

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LEONARDO AUGUSTO COELHO SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO E DESESTATIZAÇÃO POR MEIO DAS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS NAS ÁREAS DA SAÚDE E EDUCAÇÃO**

São Luís

2016

LEONARDO AUGUSTO COELHO SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO E DESESTATIZAÇÃO POR MEIO DAS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS NAS ÁREAS DA SAÚDE E EDUCAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito, visando obtenção do Grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Prof.^a Orientadora: Esp. Caroline Louise Albuquerque Pereira.

São Luís

2016

Silva, Leonardo Augusto Coelho

Terceirização e desestatização por meio das organizações sociais nas áreas da saúde e educação / Leonardo Augusto Coelho Silva. – São Luís, 2016.

65f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Prof.^a Esp. Caroline Louise Albuquerque

1. Direito constitucional. 2. Serviço público. 3. Organizações sociais.
I. Título. II. Albuquerque, Caroline Louise.

CDU342(81)

LEONARDO AUGUSTO COELHO SILVA

**TERCEIRIZAÇÃO E DESESTATIZAÇÃO POR MEIO DAS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS NAS ÁREAS DA SAÚDE E EDUCAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Departamento de Direito, visando obtenção do Grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Caroline Louise Albuquerque Pereira

Especialista em Direito do Trabalho

Orientadora

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Ao Criador, pela vida e saúde.

Ao meu pai e minha mãe, pela paixão e educação que sempre me deram.

A meus irmãos e familiares, pelo apoio e confiança.

A Silmara e Heloíse, pela prazerosa convivência e ensinamentos diários. Obrigado.

Amo cada um de vocês.

E àquele jovem rapaz que um dia resolveu escrever os rumos de sua própria história, que ele sempre viva dentro de mim.

RESUMO

Estudo acerca da Terceirização e Desestatização nas áreas da saúde e educação mediante as entidades denominadas Organizações Sociais em cotejo com as normas e princípios constitucionais. Trata de um estudo exploratório de caráter analítico-descritivo, com metodologia qualitativa, em que se prioriza a revisão de literatura, nesta perspectiva, objetiva refletir sobre a compatibilidade da terceirização e desestatização nas áreas da saúde e educação mediante as entidades denominadas Organizações Sociais com os preceitos singulares do Direito Constitucional e Administrativo. Mostra as origens da terceirização na Administração Pública brasileira no Direito nacional, juntamente com a sua evolução na legislação pátria. Detalha os serviços públicos, em especial os relacionados aos direitos sociais, como saúde e educação. Caracteriza terceiro setor e Organizações Sociais, confrontando a intenção com a qual foram criadas com a atual tendência de se buscar a completa substituição estatal nas referidas áreas por estas entidades.

Palavras-chave: Terceirização e Desestatização na Saúde e Educação. Organizações Sociais. Serviços Públicos. Direito Constitucional. Direito Administrativo.

ABSTRACT

Study on the Outsourcing and Privatization in health and education by entities called Social Organizations in comparison with the constitutional rules and principles. This is an exploratory study of analytical and descriptive, qualitative methodology, in which prioritizes the literature review, in this perspective, aims to reflect on the compatibility of outsourcing and privatization in health and education by entities called Social Organizations with individual provisions of the Constitutional and Administrative Law. It shows the origins of outsourcing in the Brazilian Public Administration in the national law, along with its evolution in the Brazilian legislation. Details public services, particularly those related to social rights such as health and education. It features third sector and social organizations, confronting the intention with which they were created with the current trend of seeking full state replacement in these areas by these entities.

Keywords: Outsourcing and Privatization in health and education. Social organizations. Public services. Constitutional right. Administrative law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CRFB	Constituição Federal
CRFB	Constituição de República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TERCEIRIZAÇÃO: natureza jurídica e aplicação ao setor público	10
2.1	Evolução histórica e natureza jurídica	10
2.2	A terceirização no Brasil	11
2.3	Leis de Cunho Administrativo como Impulsoras do Fenômeno	12
2.4	Princípio da não mercantilização do trabalho e as atividades passíveis de terceirização	13
2.5	Neoliberalismo e a evolução jurisprudencial	15
2.6	Terceirização na administração pública	18
2.6.1.	Terceirização ilícita e a regra do concurso público	19
2.6.2	Responsabilidade da entidade estatal	21
3	OS SERVIÇOS PÚBLICOS	24
3.1	Noção Geral de Serviço Público	24
3.2	O conceito de Serviço Público	26
3.3	Serviços Sociais do Estado	29
3.4	Da saúde e educação	31
4	O TERCEIRO SETOR, AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO ESTADO	34
4.1	Aspectos Gerais	34
4.2	As Organizações Sociais	37
4.3	Impossibilidade e Inconsistências Principiológicas e Legais da Substituição do Estado por Organizações Sociais na Saúde e Educação	43
5	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a juridicidade da contratação de Organizações Sociais para o fim de prestarem serviços relacionados aos direitos sociais, em especial a saúde e educação. Assim, com base nos princípios da nossa Constituição Federal, a exemplo do princípio da isonomia, princípio da licitação, da melhor proposta para a administração pública, princípio do concurso público, dentre outros, buscaremos analisar se há base jurídica para a atual tendência de se buscar a prestação de serviços de saúde e educação completamente por meio dessas entidades.

Nesse contexto, impulsionou referida pesquisa a tentativa de se instituir, em alguns Estados da Federação, a prestação total de serviços de saúde e educação por meio de organizações sociais, numa verdadeira espécie de terceirização desses serviços, haja vista que são componentes do ‘terceiro setor’, portanto, não compõe a administração pública formal, pessoas jurídicas de direito privado a assumirem o papel a administração pública.

Tais entidades, portanto, ao substituírem o poder público estariam, supostamente, extrapolando os fins para os quais foram criadas, quais sejam, o de apenas prestarem auxílio ao Estado, idealizadas para servirem de apoio ao poder público em áreas de atuação não exclusivas do Estado, conforme insculpido na Lei n.º 9.637/1998.

