

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**

**MONICA MARIA PETRI FARSKY**

**GESTÃO PRIVADA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS  
REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO**

**SÃO PAULO  
2011**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**

**MONICA MARIA PETRI FARSKY**

**GESTÃO PRIVADA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS  
REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO**

Monografia apresentada à Pontifícia  
Universidade Católica, como exigência parcial  
para obtenção do título de Especialista em Direito  
do Trabalho.

**Orientadora: Claudia José Abud**

**SÃO PAULO  
2011**

**GESTÃO PRIVADA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS  
REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO**

**MONICA MARIA PETRI FARSKY**

Monografia aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_ para obtenção do Título de  
Especialista em Direito do Trabalho

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Professora Dra. Claudia José Abud

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

## **DEDICATÓRIA**

*Dedico esse trabalho aos Professores Cláudia José Abud, minha orientadora e mentora, e Michel Olivier Giraudeau, pelo enorme dom de ensinar, agradeço a vocês muito tudo que aprendi.*

*Ao Jorge e André que estiverem ao meu lado em todos os momentos, com meu amor e admiração.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao amigo e colega Paulo Gonçalves Silva Filho que me despertou para o direito do trabalho e muito me incentivou nestes longos anos.

À Júlia Cara Giovannetti, também amiga e colega, que dedicou seu tempo precioso para me auxiliar e estimular.

## RESUMO

A preocupação central do estudo foi apresentar o novo modelo de administração pública brasileira frente às relações de trabalho. Acompanhar a evolução histórica dos institutos da terceirização dos serviços públicos e examinar as discussões, doutrinárias e jurisprudenciais, em torno dessa polêmica questão. Trazer a debate o princípio da eficiência da administração e da efetividade na execução dos serviços essenciais. A monografia mostra como os Tribunais Superiores, com base na ponderação entre princípios constitucionais, procuraram regulamentar os acordos firmados entre o Estado e os Entes em Cooperação para a prestação de serviços públicos diretamente à população. A cada dia a magistratura tem se curvado à legalidade destes contratos. Da mesma forma, a doutrina vem se inclinando para a defesa das novas formas de contratação e confirmando sua legalidade. O trabalho procura prestigiar as novas relações estabelecidas entre empregados e empregadores frente à moderna e inovadora forma de gestão da coisa pública. A monografia também apresenta alguns julgados recentes e dados estatísticos do Estado de São Paulo.

**Palavras-chave:** Terceirização na administração pública, contratos de gestão na esfera pública.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 8  |
| DESENVOLVIMENTO.....  | 13 |
| CAPÍTULO I - A Nova Organização Administrativa Brasileira.....  | 13 |
| 1.1 A criação dos entes de cooperação.....  | 15 |
| 1.2 Questões jurídicas.....   | 18 |
| 1.3 A ADI 1923 e a posição do Supremo Tribunal Federal.....   | 22 |
| CAPÍTULO II - A questão da terceirização e a Súmula 331 do TST.....   | 25 |
| 2. Evolução Histórica.....  | 25 |
| 2.1 A terceirização no serviço público e suas peculiaridades.....   | 27 |
| 2.2. Os contratos de gestão e a terceirização.....  | 32 |
| CAPÍTULO III – Dados estatísticos do Estado de São Paulo.....   | 39 |
| CONCLUSÃO.....  | 41 |
| BIBLIOGRAFIA.....   | 45 |
| ANEXOS.....   | 46 |
| Anexo I - Sentença de improcedência proferida em Ação Civil Pública promovida pelo MPT em face da Fazenda Estadual.....   | 46 |
| Anexo II - Sentença de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em pedido de reconhecimento de nulidade de contrato de gestão, proferida em Ação Civil Pública promovida pelo MPT em face da Fazenda Estadual. ....  | 49 |
| Anexo III – Acórdão do TST em Agravo de Instrumento determinado o processamento do RR interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo prequestionando a ofensa ao art. 71, parágrafo 1 <sup>o</sup> . da Lei 8.666/93 ante a nova redação adotada na Súmula 331 do TST.....                                  | 52 |
| Anexo IV - STF – Decisão Monocrática da Ministra Carmen Lúcia em Reclamação Constitucional nº 12558, interposta pelo Estado de São Paulo, julgada procedente para cassar decisão da 4 <sup>o</sup> Turma do TST que afastou a aplicabilidade do artigo 71, parágrafo 1 <sup>o</sup> . da Lei 8.666/93. .... | 58 |

## **GESTÃO PRIVADA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO**

### **INTRODUÇÃO**

A monografia pretende abordar a terceirização no âmbito da administração pública brasileira não havendo intenção de enfrentar o tema em relação ao setor privado.

O estudo do fenômeno da terceirização no mundo moderno há muito nos instiga.

Todos os dias, no ambiente de trabalho, nos estabelecimentos de compras e bancários, deparamo-nos com trabalhadores contratados como terceirizados.

Em cada peça elaborada, audiências realizadas na Justiça do Trabalho, além de defesas em Ações Cíveis Públicas, o instituto vem expresso em suas mais diversas formas de manifestação.

Assim, nasceu a idéia de explorar um pouco melhor o tema, tendo em vista nossa experiência na área pública e a necessidade de estudos mais aprofundados para a melhor compreensão do fenômeno na esfera estatal.

Caminho árduo foi seguido. Cada vez que se aprofundava na compreensão da temática e buscavam-se novos caminhos para a sua solução, os estudos se tornavam mais complexos e as conclusões caminhavam em várias direções, algumas vezes opostas.

Esperamos que o leitor acompanhe o nosso trabalho de forma crítica e que a monografia seja um desafio para novas conclusões e estudo desta cada vez mais utilizada forma de contratação de empregados, mormente na administração pública brasileira.

Traduzindo-se em uma forma de contratação aparentemente não prevista em diploma legal, o fenômeno crescente da terceirização foi sendo domado pela

jurisprudência, que empreendeu esforços para compatibilizar essa fórmula crua de contratação laboral às regras e princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Há um acirrado debate entre doutrina e jurisprudência ainda inconclusivo sobre a terceirização no Brasil, sempre em busca por parte das instituições de um controle civilizatório dessas relações em consonância com a ordem jurídica.

O direito com sua característica marcadamente finalista, absorvendo valores e metas considerados socialmente relevantes em certo momento histórico, deverá incorporar essas novas formas de relações jurídicas harmonizando-as aos fins e valores essenciais do Direito do Trabalho.

Neste contexto de modificações sociais e incremento das relações do trabalho, o Estado moderno teve que se adaptar e criar novos mecanismos de atuação e gerenciamento de suas atividades.

Na esfera pública começa a se desenhar um novo modelo organizacional.

A administração pública tradicionalmente deve empregar seus recursos, que advém dos cofres públicos, de forma eficiente, já que limitados. Tal imperativo lógico decorre da conformação estatal evidenciada a partir da definição de *res publica*.

Em consideração à escassez de recursos públicos, é que se torna indispensável sua eficiência de utilização.

Neste contexto de transformação das relações do trabalho, a monografia procurará apresentar os fundamentos práticos, teóricos, legais, doutrinários e jurisprudenciais relacionados à defesa da legalidade e legitimidade da transferência de serviços de natureza pública para particulares colaboradores.

Não há evidente pretensão de se esgotar o tema, mas buscar uma introdução a tão moderna e palpitante questão referente aos novos modelos e instrumentos de prestação de serviços à população que se desenvolveram nos últimos anos, a exemplo das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público.

Ao longo do texto, defenderemos a idéia de que as formas de cooperação entre o Estado e a sociedade organizada, não constitui um meio de contratação irregular de trabalhadores, através de interposta pessoa ou mesmo ardil para burlar o princípio do concurso público, em inobservância ao artigo 37, II, da CF,

Esse conjunto de ações do Estado e dos Entes em Colaboração, não fere a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), nem os direitos dos trabalhadores oriundos de contrato de trabalho.

O Decreto-Lei nº 200, de 1967 foi por mais de 40 anos o balizador central da de toda organização e funcionamento da administração pública. Tramita nos Congresso Nacional, nos dias atuais, Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal que carrega a responsabilidade de suceder a lei vigente<sup>1</sup>.

Anseia-se que a nova lei proporcione a segurança jurídica necessária para atuação dos órgãos do estado no ambiente de governança ampliada que envolve os entes em cooperação e parceiros públicos

Espera-se que avance além do escopo tradicional da atuação estatal para possibilitar a plena incorporação ao arcabouço jurídico-legal dos novos modelos e instrumentos de prestação de serviços à população que se animaram ao longo dos anos, a exemplos das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. Ao mesmo tempo, resgatando e revigorando o setor paraestatal em sintonia com as emergentes experiências de parceria entre o estado e os serviços sociais autônomos.

A atuação das organizações sociais está prevista e regulada pela lei Federal 9.637/98. Em julgamento recente, sua constitucionalidade foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que pelo seu pleno, indeferiu medida cautelar que pretendia suspender a sua vigência<sup>2</sup>.

Nessa perspectiva é que foram instituídas as Organizações Sociais (OS), modelo jurídico de organizações públicas não estatais, entidades de direito privado, constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, às quais foi atribuída a prestação de serviços sociais de natureza pública, com autonomia financeira e administrativa e novos instrumentos de controle e avaliação de desempenho. A relação entre as organizações sociais e o Estado será regulada por compromissos mútuos, definidos em contratos.

Nesta linha de raciocínio, será analisada a questão da terceirização do serviço público, sempre sobre o aspecto organizacional, como forma de contratação operada no mercado, que se expressa nos novos modelos de atuação da administração pública.

---

<sup>1</sup>. O Decreto-Lei n 200/67 procurou à sua época alterar o perfil até então existente da administração pública, sancionando novos instrumentos jurídicos para auxiliar a atuação estatal.

<sup>2</sup>. ADI 1923.

São a existência e a legitimidade da contratação dessas organizações públicas não governamentais, que vêm se tornando tão importantes para a transformação do velho Estado protecionista em um Estado social, democrático, participativo e eficiente, que o trabalho se propõe defender. Elas atuam paralelamente ao Estado na consecução dos fins de interesse público, ponto fundamental para a sua existência e legalidade de atuação.

A Constituição Federal reconhece a importância da atividade econômica, no artigo 129, II, faz menção aos serviços de relevância pública e no artigo 197 define como de relevância pública as ações e serviços de saúde. O artigo 199, ainda, é expresso ao determinar que a assistência à saúde é livre à exploração da iniciativa privada, podendo as instituições desta espécie participar de forma complementar ao sistema único de saúde. Por fim, o artigo 37, parágrafo 8º faz referência à ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades de administração direta e indireta mediante contrato.

Cabe a lei ordinária, como a Constituição Federal não é taxativa, definir quais são os serviços de relevância pública que tanto podem ser prestados pelo poder público, como pelo particular por sua própria iniciativa.

Hoje no Estado de São Paulo as parcerias são realizadas através de diversas Secretarias de Estado e não apenas na área da saúde. Vários museus, orquestras são transferidos a particulares para gerenciamento e execução de projetos culturais voltados ao melhor atendimento da população.

