

TERCEIRIZAÇÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: REFLEXOS DE UMA DISTINÇÃO

Lucas Pessôa Moreira¹

Resumo: Neste artigo, parte-se da análise da terceirização de serviços pela Administração Pública e dos contratos de gestão celebrados com entidades qualificadas como organizações sociais para, então analisar a relevância de suas distinções na responsabilidade do poder público pelas obrigações trabalhistas que lhe são decorrentes.

Palavras-chave: parcerias; terceirização; organizações sociais; legalidade; responsabilidade por obrigações trabalhistas.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Parceria da administração pública; 3 – Terceirização de Serviços; 4 – Terceirização na Administração Pública; 5 – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública; 6 – Terceirização e organizações sociais; 7 – Terceiro setor e organizações sociais; 8 – Serviços prestados pelas organizações sociais; 9 – Natureza da relação firmada com as organizações sociais; 10 – Controle das organizações sociais; 11 – A gestão dos serviços pelas organizações sociais; 12 – A distinção também é considerada; 13 – Considerações finais; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

A ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados se deve a fatores políticos e sociais externos ao Direito. Ocorre que esta

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

omissão legislativa impacta diretamente a atividade de juristas, empregadores e trabalhadores, que devem, então, atuar em cenário de alta insegurança jurídica. Visando a suprir tal vazio legislativo o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal vêm estabelecendo balizas interpretativas sobre a matéria.

Pretende-se neste trabalho analisar, confrontar e questionar algumas dessas decisões, com apoio de doutrina autorizada, especialmente quanto às consequências jurisprudenciais da inserção no ordenamento brasileiro da figura do contrato de gestão com organizações sociais.

2. Parcerias da administração pública

Parceria é o vocábulo utilizado por DI PIETRO para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Ainda segundo a autora, a parceria pode ser utilizada como: (i) forma de *delegação* da execução de serviços públicos a particulares; (ii) meio de *fomento* à iniciativa privada de interesse público; (iii) forma de *cooperação* do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública; (iv) instrumento de *desburocratização*².

3. Terceirização de serviços

Instrumento principal das parcerias utilizadas como forma de cooperação do privado na execução de atividades próprias do público é a *terceirização*, que, no Direito do Trabalho, consiste basicamente em forma de contratação de força de trabalho sem o estabelecimento de relação jurídico-empregatícia direta com o trabalhador, podendo envolver tanto a produção de bens quanto a prestação de serviços, sendo que sobre esta centralizaremos as atenções deste trabalho.

A terceirização de serviços ocorre quando uma empresa em vez de executar os serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa, para que esta os realize com o seu pessoal e sob a sua respon-

2 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, p. 24.

sabilidade. Há três pessoas envolvidas na relação jurídica: *trabalhador*, *empresa prestadora de serviços* e *empresa tomadora de serviços*. A relação é triangular, portanto. O vínculo empregatício ocorre entre trabalhador e empresa prestadora de serviços, embora esse trabalhador preste serviços em outro local, qual seja, na empresa tomadora.

O desenvolvimento da terceirização promoveu profundas modificações nas clássicas relações de trabalho, tanto no âmbito privado quanto no público, pois o modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação essencialmente bilateral, expresso nos arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da CLT. Devido a tal choque com a estrutura teórica e normativa original do direito trabalhista a terceirização sofre restrições doutrinárias e jurisprudenciais, que tiveram o papel de traçar os contornos no instituto no direito brasileiro, ante a insuficiência de legislação específica sobre o tema.

Apenas nas últimas três décadas do segundo milênio a terceirização assumiu relevo nas relações trabalhistas. Posteriormente, portanto, à elaboração da CLT, de 1943, que faz menção a apenas duas figuras na qual existe a subcontratação de mão de obra: a empreitada e a sub empreitada. Tais situações inegavelmente podem ser enquadradas em hipóteses de terceirização, mas sua especificidade impediu que de seu regramento pudesse ser tomado como regra para as diferentes situações de intermediação de mão de obra de uma sociedade cada vez mais complexa.

Ao fim da década de 1960 é que a legislação passa a abordar adequadamente o fenômeno da terceirização como hoje o conhecemos. Tratando, entre outros temas, da contratação de serviços pela Administração Pública, em 25 de fevereiro de 1967 foi elaborado o Decreto-Lei nº 200, expedido no quadro da reforma administrativa intentada no âmbito das entidades estatais da União, que em seu Capítulo III, que trata da *descentralização*, determinou que:

“Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...]”

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará

desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de execução.”

Com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina pública, a terceirização surge como um recurso de gestão fundamental em uma época em que se buscava a redução de custos aliada à eficiência e especialização. Sustentou-se que o Estado, ao terceirizar, acabaria reduzindo a burocracia estatal, podendo focalizar suas forças no desenvolvimento apenas das atividades em que é especializado, deixando as atividades secundárias nas mãos dos particulares.

O diploma era, de certo modo, uma indução legal à terceirização de “tarefas executivas” no âmbito da Administração Pública³, embora não se soubesse ao certo que tarefas seriam essas. Daí o advento da Lei nº 5.645/1970, que, no parágrafo único de seu artigo 3º, definiu quais seriam essas atividades ao dispor que “as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato”⁴. Trata-se de rol exemplificativo cuja extensão encontra limites na necessidade de que tais atividades digam a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio.

A legislação trabalhista não tardou, também, a reger algumas das novas situações nas quais se verificava uma relação trabalhista de terceirização, através da Lei do Trabalho Temporário, Lei nº 6.019/1974, e, posteriormente, da Lei nº 7.102/1983, que autoriza a terceirização do trabalho de vigilância bancária em caráter permanente⁵.

Contudo, a incorporação cada vez mais ampla da terceirização da força de trabalho, como forma de dinamizar os serviços nas em-

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 439

4 Tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 9.527/97, que redefiniu as atividades possíveis de terceirização.

5 Importante notar que a hipótese legal da Lei nº 7.102/83 foi relativamente ampliada através da Lei nº 8.863, de 1994, que autoriza a terceirização permanente para a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga.

presas, tomou proporção superior às restritivas hipóteses permissivas contidas nos diplomas acima mencionados, a despeito da inexistência de texto legal prevendo o afastamento do modelo empregatício básico bilateral⁶.

Em esforço hermenêutico na busca da compreensão da natureza do processo de terceirização, e seus limites, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula de jurisprudência uniforme nº 256, de 1986, e, revendo-a, a nº 331, de dezembro de 1993. Com redação anterior à Constituição de 1988, a Súmula nº 256 previa:

“salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Qualquer atividade de terceirização que não se enquadrasse nas exceções legais exaustivamente elencadas na redação da Súmula nº 256 do TST implicaria, automaticamente, o estabelecimento de uma relação de emprego direta entre o tomador dos serviços e o trabalhador, pois foi mantido como regra geral o clássico modelo empregatício bilateral constante da CLT. A orientação, fortemente limitativa, comprometia sua absorção pelos operadores jurídicos. Além disso, a partir da exigência de aprovação prévia em concurso público como requisito para a investidura em cargo ou emprego público, prevista na Constituição de 1988, não era mais possível a aplicação dos efeitos previstos na súmula em terceirizações efetuadas por entidades públicas.

Em fins de 1993, operou-se a revisão da Súmula nº 256, de 1986, através da Súmula nº 331 do TST. Ampliaram-se as hipóteses de terceirização, incluindo as atividades de conservação, limpeza e outras ligadas à atividade-meio do tomador do serviço. Adequaram-se os efeitos ao texto constitucional, ao ressaltar que a terceirização irregular não geraria vínculo direto com a Administração Pública⁷. Previu-se a

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. Cit.* p. 438.

7 Importante observar, no ponto, o teor da Orientação Jurisprudencial 321 da SDI-I do TST: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos

responsabilização subsidiária por parte do tomador de serviços, em caso de inadimplemento do prestador dos serviços. Para CARRION, “a Súmula 256 do TST foi um freio à terceirização; a 331, um estímulo e uma concessão à realidade”⁸.