Desta maneira, partiremos da análise histórica dos institutos jurídicos, como terceirização e surgimento do terceiro setor, bem como de argumentos a favor e contra a atuação das Organizações Sociais, além das decisões jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de que cheguemos a uma conclusão acerca da constitucionalidade da atual tendência de terceirização da saúde e educação por meio de referidas entidades, em um fenômeno também conhecido por desestatização.

2 TERCEIRIZAÇÃO: natureza jurídica e aplicação ao setor público

2.1 Evolução histórica e natureza jurídica

A terceirização deve ser entendida a partir da decadência do modelo de produção “fordista/taylorista” e ascensão do modelo “toyotista”, no qual se busca maior especialização, à medida em que “a produção em massa foi abandonada emergindo, em nome da redução de custos, a ideia de produção vinculada à demanda, “[...] Aqueles operários que não se adaptavam ao novo ritmo eram dispensados e, mediante novas contratações, realocados em outras empresas para realizar atividades-meio, ou seja, atividades secundárias ou instrumentais da atividade-fim.” (MARTINEZ, 2015, p. 246).

Assim, o fenômeno trabalhista surgiu na ciência da Administração de Empresas, visando-se uma maior especialização e, ao mesmo tempo, redução de custos, em modelo que pensou numa maneira da empresa transferir para terceiros a execução de atividades nas quais não era especializada.

De acordo com o ensinamento de Silva (1997, p. 30), terceirização é

[...] é a transferência de atividades para fornecedores especializados, detentores de tecnologia própria e moderna, que tenham essa atividade terceirizada como sua atividade-fim, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.

Desta forma, com a evolução do fenômeno, houve necessidade do Direito buscar regulamentá-lo, uma vez que interfere e modifica a tradicional relação bilateral justralhista, fazendo surgir uma relação triangular, na qual o trabalhador mantém vínculo de emprego com o prestador de serviço, mas, todavia, emprega sua energia de trabalho, de fato, ao tomador de serviço.

Nessa toada, percebe-se que a natureza jurídica do vínculo terceirizante é de uma relação privada¹, a qual a doutrina especializada convencionou chamar de “relação triangular”, em razão de envolver a tomadora de serviços, a prestadora desses serviços e o empregado.

O trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa terceirizante, não havendo contratação direta nesse caso. Trata-se, portanto, de uma subcontratação de mão-de-obra. O trabalho não é prestado por meio de uma relação bilateral, como tradicionalmente ocorre na relação de emprego. (ROMAR, 2015, p. 130).

¹ Logicamente que quando o tomador dos serviços é o Estado o vínculo será público, consubstanciado em um contrato administrativo, o qual deve ser precedido de licitação.

2.2 A terceirização no Brasil

Enquanto fenômeno justralhista, a terceirização só passou a ter destaque no Brasil nas décadas de 1970 e 1980. Tal se deu por que o fenômeno, enquanto fato social, não teve relevância socioeconômica da industrialização nacional. Isso porque, no período chamado pela historiografia pátria de “redirecionamento econômico”, ocorrido a partir da década de 1950, as relações de trabalho mantiveram-se no tradicional vínculo bilateral trabalhador-empregador.

Destarte, enquanto fenômeno de racionalização de custos e especialização de atividades, a terceirização só foi, de fato, introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto-Lei n.º 200/1967, na chamada Reforma Administrativa do Estado².

Possível constatar, então, a carência de normatização da matéria, pois, embora a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – existam previsões da empreitada e da subempreitada (art. 455 e art. 652, alínea “a”, inciso III, respectivamente), essas são formas tidas apenas como precursoras do fenômeno em nosso território, não tendo o condão de regular o tema.

Nada obstante, a partir da edição do citado Decreto-Lei n.º 200/1967, o fenômeno passou a ganhar força também na economia local, principalmente depois do surgimento das primeiras leis regulamentando hipóteses específicas de terceirização no setor privado, como a Lei n.º 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário) e Lei n.º 7.101/1983 (regulou a terceirização da vigilância bancária).

Contudo, embora o fenômeno tenha ganhado cada vez mais notoriedade nas relações justralhista pátrias, não houve regulação específica, fenômeno que persiste até hoje³. Assim, coube à jurisprudência a regulação do fenômeno, tendo o TST editado a súmula 256, a qual por muito tempo serviu de parâmetro normativo, vedando a terceirização fora das hipóteses da Lei n.º 6.019/1974 e da Lei n.º 7.101/1983, e, posteriormente, editado a súmula 331, a qual substituiu a anterior, sendo um pouco mais flexível, conforme se verá adiante.

² Referida Reforma Administrativa foi implementada pelo governo ditatorial militar e teve por fim implementar a chamada “Administração Gerencial”, pautada sobretudo no princípio da eficiência, além de outros, como planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, em detrimento da chamada “Administração Burocrática”. O principal marco dessa reforma foi a aprovação do Decreto-Lei n.º 200/1967.

³ A Câmara dos Deputados aprovou em plenário, no dia 08/04/2015, o projeto de Lei 4330/2004, o qual permite a terceirização de qualquer atividade por empresas privadas, públicas, de economia mista, suas subsidiárias e controladas na União, nos estados, no Distrito Federal e nos municípios. Todavia atualmente referido PL aguarda votação no Senado Federal.

2.3 Leis de Cunho Administrativo como Impulsoras do Fenômeno

Como dito, o primeiro diploma legal a tratar diretamente da terceirização no Brasil foi o Decreto – Lei n.º 200/1967, o qual, embora não tenha citado especificamente esse termo, disciplinou mais especificamente em seu art. 10, §7º, a possibilidade do poder público contratar empresas privadas para a realização de atividades meramente executivas da administração federal, *in verbis*:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Regulamentando referido diploma e confirmando sua extensão, qual seja, a de que as atividades capazes de ser descentralizadas são apenas aquelas meramente executivas, instrumentais, de apoio, surgiu a Lei n.º 5.645/1970, a qual expôs em seu art. 3º, parágrafo único:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Desta maneira, citados diplomas legais não só introduziram normativamente o fenômeno da terceirização em nosso ordenamento, como também trouxeram ínsitos a ideia de que esse processo apenas é possível em se tratando de atividades-meio, auxiliares, e não em relação a atividades-fim do ente terceirizante.