O trabalho será dividido em três capítulos que se interrelacionam. O primeiro capítulo enfoca o novo e moderno modelo de organização administrativa brasileira. No segundo, defenderemos a inexistência de terceirização ilegal, frente à Súmula 331 do TST e discutiremos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923 pela Suprema Corte e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. No terceiro capítulo, traremos alguns dados estatísticos obtidos através de informações coletadas pela Secretaria da Saúde, gestora dos contratos na área. Por fim, chega-se à conclusão, que nada mais é do que a síntese das análises feitas ao longo da dissertação. Nos anexos, o leitor poderá acompanhar as recentes decisões dos juízes e Tribunais favoráveis à nova forma estrutural do Estado, em consonância com a tese defendida ao longo deste estudo.

A metodologia empregada será a de análise de conceitos e argumentos produzidos nos debates sobre a legalidade das transferências das atividades

essenciais da administração pública a parceiros privados, tirados da doutrina, jurisprudência e da experiência prática.

Será demonstrado que a transferência da atividade pública para a administração particular via contrato de gestão ou convênio não é privatização, nem tão-pouco se caracteriza como terceirização fraudulenta, em inobservância à Súmula 331 do TST.

Ao revés, não se aplica a referida Súmula aos contratos firmados entre a administração pública e os entes de cooperação.

Esses conceitos serão produzidos e desenvolvidos no interior de três ramos jurídicos – o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho. A monografia terá, portanto, que estabelecer uma interface entre esses domínios jurídicos.

Pretende-se fazer uma reflexão sobre o tema e instigar o leitor a aprofundar-se nas questões aqui debatidas além de buscar novas conclusões sobre esta nova e moderna forma de gerir a coisa pública.

## DESENVOLVIMENTO

### ***CAPÍTULO I - A Nova Organização Administrativa Brasileira***

Na concepção de Hegel o Estado é a expressão maior da racionalidade humana. Para o autor, os esforços humanos no sentido de organizar de forma racional a vida em sociedade são corporificados pelo sistema constitucional legal e pela administração pública (aqui entendida como aparelho garantidor da execução da lei<sup>3</sup>.

Assim é que, quanto mais desenvolvida e racional for uma sociedade, coesa e homogênea, quanto mais educados e dotados de valores públicos forem seus membros, melhor e mais racional será o Estado.

Neste sentido, no dizer de Bresser Pereira, os juristas administrativistas que propõem uma nova organização administrativa do Estado brasileiro têm como missão primeira tornar o aparelho do Estado mais racional, portanto, mais eficiente.

Segundo o entendimento do autor:

É serem os agentes do Estado pensado por Hegel. É tornar a administração pública *efetiva* - ou seja, capaz de executar o que a lei prevê, e *eficiente*, apta a realizar a tarefa com a melhor qualidade e o menor custo possíveis<sup>4</sup>.

Com o desenvolvimento econômico dos Estados, verificado após a segunda metade do século XX, não bastava mais a efetividade dos serviços prestados; a administração pública necessitava ser mais eficiente e, para isso, os países iniciaram uma verdadeira reforma gerencial do Estado.

O Estado foi obrigado a abandonar suas características centralizadoras e passou à busca da eficiência com menores custos. Surgiu uma nova acepção, novo modelo deste ente abstrato, cuja opção organizacional relaciona-se cada vez com o aspecto estratégico, mercadológico, com vistas à eficiência.

---

<sup>3</sup>.Citado por Bresser Pereira in MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova Organização Administrativa Brasileira*. São Paulo: Editora Fórum, 2010, p.15.

<sup>4</sup>.Ibidem, p. 15.

Embora seja viável uma organização estatal moderna, competitiva no mercado, há limites de atuação previstos na Constituição Federal para coibir abusos por parte dos agentes públicos.

Com o desenvolvimento dos Estados modernos, foram criados pela doutrina e regulado pelas Cartas Constitucionais os princípios informadores da administração pública.

Os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, na visão de José dos Santos Carvalho Filho. Segundo sua dicção, como forma didática da análise, os princípios enunciados na Constituição Federal são *expressos*, os demais *reconhecidos*<sup>5</sup>.

Podemos citar como exemplos do primeiro tipo, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade dentro tantos outros adotados pelos administrativistas e reconhecidos pelas leis.

Vamos, contudo, nos ater ao princípio da eficiência que, por correlação lógica, explicita nosso raciocínio.

A Emenda Constitucional n. 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acresceu, ao *caput*, do artigo 37, um novo princípio: o da eficiência (interpretado como a “qualidade do serviço prestado”).

O que se pretendia com a reforma era criar mecanismos para conferir aos usuários acesso aos diversos serviços que deveriam ser prestados pela administração e seus delegados, além de estabelecer efetivas obrigações aos prestadores.

O núcleo do princípio da eficiência é a procura da produtividade com economia, evitando-se gastos exorbitantes de dinheiro público.

Trata-se de um dever do Estado, constitucionalmente consagrado, e que não pode ser desrespeitado, sob pena de responsabilização por parte dos agentes responsáveis. Significa que a administração pode e deve recorrer à moderna tecnologia, às inovações do mercado para obter excelência na execução das tarefas a seu cargo. Tais objetivos é que ensejaram as recentes teorias a respeito da *administração gerencial* nos Estados modernos (*public management*).

A continuidade dos serviços públicos, também princípio constitucional, está intimamente ligada ao da eficiência (artigo 37, *caput* da CF). A continuidade deve

---

<sup>5</sup>. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 17.

estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão dos serviços, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, estas adequadas e adaptadas às novas exigências sociais.

### 1.1 A criação dos entes de cooperação

Desde a última década do século passado vem sendo promovida uma série de modificações constitucionais e legais no Brasil cujo objetivo é implantar um modelo de administração pública conhecida como *administração gerencial*, vertente neoliberalista. Fundamenta-se no princípio da eficiência, afastando-se do modelo tradicional de Administração Pública burocrática, cuja ênfase recai no princípio da legalidade<sup>6</sup>.

Prega-se, portanto, a idéia de Estado mínimo, retirando-se do setor público todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível.

O Estado mínimo também é fundado no princípio da eficiência, uma vez que os defensores da doutrina neoliberalista propagam que o Estado é sempre menos eficiente do que o setor privado.

Como decorrência deste preceito, busca-se ampliar a autonomia dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública; ocorrem as chamadas “privatizações” de prestação de serviços públicos que possam gerar lucro passando a sua exploração ao setor privado mediante concessão ou permissão de serviços públicos; ao mesmo tempo são extintas entidades da Administração Pública, e pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos são estimuladas a atuar naquelas áreas não exclusivas de ação do Estado.

Na verdade, o primeiro grande passo para o redesenho do Estado como prestador de serviços foi o chamado Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei 8.031/90, posteriormente substituída pela Lei 9.491/97, que manteve as linhas básicas do Programa.

A Lei 9.491/97, contudo, passou a denominar de *desestatização* o que a lei anterior chamava de privatização, de modo que o termo, além de se tornar compatível

---

<sup>6</sup>. ALEXANDRINO, Marcelo. *O Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 129.

com o próprio nome do Programa, indicou claramente que o objetivo pretendido era o de *afastar o Estado da posição de executor de certas atividades e serviços*<sup>7</sup>.

O Estado não deixa de ser titular, transferindo somente a execução em si dos serviços públicos, conforme o artigo 7<sup>o</sup>, da Lei 9.491/97<sup>8</sup>.

Com a modernização da máquina administrativa, abriu-se o caminho para o surgimento das entidades paraestatais que integram o chamado “terceiro setor”, composto por entes privados da sociedade civil, que prestam atividade de interesse social por iniciativa privada, sem fins lucrativos. O “terceiro setor” coexiste com o primeiro setor, que é o próprio Estado, e com o segundo setor, que é o mercado<sup>9</sup>.

O “terceiro setor” recebe incentivo estatal para assumir o desempenho dessas atividades não exclusivas, em colaboração com o setor público.

Para a consecução de seus fins com eficiência e economicidade, o Estado passa a se utilizar também de entes de cooperação, que não compõem a administração pública indireta e são definidas como entidades, pessoas jurídicas de direito privado, que colaboram com o Poder Público, a que são vinculadas, através da execução de alguma atividade caracterizada como serviço de utilidade pública.

As organizações sociais são, assim, um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. Não se caracterizam como delegatárias de serviços públicos (não atua sobre concessão, permissão, autorização), ou seja, não está exercendo atividade pública em nome do Estado, mas privada, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos, transferência de servidores etc.

As organizações da sociedade civil de interesse público são assim conceituadas pela Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>10</sup>:

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoa de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.

---

7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 322.

8. Art. 7º A desestatização dos serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º desta Lei, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, de concessão ou permissão do serviço, objeto da exploração, observada a legislação aplicável ao serviço.

9. *Ibidem*, p. 140

10. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo* São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 474.

A qualificação, regulamentação e características dos entes em cooperação vêm previstas nas Leis n. 9.637/98 (*organizações sociais*) e 9.790/99 (*organizações da sociedade civil de interesse público*).

O chamado “termo de parceria” estabelece um vínculo entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil. Este acordo deverá prever, de modo detalhado, os direitos e as obrigações dos pactuantes, tais como o objeto do ajuste, as metas a serem lançadas, o prazo de execução, os critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, acompanhamento de prestação de compras etc.

O controle será efetuado pelo órgão do Poder Público da área de atuação da atividade fomentada e pelos Conselhos de políticas Públicas das áreas correspondentes, em cada nível de governo.

Estas entidades sofrem rigoroso controle do Poder Público, previsto no artigo 183, do Decreto-Lei n. 200/67, estabelecendo que:

As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.

As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Vale lembrar que a Lei 9.648/1998, acrescentou um inciso ao artigo 24 da Lei 8.666/1993, artigo este que trata das hipóteses de licitação dispensável, aqui incluídas as organizações sociais<sup>11</sup>.

A licitação será dispensada desde que o serviço de interesse público a ser prestado esteja previsto no contrato de gestão celebrado pela organização social.

Com a retirada do Estado da função de agente econômico e da prestação direta de serviços públicos, foram criados, ou mesmo fortalecidos, em decorrência

---

<sup>11</sup>. Art. 24. É dispensável a licitação:

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

desta reestruturação, figuras e institutos jurídicos visando regulamentar as novas relações jurídicas, conforme demonstrado acima.

A Emenda Constitucional (EC) 19/1998 foi o maior instrumento legitimador da almejada reforma administrativa no Brasil. Desde então, as modificações nas relações Estado-agentes públicos têm sido implementadas através da edição de leis e atos infra legais regulamentadores das diretrizes inseridas na Constituição pela referida emenda.

Nesta esteira, importante a menção aos contratos de gestão. Esse instrumento possui, dependendo das partes que o celebram, características bastante diversas. Quando celebrado entre o Poder Público e órgãos ou entidades da Administração Pública, funciona como instrumento de autonomia destes entes. Diversamente, os contratos de gestão celebrados entre o Poder Público e entidades privadas (as organizações sociais), para Alexandrino:

Representam os instrumentos que possibilitam o recebimento de fomento, de bens e recursos públicos, sujeitando estas entidades, por essa razão, ao controle, pelo Estado, da destinação dada aos recursos e bens públicos a elas transferidos a fim de que atinjam as metas com as quais devem se comprometer<sup>12</sup>.