Em 2000, o inciso IV recebeu nova redação, através da Res. nº 96/2000, do TST, que esclarecia que a responsabilidade subsidiária ali prevista também abrangia a Administração Pública. Sua redação atual foi, contudo, estabelecida apenas após o julgamento da ADC nº 16, através da Res. nº 174/2011, que acrescentou os incisos V e VI, além de alterar o inciso IV, da Súmula nº 331, do TST, que determina:

“I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 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.

serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/88.”

8 CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 289.

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

As situações-tipo de terceirização lícita estão, assim, assentadas pelo texto da Súmula nº 331, TST. São elas, em suma: trabalho temporário regrado pela Lei nº 6.019/74; atividades de vigilância regidas pela Lei nº 7.102/83; atividades de conservação e limpeza; e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Salvo no caso do trabalho temporário, a terceirização somente poderá abranger a prestação de serviços relacionados à atividade-meio do tomador de serviços. GODINHO define *atividades-meio* como “as funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo”⁹. Há, também, a necessidade de que sejam serviços especializados. A razão de tal previsão, seguindo Abdala, “Foi para se coibir a terceirização generalizada e fraudulenta que, em primeiro lugar, se referiu a serviços especializados”. Prosseguindo, o autor define melhor o alcance da expressão: “Significa isso que a prestadora de serviços tem que ser empresa especializada naquele tipo de serviço; que tenha capacitação e organização para a realização do serviço a que se propõe”¹⁰. Deve, ainda, inexistir pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador e tomador de serviços, exceto no caso de trabalho temporário. A vedação à pessoalidade e subordinação direta ocorre, pois, quando se está realmente diante de um contrato de prestação de serviços o que interessa ao tomador é pura e simplesmente o resultado do trabalho e não quem, como e quando o executa¹¹.

Em caso de terceirização ilícita a Súmula nº 331 do TST prevê como efeito jurídico a formação do vínculo trabalhista diretamente entre trabalhador e tomador dos serviços. Incide o art. 9º da CLT, sendo nulo o contrato mantido pelo prestador com o trabalhador e reconhecido o vínculo

9 DELGADO, Mauricio Godinho. *Ob. Cit.* p. 452.

10 ABDALA, Vantuil. *Terceirização: normatização, questionamentos*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

11 *Idem, ibidem*.

empregatício entre este e o tomador, à luz dos arts. 2º e 3º, da CLT¹². Em tais casos, tomador de serviços e prestador de serviços serão solidariamente responsáveis pelo adimplemento dos direitos trabalhistas do trabalhador.

Sendo a Administração Pública a tomadora dos serviços, não se forma o vínculo direto com o trabalhador, divergindo a jurisprudência entre a aplicação do entendimento de que são devidos ao trabalhador o pagamento da contraprestação pactuada e os depósitos do FGTS, nos termos da Súmula nº 363 do TST¹³, ou a aplicação do raciocínio encontrado na OJ 383 da SDBI-1, do TST, que, buscando conferir um tratamento mais isonômico ao trabalhador, determina o pagamento das mesmas verbas devidas a empregado contratado pelo tomador de serviços em igualdade de funções¹⁴.

Em terceirizações lícitas, mantém-se intocada a relação triangular entre o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços. Contudo, mesmo em tais casos, a Súmula nº 331 do TST determina que o tomador dos serviços poderá ser responsabilizado, subsidiariamente, a arcar com os direitos trabalhistas. Surge, então, a indagação de como é possível responsabilizar alguém que aparentemente respeitou a lei, já que a responsabilidade não se presume.

Respondendo à indagação, CASSAR considera que “a pedra de toque para responsabilizar os contratantes é o art. 9º da CLT, que considera praticado em fraude à lei todo ato que vise à impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos previstos na CLT”¹⁵. Com base em tal dispositivo,

12 A nulidade reconhecida não isenta de responsabilidade a empresa prestadora de serviços que concorreu com a fraude, pois, por força do art. 942 do Código Civil, responderá essa solidariamente pelas verbas contratuais devidas ao trabalhador.

13 Súmula 363 - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

14 OJ 383 da SDBI-1 - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

15 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2016. p. 510.

o empregador que deixa de adimplir os direitos trabalhistas de seu empregado comete ato ilícito, e o tomador dos serviços abusa do direito de terceirizar, pois deveria fiscalizar o cumprimento do contrato e escolher melhor as empresas intermediadoras de mão de obra. De acordo com o art. 187 do Código Civil, o abuso do direito equipara-se ao ato ilícito que é o fato gerador da responsabilidade civil. Assim, seguindo tal raciocínio, mesmo nos casos de terceirização regular o tomador dos serviços deve responder subsidiariamente.

4. Terceirização na Administração Pública

Embora a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, inciso II, proíba a Administração Pública de contratar empregados sem a prévia aprovação em concurso público, não é vedado aos órgãos da Administração celebrarem contratos de prestação de serviços com empresas particulares. Assim, é constitucional a terceirização por entes públicos, de maneira que o já citado Decreto-lei no 200/1967 foi recepcionado pela Constituição de 1988, autorizando a Administração Pública Federal a recorrer, sempre que possível, à execução indireta de tarefas mediante contrato.

A Constituição trouxe, ainda, no inciso XXI do art. 37, fundamento para a contratação de serviços ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação, embora DI PIETRO afirme que “É evidente que o intuito do legislador não foi o de inovar – pois tais contratos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta”¹⁶. Tal determinação constitucional foi regrada, em 22 de julho de 1993, através da Lei nº 8.666, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 8.666/1993, seu objeto é estabelecer normas gerais sobre, entre outras coisas, contratos administrativos pertinentes a serviços no âmbito da União, Estados e Municípios. Seu art. 6º, II, define serviços como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, fornecendo, como exemplo, os serviços de “demolição, conserto, instalação, montagem,

16 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Ob. Cit.* p. 225.

operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

A natureza das atividades que podem ser terceirizadas no âmbito dos órgãos e entes públicos federais é atualmente traçada, pelo Decreto nº 2.271/1997, editado substituição à revogada Lei nº 5.645/1970 para regulamentar o disposto no § 7º do art. 10 do DL nº 200/1967, que define em seu artigo 1º que “poderão ser objeto de execução indireta as tarefas acessórias, instrumentais e complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”, merecendo destaque o § 2º, do art. 1º, que estabelece que “Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”¹⁷.

Observa-se que o ordenamento jurídico pátrio cuidou em reger a atuação administrativa de maneira a possibilitar a contratação de serviços para execução indireta de determinadas atividades, buscando o maior foco do Estado no que parte da doutrina denomina de atividade-fim, de maneira a reduzir os custos das atividades do Estado evitar o inchaço da máquina pública. Assim, é ponto comum afirmar a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta terceirizar serviços relacionados à sua atividade-meio. Em estudo do tema, SOUTO afirma:

“A regra é que, para atividades permanentes, seja criado, por lei, um cargo e provido por um servidor selecionado através de concurso público. Só que, em tempos de modernização e diminuição da máquina do Estado, os cargos públicos só devem ser providos ou criados se envolverem atividades típicas do poder público, notadamente, as que exigem manifestação de poder de império (polícia, fiscalização, controle, justiça). As demais atividades que não exijam uso da força ou independência no controle podem (e muitas vezes devem) ser terceirizadas (sequer havendo necessidade de restabelecer o regime cele-

17 O Decreto nº 2.271/97 avançou, ainda, ao diferenciar a terceirização de serviços da intermediação de mão de obra, ao prescrever em seu art. 4º: “Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais permitam: (...) II – Caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra. (...) IV – Subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante.”

tista para servidores públicos; basta que os cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, sejam reservados às funções típicas de Estado, liberando-se a terceirização para outras funções, que podem compreender diversas formas de parceria que não apenas o vínculo celetista com o prestador do serviço).”¹⁸

5. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública

Na terceirização realizada por empresas privadas é praticamente unânime a responsabilização subsidiária da empresa tomadora dos serviços em caso de inadimplência da prestadora dos serviços quanto aos direitos de seus trabalhadores. Ocorre que, na terceirização em que a tomadora dos serviços faz parte da Administração Pública direta ou indireta, submetendo-se, para contratar serviços, ao regramento da Lei nº 8.666/1993, jurisprudência e doutrina divergem a respeito da interpretação adequada de seu artigo 71, §1º.