Tanto é assim que as normas que surgiram posteriormente, regulando primitivamente a matéria no setor privado foram a Lei n.º 6.019/1974 e Lei n.º 7.102/1983, respectivamente, Lei do Trabalho Temporário e a lei que regula a terceirização dos serviços de segurança em bancos. Como se vê, são diplomas que não lograram permitir a contratação direta de mão-de-obra para executar a atividade-fim, muito embora o fenômeno tenha evoluído no contexto nacional de tal forma que muito se reivindica tal possibilidade.

2.4 Princípio da não mercantilização do trabalho e as atividades passíveis de terceirização

Como visto, atividade terceirizante no Brasil foi, de fato, introduzida pelo setor público mediante a Reforma da Administração Federal, a qual trouxe a primeira previsão legal sobre a matéria, o Decreto-Lei n.º 200/1967.

Regulando tal Decreto-Lei, foi editada a Lei n.º 5.645/1970, que, por sua vez, confirmou que caberia ao poder público transferir para a iniciativa privada apenas a execução de atividades meramente instrumentais.

Após a evolução natural do fenômeno, com o desenvolvimento da economia do país, a terceirização foi introduzida de vez nas relações justralhista, inclusive com a edição das primeiras leis prevendo aplicação do fenômeno no setor privado, a Lei n.º 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário) e Lei n.º 7.102/1983 (regula a terceirização dos serviços de segurança em bancos).

Todavia, a minguada de uma legislação específica que regule a terceirização como um todo, coube mesmo à jurisprudência a tarefa de tentar regulamentá-la minimamente. E, em tal empreitada, os Tribunais pátrios optaram por manter a tradição de julgar ser permitida pelo conjunto de nossos princípios e leis trabalhistas apenas a terceirização das atividades-meio.

Embasando tal entendimento temos os fundamentos do estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, insculpidos no art. 1º da CRFB, dentre os quais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além da valorização do trabalho humano como fundamento da “Ordem Econômica e Financeira, contido no art. 170, inciso VIII, da CRFB:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

Nesse contexto, argui-se o princípio da não mercantilização do trabalho, segundo o qual o trabalho humano não é mercadoria e, desta forma, não pode ser negociado, vendido com vistas à obtenção de lucro, de maneira que a terceirização não pode ser forma de comércio do trabalho humano, pois, nas palavras de Resende (2013, p. 195),

[...] visando proteger a dignidade humana, adota-se a premissa de que o trabalho não é mercadoria, não é coisa que possa ser comercializada.

Quer dizer que não se admite, à luz dos princípios que regem o direito laboral e o direito fundamental de todo trabalhador à sua dignidade, a coisificação do trabalhador, o aluguel da sua força de trabalho por outrem.

[...]

Tal vedação é facilmente explicada. Se existe um intermediário, alguém paga por este serviço de intermediação. Certamente não será o tomador quem pagará a conta, pois ele terceiriza principalmente para reduzir custos. Logo, o trabalhador é quem acaba pagando com a precarização de seus salários e demais direitos para remunerar o intermediário.

Assim, nossos Tribunais, ao entenderem ser possível apenas a terceirização das atividades-meio, corroboram tais premissas, entendendo a terceirização apenas como o fornecimento de atividade especializada, e não de intermediação de mão-de-obra.

Importante definir, então, o que seria atividade-fim e atividade-meio.

Atividades-fim, segundo Delgado (2013, p. 452) são aquelas,

[...] funções empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.

Já atividade-meio,

[...] é compreendida como aquela que se presta a meramente instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles. Nesse âmbito encontram-se [...] as atividades de limpeza, de conservação, de vigilância, de telefonia, de suporte em informática, de fornecimento em transporte, de fornecimento de alimentação, de assistência contábil, de assistência jurídica, dentre outras que auxiliam na dinâmica do empreendimento, mas não estão diretamente relacionadas ao objetivo central da empresa. (MARTINEZ, 2015, p. 247).

Posto isso, nos termos súmula 331 do TST, a terceirização lícita só é possível nos casos da contratação de trabalho temporário (Lei nº. 6.019/1974), atividades de vigilância (Lei nº. 7.102/183), e demais atividades-meio da empresa.

Fora desse contexto, qualquer contratação mediante terceirização será considerada ilícita. Porém, somente a contratação da atividade-meio não garante, por se só, que a terceirização será legítima. Para além disso, é necessário que não estejam presentes os demais requisitos da relação de emprego constantes nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, pessoalidade e subordinação direta, em atenção ao art. 9º da mesma CLT:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Nesse diapasão, como consequência à terceirização ilícita será reconhecido o vínculo de emprego entre o empregado e o tomador, em homenagem ao princípio da primazia da realidade, conforme se extrai da súmula 331, I, do TST.

Ademais, um outro efeito que desponta como decorrente da terceirização, o qual começa a ganhar força tanto na doutrina como na jurisprudência, é a equiparação salarial do empregado terceirizado com os demais empregados que desempenhem função semelhante, efeito esse que se aplica não só à terceirização ilícita, mas também à lícita.

Tal efeito baseia-se na cláusula do tratamento isonômico e no inciso XXXII, do art. 7º, da CRFB, segundo o qual é proibida a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Essa alternativa é bastante aceita inclusive para aplicação em relação à administração pública, a qual não pode ser condenada ao reconhecimento do vínculo de emprego, em face da regra do concurso público, conforme se verá.

De acordo com Delgado (2013, p. 456),

[...] há claros preceitos constitucionais e justralhista brasileiros que, lidos em conjugação sistemática entre si e com os aspectos acima apontados, indicam na direção da comunicação remuneratória entre o contrato de trabalho terceirizado e o padrão prevalente para os empregados da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços. Preceitos constitucionais e legais que, em síntese, favorecem à aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita.

2.5 Neoliberalismo⁴ e a evolução jurisprudencial

Surgida normativamente no Brasil a partir de uma reforma administrativa, a qual previu transferência de atividades instrumentais ao setor privado, a terceirização sempre foi entre nós tradicionalmente permitida apenas em relação às atividades-meio.