Neste último caso, a administração entrega à organização social os recursos públicos e passa a controlar o alcance, pela entidade, das metas acordadas.

Como se observa, o contrato de gestão é instituto intimamente ligado à noção de eficiência na administração de recursos públicos.

Tal contrato ganhou relevância e adquiriu legitimidade com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998. Mais especificamente, no parágrafo 8<sup>o</sup>, do artigo 37 da Constituição Federal, foi inserida a base constitucional para a previsão pelo legislador ordinário da celebração destes ajustes.

## 1.2 Questões jurídicas

Não há dúvida sobre a possibilidade de a administração pública firmar, dentro dos parâmetros da lei e dos princípios informadores, contratos de

---

<sup>12</sup>. ALEXANDRINO, Marcelo. *O Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo : Editora Método, 2009, p. 129.

prestação de serviços, através dos quais parcelas de suas atividades são transferidas a terceiros, objetivando maior descentralização e eficiência na atividade estatal. A lei 8.666/93 prevê em diversos de seus artigos essa permissão.

Abaixo alguns exemplos:

Art. 6º - Para os fins dessa Lei, considera-se:

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, seguro e trabalhos técnico-profissionais.

A mesma Lei trata dessa modalidade de contratação em inúmeros outros dispositivos legais, como os artigos 7º, 10º, 13, 25, inciso II, apenas elencados alguns.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, sobre esse tema, define serviço público como<sup>13</sup>:

... toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Na Constituição Federal, encontram-se exemplos de serviços públicos exclusivos, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transporte e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 24, parágrafo 2º).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público. Tal é o caso dos serviços prestados no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).

Assim, como já mencionado, o artigo 197 da Constituição Federal expressamente autoriza que as ações e serviços de saúde podem ser executados diretamente pela administração ou através de terceiros. Em contrapartida, o artigo 199 § 1º afirma que as entidades privadas podem ser contratadas ou conveniadas pela administração para atuarem no Sistema Único de Saúde, se a lei prevê contratos ou convênios envolvendo prestação de

---

<sup>13</sup>. DI PIERO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo* São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p.94, 103 e 104.

serviços continuados tanto de entidades privadas como de Organizações Sociais e Cíveis de Interesse Público, evidente que não há qualquer óbice legal ao sistema de contratação adotado.

Ações e serviços de saúde são, por definição constitucional contida no artigo 197 da CF, serviços de relevância pública. Não tendo a Carta Constitucional definido todos os serviços desta relevância, cabe à lei ordinária fazê-lo e serão desempenhados por pessoas jurídicas de direito privado criadas por particulares, sem fins lucrativos, e em colaboração com o poder público.

Segundo a definição de Maria P Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>14</sup>.

A questão, portanto, está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional exige cautela e aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais no tocante aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Apenas a título de ilustração, no Estado de São Paulo nos termos da Lei Complementar Estadual nº 846, de 04 de junho de 1988, podem ser qualificadas como organizações sociais entidades de direito privado, deferindo ao Estado a possibilidade de com elas celebrar contrato de gestão para transferência de atividades e serviços públicos, nos mesmos moldes estabelecidos pela referida Lei Federal e encampada pela Suprema Corte Constitucional.

Hoje o Estado de São Paulo, assim como o próprio Município paulista, acompanhando as tendências modernas de diversas Nações, detém contratos de gestão com Organizações Sociais, sem fins lucrativos, para gerência de grandes e importantes complexos hospitalares, de expressivos museus e programas culturais (a virada cultural, por exemplo).

---

<sup>14</sup>. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 241.

O setor público, ao longo dos últimos anos, premido pela necessidade de viabilizar investimentos em contexto de restrição fiscal, encontrou nos arranjos de parceria público-privada o mecanismo eficiente na execução de serviços públicos.

A contratação das parcerias tem como finalidade precípua arrecadar investimento privado para setores de infra-estrutura pública, o que envolve custos elevados.

As parcerias público-privadas (PPP) são instituídas e regulamentadas pela Lei 11.079/2004 que contém regras endereçadas exclusivamente à União, deixando a regulamentação para as leis próprias de cada ente da Federação. Os Estados de Minas Gerais, com a Lei. 14.868/03, de Santa Catarina, com a Lei 12.930/04, e de São Paulo, com a Lei 11.688/04, são exemplos de estados que possuem lei estadual com regras específicas sobre o tema.

O texto da lei incorporou conceitos aplaudidos pela experiência internacional e garante que as parcerias público-privadas sejam um instrumento efetivo na viabilização de projetos fundamentais ao crescimento do País e também balizado na atuação transparente da Administração Pública e nas regras de responsabilidade fiscal.

Todos os bens estatais transferidos às entidades continuam no domínio público e são apenas cedidos à organização através de mera permissão administrativa. Os bens imóveis permanecem no patrimônio imobiliário do Estado, e qualquer bem adquirido com recursos advindos do contrato pela Organização Social passa a integrar o patrimônio público. Cessado o ajuste por qualquer motivo a administração dos bens retorna ao poder público.

Não há também privatização dos serviços cedidos, pois a natureza jurídica do serviço permanece pública, sendo apenas sua execução transferida a ente privado.

Experiências internacionais vêm demonstrando a eficácia da atuação da iniciativa privada nas políticas públicas, com vantagens não somente econômicas como também práticas, em que o particular contratado detém condições de prestar um serviço público mais qualificado. Interessa cada vez mais à sociedade a aproximação do Estado da iniciativa privada, direcionada à arrecadação de capital privado para investimento e financiamento de obras e serviços públicos.

Todas as críticas contrárias caem por terra quando constatamos como afirmou o jurista José dos Santos Carvalho Filho que “a eficiência guarda estreita aproximação com moralidade social”<sup>15</sup>.

Claro é que a reforma administrativa, fato pungente, deve ser constante e adequada às mudanças sociais que se operam de uma forma muito rápida nos dias atuais, principalmente tendo em vista as inovações tecnológicas, com vista ao crescimento econômico brasileiro.

### **1.3 A ADI 1923 e a posição do Supremo Tribunal Federal**

Como já mencionado anteriormente, a atuação das organizações sociais encontra-se regulamentada exaustivamente em nosso ordenamento jurídico pela Lei Federal 9.637/98.

Em julgamento histórico a Suprema Corte Federal, pelo seu pleno, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, indeferiu medida cautelar que buscava suspender a vigência desta Lei.

Na importante decisão, por unanimidade, o pleno da Corte máxima confirmou a validade da lei e assegurou a continuidade dos programas estatais transferidos para as organizações sociais, bem como a permanência do funcionamento dessas entidades.

Ainda mais relevante, para os fins das ações ora em curso na Justiça do Trabalho, ao contrário das teses defendidas pelo *parquet*, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade e a regularidade da transferência de atividades estatais para organizações sociais, inclusive com relação àquelas que o Ministério Público do Trabalho considerava atividade-fim da administração pública, na área específica da saúde.

A decisão também apreciou e rechaçou o argumento Ministerial, agindo supostamente em defesa dos direitos eventuais dos trabalhadores contratado pela administração pública sob o regime celetista, que a contratação de pessoal pelas organizações sociais caracterizaria violação ao princípio do concurso público, nos seguintes termos:

---

<sup>15</sup>. CARVALHO, FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 29.

As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, caput, e, sendo organizadas como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público.

Discorre ainda o relator, Senhor Ministro Ilmar Galvão, ao concluir seu voto que:

Na verdade, como anteriormente já restou assentado, não se pode argüir de inconstitucional a cessão de servidores a entes que se dedicam ao desempenho de serviço de interesse público, muito menos quando criados para o fim precípua de absorção de atividade até então cumprida por órgão da administração direta. Concluindo, pelas razões expostas, meu voto indefere a cautelar<sup>16</sup>.

A decisão soberana da Suprema Corte afastou a alegação de violação do princípio do concurso público, e foi além ao autorizar a transferência de servidores públicos para exercerem suas atividades nessas entidades.

Certo é que, se o Poder Público pode transferir atividades ou serviços para terceiros, cabe a estes a contratação de pessoal para executá-los.

Essa nova forma de contratação, como se vê, é legalmente autorizada, e por isso, inexistente qualquer intermediação de mão-de-obra ou violação à garantia constitucional do concurso público.

A aludida decisão da Corte Constitucional, como se viu, enfrentou e afastou todas as teses elencadas pelo *parquet* nesta ação, e concluiu, de forma expressa, que o Estado pode fomentar a criação de organizações sociais, bem como, repita-se, transferir a execução de serviços públicos para elas, e ainda, que a contratação de pessoal pelas entidades não implica em violação do concurso público ou afronta a eventuais direitos dos trabalhadores.

Forneceu a Suprema Corte importante precedente para o julgamento destas questões pelos juízes e Tribunais Regionais em favor da legalidade das contratações via contratos de gestão.

---

<sup>16</sup>. STF – Pleno, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5 Distrito Federal – DJE 21/09/2007- Ementário nº 2290-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

Não há ocorrência de terceirização ilegal ou violação ao primado do concurso público, já que a própria Carta Constitucional e diversos dispositivos legais, além da Lei de Licitação, autorizam a transferência de execução de atividades essenciais promovidas pelo Estado às organizações sociais ou a entidades públicas e privadas.

A visão distorcida defendida pelo Ministério Público do Trabalho, em diversas ações civis propostas contra o Estado de São Paulo, caminha na contramão da evolução das sociedades que se operam de forma mundial.

O novo modelo de contratação aqui sustentada decorre de uma forma estratégica de se aplicar a eficiência à atividade pública, sem se afastar da escassez de recursos.

Opinião contrária será travada contra a permissão legal, entendimento jurisprudencial e doutrinário, além de guiar-se em direção oposta à evolução econômica, cultural e social da sociedade moderna.

## ***CAPÍTULO II - A questão da terceirização e a Súmula 331 do TST***

### **2. Evolução Histórica**

O desenvolvimento econômico mundial, com a conseqüente flexibilização das relações comerciais e trabalhistas, muitas vezes predadoras, impuseram uma fortificação dos países mercantilistas em contrapartida a uma competição acirrada, promovendo verdadeira transformação cultural e modificação dos hábitos de consumo, sempre visando à melhor qualidade com preços mais competitivos.

Destarte, a sobrevivência das empresas, no século XXI, impõe a busca incansável da eficiência, conciliando-se a qualidade com o menor custo possível. Este binômio, como não poderia deixar de acontecer, está fortemente presente no segmento de prestação de serviços e, por conseqüências, nas relações de trabalho.

Neste cenário, surge a chamada *terceirização*, expressando a “contratação de terceiros para a execução de trabalhos pertinentes às atividades das empresas tomadoras”<sup>17</sup>.

O processo de terceirização nasceu da necessidade da busca incansável da redução de custos e melhoria da qualidade. De fato, ao concentrar energia em sua atividade principal a empresa contratante, otimizando os custos, deixa para a contratada a realização de atividades (administrativas ou operacionais), que exigem certo investimento para buscar qualidade e segurança.