De início, tem-se que a Lei de Licitações cria no ordenamento jurídico brasileiro a figura da *irresponsabilidade administrativa* sobre os encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada, ante a redação do artigo 71, caput e § 1º:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Contudo, a jurisprudência da Justiça do Trabalho muitas vezes decidia existir a responsabilidade subsidiária por tais verbas, em decorrência do simples inadimplemento da empresa contratada prestadora do serviço. É o que consta no Enunciado Sumular nº 331 do TST, em sua primeira redação, que não distinguia a responsabilidade subsidiária de tomadores de serviço particulares ou públicos.

18 SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 371.

Em sentido semelhante, a fim de fundamentar tal responsabilidade MARTINS leciona que “o não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado mostra a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços”, o que indicaria a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhista¹⁹.

Outro fundamento, embora nem sempre explicitado, era a *responsabilidade objetiva* do Estado, estabelecida no art. 37, §6º da Constituição, conforme pode ser verificado no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº TST-IUJ-RR 297.751/96, em sessão de 11/09/2000, na qual o Tribunal Superior do Trabalho pacificou:

“Registre-se, finalmente, que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo. Como ensina Hely Lopes Meirelles, em caso de dano resultante de obra, que, guardada a peculiaridade, mas perfeitamente aplicável à hipótese em exame, porque evidencia a natureza da responsabilidade sem culpa da Administração, “o só fato da obra causar danos aos particulares, por estes danos responde objetivamente a Administração que ordenou os serviços, mas, se tais danos resultam não da obra em si mesma, porém da má execução dos trabalhos pelo empreiteiro, a responsabilidade é originariamente do executor da obra, que, como particular, há de indenizar os lesados pela imperfeição de sua atividade profissional e, subsidiariamente, da Administração, como dona da obra que escolheu mal o empreiteiro” (Direito Administrativo - 16ª Edição RT. pág. 553 - 1991)”²⁰

19 MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 215

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Recurso de Revista nº 297751-31.1996.5.04.5555. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroF%20formatado=RR%20-%20297751-%2031.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:%2000:00&query>. Acesso em 26/06/2016.

Diante de reiteradas decisões responsabilizando subsidiariamente o poder público, no ano de 2007, o Governador do Distrito Federal ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8666/1993, no Supremo Tribunal Federal, pretendendo a obtenção de pronunciamento definitivo sobre o tema.

Arguiu-se, na ADC 16-DF, que a aplicação da Sumula nº 331 do TST negava vigência ao parágrafo 1º, do artigo 71, da Lei 8666/1993, eis que responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública, Direta e Indireta, pelos aos débitos trabalhistas na contratação de qualquer serviço de terceiro especializado.

O ministro relator Cezar Peluso se manifestou no sentido do arquivamento da ação, à míngua de controvérsia, pois em seu entendimento, a edição da Súmula nº 331 não declararia a inconstitucionalidade do art, 71, §1º, da Lei 8.666/1993.

Divergindo do relator, a ministra Cármen Lúcia votou conhecimento da ação e julgamento pelo mérito, destacando a existência de inúmeros questionamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e demais Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive Reclamações Constitucionais junto ao Supremo.

A ministra cuidou em afastar essa responsabilização objetiva, com base no art. 37, §6º da Constituição da República. Nos seguintes termos:

“Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público. A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade. Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o ‘dano’ considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera ‘sujeitos que comprometem o Estado’ “os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido

pelo Estado como pertinente a si próprio” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891). Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado. Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado “Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União ‘seguradora universal’?”, ao afirmar que “por mais que se faça um pretenso juízo de equidade; constitui-se em abuso querer transformar o poder público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados”. Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado – de natureza extracontratual – não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.”²¹

Encerrou-se, então, o debate, com a conclusão de que a norma em discussão é constitucional, embora tal fato não pudesse impedir que a Justiça do Trabalho reconhecesse a responsabilidade da Administração com base em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento pátrio.

Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a *constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993*, de acordo com os fundamentos relatados na sua ementa:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, §

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16-DF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 26/06/2016.

1º, da Lei federal nº. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº. 9.032, de 1995”

Assim, reputou-se constitucional o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, sendo o antigo item IV da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho considerado contrário à sua Súmula Vinculante nº 10 e ao art. 97 da Constituição (por haver afastado a aplicação daquele preceito legal com base em fundamentos e critérios de origem constitucional, sem haver examinado e declarado a inconstitucionalidade daquela norma, em incidente para tanto suscitado, nos termos e na forma dos arts. 480 a 482 do CPC), vedando-se, assim, que a Justiça do Trabalho atribuisse, de forma automática e absoluta, responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo pagamento das obrigações trabalhistas inadimplidas por empresa contratada para prestar serviços em terceirizações lícitas e decorrentes de regular licitação.

O entendimento fixado culminou no provimento, pelo STF, a inúmeras reclamações contra decisões do TST e de TRTs, fundamentadas na Súmula nº 331 sem observar a cláusula da reserva de plenário ao desconsiderar o disposto na Lei nº 8.666/93, dentre elas as RCLs 7517²².

Tais fatos levaram o TST a alterar a redação de sua Súmula nº 331, que passou a tratar do tema da responsabilidade da Administração Pública de forma específica, no item V²³, exigindo a conduta

22 “EMENTA: PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE 10. OCORRÊNCIA. AGRAVO PROVIDO.

I – Para que seja observada a cláusula de reserva de plenário, é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal reúna-se com o fim específico de julgar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

II - Embora tenha a atual redação do item IV do Enunciado 331 do TST resultado de votação unânime do pleno daquele Tribunal, o julgamento ocorreu em incidente de uniformização de jurisprudência.

III – Dessa forma, afastada a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem o procedimento próprio, restou violada a Súmula Vinculante 10.

IV – Agravo regimental provido, para julgar procedente a reclamação.”

23 Acrescentado na redação da Súmula nº 331 por meio da Res. nº 174/2011, o item V prevê que: “V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta

culposa do poder público no cumprimento de suas obrigações decorrentes da Lei nº 8.666, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora dos serviços como empregador, para que fosse responsabilizado subsidiariamente. Não poderia mais haver responsabilização em razão do simples inadimplemento da empresa prestadora dos serviços. A responsabilidade subsidiária deveria ser subjetiva.

Doutrina e jurisprudência majoritárias acolheram a interpretação do TST, que deslocou a questão da responsabilidade para o caso concreto, para o *contexto fático-probatório*, considerando-a compatível com a decisão do STF na ADC 16-DF. Ilustrativa a manifestação de VIANA, DELGADO e AMORIM:

“A interpretação do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução dos seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, caput), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de direitos fundamentais (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência.”²⁴

Seria necessária a incidência da responsabilidade civil subjetiva de natureza extracontratual, decorrente da prática (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, prevista nos arts. 186²⁵ e 927²⁶ do Código Civil, para que

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.”

24 VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização - Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011. p. 23. Disponível em: https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/22216/003_viana_delgado_amorim.pdf?sequence=4. Acesso em 26/06/2016.

25 “Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

26 “Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem,

se pudesse responsabilizar subsidiariamente o poder público. De acordo com PEREIRA:

“a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. (...) Somente será gerador daquele efeito [ressarcitório] uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características”²⁷.

A verificação de culpa do agente é um dos requisitos essenciais à atribuição de responsabilidade civil subjetiva, sendo certo que no caso em questão, as principais modalidades de culpa hábeis a justificar a responsabilização são a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, a partir da análise da observância, pelo poder público, de todos os procedimentos e requisitos previstos na Lei nº 8.666/93, quando da realização da licitação, e das normas legais relativas à fiscalização do contrato administrativo de prestação de serviços, especialmente no que tange ao pleno e tempestivo adimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador por ela contratado, no que se refere aos trabalhadores quem tomou serviços.

Adquire relevância a discussão sobre o ônus probatório da culpa do poder público. A fim de não ampliar demasiadamente o objeto do presente trabalho cumpre anotar a divergência entre correntes que pretendem a aplicação da Teoria Estática do Ônus da Prova, segundo o qual competiria ao autor comprovar seu direito, ou da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, majoritária na doutrina e na jurisprudência trabalhistas²⁸, segundo o qual, ante a dificuldade de comprovação da culpa pelo

fica obrigado a repará-lo.”