Tal de deu em razão das primeiras normas sobre o tema aplicáveis ao setor privado manterem a linha do setor público de buscar substituir a prestação de atividades instrumentais por entes especializados e, sobretudo, em razão da interpretação jurisprudencial acerca da matéria, que, à luz dos princípios e normas justralhista citados no tópico anterior, sempre viu como

⁴ A adoção de uma política neoliberal pelo Brasil deve ser entendida como o processo de abertura do mercado ao capital internacional, pautada por medidas como a intensificação da circulação financeira, a desobstrução ao mercado internacional, uma marcante desvalorização cambial, intensivo processo de privatização e medidas voltadas à estabilização monetária, tendo por base o mínimo possível de ingerência estatal na economia, tudo objetivando-se a inserção do país na nova ordem (modelo) econômica mundial.

hipótese excetiva a terceirização lícita.

Tanto é assim que, por muito tempo, a principal referência normativa sobre o tema foi a antiga súmula 256 do TST, segundo a qual:

256 - Contrato de prestação de serviços. Legalidade.
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Nada obstante, em meados da década de 1990, com a teoria neoliberal ganhando cada vez mais força passou-se a questionar cada vez mais referido entendimento.

A par disso, o próprio texto da súmula 256 do TST, o qual se limitava a terceirização apenas aos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos na Lei n.º 6.019/1974 e na Lei n.º 7.102/1983, desencadeou a necessidade de revisão jurisprudencial. Conforme diz Delgado (2013, p. 448),

[...] a mencionada súmula pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Lei n.º 6.019/1974 e Lei n.º 7.102/1983), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas até então no art. 10 do Decreto-Lei n. 200/1967 e na 5.645/190 [...] não constavam do leque firmado pela súmula e exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Constituição de 1988 (art. 37, II e §2º), não tinha guarida na compreensão estrita contida na súmula 256.

Como consequência, o TST revisou sua súmula, editando uma nova em 1993, a súmula 331, bem mais minuciosa, porém com o mesmo cerne da anterior, qual seja: da terceirização como hipótese excetiva, e do reconhecimento do vínculo empregatício entre trabalhador e o tomador de serviço no caso de terceirização ilícita:

Súmula n.º 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei no 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, 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 (art. 71 da Lei no 8.666, de 21.06.1993).

Nada obstante, sob o argumento do livre mercado, da necessidade da racionalização dos custos, a alternativa da expansão das hipóteses de terceirização passou a ser cada vez mais reivindicada, em especial por que, na falta de lei específica sobre a matéria, deveria ser permitida, pois ao particular cabe fazer tudo aquilo que não é vedado por lei (art. 5º, inciso II, CRFB). Segundo Resende (2013, p. 195-196), “[...] a rigor não há, na área trabalhista, nenhuma norma jurídica que regule de forma ampla a questão da terceirização. Este é, aliás, o principal argumento daqueles que defendem a terceirização ilimitada na atividade produtiva: como não é proibido, seria permitido.”

Para além, a ideia da terceirização ilimitada ganhou ainda mais força após a edição da Lei 8.987/1995 (trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos na área das elétricas) e da Lei .472/1997 (trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos na área da telefonia).

Referidas leis, com expressões abertas e dúbias, pareciam alargar as hipóteses de terceirização também para atividades fins, como pode se inferir do art. 25, §1º, da Lei 8.987/1995:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Nada obstante a jurisprudência logo tratou de refutar tal possibilidade, mantendo a súmula 331 e o entendimento de que a terceirização só é permitida nas hipóteses de atividade meio, sob o argumento de que referidas leis, de cunho administrativo, não tinham o condão de derogar os postulados justralhista, pois não abordam tal matéria, uma vez que ambas possuem outro plano de eficácia, a do direito administrativo. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial dominante, conforme se extrai do seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA DA PRIMEIRA-RECLAMADA CELPE - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA

SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista.

E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT.

O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho.

Recurso de revista não conhecido. (TST - ARR: 8286020115060020, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

Nesse contexto mantém-se firme a tese de que a terceirização lícita é excetiva, sendo permitida apenas em relação a atividades meio do tomador, pois é fornecimento de atividade especializada, e não de mão de obra.

2.6 Terceirização na administração pública

Conforme dito, a terceirização no Brasil é fenômeno na administração pública foi pioneira, uma vez que a primeira previsão legal explícita da matéria ocorreu no Decreto-Lei n.º 200/1967, regulado pela Lei n.º 5.645/1970.

Desta feita, percebe-se que a administração pública também socorre-se deste instituto como forma de racionalização de custos, por vezes transferindo a execução de determinada atividade à iniciativa privada, pois, segundo Pietro (2013, p. 357), “[...] cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando.”

Ademais, no setor público também se mantém a regra da licitude da terceirização apenas de atividades instrumentais, da atividade-meio da administração, na forma da qual se infere do art. 10, §1º, do Decreto-Lei n.º 200/1967, sendo ilícita a contratação de trabalhadores por empresa interposta para realização de atividade-fim do órgão ou entidade público.

2.6.1. Terceirização ilícita e a regra do concurso público

Nos termos do exposto alhures, na hipótese de constatação de ilicitude da terceirização, o vínculo de emprego é reconhecido diretamente entre o empregado e o tomador de serviços (terceirizante), em homenagem ao princípio trabalhista da primazia da realidade.

Ocorre que há impedimento constitucional ao reconhecimento do vínculo diretamente com a administração pública no caso de terceirização ilegal: trata-se da regra do concurso público, prevista no art. 37, inciso II e § 2º da CRFB:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Segundo Delgado (2013, p. 457),

[...] o que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia de toda a sociedade em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas, imperantes no país. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares.

Destarte,

[...] trata-se de requisito insuplantável que configura expresso obstáculo ao reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a administração pública e que torna juridicamente inviável a decretação judicial de existência de relação empregatícia com entidades estatais mesmo nos casos de terceirização ilícita. Ressalte-se que o §2º do art. 37 da Constituição prevê que a não observância do disposto no inciso II (concurso público) implicará na nulidade do ato e na punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (ROMAR, 2015, p. 135)

Face a esse impedimento constitucional, surgiram três correntes doutrinárias: (i) a primeira corrente sustentando que, em razão da vedação constitucional, nenhum direito trabalhista deve ser reconhecido ao trabalhador que foi terceirizado ilicitamente pela administração pública; (ii) a segunda corrente, segundo a qual deve-se reconhecer o vínculo jurídico entre o empregado ilicitamente terceirizado e a administração pública em homenagem ao art. 9º da CLT – primazia da realidade – e (iii) a terceira corrente, amplamente aceita hodiernamente, interpretando o instituto de forma a não suplantarem o mandamento constitucional

do concurso público. Referido entendimento está exposto no item II da súmula 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST

[...]