A relação contratual trabalhista brasileira está atrelada a um regime jurídico fechado, estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho, que revela a presença protecionista do Estado em amparo ao trabalhador empregado. Em contrapartida, a relação contratual de prestação de serviços é regida pelo direito comercial e civil e prestigia a liberdade de contratar e a autonomia da vontade

---

<sup>17</sup>. POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização – Aspectos legais, trabalhista e tributários*. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.16.

das pessoas envolvidas na relação jurídica estabelecida, no que concerne aos direitos e obrigações pactuadas.

No Brasil, as relações trabalhistas ganharam relevo a partir do Governo de Getúlio Vargas, nos idos de 1930. A situação da classe trabalhadora era das mais precárias, quando foram introduzidas no ordenamento jurídico regras protecionistas às relações de trabalho.

Da sorte que, desde então, o custo de manutenção destas relações foi se tornando cada vez mais acentuado, comprometendo a própria sobrevivência das empresas, e levando à busca de informalidade do mercado de trabalho (violação direta da lei).

Com o passar do tempo, com o estreitamento do protecionismo estatal aliado aos aumentos de encargos previdenciários, os empregadores utilizaram-se de ardis mais sofisticados para burlar a lei. Fez-se uso, em dadas situações, do processo de terceirização fraudulenta, transformando empregados em trabalhadores autônomos, no mais das vezes, com interposição de empresas e, recentemente, com a criação de cooperativas de trabalho para tais fins.

Diante deste quadro de afronta e desrespeitos aos direitos trabalhistas, nossos Tribunais foram chamados a se pronunciar acerca da questão.

Neste contexto de transformação social, a disciplina da terceirização foi construção brilhante da Justiça do Trabalho, nascida a partir da necessidade de controlar as formas mais agressivas de flexibilização e precarização do trabalho.

A preocupação da Justiça do Trabalho, com a crescente demanda de ações que envolviam terceirizações por interposição de empresas ou cooperativas, nas quais se verificava a ocorrência de relações empregatícias travestidas de contratação terceirizada, em evidente fraude à legislação trabalhista, levou o Tribunal Superior do Trabalho a posicionar-se sobre a questão.

Assim, foi a Corte Federal chamada a se manifestar acerca da legalidade das novas formas de contratação de trabalhadores e, em resposta à demanda, editou-se a Súmula 331.

O objeto da Súmula 331 é o fenômeno da terceirização trabalhista e, sobretudo, da terceirização ilegal, através da contratação de empresas

prestadoras de serviço, que admitem trabalhadores para execução de atividades-fim da empresa tomadora.

O que se quer coibir, com a edição da Súmula, é a exploração do trabalhador e a precarização das relações *jus trabalhistas*, em prejuízo dos direitos trabalhistas dos contratados e dos empregados da tomadora do serviço que vêm seus empregos, salários e direitos ameaçados pela terceirização.

Ao que parece, a edição da Súmula, ao atribuir a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, cumpriu com sua função de proteção social.

## **2.1 A terceirização no serviço público e suas peculiaridades**

A terceirização na administração pública não é um fenômeno recente.

Segundo Maria Silvia Zanella di Piero, o conceito de terceirização para a administração pública é o mesmo do direito do trabalho, sendo bastante comum a celebração de contratos de empreitada (de mão de obra e de serviço) e de fornecimento, com fulcro no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, observado as normas da lei n. 8.666/93<sup>18</sup>.

Na verdade, cada vez que a administração pública recorre a terceiros para realização de uma atividade que ela mesma pode executar, ela esta terceirizando.

A imputação de responsabilidade subsidiária nos termos preconizados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), todavia, não se aplica ao Poder Público quando tomador de serviços. Em primeiro lugar, o Judiciário não se encontra constitucionalmente autorizado a criar políticas públicas de proteção social, mormente através de uma Súmula; segundo, a forma de terceirização empregada na administração pública é lícita e prevista em lei.

A administração está jungida ao princípio da legalidade.

---

<sup>18</sup> . DI PIERO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 325.

Nas contratações, deve obedecer aos parâmetros fixados no disposto no artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93<sup>19</sup>.

Muito bem, as regras constantes dos contratos estão previstas dentre outras normas na Lei de Licitação, são regras de direito público e em total observância ao princípio da legalidade.

Não contrariam a Súmula 331 do TST e nem se trata de fraude aos direitos dos trabalhadores contratados pela empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

Por essa razão, impossível adotar-se o entendimento apoiado na Súmula nº 331 do TST.

A aplicação da Súmula em face do Estado pressupõe a declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, já que o Poder Judiciário não pode ignorar a vigência e eficácia de lei federal.

No final de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária, declarou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do Enunciado (Súmula) 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, contrariando o disposto no parágrafo 1º do mencionado artigo 71, responsabiliza subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta, em relação aos débitos trabalhistas, quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado.

Nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição Federal, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais Órgãos do Poder Judiciário e à

---

<sup>19</sup>. Artigo 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, previdenciários, 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.

administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em vista do entendimento fixado na ADC 16, o Plenário deu provimento a uma série de Reclamações (RCLs) ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho fundamentadas na Súmula 331/TST. Entre elas estão as RCLs 6970, 7035 apresentadas pelo Estado de São Paulo.

Em decisão recente da lavra da Ministra Carmen Lúcia foi julgada procedente a Reclamação Constitucional proposta pelo Estado de São de Paulo, RCL. 12558, determinando-se a cassação da decisão proferida pela 4ª Turma do TST, que descumpriu o decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e afrontou a Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup>.

Abaixo transcrevemos a emenda da importante decisão que certamente modificará o entendimento dos órgãos julgadores com relação à responsabilidade subsidiária do Estado pelo inadimplemento do contrato por parte da empresa contratada<sup>21</sup>.

EMENTA – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – Subsidiária. Contrato com a administração pública. Transferência conseqüente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade Jurídica. Conseqüência proibida pelo artigo 71, parágrafo 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, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Diante da decisão do STF, em julgamento recente o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso V da Súmula 331, nos seguintes termos<sup>22</sup>:

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.  
LEGALIDADE

---

<sup>20</sup>. STF – RCL. 12558, Relatora Ministra Carmen Lúcia – in *DJU* 20/09/2011.

<sup>21</sup>. STF – Plenário ADCT nº 16 Distrito Federal, Rel. Min. Cezar Peluso – in *DJU* 09/09/2011 - Julgamento da ADCT nº 16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>

<sup>22</sup>. Consulta site do TST em 22.09.2011, (Nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: [http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Index\\_Enunciados.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html)

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.

Não se admite mais a condenação dos Entes Públicos como responsável subsidiário pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas da executora, diante da nova interpretação dada pelo TST à questão, como se vê em diversos julgados<sup>23</sup>.

De fato, o julgado que deu origem a edição da Súmula 331 não se sustenta perante a teoria da responsabilidade da administração pública.

Não há responsabilidade do Ente público que se verifique através das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, seja porque inexistente a responsabilidade ou necessária a sua comprovação no caso concreto, seja porque a Lei de Licitação não prevê a obrigação de fiscalizar. Ainda, não se pode falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista a inexistência de nexo causal entre o que se alega a administração omitir e o inadimplemento do prestador de serviço.

Outrossim, com relação à culpa *in vigilando*, entendimento assentado na decisão da ADC nº 16, verifica-se a inexistência de lei que obrigue a Administração Pública a fiscalizar o pagamento de verbas salariais aos empregados da contratada, que é de responsabilidade desta, sendo a matéria tratada apenas no art. 71 da Lei 8.666/93 que disciplina ser obrigação da contratada o pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, que uma vez descumprida, ensejará a aplicação das penalidades previstas na Lei de Licitações e Contratos, inclusive rescisão contratual, com a necessária observância do contraditório e da ampla defesa<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup>. TST – 4ª Turma, RR-3163-60.2010.5.02.000, Rel. Min. Maria de Assis Calsing – In DJU 2/09/2011; RR-102000-72.2007.5.15.0040, Rel. Min. Maria de Assis Calsing – In DJU 26.08.2011.

<sup>24</sup>. Lei 8.666/93, artigo 78, parágrafo único.

Inexiste lei atribuindo a responsabilidade do prestador de serviço ao tomador e, no caso da administração pública, ao contrário, há dispositivo legal afirmando justamente o inverso (artigo 71, parágrafo 10 da Lei 8.666/93).

Ainda, caso se entendesse de forma diversa, e se concluísse pela existência de terceirização ilegal, a Súmula 331 não poderia ser aplicada nos casos dos contratos de gestão.

O entendimento sumulado não poderia declarar como ilícito aquilo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional autorizam. Ademais, no caso de antinomia normativa um dos critérios de resolução do conflito é o da especialidade, segundo o qual a norma especial derroga a geral. Neste sentido, tendo em vista a especificidade das normas referentes à execução de serviços de natureza pública devem elas prevalecer sobre as gerais, como são as disposições previstas na Súmula 331 do C. TST.

A terceirização, em sua essência, busca a diminuição de custos; no contrato de gestão, como modelo de novo mecanismo funcional visando à ampliação da prestação de serviços públicos, o que se almeja é a obtenção da expertise, do know how da organização privada.

Os acordos firmados entre o Estado e organizações sociais possuem natureza jurídica absolutamente diversa da descrita pela Súmula 331 do TST, que não foi pensada para regular parceria entre a iniciativa privada e o poder público.

Os contratos de gestão ou qualquer outra forma de parceria público-privada têm assento constitucional e legal, foram projetados como instrumentos para serem utilizados nos serviços públicos essenciais. Recebem, por isso, disciplina legislativa específica, o que os subtrai da incidência da Súmula retro referida.

Ainda que assim não fosse, impossível o reconhecimento de vínculo trabalhista com o Estado à luz do disposto no § 2º do art. 37, II da CF, nos termos da interpretação que lhe dá a Súmula 363 do TST. Não há também violação pela administração do princípio do concurso público. Ora, se a administração está autorizada pela Constituição e pela lei a transferir parcela da execução de suas atividades a outras entidades públicas ou privadas, seria

absurdo exigir que ela contratasse via concurso pessoas para executar esses mesmos serviços<sup>25</sup>.

## 2.2. Os contratos de gestão e a terceirização

Pois bem, questão totalmente diversa se impõe nos casos de transferências de serviços públicos essenciais a particulares.

O que a Lei das Organizações Sociais prevê, ao revés, é a transferência de gestão e execução de serviços estatais não privativos para entidades privadas especializadas, com fins à melhora e ao aprimoramento do desempenho estatal; fazendo-se uso do conhecimento especializado e eficiência dessas organizações, em prol da coletividade.

Trata-se de uma contratação estratégica, considerando-se que os recursos públicos são escassos, havendo a necessidade de escolha em quais áreas investir. Frisa-se que, neste sentido, não há impedimento para que a terceirização se relacione àquelas atividades chamadas de fim (*downstream*), consoante a estratégia empresarial.

Segundo o Ministro Ilmar Galvão, relator no julgamento proferido na ADI 1923-5<sup>26</sup>:

Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de organizações sociais, um novo tipo de entidade de direito privado, destinado a atuar nas áreas de ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Aprioristicamente pode-se afirmar com segurança que qualquer atividade pública, desde que autorizada por lei e segundo seus critérios, pode ser terceirizada.