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

28 Há divergência acerca do referido entendimento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Na Reclamação nº 19.495/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, publicada em 4 de março de 2015, o relator deu provimento ao pleito, afastando a responsabilidade da Administração Pública, ao fundamento de que somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos à interferir no direito pleiteado pelo trabalhador poderá o poder público ser responsabilizado, no limite de sua culpa, por verbas trabalhistas devidas a empregado contratado por empresa submetida a processo licitatório, o que não teria ocorrido no caso sob exame.

autor, competiria ao ente público comprovar que não incorreu em culpa *in eligendo* e/ou *in vigilando*.

Há, em que pese a ampla aceitação da tese acima exposta, quem defenda, com base na decisão do STF, a impossibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública. Sustenta-se que as afirmações, na votação da ADC 16-DF, de que a constitucionalidade do §1º do art. 71, da Lei de Licitações, não impediria a responsabilização subsidiária por outros fundamentos, não fariam parte do dispositivo da decisão. Este sim teria os efeitos decorrentes da declaração de constitucionalidade em controle concentrado abstrato.

Afirma-se, ainda, a inexistência de preceito legal que determine a fiscalização, pela Administração Pública, do cumprimento das obrigações trabalhistas das empresas contratadas. O princípio da legalidade impediria a exigência de qualquer comprovação que não a prevista em lei. A fiscalização prevista na Lei nº 8.666/93 visaria apenas assegurar a correta execução do contrato administrativo celebrado. O §2º do art. 71, da Lei nº 8.666/93 seria a única exceção à regra de não fiscalização das obrigações trabalhistas do contratado, ao prever o dever de fiscalização dos encargos previdenciários, com responsabilização solidária em caso de inadimplemento. Apenas com a edição da Lei nº 12.440/11 é que foi modificada a redação do inciso IV, do art. 27, da Lei de Licitações, passando a ser exigida a demonstração da regularidade trabalhista no momento da habilitação dos licitantes²⁹, que, assim como as demais regras fiscalizatórias e de habilitação previstas na Lei nº 8.666/93, teria por objetivo apenas assegurar a completa execução do contrato administrativo celebrado.

A solução oferecida pela nova redação da Súmula nº 331 não foi aceita pelas entidades públicas nacionais que, considerando que tal redação conflitava com o decidido na ADC 16-DF, continuaram a interpor um grande número de reclamações constitucionais discutindo a validade da condenação de entes públicos subsidiariamente. Diante de tais demandas o STF decidiu reconhecer a repercussão geral do tema, sobrestando os recursos com idêntica matéria, nos moldes do disposto no artigo 543-B

29 Demonstração que passou a ser realizada através da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, prevista no art. 642-A, da CLT, após modificação também realizada pela Lei nº 12.440/11.

do CPC, dando origem ao Tema 246 da Lista de Repercussão Geral do STF, que trata sobre a Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Para a análise do tema, escolheu-se o Recurso Extraordinário nº 760.931/DF (em substituição ao RE nº 603.397), como processo paradigma, de relatoria da Ministra Rosa Weber.

6. Terceirização e organizações sociais

Quando as parcerias do setor público e privado são utilizadas como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, sua efetivação pode ocorrer mediante *contrato de gestão* celebrado com entidades qualificadas como organizações sociais³⁰.

Contudo, tais parcerias geram situações em que pessoas jurídicas de direito privado recebem subsídios públicos para a prestação de serviços que também são prestados pelo poder público, causando a impressão de ser adequado seu tratamento como terceirização de serviços. Partindo das similaridades existentes, VIOLIN afirma não ser possível o poder público firmar contrato de gestão com organizações sociais para repassar atividades-fim do Estado, por considerar que:

“Não há sentido que se entenda que não pode a Administração Pública terceirizar atividades-fim do Estado para a iniciativa privada, por meio de contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, por se considerar esta prática como burla ao concurso público, e permitir a terceirização de atividades-fim para entidades do “terceiro setor” por meio de convênios, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs.³¹”

O autor chega a tal conclusão após discorrer sobre dispositivos constitucionais que obrigam uma atuação direta do Estado na ordem social, e, após estudo da terceirização trabalhista, afirmar que qualquer

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob. Cit.* p. 24.

31 VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-12-DEZEMBRO-2007-TARSO%20CABRAL.pdf>. p. 10 e 11. Acesso em 25/06/2016.

repassa de atuação do Estado para o terceiro setor é possível apenas em relação às suas atividades-meio³².

Outras situações, nas quais os intérpretes se orientam pelas aparentes semelhanças entre as formas de parceria, surgem em reclamações trabalhistas em face de Organizações Sociais em que o poder público é demandado subsidiariamente. O Tribunal Superior do Trabalho frequentemente julga os Recursos de Revista das entidades públicas como situações de terceirização de serviços, na forma de sua Súmula nº 331, sem tratar de maneira específica a relação especial existente entre as partes. A situação ocorre, por exemplo, no seguinte julgado da 3ª Turma do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. ENTIDADES ESTATAIS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NA ADC Nº 16-DF. SÚMULA 331, V, DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DA LEI 8.666/93 EXPLICITADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Em observância ao entendimento fixado pelo STF na ADC nº 16-DF, passou a prevalecer a tese de que a responsabilidade subsidiária dos entes integrantes da Administração Pública direta e indireta não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, mas apenas quando explicitada no acórdão regional a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. No caso concreto, o TRT a quo manteve a condenação subsidiária delineando, de forma expressa, a culpa in vigilando da entidade estatal. Ainda que a Instância Ordinária mencione fundamentos não acolhidos pela decisão do STF na ADC nº 16-DF (tais como responsabilidade objetiva ou culpa in eligendo), o fato é que, manifestamente, afirmou no decisum que houve culpa in vigilando da entidade estatal quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados. A configuração da culpa **in vigilando**, caso afirmada pela Instância Ordinária (como ocorreu nos

32 *Idem, Ibidem*, p. 10.

presentes autos), autoriza a incidência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (arts. 58 e 67, Lei 8.666/93; arts. 186 e 944 do Código Civil). Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 609-58.2012.5.23.0046 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/08/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014)

Como se vê, determinou-se a responsabilização subsidiária à entidade estatal, embora uma análise do inteiro teor da decisão permita verificar que o trabalhador havia laborado no Hospital Regional de Alta Floresta, que era gerido pelo Instituto Social Fibra, qualificado como Organização Social, em razão de contrato de gestão celebrado com a Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Mato Grosso.

Por ser comum a utilização do regramento da terceirização, especialmente através da Súmula nº 331, para, com base em tais parâmetros, analisar a juridicidade da relação do Estado com entidades qualificadas como Organizações Sociais, pretende-se distinguir tais parcerias, a fim de compreender suas especificidades.

7. Terceiro setor e organizações sociais

As Organizações Sociais fazem parte do denominado *Terceiro Setor*, que se refere às entidades da administração civil sem fins lucrativos que desempenham atividades de interesse social mediante vínculo formal de parceria com o Estado³³. ROCHA afirma que no Brasil, o crescimento do Terceiro Setor resulta do incentivo dado pela Reforma do Estado à atividade administrativa de fomento, em decorrência da redescoberta do princípio da subsidiariedade e da suposta crise do Estado enquanto prestador eficiente de serviços públicos³⁴.

33 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. São Paulo: Método, 2015. p. 335.

34 ROCHA. Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006. pag. 16

O princípio da subsidiariedade foi concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, assumindo relevância na fundamentação de uma nova concepção de Estado subsidiário, que restringe o atuar do setor público ao incentivo e fomento da ação coletiva individual e coletiva ou às situações nas quais a sociedade se mostra incapaz de satisfazer seus próprios interesses, em contraposição ao Estado de Bem-Estar Social³⁵.

Assume destaque, então, a atividade de fomento público, definido por MOREIRA NETO como:

“a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas ou privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”³⁶.

A intenção de transformar a administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria, para uma *administração pública gerencial*, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão³⁷, fica evidente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O plano aloca as funções do estado em quatro grupos: (i) núcleo estratégico; (ii) atividades exclusivas; (iii) serviços não exclusivos; (iv) produção de bens e serviços para o mercado. DI PIETRO relaciona o grupo dos *serviços não exclusivos*, em que o Estado atua concomitante a outras organizações públicas não estatais e privadas, com os *serviços sociais do Estado*³⁸, que atendem a necessidades coletivas em áreas em que a atuação do Estado é essencial e convivem com a iniciativa privada³⁹.