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

Ocorre que referido entendimento, ao não reconhecer o vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado diretamente com a administração, apesar de efetivar o comando constitucional inserido no art. 37, II, da CRFB, por si só não é capaz de harmonizá-lo com outros princípios constitucionais, como a isonomia (art. 5º, *caput*) e a vedação de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CRFB).

Desta forma, aponta-se como alternativa à harmonização citada,

[...] assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante. (DELGADO, 2013, p. 459).

Aliás, citada tese da isonomia remuneratória vem ganhando força na jurisprudência, principalmente em se tratando de terceirização ilícita no âmbito estatal, face a vedação constitucional ao reconhecimento do vínculo de emprego. Pode citar, destarte, a OJ 383 SDI – 1/TST:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

Dessa maneira, em razão do novo entendimento jurisprudencial, ao qual nos filiamos, efetiva-se a regra do concurso público harmonizando-a com os demais princípios da Carta Republicana, de forma a reconhecer ao trabalhador ilicitamente terceirizado pela administração

pública o direito a equiparação salarial.

Cabe, portanto, à prestadora dos serviços arcar com tal ônus, sendo a responsabilidade do ente público apenas subsidiária, nos termos do explicitado a seguir.

2.6.2 Responsabilidade da entidade estatal

Conforme dito, a hipótese de constatação de terceirização ilegal ou de inadimplementos das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços importa no reconhecimento da responsabilidade subsidiária do tomador.

No que se refere à administração pública também se impunha o reconhecimento da responsabilidade em tela, nos moldes do exposto no item IV da súmula 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Nada obstante, passou-se a questionar o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da administração pública nos contratos de terceirização devido ao disposto no art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/1993,

[...] em decorrência da forma pela qual a Justiça do Trabalho vinha aplicando o item IV da súmula, estendendo-a a praticamente todos os tipos de contratos administrativos. Daí o conflito: enquanto o dispositivo legal afasta a transferência, para a Administração Pública, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, o item IV da súmula prevê a responsabilização da Administração Pública (direta e indireta), em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. (PIETRO, 2013, p. 360)

Eis o que dispõe o art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/1993:

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

[...]

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

Nesses termos, foi proposta pelo governador o Distrito Federal, em 2010, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16/DF, na qual se objetivou reconhecer a

constitucionalidade do citado art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/1993. No julgamento desta ADC o STF declarou a constitucionalidade deste texto legal, reconhecendo que a responsabilidade do Estado, em casos assim, não pode ser automaticamente declarada, somente em face da detecção do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora dos serviços.

Segundo o STF, é necessário, pois, demonstrar-se a culpa “*in vigilando*”, ou seja, a falha do dever fiscalizatório do Estado. Nas palavras de Delgado (2013, p. 460):

Afastou o STF, portanto, dois fundamentos tradicionais para a responsabilização das entidades estatais: de um lado, a responsabilidade objetiva, por considerar não aplicáveis às relações de terceirização, nesse aspecto, a regra do art., 37, §6º, da Constituição; de outro lado, a responsabilidade subjetiva por culpa “*in elegendo*”, desde que havendo processo licitatório – circunstância que elidiria a ideia de culpa na escolha do contratante terceirizado.

Como consequência, o TST revisou o texto da súmula 331, adequando-a à decisão da ADC n. 16/DF, reformando o item IV e acrescentando os itens V e VI.

Conforme Martinez (2015, p. 281),

[...] na nova redação do item IV, o TST sacou do texto anterior o trecho ‘inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista’, tornando-o exclusivamente destinado às entidades privadas, como, aliás, era na sua redação originária. [...] O novo item V destacou em sua redação os principais elementos da decisão contida na ADC n. 16/DF, especialmente a circunstância segundo a qual a responsabilidade subsidiária dos entes estatais não decorre do mero inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, mas da ‘conduta culposa’ da entidade tomadora no que diz respeito ao cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente as obrigações de controle e fiscalização.

Eis, pois, o novo texto da súmula 331 do TST, na íntegra:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (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.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Contudo, cumpre aqui ressaltar o entendimento de Delgado em sua obra, intitulada Curso de Direito do Trabalho (2013), defende que a culpa “*in vigilando*” do Estado é presumida, em face do princípio da legalidade, o qual impõe o dever fiscalizatório. Desta feita, cabe ao ente público o ônus de provar o cumprimento da obrigação em tela.

O fato é que quando a terceirização envolve o Estado não será a responsabilidade subsidiária reconhecida de forma automática, devendo o ente público participar da relação processual e sendo necessário que se demonstre falha no dever fiscalizatório, em observância ao art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/1993.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 Noção Geral de Serviço Público

A ideia de serviço de público que hoje impera no Brasil e na grande maioria dos países latino-americanos de tradição de “*civil law*” é proveniente da França, onde se desenvolveu a chamada “Escola do Serviço Público”, a qual teve como principal expoente Leon Duguit. Sua teoria desenvolveu-se a partir da contraposição à ideia alemã de direito público, segundo a qual o Estado estava submetido somente à Constituição e às Leis, ou seja, devia obediência somente à formalidade dos atos.

A Escola Francesa, também conhecida como Escola de Bordeaux, via nesse ponto uma contradição, já que era o Estado o produtor de suas próprias limitações. Com isso, segundo ensina Aragão (2008), a ideia de Estado de Direito alemã (impregnada de traços autoritários do império) não foi bem aceita na França, país de forte tradição de direitos universais e naturais (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo), pondo-os acima da Constituição e do próprio Estado.