---

<sup>25</sup>. SUM-363 CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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. Disponível em: [http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Index\\_Enunciados.html](http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html)

<sup>26</sup>. STF – Pleno, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5 Distrito Federal – DJE 21/09/2007- Ementário nº 2290-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>

Hoje, no entanto, contra o Estado de São Paulo, o Ministério Público Federal promove inúmeras Ações Cíveis Públicas cujos fundamentos visam combater judicialmente as transferências de serviços públicos para entidades de direito privado, qualificadas como Organizações Sociais.

Estes ajustes, segundo o entendimento ministerial, seriam formalizados por meio de contratos de gestão, através dos quais diversas associações civis, sob a roupagem de fornecimento de serviços de gerência em unidades hospitalares, museus, orquestras sinfônicas dentre outros programas públicos, viabilizariam fornecimento ilegal de mão de obra, fraudando a legislação trabalhista.

O Estado atuaria, ademais, como tomador dos serviços prestados pelas organizações sociais, dirigindo as atividades desenvolvidas e remunerando os empregados contratados pelas referidas entidades. Defende-se a tese de existência de subordinação estrutural ou integrativa entre os empregados das unidades gestoras estatais.

Entende-se haver nessas formas de cooperação entre o Estado e a Sociedade Organizada, ardil para burlar o princípio do concurso público, em desobediência ao artigo 37, II, da CF, e mero meio de contratação irregular de trabalhadores, através de interposta pessoa, constituindo terceirização ilícita que ofende a Súmula 331 do TST.

A posição do *parquet* nos parece equivocada e divorciada da realidade prática, ante a existência de novas formas de relações sociais que se refletem na esfera trabalhista.

Não há evidentemente terceirização ilegal ou ofensa ao princípio constitucional do concurso público. Além disso, os contratos de gestão não servem para camuflar intermediação de mão-de-obra, mas buscam imprimir eficiência à prestação de ação e serviço essencial público, concretizando o princípio constitucional de universalização do atendimento à sociedade.

Não existe norma em nosso sistema jurídico vedando a contratação de serviços por terceiros.

E mais, não há instrumento legal obrigando o Estado a contratar apenas na chamada atividade meio.

A Súmula 331 do TST, em sua redação, declara que a contratação de trabalhadores por empresa interposta não é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços (inciso 1<sup>o</sup>), salvo na existência de fraude, caso em que

se poderá falar em formação de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços (*ex vis* do artigo 9º da CLT).

É preciso, todavia, estabelecer a distinção entre terceirização lícita e ilícita. A terceirização lícita é aquela, no âmbito do direito do trabalho, que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores e não pretende fraudá-los.

Pois bem, a terceirização na Administração Pública não é vedada, ao contrário, é permitida em inúmeros dispositivos legais, portanto, não é ilegal.

Ainda, a participação de particulares nas ações públicas possui assento constitucional, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Como vemos, os serviços podem ser delegados ao particular, como forma de atender à determinação constitucional da descentralização das ações e serviços públicos relevantes.

A delegação encontra-se regulada através de contrato de gestão, e por isso, não há se falar em terceirização ilícita, fraude e responsabilidade subsidiária.

Registre-se que o contrato de gestão assemelha-se a uma espécie de concessão administrativa, de forma que a entidade contratada assume a gestão integral do serviço transferido, contrata e assalaria.

Essas entidades contratadas são pessoas jurídicas de direito privado, embora sem fins lucrativos e independentes do Estado, respondem integralmente por eventuais dívidas trabalhistas, até porque a prestação de serviços é realizada integralmente pelos trabalhadores contratados pelas organizações.

Ao se acolher a tese de que todo e qualquer serviço prestado por particular para a administração em áreas estratégicas ou típicas do Estado implica em terceirização ilícita, seria impossível qualquer concessão, autorização ou permissão de serviço público, convênios e contratos de prestação de serviço, pois todos esses tipos de contratos ou ajustes públicos implicam em atividades de particulares em benefício do Estado, o que, por óbvio, é insustentável juridicamente.

São essencialmente diversas as características e os fins das empresas de terceirização, que se definem como organizações empresariais buscadoras de lucro, e das organizações sociais, que são associações sem fins lucrativos, filantrópicas, que dispõem o seu saber, experiência e serviços em benefício da comunidade.

Por essa razão, nem o Estado e nem essas organizações atuam com a lógica das empresas privadas, não têm interesse na exploração da força de trabalho, nem do aumento da mais-valia, através de terceirização ilícita.

Nos contratos de gestão o Estado fomenta e subvenciona a Organização Social, estabelece o programa de trabalho a ser desenvolvido e metas a serem atingidas. Com essa transferência o Estado controla o resultado e a qualidade do atendimento prestado, mas não seleciona pessoas, não as contrata, não lhes transfere ordens, nem as remunera.

Observe-se que o inciso II da Súmula 331 estabelece a formação de vínculo de emprego com o tomador de serviços quando estejam previstos os requisitos da pessoalidade e da subordinação.

No caso dos contratos de gestão firmados principalmente no Estado de São Paulo, os empregados são selecionados e contratados diretamente pelas respectivas organizações sociais, entidades de direito privado que dirigem as relações de trabalho ou emprego nos Hospitais Estaduais, nas Orquestras Sinfônicas, nos Museus, nos projetos culturais, dentre outras atividades. Em observância estrita aos permissivos legais.

Como se vê, neste modo de contratação, não há possibilidade do reconhecimento do Estado como empregador dos trabalhadores que são admitidos, assalariados e dirigidos pelas organizações sociais de direito privado.

Ainda que assim não fosse, impossível o reconhecimento de vínculo trabalhista com o Estado à luz do disposto no § 2º do art. 37, II da CF, nos termos da interpretação que lhe dá a Súmula 363 do TST.

A contratação por concurso público é um dos primados da administração pública, atuando no sistema jurídico conjuntamente com os demais princípios – legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade – insculpidos nos mesmo dispositivo constitucional.

Segundo o dizer de Sérgio Pinto Martins, a administração pública está sujeita ao Princípio da Legalidade, devendo obedecer à regra constitucional.

Neste sentido, diz o autor, a primazia da realidade não pode prevalecer diante da regra de ordem pública constante do artigo 37, II da Constituição Federal<sup>27</sup>.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923 negou que a contratação de pessoal por organizações sociais, viole esse princípio.

Por isso, se a administração no exercício de sua discricionariedade opta pela execução do serviço através de outras entidades, não há se falar em exigência de concurso público, que só pode valer quando a administração decide executar diretamente o serviço, através de seus agentes.

De fato, há vantagens e melhorias nas condições de trabalho desses empregados contratados pelas organizações sociais, pois como se tratam de entes com personalidade privada, as relações jurídicas entre as partes não se encontram regradas pelos princípios informadores da administração pública ou amordaçadas pela lei de responsabilidade fiscal. Têm as partes um espaço maior de negociação seja em termos individual ou coletivo, com mais flexibilização em suas relações, podendo fixar salários, estabelecer planos de carreiras, fornecerem treinamento e outros incentivos aos contratados.

A decisão extraída da ADI 1923, que entendeu válidas as formas de ajustes entre o Estado e as Organizações Sociais, trouxe um juízo de ponderação significativo. De fato, de um lado, o interesse individual, e de outro, o interesse da sociedade que, por razões de eficiência, requer uma melhor utilização dos recursos públicos.

Da sorte que, o direito dos trabalhadores será respeitado e honrado pelas empresas contratantes, responsáveis legais por eventuais créditos que venham a gerar.

A terceirização no âmbito da administração pública também se relaciona aos custos da transação, considerando-se seu uso eficiente já que os recursos são escassos.

No mais, os contratos de gestão firmados pelo Estado de São Paulo com as Organizações Sociais, nos termos da Lei Complementar nº 846/98, parágrafo 1º, artigo 6º, combinado com o artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, em caso de

---

<sup>27</sup>. MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 149.

inadimplemento das obrigações, autorizará a contratante (administração pública), garantida a prévia defesa, aplicar em cada caso, as seguintes sanções, previstas em lei <sup>28</sup>:

- a) Advertência;
- b) Multa;
- c) Suspensão temporária de participar de licitação e de contratar com a administração pública, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- d) Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação.

Ocorre que na esfera administrativa as contratações de terceiros são prevista em lei, bem como a forma de controle da execução do serviço.

A chamada culpa *in eligendo* somente poderá ser comprovada no caso concreto, como fraude no processo licitatório, por exemplo. Como se trata de análise sob o enfoque de ilicitude, jamais poderia se admitir declaração de fraude genérica.

O Poder Judiciário não está autorizado constitucionalmente a criar políticas públicas de proteção ao trabalhador.

Com efeito, o que se deve questionar é a redução de direitos dos trabalhadores, mas não a forma de estrutura organizacional. As discussões ou transações devem ser efetivadas no âmbito da representação democrática, na legislação ou atuação sindical, de forma que não se pode impedir uma forma de relação econômica que não seja proibida por lei.

Ao revés, no caso da administração pública, a terceirização é legalmente permitida.

Recente decisão neste sentido foi tomada pela 2ª Vara do Trabalho de Cotia, em Ação Civil Pública provida pelo Ministério Público do Trabalho em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, representando o Hospital de Cotia e o Serviço Social da Construção Civil do Estado de São Paulo (SECONCI) que se descreverá a seguir<sup>29</sup>:

...nota-se que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no intuito de promover o atendimento da população no Hospital de Cotia delegou a gestão e a administração do serviço de saúde à segunda ré (SECONCI) que é uma entidade particular criada para este fim.

---

<sup>28</sup>. Lei Federal 8.666/93, artigos 81, 86, 87 e 88.

<sup>29</sup>. Processo n. 01319006820095020242 – 2 Vara do Trabalho de Cotia – Data da inclusão 30/08/2011, 16:40:29. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/>

No entanto, a prestação de serviços através terceirizados, por si só, não forma vínculo empregatício com a tomadora do serviço, a teor do que dispõe o parágrafo único no art. 442 da CLT.

Como bem lembrou a primeira ré, os artigos 196, 197 e 199 da Constituição Federal, a Lei n. 9637/98 e a Lei Complementar Estadual n. 846/98 autorizam a transferência de execução de serviços de saúde promovidos pelo Estado para organizações sociais ou entidades públicas e privadas, mormente se considerando que as atividades de ambas as rés são revestidas de plena legalidade.

Como se vê, a decisão reconhece a legalidade da contratação, não havendo mais espaço no mundo jurídico para a manutenção da responsabilização subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

### ***CAPÍTULO III – Dados estatísticos do Estado de São Paulo***

O Ministério Público do Trabalho ajuizou as seguintes demandas Ações Civis Públicas (ACP) contra o Estado de São Paulo: **00701-2008-029-02-00-5**, (distribuição 03 de abril de 2008), Hospital Estadual das Clínicas Luzia Pinho de Melo; **00382-2008-012-02-00-6**, Hospital Dante Pazzanese; **02086-2009-089-02-00-6**, Núcleo de Gestão Assistencial Maria Zélia; 020427.2009.047.02.00-1, Hospital Estadual de Itapeverica da Serra; **00848-2009-009-02-00-5**, Hospital Geral de Pirajussara; **00282-2009-032-02-00-5**, Hospital Estadual de Vila Alpina; **00584-2009-076-02-00-8**, Hospital Estadual Mário Covas de Santo André; **00826-2009-081-02-00-9**, Hospital Estadual de Diadema; **02000-2009-030-02-00-1**, Hospital Estadual de Sapopemba.