Sobre a forma de gestão dos serviços não exclusivos, BRESSER PEREIRA afirma a existência de três possibilidades: 1 - podem ficar sob o

35 *Idem, Ibidem*, p. 17 a 19.

36 *Apud*. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Ob. cit.* p. 26.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.* p. 33.

38 Considerando a tradicional divisão das atividades administrativas a cargo do Estado em: serviços administrativos; serviços comerciais e industriais; serviços sociais do Estado.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.* p. 34 e 35.

controle do Estado; 2 - podem ser privatizados; 3 - podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlado pela sociedade. Em seguida, posiciona-se a favor da terceira opção, por ser mais compatível com a administração gerencial. Afirma, ainda, que:

“Aqui, o Estado não é visto como produtor – como prega o burocratismo – nem como simples regulador que garanta os contratos e o direito de propriedade – como reza o ‘credo’ neoliberal – mas, além disso, como ‘financiador’ (ou subsidiador) dos serviços não exclusivos. O subsídio pode ser dado diretamente à organização pública não estatal, mediante dotação orçamentária – no Brasil estamos chamando este tipo de instituição de ‘organizações sociais’”⁴⁰.

Essa foi a opção adotada na Reforma Administrativa, conforme pode ser extraído dos Cadernos do então Ministério da Administração e Reforma do Estado:

“Por meio de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal, o denominado terceiro setor, a produção de serviços competitivos e não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Desse modo, o Estado abandona o papel de executor ou prestador de serviços, mantendo-se, entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais, como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-lo, buscando ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.”⁴¹

Nessa linha reformista proliferaram-se em nossa legislação diversos instrumentos jurídicos de emparceiramento entre a administração e as organizações da sociedade civil, não lucrativas, que exercem atividades de interesse público, dentre os quais assumem relevo para o objeto deste trabalho as parcerias com tais entidades, qualificação como organizações

40 BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para o novo Estado*. Revista de Serviço Público. Ano 48, n 1, jan/abr. 1997, p. 19.

41 BRASIL, *Cadernos MARE de reforma do Estado – organizações sociais*, v.2, p.9

sociais, por meio da Lei nº 9.637⁴², de 15 de maio de 1998. A lei prevê que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com atuação nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde⁴³, com participação de representantes do poder público e de membros da comunidade com notória capacidade profissional e idoneidade moral em seu conselho de administração, que atendam aos demais requisitos previstos na lei, poderão ser *qualificadas como organizações sociais*. Tal qualificação não é, contudo, uma estrutura jurídica inovadora, mas sim uma qualidade especial adquirida facultativamente, conferida pelo poder público.

MODESTO afirma que, em um sentido abrangente as Organizações Sociais “representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva ex parte princeps) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva ex parte populi)”⁴⁴.

O instrumento firmado entre a Administração Pública e a entidade qualificada como Organização Social é denominado *contrato de gestão*⁴⁵, celebrado com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades de interesse público. Por seu meio são fixadas as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, é nele que são previstas as formas de fomento à entidade, seja cedendo bens públicos, seja cedendo servidores públicos, seja transferindo recursos orçamentários.

8. Serviços prestados pelas organizações sociais

42 A Lei nº 9.637/1998, além de dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, cria o Programa Nacional de Publicização.

43 O Estado de São Paulo, inicialmente, restringiu o modelo de organização social às áreas de saúde e educação, mas, em 2014, expandiu o seu uso para um número maior de setores como: esporte, atendimento ou promoção dos direitos das pessoas com deficiência, ao atendimento ou promoção dos direitos de crianças e adolescentes; à proteção e conservação do meio ambiente e à promoção de investimentos, de competitividade e de desenvolvimento (art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 846, de 05.06.98).

44 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 201

45 A figura do Contrato de Gestão é prevista em duas situações, com fundamentos e características diversos: os celebrados entre entidades da própria administração e os celebrados entre a administração e entidades não-estatais.

A possibilidade de parceria existente entre poder público e entidades qualificadas como organizações sociais para a prestação dos serviços sociais do Estado serviços prestados não deve, conforme já indicado, se pautar na distinção atividade-meio/atividade-fim, utilizados na determinação se uma terceirização de serviços realizada pela Administração Pública é lícita, pois seus fundamentos são distintos.

A Constituição da República, de 1988, prevê diferentes formas de participação da sociedade na gestão da coisa pública. No que se refere aos serviços não exclusivos do Estado, que se identificam sobremaneira com os chamados serviços públicos sociais, diversos dispositivos alicerçam a celebração de parcerias para que sejam prestados mais eficientemente⁴⁶.

Um primeiro fundamento consta no inciso II do artigo 74 da Constituição Federal que trata do controle interno que deve ser mantido pela administração, sendo dever dos poderes “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, (...) da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”, que ocorre no seio das parcerias celebradas entre entidades do terceiro setor e o Estado.

O texto constitucional prevê, ainda, a possibilidade de colaboração entre o Estado e particulares para o seu oferecimento dos serviços previstos no art. 1º, da Lei Federal nº 9.637/1998. No campo da *saúde*, o art. 197, dispõe que a saúde pública deve ser executada diretamente pelo Estado ou através de terceiros. O art. 198 dispõe que uma das premissas do Serviço Único de Saúde - SUS é a participação da comunidade na sua organização. Cristalino, também, o art. 199, § 1º, ao prever que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Ainda, o art. 226, § 1º, estabelece que o “Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais”. No campo da *educação*, o art. 205 expressamente in-

46 LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as organizações sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*. p. 278 a 283. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/132971/333429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24/06/2016.

dica que o mesmo é dever do Estado e da família, sendo “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Mais preciso, o art. 213, determina que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação, dentre outras. Ainda, no campo da *cultura*, o art. 216, § 1º, estabelece que o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro. No que se refere ao *meio ambiente*, o art. 225 impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a geração presente e para as futuras. Por fim, o art. 218 dispõe que o Estado, além de promover, incentivará o *desenvolvimento científico*, a *pesquisa* e a *capacitação tecnológicas*, enquanto o art. 219 define que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Não há, portanto, impedimento constitucional à assunção por particulares atividades de interesse social em colaboração com a Administração Pública. A cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição, desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos.

JUSTEN FILHO⁴⁷ e ARAGÃO⁴⁸ afirmam que tais setores são denominados de serviços públicos sociais e se submetem, quanto à titularidade, por força de dispositivos constitucionais ao regime jurídico dos serviços públicos compartilhados ou serviços públicos não privativos ou não exclusivos, podendo tanto o poder público quanto a iniciativa privada exercê-los por direito próprio tendo em vista que ambos possuem titularidade.

Para MODESTO, essa forma de atuação direta de particulares ou entes privados na gestão direta de serviços ofertados ao público, alguns

47 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 711.

48 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 181.

até prestados concomitantemente pelo Estado, não deve levar a confundir duas situações jurídicas completamente distintas: a dos serviços privados de interesse público e a dos serviços públicos⁴⁹. Não bastaria prestar serviços ao público, inclusive sem objetivo de lucro, para ingressar na categoria jurídica de serviço público, pois não podem ser nomeadas de serviço público atividades desempenhadas por particulares ou por pessoas de direito privado, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Estado ou aos seus delegados. Assim, as atividades prestadas pelas organizações sociais, não se sujeitariam ao regime do serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais⁵⁰.

No ponto, deve ser estudada a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF*, proposta pelo PT e pelo PDT em 1998, questionando a constitucionalidade da Lei n.º 9.637/1998, em sua integralidade. Seus principais fundamentos são os mesmos mencionados por parte da doutrina: privatização de serviços públicos e fuga do regime jurídico administrativo.

Em sua decisão, o Tribunal considerou válida a prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público, desde que a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais previstos no caput art. 37 da Constituição Federal de forma a permitir o acesso a todos os interessados. Afirmou serem os setores de cultura, desporto, lazer, ciência, tecnologia e meio ambiente atividades-deveres do Estado e também da sociedade. Seriam os chamados serviços públicos sociais, de natureza não exclusiva e não privativos, em que a titularidade poder ser compartilhada pelo poder público e pela iniciativa privada. A Constituição admite essa coparticipação particular. Há, hoje, no novo modelo gerencial da Administração Pública, uma

49 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 211.