Nas palavras de Duguit (2008, p. 81),

[...] a noção de serviço público substitui o conceito de soberania (*puissance*) como fundamento do Direito Público. Seguramente a noção de serviço público não é nova. Já no momento em que, por uma série de razões [...], se produziu a distinção entre governantes e governados, a noção de serviço público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, a partir desse momento de compreendeu que há certas obrigações dos governantes para com os governados e que a realização desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e o fundamento da sua força superior.

Temos, dessa maneira, a negação de que o Estado pudesse ser limitado somente pelas regras do direito comum, defendendo-se a existência de um direito especial que servisse como verdadeiro estatuto da administração pública: o Direito Administrativo. Segundo referido pensamento, ao Direito Administrativo caberia positivar regras do direito natural capazes de limitar objetivamente o Estado. Foge-se, pois, do que Duguit chamava de “institucionalização da barbárie” uma vez que não é o Estado o criador dos próprios limites.

Destarte, a partir de forte influência jusnaturalista, propôs Duguit (2008, p. 27):

[...] o que cria o Direito, a regra de Direito é a crença, arraigada profundamente na massa das pessoas, em determinada época e país, de que tal regra deve ser cumprida. O Direito

é, em suma, antes de qualquer coisa, uma criação psicológica da sociedade, determinada pelas necessidades de ordem material, intelectual e moral.

Com base em tal ensinamento os serviços públicos deveriam apenas ser institucionalizados pelo legislador, haja vista que o próprio meio social impunha isso, não sendo, em última análise, uma criação estatal. É nesse ponto que fala-se em ‘solidariedade social’, pois,

[...] a necessidade de o Estado prestar um serviço deriva de uma constatação de que num dado momento histórico aquele serviço não está podendo ser usufruído por toda a população e isso gera desigualdades sociais. O modo pelo qual o Estado ode sanar esse problema é, através de seu poder governante, garantir que sua atividade seja realizada, seja assegurando-a, seja regulando-a ou controlando-a. (JUSTEN, 2003, p. 33).

Conforme se infere, a concepção de serviço público da Escola de Bordeaux era extremamente ampla chegando a defini-lo como o próprio direito administrativo. Tal visão fica bem evidenciada ao constatarmos que serviu o serviço público como critério diferenciador da competência da jurisdição administrativa francesa. Referida jurisdição existente naquele país, diversa da jurisdição comum, era responsável por julgar os atos a administração pública. Assim, surgiu a necessidade de definir quais eram os atos da administração capazes de atrair o juízo administrativo.

O critério utilizado para isso foi o distinguir os atos de autoridade dos atos de gestão administrativa, sendo aqueles (também conhecidos como atos de império) de jurisdição administrativa, e estes, de jurisdição comum. Ainda assim persistia a dificuldade em se distinguir quais de fato eram os meros atos de gestão e quais os atos de autoridade, o que só restou claro após o famoso caso ‘Agnes Blanco’.

No caso ‘Blanco’ foi proposta ação indenizatória em decorrência da garota Agnes Blanco ter sido atingida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Ferro. Surgido o conflito de jurisdição decidiu o Tribunal de Conflitos Francês⁵ que, por envolver o caso a prestação de um serviço público, deveria o caso ser submetido as regras especiais administrativas e não às regras do direito civil comum.

A partir de então passou a ser o serviço público o critério definidor de atividade administrativa, havendo decidido o Conselho de Estado Francês, conforme expõem Pietro (2013, p. 100), que,

⁵ Referido Tribunal foi criado com a função precípua de delimitar e fiscalizar o âmbito de atuação e competências entre a Justiça Administrativa e a Justiça Comum.

[...] tudo o que diz respeito à organização e funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, quer a Administração haja por via de contrato, quer proceda por via de autoridade, constitui uma operação administrativa, que é pela sua natureza da competência administrativa.

Explicando a decisão, prossegue:

[...] com isso a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão pôde ser feita pelo critério do serviço público. Esse critério teve dupla utilidade: passou a ser utilizado como definidor da competência da jurisdição administrativa, e, pela forma como evoluiu, passou a ser adotado como critério de definição do próprio direito administrativo. (PIETRO, 2013, p. 101).

3.2 O conceito de Serviço Público

Conforme exposto, a noção de serviço público formada pelo Duguit e Escola de Bordeaux era bastante ampla, expondo Aragão (2008, p. 85),

[...] outra característica marcante da teoria de Duguit é que ele dá um sentido latíssimo aos serviços públicos, equiparando-os a todas as atividades estatais: legislativas, jurisdicionais, administrativas e todas as outras que se possa imaginar. Denotando o papel fundamental público desempenhada na sua Teoria Geral do Estado, ele simplesmente viria definir o próprio Estado como conjunto de serviços públicos [...].

Assim adotava a Escola do Serviço Público três critérios definidores do conceito: a) o subjetivo, segundo o qual o serviço público deve ser prestado pelo Estado, mesmo que indiretamente; b) o critério material, dispondo que referidos serviços devem visar o interesse público e a satisfação das necessidades coletivas; e c) o critério formal, o qual exige que as normas do direito público derroguem o direito comum, sendo o regime jurídico dos serviços públicos.

Nada obstante, necessário reconhecer que essa fórmula surgiu em um período no qual imperava o Estado Liberal, responsável pela prática de poucas atividades (se comparado com o que se pratica hoje).

Nessa senda, passou o conceito a entrar em colapso, pois,

[...] o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado. Paralelamente outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços público e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para

esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado. (PIETRO, 2013, p. 100-101).

Desta forma, tanto o critério subjetivo como o formal passaram a ser mitigado, razão pela qual se chegou a falar em crise do conceito de serviço público, surgindo a necessidade de restringi-lo, afirmando Celso Antônio Bandeira de Mello que a noção de serviço público

[...] tornou-se excessivamente ampla e inútil para tais fins, justificando o comentário do Comissário de Governo Tricot, segundo quem “a expressão ‘serviço público’ sob a aparência de uma terminologia rigorosa, mas tornada tão compreensiva, quase não mais possui interesse jurídico”; ou, no dizer de Waline, “a noção de serviço público aparece, cada vez mais como uma sobrevivência inútil nos acórdãos”. Compreende-se que adotar uma noção com contornos desatados *não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual* do direito administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas, notadamente em face do sistema jurídico brasileiro. Daí que a noção do serviço público que formulamos é uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas o acicarte de outras necessidades, outros objetivos, sobretudo, outra problemático e outro ordenamento jurídico positivo. (MELLO, 2010. p. 672, grifo do autor).