Com relação à ação que recebeu o nº 00701-2008-029-02-00-5, referente ao Hospital Estadual das Clínicas Luzia Pinho de Melo, o Supremo Tribunal Federal deferiu a Reclamação Constitucional nº 9410, reconhecendo a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a ação.

O TRT da Segunda Região cassou três antecipações de tutelas que haviam sido concedidas nos processos 00382-2008-012-02-00-6, Hospital Dante Pazzanese, 00282-2009-032-02-00-5, Hospital Estadual de Vila Alpina e 02000-2009-030-02-00-1 Hospital Estadual de Sapopemba.

Dos três processos já sentenciados, em dois deles, houve reconhecimento da incompetência da Justiça do Trabalho: 00584-2009-076-02-00-8, Hospital Estadual Mario Covas de Santo André; 00826-2009-081-02-00-9, Hospital Estadual de Diadema. Na mais recente decisão, datada de 30.08.2011, a ACP foi julgada improcedente (Hospital de Cotia – 01319-2009-242-02-00-6).

Conforme revela o teor do documento extraído da contestação elaborada pela PGE/SP, emanado da Secretaria da Saúde, são geridos hoje no Estado de São Paulo, via contrato de gestão 24 ambulatorios médicos especializados; 24 hospitais; 6 centros de serviços de apoio. (ACP n. 01563-2010-030-02-00-6).

Os números do sistema contrato de gestão/OS também impressionam: os Ambulatórios Médicos de Especialidades (AMES) no período do primeiro semestre de 2010 realizaram 303.366 consultas médicas; 30.984 não médicas;

7.539 cirurgias, 304.296 tratamentos odontológicos, 995.391 tratamentos clínicos; num total geral de 1.665.461 atendimentos.

Em matéria de diagnóstico foram realizados 9.785.420 exames.

Os Hospitais administrados pelas Organizações Sociais perfazem um total de 1.382.824 atendimentos; 166.985 internações; 26.953 cirurgias ambulatoriais; 465.638 atendimentos de urgência; 723.248 consultas e terapias. Realizaram um total 462.811 exames, milhares deles de altíssima complexidade, pois contam com aparelhagem de ponta<sup>30</sup>.

Todos esses hospitais e ambulatórios atendem exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, a população de baixa renda, inclusive os trabalhadores e seus dependentes.

Os resultados são excepcionais, alguns Hospitais estão sendo aprovados e acreditados por órgãos internacionais de controle de qualidade hospitalar, vários deles vem se aproximando da excelência dos melhores hospitais do país, como o Sírio Libanês e Albert Einstein, em qualidade de atendimento ou em equipamentos.

Os números revelam a impossibilidade de paralisação de todos esses hospitais, ambulatórios e serviços de diagnóstico. Não há como afastar todos os profissionais da área, sem que isso implique em caos da saúde pública no Estado de São Paulo.

---

<sup>30</sup>. SECRETARIA DO ESTADO DA SAÚDE - Ofício GS nº 4471/2010 – Secretário de Estado da Saúde, Sr. Nilson Ferraz Paschoa – S.P., 14.10.2010.

## CONCLUSÃO

O Estado atual está deixando de lado o seu caráter protetor, passando a figurar como regulador das relações sociais e, através da terceirização, buscando reduzir a sua estrutura.

Nesse ponto, o cenário econômico mundial tornou-se um fator de extrema relevância, uma vez que as relações sócio-econômicas vêm ditando as regras comportamentais e em conseqüência, delimitando os interesses básicos da sociedade.

Fundado no pensamento neoliberal, cuja participação popular é valorizada, bem como a justiça social é realçada, o Estado recorre à colaboração da iniciativa privada: desregulamenta, flexibiliza, terceiriza.

De fato, a reforma administrativa retirou do Estado a responsabilidade pela execução direta do papel de produtor de bens e serviços, preservando e ressaltando a função de regulador e promotor do desenvolvimento.

Institutos como a concessão, a permissão, os contratos de gestão, os convênios, as parcerias público-privadas e a terceirização de serviços ganham importância.

O Poder Público, como dito alhures, está inserido nesse contexto de modernização empresarial, pois recebe as influências das regras econômicas. A fim de cumprir suas funções básicas, tenta estabelecer um equilíbrio entre a eficiência e a legalidade – o novo desafio imposto à Administração Pública. A terceirização, como vimos, é uma forma de estruturação em termos estratégicos da organização e encontra-se, na administração pública, adstrito ao princípio da legalidade.

Devido à escassez de recursos, a administração pública vem a procura de produtividade e economicidade, aliada a execução com presteza e perfeição do serviço público. Significa que faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.

A cada dia vemos aumentar em quantidade e complexidade os serviços voltados à população. O que toda a sociedade vem perseguindo atualmente – desapontada com os velhos métodos de organização – é adoção de novas técnicas e modernos instrumentos formadores da chamada administração gerencial, que não só

atendam aos anseios da administração, mas também correspondam às expectativas do interesse da coletividade.

A nova forma de administração é um verdadeiro avanço para o Estado brasileiro, onde os governos terão ampla liberdade para modificar e adaptar a administração pública de forma a torná-la mais eficiente na realização das políticas públicas que atendam às necessidades dos governados.

O anteprojeto de reforma da Administração Pública vem na esteira dessas modificações, disciplinando e organizando a realidade da administração pública brasileira, sem violá-la, respeitando as práticas administrativas já existentes, ampliando o escopo das entidades paraestatais e das entidades de colaboração.

A idéia é transformar o velho Estado efetivo em um Estado também social e eficiente.

Ao longo do trabalho, com amparo nos princípios da eficiência e da legalidade, procurou-se demonstrar que não se aplica a Súmula 331 do TST aos contratos firmados entre a administração e os entes privados.

Defendeu-se durante toda a monografia a idéia de sua legalidade dessas formas de ajustes, mesmo que entendida como uma forma de terceirização de serviços públicos relevantes, o que afasta a incidência da decisão sumulada.

Como ficou demonstrado, a administração tem o poder de auto-organizar seus serviços, de maneira a melhor atender a coletividade e o interesse público, inclusive no uso da discricionariedade.

Os contratos celebrados, sejam em qual modalidade, têm acento constitucional e legal.

No momento de sua edição, a interpretação sobre a própria responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos preconizados pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, atendia a anseios sociais, buscando resguardar o crédito do trabalhador de forma individual. A leitura atual que se faz deve considerar a realidade econômica e social e as mudanças dos mercados e das relações de trabalho.

Deve-se ter em mente o novo modelo de administração da coisa pública cujo princípio da eficiência é basilar.

É o que nos parece também diante da nova interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho em face da ADC nº 16, proposta pelo Distrito Federal.

No sentido da observância à legalidade guiam-se os nossos Tribunais Superiores, como se verifica das recentes decisões tomadas nas ações que envolvem os entes públicos.

A maior crítica que se pode fazer aos defensores da responsabilidade subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela empresa terceirizada é a de que a Administração Pública está norteada pelo princípio da legalidade. Como se poderia, então, aplicar-se ao Estado a interpretação analógica do art. 455 da CLT e responsabilizá-lo pelas obrigações trabalhistas não pagas pela prestadora de serviços? Como onerar o Estado através de uma responsabilização não fundada em lei explícita, mas em mera interpretação extensiva?

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado muita dificuldade em caminhar de forma convergente sobre o tema da responsabilidade do Estado pelos créditos trabalhistas advindos dos contratos de terceirização de mão de obra.

Entendemos que a dificuldade maior não está na definição das atividades, cujo pressuposto básico é a finalidade. O que não se pode aceitar, uma vez que não há óbice legal, é que determinadas atividades possam ser objeto de terceirização e outras não.

Assim, o que a lei não prevê não cabe ao intérprete, no caso o Judiciário, fazê-lo.

Não pode o Poder Judiciário ser formulador de políticas públicas. A pergunta que se faz é: poderia o Poder Judiciário criar uma política de proteção social ao trabalhador?

No caso da administração há lei permitindo a contratação de terceiros para execução de serviços públicos relevantes, que não são de exclusiva titularidade do Estado.

Os Entes em Cooperação ao Estado possuem condições materiais e econômicas para honrar as regras estabelecidas nos contratos, inclusive com eventuais pagamentos de créditos trabalhistas.

O Estado moderno tem o dever de fomentar e incrementar a atividade pública sempre visando o bem comum.

As transformações que vem passando o Estado nos dão a possibilidade de refletir e colocar em prática mecanismos que o torne mais democrático, proporcionando mais transparência ao exercício do Poder Decisório.

Ao se analisar a terceirização no âmbito público, o estudioso deve fazer uma ponderação entre os direitos individuais e o atendimento dos interesses diretos da coletividade, que serão beneficiados pela prestação do serviço.

O direito não pode ignorar a evolução social.

Defendemos, portanto, a legalidade e legitimidade dos contratos firmados pela administração pública e os entes em colaboração para a execução de serviços públicos.

Não há como negar que este será o caminho seguido pela jurisprudência pátria.

Ao encerrar nossas considerações, acreditamos que o trabalho terá cumprido sua função se servir de estímulo à pesquisa do leitor, aguçando a sua curiosidade para que parta em busca de novos conhecimentos acerca desta inovadora e legítima forma de atuação estatal.

**BIBLIOGRAFIA**

ALEXANDRINO, Marcelo. *O Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO, FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2010.

DI PIERO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DOS SANTOS, Diogo Palau Flores. *Terceirização de Serviços pela Administração Pública*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços*. São Paulo: Editora LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MODESTO, Paulo (Coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. São Paulo: Editora Fórum, 2010.

POLONIO, Wilson Alves. *Terceirização Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários*. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

SECRETARIA DO ESTADO DA SAÚDE - Ofício GS nº 4471/2010 – Secretário de Estado da Saúde, Sr. Nilson Ferraz Paschoa – S.P., 14.10.2010.

## ANEXOS

### Anexo I - Sentença de improcedência proferida em Ação Civil Pública promovida pelo MPT em face da Fazenda Estadual

SINT - Sistema de Informações Trabalhistas - Sentenças

# PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

## Justiça do Trabalho - 2ª Região

**Número Único: 01319006820095020242 (01319200924202006)**

**Comarca:** Cotia **Vara:** 2ª

**Data de Inclusão:** 31/08/2011 **Hora de Inclusão:** 09:09:33

Aos dezessete dias do mês de setembro do ano dois mil e dez, às 17h00, na sala de audiências desta Vara, foram por ordem da MM. Juíza Titular, Dra. Andréia Paola Nicolau Serpa, apregoados os litigantes:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, autor,

FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO HOSPITAL DE COTIA (primeira ré) e

SECONCI SERVIÇO SOCIAL DA CONTUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO (segunda ré).

Ausentes as partes. Prejudicada a tentativa de conciliação.