50 *idem*

flexibilização das atividades que não seriam exclusivas do Estado. O programa de publicização permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o terceiro setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que são “deveres do Estado e da Sociedade” e “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo Poder Público, de forma que não incide o art. 175, “caput”, da Constituição⁵¹. Tais atividades têm natureza de serviços públicos quando exercidas pelo Poder Público e também quando prestados pelo particular por direito próprio, não havendo que se falar na alteração do perfil material da atividade apenas pela mudança do seu executor⁵².

Afirmou-se, ainda, que a atuação do poder público no domínio econômico e social poderia ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, quando disponibilizasse utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou quando fizesse uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executassem atividades de interesses públicos por meio da regulação, com coercitividade, ou do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. A Lei nº 9.637/1998 não delega serviços públicos, mas institui um sistema de fomento para que as atividades relacionadas em seu art. 1º sejam desempenhadas por particulares por meio de colaboração público-privada. O fomento público é posto em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabiliza o direcionamento, pelo poder público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, pela inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que se configure renúncia a dever de atuação. Cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que o resultado constitucionalmente fixado seja alcançado. Daí porque decidiu-se não haver inconstitucionalidade

51 Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

52 ADI nº 1.266. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06.04.2005, DJ 23.09.2005. Disponível em << <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613347>>>. Acesso em 01 jul. 2015.

na opção, manifestada pela lei questionada, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

A partir da decisão analisada verifica-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou de critérios distintos do atividades fim/meio, utilizado na caracterização da terceirização ilícita/lícito, ao julgar a constitucionalidade da prestação dos serviços mencionados no art. 1º da Lei nº 9.637/1998 por entidades privadas qualificadas como organizações sociais.

Em que pese tais serviços sejam “fins” do poder público, não se tratam de serviços públicos exclusivos, ou seja, são passíveis de serem prestados tanto pelo Estado quanto pela sociedade civil organizada, desde que o serviço desenvolvido em razão do contrato de gestão celebrado observe seu regramento específico, especialmente a Lei nº 9.637/1998. Por tal razão não prosperou o argumento de que haveria burla ao regime estatutário quando o poder público optou por fomentar, ao invés de prestar diretamente, de maneira que restou decidido que os empregados das entidades qualificadas como organizações sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei, mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente, sem que seja obrigatória a realização de concurso público no processo seletivo.

A contrario sensu, deve ser afastada qualquer afirmação que encontre uma autorização constitucional para terceirização de mão de obra de atividade-fim na constitucionalidade da formação de parceria entre o poder público e a entidade privada para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º, d a Lei nº 9.637/1998. O regramento sobre as hipóteses de terceirização lícita pelo poder público continua inalterado pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em decisão recentíssima, o TST teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, no RR - 917-24.2010.5.09.0024⁵³, em ação civil

53 AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. SAÚDE PÚBLICA. CONVÊNIO/PARceria DO MUNICÍPIO COM ENTIDADES PRIVADAS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. Diante de provável divergência jurisprudencial, deve ser processado o recurso de revista para melhor exame. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014.

pública que questionava se a celebração de convênios e parcerias com terceiros (entidades privadas, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público), por entes federativos, para prestação de serviços na área de saúde, resultaria em terceirização ilícita. Rejeitou-se a pretensão do MPT, sendo considerada legítima a prestação de tais serviços por entidades do terceiro setor, ante a análise do regramento constitucional e legal sobre o tema. Assim, rejeitando os argumentos que pretendiam inviabilizar o modelo de parceria realizado com base nos critérios utilizados na avaliação de terceirizações, foi decidido que:

“uma vez registrado no v. acórdão regional que o município comprovou a celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado para a prestação de serviços públicos de saúde; que o Ministério Público do Trabalho não comprovou nenhuma irregularidade nessa contratação, nem a perícia constatou irregularidades na origem dos recursos utilizados para o pagamento das empresas prestadoras de serviços médicos e dos servidores públicos municipais, não há como se declarar a ilicitude pleiteada.”

9. Natureza da relação firmada com as organizações sociais

A natureza da relação firmada mediante contrato de gestão celebrado entre o poder público e a entidade qualificada como organização

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO. SAÚDE PÚBLICA. CONVÊNIO/PARCEIRA DO MUNICÍPIO COM ENTIDADES PRIVADAS. LEGALIDADE. Os artigos 197 e 199 da Constituição Federal e 17 da Lei nº 8.080/90 legitimam a celebração de convênios e parcerias com terceiros (entidades privadas, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público), por entes federativos, para a prestação de serviços na área de saúde. Assim, delimitado pelo eg. Tribunal Regional que não houve comprovação de nenhuma irregularidade na contratação dos trabalhadores por meio dos contratos e convênios, nem pela perícia, que “apontou a origem dos recursos utilizados para o pagamento das empresas prestadoras de serviços médicos e dos servidores públicos municipais que atuam na área de saúde”, não há como se acolher a pretensão do Ministério Público do Trabalho para que o município se abstenha de contratar trabalhadores, por meio de “terceiros”, para a prestação de serviços públicos de saúde. Esta Corte já se manifestou sobre a legalidade dos convênios firmados com entidades privadas para a prestação de serviços ligados à saúde, ressaltando apenas a responsabilidade subsidiária do ente público quando evidenciada sua culpa in vigilando decorrente da ausência da fiscalização das obrigações por parte da empresa contratada. Recurso de revista conhecido e desprovido. (RR - 917-24.2010.5.09.0024 , Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 22/06/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2016)

social também deve ser diferenciada da relação na terceirização de serviços, a fim de distinguir as responsabilidades das figuras envolvidas em relação aos direitos dos trabalhadores contratados.

Embora na terceirização de serviços não haja dúvida a respeito da natureza contratual do pacto celebrado, a natureza jurídica dos contratos de gestão é assunto sobre o qual há pouca concordância na doutrina pátria. A própria Lei n.º 9.637/98 contribui para a confusão, pois, a despeito da denominação de contrato, o art. 5º, em sua redação, trata a relação entre o poder público e as entidades privadas como uma forma de parceria entre as partes, visando ao fomento de atividades de interesse público. Assim, há doutrina no sentido de que os contratos de gestão constituem contratos administrativos comuns, de que são uma espécie de convênio, e, ainda, de que não se identificam completamente com os contratos administrativos comuns ou com os convênios, devendo ser adotadas classificações próprias sobre o tema.

Contrato e convênio são ambos acordos de vontades, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes. No contrato, os interesses são de regra antagônicos ou contraditórios; no convênio, os interesses são comuns ou convergentes.

BANDEIRA DE MELLO⁵⁴ considera que os contratos de gestão nada mais são, pura e simplesmente, que *contratos* administrativos, dado que encartariam um relacionamento de natureza contratual entre o poder público e um particular. No mesmo sentido, VIOLIN⁵⁵ lhes atribui a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, pois encartariam interesses contraditórios: a administração pretende que os serviços sejam realizados, e a entidade, receber a remuneração.

De outro lado, adotando o entendimento majoritário no tema, JUSTEN FILHO é categórico ao afirmar que o contrato de gestão não tem natureza sinalagmática, pois não incumbe ao particular realizar qualquer prestação em favor da administração. Assim, o autor aduz que o

54 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 240

55 VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

contrato de gestão se assimilaria mais à figura do *convênio*, por entender que as partes nele envolvidas não possuem interesses contrapostos:

“Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns”.⁵⁶

MODESTO⁵⁷ e CARVALHO FILHO⁵⁸ também entendem que os contratos de gestão seriam convênios, por não haver contraposição de interesses. No mesmo sentido, DI PIETRO, afirma tratar-se de “acordo de vontades em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum; cada qual colabora de uma forma, podendo ser por meio de recursos humanos, materiais, financeiros, know how”⁵⁹.

Por fim, discordando dos entendimentos expostos, MOREIRA NETO considera os contratos de gestão uma espécie de acordo não contratual, ou, um tipo de *ato complexo*, que reuniria os instrumentos de cooperação, firmados entre entes estatais, e de colaboração, celebrados entre o Estado e entidades não estatais⁶⁰.