Em face disto, hoje impera entre nós um conceito mais restrito de serviço público. Segundo Aragão (2008, p. 157),

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seu delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Já para Pietro (2013, p. 106) serviço público é “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”

Por sua vez Mello (2010, p. 671), em definição à qual nos filiamos, aduz que,

[...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Percebe-se, desta maneira, que hoje os critérios tidos como realmente essenciais à delimitação do conceito é o material e o formal, ou seja, deve o serviço público ser uma utilidade ou uma comodidade capaz de ser fruída individualmente pelo cidadão e deve ter como regime jurídico regulatório as normas do Direito Público.

Dito isso, importante agora fazer algumas ressalvas. De início deve-se deixar claro que alguns serviços públicos, embora tenham o Estado como titular, podem ser desempenhados por pessoa física ou jurídica diversa, cabendo ao Estado apenas garantir que sejam prestados. Temos ainda aquelas situações em que o serviço é por determinação constitucional de prestação exclusiva de ente público, como ocorre na hipótese do art. 21, X, CRFB (manter o serviço postal e o correio aéreo nacional).⁶

Ademais, não se pode confundir serviço público com obra pública, vez que na obra o objeto é uma coisa e não uma prestação em si. Também é diferente o serviço público de atividade de poder de polícia, pois aquele presta uma comodidade ou utilidade pública e este restringe, condiciona ou limita alguma atividade ou direito do particular visando garantir o bem-estar da coletividade.

Por fim, naqueles casos em que o Estado intervém no domínio econômico não há serviço público, pois, nos termos do art. 173 da Constituição, tal situação é uma excepcionalidade a qual somente ocorre para atender aos préstimos de imperativo da segurança nacional ou de relutante interesse coletivo, sendo tais hipóteses regidas pelo direito privado.

O certo é que a própria Constituição define as formas de gestão do serviço público podendo ser serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; b) serviço de prestação obrigatória do Estado em que obrigatório também outorgá-lo em concessão a terceiros; c) serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e d) serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgar-lhes em concessão ou permissão a terceiros (MELLO, 2010, p. 688).

Nesse diapasão, importante mencionar o art. 175 da CRFB, que trata especificamente dos serviços públicos estabelecendo que, via de regra, a titularidade desses serviços é o do Estado, o qual pode prestá-lo de maneira direta ou indireta, por concessão ou permissão, *in verbis*:

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

Nas palavras de Alexandrino e Paulo (2014, p. 259),

⁶ Segundo jurisprudência pacificada do STF o serviço postal é exclusivo do Estado, de forma que a iniciativa privada não pode explorá-lo. Por esse fato a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos tem caráter *sui generis*, pois apesar de ser formalmente uma empresa pública – pessoa jurídica de direito privado –, tem prerrogativas de poder público.

[...] a regra geral acerca dos serviços públicos no Brasil, decorrente do art. 175 da Constituição Federal, é que as atividades enquadradas como serviço público sejam de titularidade privativa do Estado, resultando excluída a livre iniciativa; nesses casos, se o serviço puder ser prestado por particulares, forçosamente o será mediante delegação (prestação indireta). Todavia, atividades pertinentes aos direitos fundamentais sociais, especialmente atividades ao Título VIII da Carta da República ('Da Ordem Social'), embora devam ser executadas efetivamente pelo Estado como serviço público, não são de titularidade exclusiva do Estado. Dessa forma, tais atividades não são retiradas da esfera da livre iniciativa, vale dizer, podem elas ser exercidas por particulares, sem estar submetidas a regime de delegação. Quando são exercidas por particulares, essas atividades classificam-se como serviço privado, sendo, portanto, desempenhadas sob regime jurídico de direito privado, sujeitas, tão somente, a fiscalização e controle estatais inerentes ao exercício do poder de polícia.

Temos, portanto, que, naquelas situações em que o serviço público é de prestação obrigatória do Estado, mas não é exclusivo, seu exercício por particulares nada mais é do que mero exercício de atividade privada, ou seja, são serviços públicos somente quando prestados por ente estatal, mas são atividades privadas quando exercidos por particulares. Esse é o caso dos serviços sociais, os quais têm na atuação do poder público caráter de essencialidade, como educação, saúde previdência, dentre outros, mas que, porém, podem ser explorados comercialmente pela iniciativa privada.

3.3 Serviços Sociais do Estado

Antes de adentrarmos especificamente no tema dos serviços sociais o Estado é necessário que os enquadremos sob a ótica da satisfação dos chamados direitos sociais.

Tal categoria de direitos é tida hoje como garantias fundamentais. Assim, sob uma perspectiva histórica, são classificados como direitos fundamentais de segunda geração. Aqueles tidos como de primeira geração são os centrados no sujeito individualmente considerado. Fruto das Revoluções Liberais (Francesa e Americana), tiveram como principal objetivo evitar a ação estatal na esfera privada, garantindo-lhe liberdade, igualdade e propriedade. A principal característica deles é impor uma obrigação de não-fazer ao Estado de forma a assegurar liberdades individuais.

Nada obstante, aduzem Ferrari e Ferrari (2007, p. 28) que “[...] a ocorrência de crises econômicas demonstra que os mecanismos auto-reguladores da economia não são suficientes pra alcançar o desenvolvimento nacional e levam a identificar a presença do Estado como imprescindível para corrigir os desequilíbrios [...]”