Submetida a lide a julgamento, foi prolatada a seguinte:

### SENTENÇA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, qualificado na inicial, ajuizou a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido de antecipação de tutela em face de FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO HOSPITAL DE COTIA e SECONCI SERVIÇO SOCIAL DA CONTUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, também qualificadas nos autos, alegando que a Fazenda do Estado terceirizou irregularmente toda a mão-de-obra utilizada no Hospital de Cotia, para atendimento de saúde no setor público (SUS), e requer a condenação das rés aos títulos postulados às fls. 23/25.

Às fls. 117 foi indeferida a antecipação de tutela.

As rés ofertaram defesa arguindo incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em razão da matéria; incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar o dano moral; inépcia da inicial; carência de ação por ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho; carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Manifestação do auto às fls. 292/324.

Às fls. 347 foi encerrada a instrução processual.

Conciliação rejeitada.

É O RELATÓRIO.

DECIDE-SE:

DAS PRELIMINARES:

DA INÉPCIA DA INICIAL

Rejeita-se a preliminar de inépcia arguida, tendo em vista que o autor enunciou os pedidos e as respectivas causas de pedir com mediana clareza, propiciando às reclamadas ampla oportunidade de defesa.

DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

Rejeitam-se as preliminares arguidas pelas rés, vez que a presente ação diz respeito às relações mantidas entre empregados contratados pela segunda ré para prestação de serviço público à Fazenda Pública Estadual, cuja apreciação de questões controvertidas é da competência material da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114 da CF, inclusive quanto ao alegado dano moral.

#### DA ILEGITIMIDADE ATIVA DE PARTE

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, vez que ao Ministério Público do Trabalho incumbe a defesa dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. No caso autos, a matéria se refere à violação dos direitos dos trabalhadores contratados pela intermediação da segunda ré, o que autoriza a intervenção do Ministério Público do Trabalho, sendo legítima sua atuação.

As demais preliminares confundem-se com o mérito e com ele serão analisadas.

#### DO MÉRITO:

Pretende o autor por meio da presente ação, impedir que as rés efetuem contratações irregulares de trabalhadores para prestação de serviços ao Poder Público sem concurso público, de forma terceirizada da atividade fim do Hospital, com o intuito de desfigurar a relação empregatícia existente com os trabalhadores admitidos pela segunda ré, bem como, pretende a cessação de todos os vínculos mantidos formalmente com a segunda ré que alega mantidos de forma irregular.

Pela análise dos elementos dos autos, nota-se que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, no intuito de promover o atendimento da população no Hospital de Cotia delegou a gestão e a administração do serviço público de saúde à segunda ré (SECONCI) que é uma entidade particular criada para este fim.

No entanto, a prestação de serviços através terceirizados, por si só, não forma vínculo empregatício com a tomadora de serviços, a teor do que dispõe o parágrafo único no art. 442, da CLT. Como bem lembrou a primeira ré, os artigos 196, 197 e 199 da Constituição Federal, a Lei n. 9637/98 e a Lei complementar Estadual n. 846/98 autorizam a transferência de execução de serviços de saúde promovidos pelo Estado para organizações sociais ou entidades públicas e privadas, mormente se considerando que as atividades de ambas as rés são revestidas de plena legalidade.

Assim, a prestação de serviços dos trabalhadores da segunda ré (SECONCI) à primeira (Fazenda Pública) não implica em ilegalidade, vez que amparada previsão legal, não havendo como o Juízo, definitivamente afirmar de maneira genérica e impessoal a alegada fraude trabalhista em sede de ação civil pública.

Mantenho o indeferimento da antecipação de tutela.

No tocante ao alegado dano moral, o autor pleiteia a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral coletivo pelas razões relatadas na inicial.

Sobre a matéria, permito-me transcrever parte de acórdão exarado no processo n. 00596 0079 2005 524002, pelo Ilustre Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Júnior do E. TRT da 24ª Região: cujos fundamentos ora comungo:

...O dano moral coletivo é, nas palavras de Carlos Alberto Bittar Filho, a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, constituindo a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Ainda em conformidade com a lição do aludido autor, para que o dano moral coletivo esteja caracterizado é indispensável a presença dos seguintes requisitos: (1) a conduta antijurídica (ação ou omissão do agente), pessoa física ou jurídica; (2) a ofensa significativa e intolerável a interesses extra patrimoniais, identificados no caso concreto, reconhecidos e inequivocamente compartilhados por uma determinada coletividade (comunidade, grupo, categoria ou classe de pessoas titular de tais interesses protegidos pela ordem jurídica); (3) a percepção do dano causado, correspondente aos efeitos que, ipso facto, emergem coletivamente, traduzidos pela sensação de desvalor, de indignação, de menosprezo, de repulsa, de inferioridade, de descrédito, de desesperança, de aflição, de humilhação, de angústia ou respeitante a qualquer outra consequência de apreciável conteúdo negativo; (4) o nexa causal observado entre a conduta ofensiva e a lesão socialmente apreendida e repudiada. (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de direito do consumidor. São Paulo, 1994, v.12, p.55). A lesão moral coletiva decorre não somente da violação de direito difuso ou coletivo, mas de toda violação legal cuja gravidade faça transbordar efeitos para além das fronteiras do individualismo, causando indignação social....

O dano moral coletivo decorre da violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF) e da violação de princípios constitucionais básicos.

No caso dos autos, não se vislumbra tal situação, pois, embora sejam atos que a autora entende censuráveis sob a ótica do direito material do trabalho, esses não evidenciam sensação coletiva de revolta, indignação ou repulsa social, não havendo, pois, que se falar em lesão à sociedade.

Caberá, portanto, aos trabalhadores diretamente atingidos pleitear individualmente a reparação.

Improcede, destarte, o pedido de indenização de dano moral coletivo.

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a AÇÃO CIVIL PÚBLICA promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, em face de: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO HOSPITAL DE COTIA e SECONCI SERVIÇO SOCIAL DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, absolvendo as rés dos pleitos formulados nesta ação.

Custas pelo autor calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 920.000,00), no importe de R\$ 18.400,00, das quais se isenta nos termos do artigo 790 A, da CLT.

Intimem-se as partes. Nada mais.

Andréia Paola Nicolau Serpa  
Juíza Titular  
2ª Vara do Trabalho de Cotia/SP

Gerar PDF

Fale com o TRT

**Anexo II - Sentença de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho em pedido de reconhecimento de nulidade de contrato de gestão, proferida em Ação Civil Pública promovida pelo MPT em face da Fazenda Estadual.**

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL  
Justiça do Trabalho - 2ª Região  
30ª Vara do Trabalho de São Paulo – Capital

C O N C L U S Ã O

Nesta data, faço conclusos os autos do processo n. 02000-2009-030-02-00-1 à MM.Juíza do Trabalho, Dra. Márcia Vasconcellos de Paiva Oliveira, considerando a designação de julgamento para esta data.

São Paulo, 1º de Julho de 2010

Diretora de Secretaria

Vistos, etc. Trata-se de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Trabalho, antecedida de inquérito civil, pretendendo o reconhecimento de nulidade de contrato de gestão, celebrado entre a primeira e a segunda reclamadas (documento nº 01 do volume apartado), reconhecendo-se a primeira como real empregadora dos trabalhadores admitidos pela segunda ré, que prestam serviços à primeira reclamada, com a conseqüente nulidade dos contratos de trabalho, por violação do contido em o art. 37, inciso II do CPC.

A primeira e a segunda reclamada argüem, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, sob o argumento de que, para julgamento das pretensões deduzidas na peça inicial, faz-se necessária antecedente apreciação de regularidade de contrato de gestão celebrado com a segunda ré, o que escaparia ao disposto em o artigo 114 da Constituição Federal.

Pois bem. (Pág. 1/4)

É cediço que vem o E. Supremo Tribunal Federal decidindo que não compete à Justiça do Trabalho apreciar possível nulidade de contrato de prestação de serviços celebrado pela administração pública, reafirmando, no particular, a competência exclusiva da Justiça Comum. Assim é que, não de forma diversa, deferiu liminar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, "... na redação dada pela EC 45/04, que inclua, na competência da justiça do trabalho, a "...apreciação ... de causas que... sejam instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem..." .

No mesmo sentido, os v. acórdãos proferidos nos autos das Reclamações nºs 8107/AgR/GO, 5924/AgR/CE e 7028/AgR/MG, da lavra dos Eminentes Ministros Marco Aurélio, Eros Graus e Ellen Gracie, respectivamente, verbis:

“RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA L, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS: ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÕES AJUIZADAS POR SERVIDORES TEMPORÁRIOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395 que "o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária". 2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito à Justiça Comum fazê-lo, é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo. 3. Se, apesar de o pedido ser relativo a direitos trabalhistas, os autores da ação suscitam a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado, antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Precedentes: Reclamação 4.904, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Plenário, DJe 17.10.2008 e Reclamações 4.489-AgR, 4.054 e 4.012, Plenário, DJe 21.11.2008, todos Redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. 6. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente.”

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA PRESERVAR A AUTORIDADE DA DECISÃO DO STF NA ADI N. 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA APURAR EVENTUAL NULIDADE DO VÍNCULO JURÍDICO ADMINISTRATIVO. 1. Não é da competência da Justiça do Trabalho a apuração de eventual nulidade dos atos administrativos que deram suporte à relação entre os interessados e a Administração Pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.395/DF. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXAMINAR EVENTUAL NULIDADE DA CONTRATAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. A Justiça do Trabalho não detém competência para processar e julgar causas que envolvam o Poder Público e servidores a ele vinculados, mesmo que por contrato temporário com prazo excedido, por se tratar de relação jurídico administrativa. 2. Ainda que possa ter ocorrido desvirtuamento da contratação temporária para o exercício de função pública, não cabe à Justiça do Trabalho analisar a nulidade desse contrato. 3. Existência de precedentes desta Corte nesse sentido. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”

Assim sendo, para preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal, na decisão liminar proferida nos autos da ADI n. 3.395, cumpre seja acolhida a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, determinando-se a remessa dos autos para apreciação pela Justiça Comum Estadual.

Intimem-se. Nada mais.

Márcia Vasconcellos de Paiva Oliveira  
Juíza do Trabalho

(Pág. 4/4)

**Anexo III – Acórdão do TST em Agravo de Instrumento determinado o processamento do RR interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo prequestionando a ofensa ao art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 ante a nova redação adotada na Súmula 331 do TST.**

**A C Ó R D ã O**

(4.ª Turma)

GMMAC/r3/vs/gdr

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. CULPA *IN VIGILANDO*.** Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. **Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. CULPA *IN VIGILANDO*.** De acordo com a nova redação conferida à Súmula n.º 331 do TST: *-os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada ação e omissão culposa no cumprimento das obrigações legais e contratuais. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. Não tendo o Regional identificado expressamente, mas apenas de forma genérica, que a segunda Reclamada foi omissa quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da empresa prestadora dos serviços, incorrendo em culpa *in vigilando*, não há falar em responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-102000-72.2007.5.15.0040, em que é Recorrente **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** e são Recorridas **ADRIANA ROSA** e **RESTART SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE LIMPEZA E TERCEIRIZAÇÃO LTDA.**

**R E L A T Ó R I O**

Contra o despacho a fls. 281/283-e, que negou seguimento ao Recurso de Revista ante a incidência, na hipótese, da Súmula n.º 331, IV, deste Tribunal Superior, interpõe a segunda Reclamada Agravo de Instrumento a fls. 285/307-e.