Diante da controvérsia exposta adquire relevância a posição do Supremo Tribunal Federal que, ainda, na ADI nº 1.923-DF se afirmou que o contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e

56 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 39

57 MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997. p. 212 e 213.

58 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.

59 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob.cit.* 293 e 294.

60 LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as organizações sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*. p. 206. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/132971/333429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24/06/2016.

lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se considerou que não se aplicaria o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que determina a realização de licitação para contratações públicas.

Uma vez expostos que o entendimento majoritário da doutrina e do STF, no qual o contrato de gestão é espécie de convênio, decorre que, diferente da terceirização de serviços, na parceria do poder público com as organizações sociais nem sequer deve ser plenamente observada a Lei nº 8.666/1993.

A natureza jurídica e o regramento legal distintos justificam, portanto, o tratamento diferenciado da responsabilização subsidiária em caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas da organização social, não devendo ser aplicado indiscriminadamente o entendimento consolidado pelo TST, na Súmula nº 331, e STF, na ADC nº 16.

A respeito de relações de trabalho decorrentes de convênios entre empresa privada e entidades estatais deve ser exposta a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidada na Orientação Jurisprudencial nº 185, da SDI-I, publicada em 20/04/2005:

“CONTRATO DE TRABALHO COM A ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MESTRES - APM. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO (inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005. O Estado Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador.”

O entendimento de inexistência de responsabilidade subsidiária das entidades federativas com as APMs foi aplicado analogicamente a outras hipóteses de convênios. Entre outros:

RECURSO DE REVISTA – MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – CONVÊNIO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO. O convênio firmado entre o Município do Rio de Janeiro e a Associação de Moradores e Amigos da Serra Morena não configura contrato administrativo, mas acordo de vontades estabelecido entre o poder público e entidade privada com o intuito de fomentar iniciativas privadas de utilidade pública, não atraindo, por esse motivo, a

incidência da responsabilização subsidiária, nos moldes da Súmula nº 331, IV, desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (1ª Turma, RR-1.241/2003-031-01-00.0, j. 7.11.2007, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 14/12/07)

Contudo, mais recentemente tem sido comum a responsabilização subsidiária do poder público por obrigações trabalhistas devidas pelas entidades privadas com quem celebrou convênio, em razão da insuficiência de fiscalização, conforme pode ser observado nos seguintes precedentes: TST-E-RR-160400-35.2005.5.08.0011, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, SBDI-I, DJU de 09/10/2009 e TST-E-RR-132900-82.2005.5.08.0014, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, SBDI-I, DJU de 12/09/2008. O entendimento aplicado pode ser compreendido a partir do seguinte julgado, recentemente prolatado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. CONVÊNIO. A jurisprudência desta Corte é a de que cabe a responsabilização subsidiária dos entes públicos quanto aos convênios por eles celebrados. O Tribunal Regional decidiu a controvérsia em consonância com os artigos 186 e 927 do Código Civil, que preveem a culpa in vigilando. Ademais, os artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos de prestação de serviços por ela celebrados. No presente caso, o ente público tomador dos serviços não cumpriu adequadamente essa obrigação, permitindo que a empresa prestadora contratada deixasse de pagar regularmente a sua empregada as verbas trabalhistas que lhe eram devidas. Saliente-se que essa conclusão não implica afronta ao art. 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF, nem desrespeito à decisão do STF na ADC nº 16, porque não parte da declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, mas da definição do alcance das normas inscritas nessa Lei, com base na interpretação sistemática. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 20223-54.2013.5.04.0010 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 15/06/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016)

10. Controle das organizações sociais

Conforme destacado pelos ministros do STF na ADI nº 1.923-DF, na atuação pelas organizações sociais o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado*⁶¹.

Com o foco, portanto, no controle por resultados, a legislação prevê mecanismos específicos destinados ao controle das organizações sociais, dentre os quais destacam-se o controle interno, efetuado no interior da própria entidade, especialmente por seu Conselho de Administração, o controle pelo Poder Executivo, através do órgão ou entidade supervisora da área, o pelos Tribunais de Contas, especialmente em razão da interpretação conforme pelo STF na ADI nº 1.923-DF, e, por fim, o controle social.

Verifica-se que a Lei nº 9.637/1998 prevê uma fiscalização diferenciada, ante os objetivos que a guiam e as características especiais da atuação das entidades submetidas ao seu regramento.

Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho, adotando entendimento já mencionado com relação aos convênios em geral⁶², opta por atribuir responsabilidade subsidiária às organizações sociais por ausência de fiscalização, sem que haja uma diferenciação entre a fiscalização específica de tal relação. A comprovação de fiscalização é examinada a partir do regramento da Lei nº 8.666/1993, como em casos de terceirização de serviços, como no seguinte caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONVÊNIO

61 Controle este, idealizado pela Reforma do Estado, que surgiu em contraposição ao controle por processos, típico da Administração Pública Burocrática.

62 Embora haja, também, jurisprudência do TST no sentido de diferenciar a responsabilidade subsidiária do Estado em decorrência de convênios, genericamente, e Contratos de Gestão, excluindo-a no último caso, em razão de sua especificidade. É o caso do RR - 1268-25.2012.5.01.0064, em que constou: “Dessa forma, constata-se que o contrato de gestão não se confunde com um simples convênio, que tem por objeto a terceirização de serviços, razão pela qual resta inviável a responsabilização subsidiária do ora recorrente, fundamentada na Súmula 331 do TST”.

COM ENTIDADE PRIVADA. SÚMULA Nº 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 1. O regime de parceria pactuado com pessoa jurídica de direito privado, quer seja sob o regime de “contrato de gestão” (Lei nº 9.637/98), quer seja sob o regime de “gestão por colaboração” (Lei nº 9.790/99), qualifica-se como convênio administrativo em virtude da comunhão de interesses e da mútua cooperação entre os pactuantes para realização de serviços de interesse social e utilidade pública. 2. Em tais modalidades de contratação, o ente público atua como verdadeiro tomador de mão de obra, mediante contratação de pessoa jurídica interposta, razão por que responde subsidiariamente quando resultar comprovado que este não cumpriu ou falhou em cumprir as obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, aplicáveis ao convênio por força do disposto no art. 116 desse diploma legal. 3. Se o TRT de origem, com base em aspectos fáticos constantes dos autos, conclui que o ente público não fiscalizou o cumprimento da legislação trabalhista pela entidade conveniada, é legítima a condenação subsidiária imposta à Administração Pública. 4. Agravo de instrumento do Município de Santo André de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 1289-97.2013.5.02.0432, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 24/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015)

De fato, a possibilidade de responsabilização subsidiária em razão de culpa, subjetivamente auferida, não possui fundamento diverso da ocorrida na terceirização de serviços. Contudo, é de se espantar que a forma de controle da atividade do parceiro privado não repercuta na avaliação da existência, ou não, da culpa. Controles diversos devem necessariamente gerar avaliações diversas com relação à suficiência e regularidade de tais controles, especialmente considerando que o poder público está adstrito a fiscalizar na exata medida do determinado pelo ordenamento, e, que no caso, as normas que regulam tal fiscalização não são as mesmas.

11. A gestão dos serviços pelas organizações sociais

RAMOS explica que há três níveis de gestão dos serviços públicos: (i) a gestão estratégica, que corresponde aos aspectos relacionados à direção dos serviços, à concepção superior da sua prestação e à definição dos seus objetivos; (ii) a *gestão operacional*, que abrange as tarefas ordinárias de

otimização do serviços, assim como as questões do dia a dia, tais como a logística de operação, a solução de conflitos e urgências; (iii) a execução material do serviço, que corresponde à prestação direta da atividade de serviço público. Segundo a autora, o mais elevado estágio da gestão pública é indelegável, sempre devendo ficar a cargo do poder público. A gestão operacional, por sua vez, é passível de transferência ao particular, o que ocorre nas parcerias firmadas com entidades do terceiro setor. A transferência para o particular somente do terceiro estágio de responsabilidades de gestão corresponde à terceirização da execução direta do serviço público⁶³.

Fica claro que, nas hipóteses em que o Estado, por meio do contrato de gestão, compartilha a gestão de determinado órgão ou serviço público com uma organização social, transfere-lhe somente a responsabilidade pela gestão operacional e a execução material daqueles serviços, mantendo consigo a responsabilidade pela sua gestão estratégica.

