiga transferência à iniciativa privada. Algum ente público de certo porte realiza diretamente a manutenção e a conservação das suas instalações ? Jamais, e nem lhe passa isso pela cabeça !

Ainda existem funções e serviços que se colocam em zona cinzenta, a ponto de não se saber se são, ou se devem ser, exclusivamente estatais ou se podem ser terceirizados, porém a cada dia que passa a tendência de admitir a terceirização é mais nítida, o que alivia e tranquiliza a consciência de quem a tem.

Sim, porque o Estado, por seus próprios meios, mal consegue manter a sua cozinha, a sua garagem ou o seu

almoxarifado. E serviço mais mal exercido que o do próprio Estado é algo que refoge à nossa visão.

Quanto mais terceirização, em princípio, muito melhor será para todas as populações do planeta, em todas as funções que não ameacem a própria figura do Estado, sem a qual, reconheça-se, não existe vida social civilizada.

O Estado mínimo, que apenas controle o exercício das funções públicas por particulares, é o ideal, enquanto não puder ser ainda menor que aquilo - mas, e ninguém se iluda, precisa existir.

V - Nessa esteira de se procurar saber o que pode ser terceirizado - e é quase tudo -, o e. Supremo Tribunal Federal decidiu na ADPF nº 1.037 que os Municípios não são obrigados a instituir Procuradorias Municipais, tendo liberdade de conformação de seu quadro nesse aspecto. Apenas se instituírem Procuradoria, então o provimento dos respectivos cargos efetivos de Procurador há de ser por concurso público. Ou os respectivos empregos permanentes, dizemos nós, em caso de o regime jurídico único municipal ser o da CLT.

Podem os Municípios no entanto *não instituir* Procuradoria, e contratar escritórios particulares de advogados, ou mesmo advogados autônomos, para defendê-los ou representá-los em juízo.

Fora tão insubstituível o cargo efetivo de carreira, de Procurador, então isso jamais seria expressamente admitido pelo Supremo Tribunal, como o foi na recente ADPF 1.037.

Agora fora da advocacia, imagine-se se um pequeno Município, de três ou oito mil habitantes, que recebeu verba estadual ou federal para edificar uma importante, complexa e cara obra, deveria confiar o trabalho de elaboração do projeto, e o trabalho de acompanhamento da execução do contrato, ao seu engenheiro ou ao seu arquiteto - se acaso tiver algum deles. É exigível daqueles profissionais uma tal responsabilidade ?

Ou vamos para o outro extremo: imagine-se se a Prefeitura de São Paulo, com seus três Uruguais e meio de população nos seus 1.500 Km², precisaria entregar a elaboração do projeto e o acompanhamento da execução de uma obra como uma nova *linha de metrô* ao seu corpo de - qualificados e irrepreensíveis - engenheiros de carreira.

E entre as atribuições daqueles engenheiros pode constar a de elaborar projetos de obras, porque isso é próprio da sua carreira e da sua formação profissional.

Então, acaso os engenheiros de carreira da Prefeitura estão ou estariam, ou poderiam estar, obrigados a realizar um trabalho desses ?

Ora, pela decisão do e. TCU talvez seja possível assim concluir. Se existem cargos de carreira, então o exercício das suas respectivas atribuições não pode ser objeto de terceirização ... é o que da decisão se lê.

VI - Outros exemplos. Se na Prefeitura existem servidores de carreira - Pintores -, então só por isso estariam obrigados a realizar quaisquer pinturas, como a pintura externa de

imensos edifícios públicos, ou pontes gigantescas, serviços esses de alto risco operacional e grande dificuldade intrínseca ? Está proibida a terceirização nesse caso ?

Se numa gigantesca organização pública que conta com mais de dois mil veículos de todo porte, e que dispõe de mecânicos de carreira, então esses mecânicos poderiam ser obrigados a se responsabilizar pela manutenção de toda a frota, que constitui um serviço simplesmente gigantesco e exaustivo como poucos ? Esse serviço acaso estaria proibido de ser terceirizado, no todo ou em parte ?

Os exemplos se multiplicariam, se isso fora necessário.

VII - Em final esumo o que se combate na supracitada decisão do e. TCU não é a sua pertinência temática, nem a sua evidente correção quanto a proteger o erário da despesa acaso excessiva nas terceirizações de funções que já existem internas ao quadro de pessoal.

O que não convence na decisão, respeitosa e francamente, é a *generalização* contida na pretendida ordem, a generalidade quase absoluta que da sua redação o aplicador pode extrair, e é de esperar que extraia.

Sabe-se que raramente alguma generalização absoluta, em matéria de administração pública, para em pé diante das multifárias e infinitas circunstâncias com as quais o Estado se depara diuturnamente.

Nelson Rodrigues alinhou que *toda unanimidade é burra*, e *mutatis mutandis* se poderia enunciar que no universo da Administração pública dificilmente algum radicalismo, alguma regra absoluta, algum comando que inadmita exceção e acomodamento circunstancial, dá certo, e opera o resultado que o seu autor colimou. No poder público a regra absoluta, se existir, é *avis rara*.

No caso presente a regra, por óbvio, acerta predominantemente, porém se for tida como um comando absoluto e por completo inegociável irá malograr num sem-número de casos concretos.

Há de ser havida e aplicada, pensamos, com rigoroso cuidado e observância das necessidades que a cada caso se apresentem na realidade a da Administração, pois que esse - auxiliar, manter fiscalização construtiva e bem parametrar - e não outro é o papel das entidades de controle dos atos de gestão do poder público, algo que de resto tão bem exerce o e. Tribunal de Contas da União.