Não foi apresentada contraminuta ao Agravo de Instrumento nem contrarrazões ao Recurso de Revista, consoante certidão lavrada a fls. 311-e.

Parecer do Ministério Público do Trabalho, a fls. 314/316-e, pelo não provimento do Agravo de Instrumento.

É o relatório.

**V O T O**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**ADMISSIBILIDADE**

**Conheço** do Agravo de Instrumento, pois preenchidos os seus pressupostos extrínsecos.

**MÉRITO**

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO CONFIGURAÇÃO - NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - CULPA IN VIGILANDO**

O Tribunal Regional do Trabalho da 15.<sup>a</sup> Região, por meio do acórdão prolatado a fls. 227/239-e, negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela segunda Reclamada sob os seguintes fundamentos:

-É fato incontroverso nestes autos, que a Reclamante foi contratada pela primeira Reclamada (Restart Serviços de Limpeza e Terceirização Ltda.) para as funções de auxiliar de limpeza e que a segunda Reclamada foi a tomadora dos serviços desenvolvidos pela reclamante.

.....

Não há dúvida que o contratado é o responsável direto pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais, comerciais e civis resultantes da execução do contrato (art. 71 *caput* da Lei 8666/93), porque o preço contratado e pago deve englobar tais encargos. E não deve pairar dúvida, ainda, de que o inadimplemento desses encargos que resultem na obrigação de reparar o dano, ressarcir despesas, enfim, toda oneração patrimonial por ato ilícito, descumprimento da lei trabalhista, previdenciária, fiscal, comercial ou civil, a Administração Pública responderá subsidiariamente, ficando-lhe resguardado o direito de regresso, para deles se ressarcir. Ampara este raciocínio é o § 6.º do art. 37 da CF/88.

É que optando a Administração Pública por transferir a terceiros os serviços que lhe são afetos, não lhe retira a responsabilidade de prestá-los com eficiência e efetividade aos seus destinatários. Assim, é beneficiária direta da atividade do trabalhador, no cumprimento do seu mister como ente público. Não pode, por conseguinte, ficar isenta de qualquer responsabilidade. Se o contratado não cumpre as obrigações para com seus empregados, significa que, não

obstante a licitação, a escolha não foi a melhor, do ponto de vista da capacidade econômica de arcar com as obrigações para com os seus empregados, ficando provado o inadimplemento de tais obrigações, revela ausência de fiscalização do tomador, circunstância que não pode jamais beneficiá-la, pois evidente a culpa *in vigilando*.

É bom ressaltar, ainda, que o artigo 67 da Lei n.º 8.666/93 impõe o dever de a administração fiscalizar a execução do contrato do serviço acometido a terceiros, quanto às obrigações contratuais e legais. Além disso, deve a Administração Pública se manter atenta à capacidade financeira da fornecedora de mão de obra, durante a continuidade executiva do contrato, não apenas no ato da formalização do contrato, sob pena, incidir em culpa *in vigilando*.

Por outro lado, como visto, o regime jurídico do vínculo entre o trabalhador e a empresa de terceirização é o da Consolidação das Leis do Trabalho, o que atrai a incidência de todo o complexo de princípios e normas deste ramo do ordenamento jurídico que contempla o princípio protetor do empregado e que inclui a responsabilização do tomador de serviços, em casos de terceirização. Não por outra razão, conforme a realidade do seu tempo, o at. 455 da CLT atribuiu responsabilidade solidária em caso de subempregada, forma de terceirização de serviços.

Nesse contexto, se insere o entendimento jurisprudencial assentado na Súmula n.º 331, IV, do TST.

.....

Entendo, ainda, que a subsidiariedade alcança todas as verbas de caráter patrimonial devidas pelo devedor principal, e, portanto, a Reclamada não se exime de responder pelas multas legais ou normativas devidas pelo empregador.

.....-

Sustentou a segunda Reclamada, nas razões de Revista aduzidas a fls. 243/273-e, em síntese, que o acórdão considerou inconstitucional o art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 sem respeitar o princípio da reserva de plenário, uma vez que proferido por Turma deste Tribunal e não pelo Órgão Especial. Afirmou que a Reclamante não possui vínculo de emprego com a Administração Pública, e sim com a empresa contratada. Acrescentou que os arts. 467 e 477 da CLT não se aplicam aos entes públicos. Indicou violação dos arts. 5.º, II, 37, II, e 97 da Constituição Federal e 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93. Colacionou arestos.

No presente Apelo, a segunda Reclamada renova as razões lançadas na Revista.

Ao exame.

A atribuição de responsabilidade subsidiária aos entes públicos não se contrapõe aos termos do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, quando constatada a existência de culpa *in vigilando*.

Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que, em recente decisão proferida na ADC 16, de 24/11/2010, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que a constatação da culpa *in vigilando*, isto é, da omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas, gera a responsabilidade do ente público.

Há que se considerar, entretanto, que a decisão do Regional acerca da responsabilidade subsidiária não se encontra em consonância com os termos da Súmula n.º 331 do TST, que recebeu nova redação quanto às questões relativas à responsabilidade subsidiária, nos seguintes termos:

-SÚMULA N.º 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

.....

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem 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. 8.666/93, 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.

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

Registre-se que o acréscimo do item V ao verbete veio a confirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, como já registrado, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei n.º 8.666/93, ressaltou a necessidade de a Administração Pública efetivamente fiscalizar o cumprimento das obrigações legais e contratuais por parte da prestadora de serviços, devendo ser considerada a existência de culpa *in vigilando* nos casos em que se trata da responsabilidade subsidiária de órgãos integrantes da Administração Pública.

Assim, não tendo o Regional identificado concretamente, mas apenas de forma genérica, que a Agravante foi omissa quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da prestadora de serviços, incorrendo em culpa *in vigilando*, não há falar em responsabilidade subsidiária, sendo certo que o

reconhecimento de tal responsabilidade afronta o disposto no art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93.

Portanto, razão assiste à Agravante, pois a decisão proferida pelo Regional afronta o disposto no art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93. Logo, dou provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista.

Conforme previsão do art. 897, § 7.º, da CLT e da Resolução Administrativa do TST n.º 928/2003, em seu art. 3.º, § 2.º, e dos arts. 236, *caput*, § 2.º, e 237, *caput*, do RITST, proceder-se-á, de imediato, à análise do Recurso de Revista na primeira sessão ordinária subsequente.

#### **RECURSO DE REVISTA**

##### **ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade recursal, fica autorizada a incursão quanto aos pressupostos específicos da Revista.

##### **CONHECIMENTO**

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO CONFIGURAÇÃO - NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - CULPA IN VIGILANDO**

Reportando-me às razões de decidir do Agravo de Instrumento, conheço do Recurso de Revista por afronta o disposto no art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93.

##### **MÉRITO**

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NÃO CONFIGURAÇÃO - NECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS - CULPA IN VIGILANDO**

Conhecido o Apelo por violação do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, dou provimento ao Recurso de Revista para julgar improcedente a pretensão relativa à condenação subsidiária da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Prejudicada a apreciação dos demais temas recursais.

##### **ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Agravo de Instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o

processamento do Recurso de Revista. Conhecer do Recurso de Revista, por violação do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, para, no mérito, dar-lhe provimento a fim de julgar improcedente a pretensão relativa à condenação subsidiária da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Prejudicada a apreciação dos demais temas recursais.

Brasília, 17 de agosto de 2011.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

**Maria de Assis Calsing**

**Ministra Relatora**

fls.

**PROCESSO N° TST-RR-102000-72.2007.5.15.0040**

Firmado por assinatura eletrônica em 17/08/2011 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

**Anexo IV - STF – Decisão Monocrática da Ministra Carmen Lúcia em Reclamação Constitucional nº 12558, interposta pelo Estado de São Paulo, julgada procedente para cassar decisão da 4ª Turma do TST que afastou a aplicabilidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93.**

### DECISÃO

RECLAMAÇÃO. ADMINISTRATIVO.  
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA  
ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE  
DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO  
PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE  
CONSTITUCIONALIDADE N. 16 E  
DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE N. 10  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.  
RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

### Relatório

1. Reclamação ajuizada pelo Estado de São Paulo, em 12.9.2011, contra decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR-130940-64.2007.5.02.0022, teria afastado a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e descumprido o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e desrespeitado a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

2. A decisão impugnada tem o teor seguinte:

*“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SÚMULA N. 331, V, DESTA CORTE. Demonstrado que o Estado contratou, sem as cautelas devidas, empresa para lhe prestar serviços, e, ainda, não cuidou de fiscalizar o cumprimento dos encargos trabalhistas, por parte de sua contratada, evidenciada fica sua responsabilidade pelo pagamento dos créditos dos empregados, por caracterizar a culpa in eligendo e in vigilando, respectivamente, a teor da Súmula 331, V, desta Corte. Precedente do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 16.*

*Agravo de instrumento não provido.” (fl. 1, doc. 7).*

3. O Reclamante alega que, *“ao confirmar a decisão de segundo grau – afastando a incidência do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/83, sem declarar expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo –, o acórdão objeto da presente reclamação infringiu a Súmula Vinculante nº 10, ao mesmo tempo em que afrontou a autoridade da decisão proferida na ADC 16”* (fl. 5).

Argumenta que *“a despeito de reconhecer formalmente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – e, isto, ao que tudo indica, para não afrontar abertamente a autoridade da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC 16 –, o TST continua ‘desaplicando’ o citado dispositivo legal”* (fl. 6).

Sustenta ser *“cabível, portanto, a presente reclamação, tanto para a garantia da autoridade da decisão proferida pelo STF na ADC nº 16-DF, como por contrariedade à Súmula Vinculante nº 10”* (fl. 12).

Pede seja cassada *“a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com aplicação da Súmula Vinculante nº 10 e da orientação assentada no julgamento da ADC nº 16-DF”* (fl. 12).

Examinados os elementos havidos nos autos, **DECIDO.**

4. Razão jurídica assiste ao Reclamante.

5. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que *“o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado”* e, no art. 52, que *“poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral (...) quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência”*.

A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia e a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, fundamentou sua decisão na Súmula n. 331 daquele Tribunal especializado, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade Reclamada e dispenso o parecer do Procurador-Geral

da República.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é se a 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 daquele Tribunal para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

*“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, § 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” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).*

O acórdão do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE*

*INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido” (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006, grifos nossos).*

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 3.8.2011 (fl. 5, doc. 7); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 4ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

*“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).*

Confira-se excerto do voto do Relator:

*“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.*

Em caso análogo ao dos autos:

*“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade” (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos).*

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, **julgo procedente a presente reclamação para cassar a decisão proferida pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferida nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR-130940-64.2007.5.02.0022, e determinar que outra decisão seja proferida como de direito.**

**Publique-se.**

Brasília, 15 de setembro de 2011.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**  
Relatora