Analisado o tema sob este ponto de vista, a parceria do poder público com as organizações sociais se assemelham muito mais com as parcerias como forma de delegação, como as concessões de serviços públicos, do que com terceirizações de serviços, já que em ambos os casos o parceiro privado é que realiza a gestão operacional e a execução material dos serviços.

Certamente o nível de gestão do serviço apresenta reflexos na natureza da relação empregatícia que toma lugar no desempenho das atividades da entidade, tanto é ilegal a contratação de serviços terceirizados para a realização de serviços não especializados. Assim, deve ser analisada, também, a posição do TST com relação à responsabilização subsidiária do Estado por obrigações trabalhistas de concessionárias. Prevê, sobre o tema, a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 66 da SBDI-1:

“SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)
A atividade da São Paulo Transportes S/A – SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se

63 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001. p. 171 e segs.

confunde com a terceirização de mão de obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária.”

Dos precedentes indicados na formação da Orientação Jurisprudencial podem ser retirados os fundamentos do entendimento, conforme trecho retirado do ERR RR 10403/2002-902-02-00.2:

“Primeiramente, não se há falar em responsabilidade subsidiária em face da culpa in eligendo e in vigilando. In casu, trata-se de empregado de empresa concessionária para exploração de linhas de transporte público, contratado mediante a modalidade de contratação por licitação pública, denominada concessão. Conforme assentado pelo Tribunal Regional, não há previsão legal para que a empresa assuma obrigações pela concessionária.

Isso porque, nas palavras do Exmo. Sr. Juiz do TRT da 2ª Região, Francisco Antônio de Oliveira, em seu livro Comentários aos Enunciados do TST, não se mostra razoável que as empresas que exploram os serviços de transporte urbano, sem que haja qualquer ingerência do órgão público, que não é o tomador dos serviços do empregado, venha a ser responsabilizado por eventual condenação judicial ao contratado.”

A atuação da organização social se assemelha sobremaneira à da concessionária de serviço público com relação ao tipo de serviços prestados e, ainda, com relação ao efetivo tomador dos serviços. Sob a ótica do trabalhista em ambos os casos o beneficiário direto dos serviços prestados é o usuário dos serviços, e não a administração. A fonte dos recursos utilizados e o intuito lucrativo, principais diferenças entre as formas de parceria, são distintas apenas em razão da opção do constituinte em fornecer alguns de tais serviços gratuitamente, ou não, sendo que tal distinção é de pouca influência para o trabalhador envolvido. Assim, é de se espantar que tais semelhanças, intimamente relacionada à atividade dos trabalhadores envolvidos, aparentemente não repercutam no entendimento do TST em relações trabalhistas decorrentes de contratos de gestão.

12. A distinção também é considerada

Apontadas situações nas quais o Tribunal Superior do Trabalho trata de maneira semelhante as distintas formas de parcerias, ou de maneira distinta as formas semelhantes de parceria, cumpre, antes de concluir,

trazer alguns julgados em que o Tribunal Superior do Trabalho decidiu não observar as Organizações Sociais sob a ótica com que analisa as prestadoras de serviços contratadas.

Recentemente foi rejeitada pretensão do MPT de impor à Organização Social a abstenção de disponibilizar, contratar ou intermediar mão-de-obra de trabalhadores subordinados e não eventuais para execução de atividades permanentes e essenciais de entidades que não sejam de sua propriedade, posto que o tema não sujeita ao regramento da Súmula nº 331:

I - AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA A ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. Reconhecido o desacerto da decisão agravada, porquanto demonstrada a violação do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo a fim de prover o agravo de instrumento e determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA À ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. É competente a Justiça do Trabalho para dirimir controvérsia acerca da contratação de trabalhadores por organização social, nos termos da Lei nº 9.637/98. Recurso de revista não conhecido. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E POR CERCEAMENTO DE DEFESA. Com fundamento no art. 249, § 2º, do CPC, deixa-se de examinar as preliminares em epígrafe. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. NÃO CABIMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM QUANTO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS – PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. O apelo não ultrapassa o óbice da Súmula 297, I e II, do TST. Recurso de revista não conhecido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER DIRIGIDA A ORGANIZAÇÃO SOCIAL. CONTRATO DE GESTÃO. O contrato de gestão, celebrado nos termos dos artigos 199, § 1º, da Constituição Federal e da Lei nº 9.637/98, não implica contratação ou intermediação de mão de obra,

não se sujeitando, portanto, aos ditames da Súmula 331 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1563-60.2010.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 14/10/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015)

Pelo mesmo motivo o Tribunal rejeitou, ainda, a atribuição de responsabilidade subsidiária à entidade pública:

RECURSO DE REVISTA – ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO FIRMADO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. O contrato de gestão, nos termos do art. 5º c/c o art. 1º da Lei nº9.637/98, é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, sem fins lucrativos, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesse diploma legal. Logo, constata-se que o contrato de gestão firmado entre o poder público e pessoa jurídica de direito privado não tem por objeto a terceirização de serviços, não havendo registro no acórdão regional de que o Reclamante tenha prestado serviços em benefício do Ente Público, razão pela qual resta inviável a responsabilização subsidiária do Estado do Pará, com fundamento na Súmula 331 do TST, V, do TST. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-122100-54.2007.5.08.0004, 8ª Turma, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT de 18/05/12).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. SÚMULA 331 DO TST. INAPLICABILIDADE. Constatada má aplicação da Súmula 331, V, do TST, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. II – RECURSO DE REVISTA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. SÚMULA 331 DO TST. INAPLICABILIDADE. O contrato de gestão, celebrado nos termos da Lei nº 9.637/98, não implica contratação ou intermediação de mão de obra, não se sujeitando, portanto, aos ditames da Súmula 331 do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 1268-25.2012.5.01.0064, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 11/05/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/05/2016)

13. Considerações finais

Diante do exposto, fica clara a necessidade de uma uniformização da jurisprudência trabalhista quanto às relações de trabalho para o exercício de atividades decorrentes de contrato de gestão celebrados com entidades qualificadas como organizações sociais.

Mesmo tendo como objeto apenas as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, a quem competiria pacificar as controvérsias de direito envolvendo demandas trabalhistas, verifica-se que não há um tratamento que considere as modificações pelo qual passou a Administração Pública nas últimas décadas.

Na mesma medida em que se criam novas as formas de o poder público realizar suas tarefas, aumentam as especificidades das relações laborais a que se sujeitam os trabalhadores que vão realizar tal labor.

Foram expostos entendimentos jurisprudenciais que denotam não terem sido adequadamente sopesadas, pelo TST, as distinções e semelhanças entre as diferentes formas de parceria entre entidades públicas e privadas. Há características das organizações sociais que demandam um tratamento específico por parte da Justiça do Trabalho, a fim de traçar balizas adequadas à distinta situação dos trabalhadores envolvidos, o que só é possível através do estudo aprofundado do Direito Administrativo que rege tais situações.

Apenas com o conhecimento necessário para compreender as diferentes maneiras pelas quais o Estado atua, seja direta ou indiretamente, é possível se dedicar à tarefa de analisar as relações trabalhistas decorrentes, pois só assim se estará resguardando adequadamente os direitos das partes envolvidas. Este trabalho pretende ter demonstrado tal necessidade, servindo de base para que discussões mais profundas possam acarretar em uma maior adaptabilidade, ou não, do direito trabalhista às características de um Estado em constante transformação.

Referências Bibliográficas

ABDALA, Vantuil. *Terceirização: normatização, questionamentos*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 74, n. 4, p. 17-25, out./dez. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, *Cadernos MARE de reforma do Estado- organizações sociais*, v.2.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para o novo Estado*. Revista de Serviço Público. Ano 48, n 1, jan/abr. 1997.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niteroi: Impetus, 2016.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. *Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto*. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LINS, Bernardo Wildi. *As parcerias do Estado com as Organizações Sociais: uma análise sob a perspectiva constitucional*.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. São Paulo: Atlas, 2010.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p. 195-212, out./dez. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. Rio De Janeiro: GZ Editora, 2012.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

VIANA, Marcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Terceirização - Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 1, jan/mar 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”*.