Nesse diapasão, verificou-se que somente os direitos de primeira geração não são suficientes para garantir uma efetiva igualdade, sendo que, após a Primeira Guerra Mundial passa-se a considerar os indivíduos como integrantes de uma coletividade, sendo a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 os marcos da superação do Estado Liberal e surgimento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Surgem, pois, os direitos fundamentais de segunda geração buscando concretização da noção de justiça social. Nas palavras de Mendes, Coelho e Gonet Branco (2008, p. 223),

O ideal absentéista do Estado Liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo de direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, lazer etc.⁷

Assim, a Constituição Federal de 1988 erigiu os Direitos Sociais à categoria de direitos fundamentais prevendo-os no art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por seu turno, nos termos do art. 193 da CRFB:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Vemos, portanto, o caráter de essencialidade dos direitos sociais, os quais têm por fim efetivar a justiça social. É por isso que os serviços públicos que visam efetivá-los são tidos por imprescindíveis ao Estado. De outro norte, essas atividades são também passíveis de exploração econômica. Desta forma, tais atividades,

⁷Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade “essa classificação prestou um desserviço à causa dos direitos humanos, pois trata-se de uma classificação que, além de inconveniente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, ainda tem servido de válvula de escape para que muitos governos, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, nada façam para concretizá-los”. (A. A. Cançado Trindade, Posfácio, in *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 2005, p. 622).

[...] possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada com ou sem fins lucrativos. São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si sós satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las. Por essas razões o Estado também as presta, mas o faz gratuitamente ou de forma bastante subsidiada, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas, razão pela qual, o Constituinte entendeu deverem muitas delas ser satisfeitas independentemente das condições financeiras dos cidadãos usuários. (ARAGÃO, 2008, p. 181).

É nessa seara, portanto, que, Marçal Justen Filho define os serviços públicos sociais como aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade. Dito isto, passemos, então ao estudo específico da saúde e educação.

3.4 Da saúde e educação

Nos moldes do exposto acima, os direitos sociais, dentre os quais a saúde e a educação, estão inicialmente previstas na Constituição Federal no art. 6º. No Título VIII, o qual trata especificamente da Ordem Social, nossa Carta Magna tratou de especificá-los, estando a saúde dentre os direitos que compõem a seguridade social, vindo individualizada no art. 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já a educação vem expressa no art. 205 da CRFB:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Salta aos olhos, pois, que tanto a saúde quanto a educação são deveres do Estado, cabendo ao ente político prestar serviços públicos que os efetivem, ensinando Mello (2010, p. 813), após analisar os objetivos da nossa Constituição, que referidos serviços devem se sobrepor aos interesses do capital, uma vez que nossa Carta Magna é eminentemente voltada à satisfação do objetivo da Justiça Social e aos interesses do trabalho, conforme explicitado no art. 3º, inciso I, art. 170, inciso VII, art. 173 e art. 193 da nossa Carta Magna. Assim, “[...] quanto aos serviços públicos sociais, a Constituição é expressa em apontar o dever do Estado na prestação de serviços de saúde (arts. 196-198). [...] O dever público para com a educação consta dos arts. 205, 208, 211 e 213.” (MELLO, 2010, p. 815).

Explicita o caráter público da saúde a Lei n.º 8.080/90 - Lei do SUS – a qual aduz em seu art. 2º, §1º, que é dever do Estado não só formular, mas também executar políticas que garantam o direito fundamental à saúde:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Já o art. 4º, §2º, deixa claro que a iniciativa privada tem papel apenas complementar na participação do SUS:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[...]

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

No que diz respeito à Educação, a lei infraconstitucional que a regula, a Lei n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), também é enfática ao explicitar a necessidade do Estado em prestar tal serviço sob regime de direito público. É que se extrai do art. 2º:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Também se infere tal necessidade em demais dispositivos da L.D.B., como art. 4º, caput e incisos IV e X, além do art. 20, o qual é explícito ao classificar as entidades filantrópicas de ensino, categoria na qual se enquadram as Organizações Sociais, como instituições privadas.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

Nada obstante, o certo é que essas atividades de caráter social não são exclusivas do Estado, embora sejam essenciais, podendo a iniciativa privada as explorar, oportunidade em que serão atividades econômicas sujeitas ao regime privado, de forma que há visão minoritária que defende uma concepção restritíssima de serviço público segundo a qual “[...] estariam excluídos, além dos serviços *uti universi*, os serviços sociais, que não são titularizados pelo Estado com exclusividade, constituindo também atividades abertas à iniciativa privada (ex., saúde e educação).” (ARAGÃO, 2008, p. 149).

Todavia, o objeto deste trabalho cinge-se especificamente ao estudo da possibilidade jurídica do Estado, enquanto obrigatório prestador de referidos serviços sociais, poder subvencioná-los, ou seja, se é possível ao ente político prestá-los somente diretamente, ou se, ao contrário, podem ser prestados também indiretamente, por meio de organizações sociais, até mesmo por que,

[...] nossa Lei Fundamental ao declarar o dever do Estado para com a saúde, nos art. 196 e 197, para com a educação, nos art. 205 e 208, 211 e 213 (...) afirma, nos art. 199 e 209, que a prestação destes serviços é livre à iniciativa privada, em que pesem sujeitos a disciplina especial, e, admite, ainda, a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão. (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 51).

Porém, necessário que antes de adentrarmos esse mérito se teça previamente breves comentários acerca das organizações sociais e o terceiro setor.

4 O TERCEIRO SETOR, AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO ESTADO

4.1 Aspectos Gerais

A lógica do surgimento daquilo que se chama hoje de terceiro setor deve ser entendida a partir da ideologia neoliberal de Estado, a qual defende a existência de “Estado Mínimo”. Assim, de acordo com definição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo é o neoliberalismo uma doutrina que tem por objetivo,

[...] retirar o setor público de todas as áreas que sua atuação não seja imprescindível. A proposta de um Estado mínimo também está lastreada em uma certa visão do princípio da eficiência, uma vez que, para o neoliberalismo, a iniciativa privada sempre é mais eficiente que o setor público, razão por que se deve a atuação deste último ater-se ao estritamente necessário. (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 77).

Conforme visto, na virada do século XIX para o XX e, sobretudo, após a II Guerra Mundial, percebe-se que a teoria segundo a qual deve o Estado comportar-se como um “guarda noturno”, servindo apenas para garantir a segurança dos cidadãos sem interferir na esfera privada, mostrou-se ineficiente, fazendo surgir o Estado Social, conhecido por ‘*Welfare State*’, no qual se reconheceu ao Estado o papel de promover a satisfação dos direitos sociais, afirmando Mendes, Coelho e Gonet Branco (2009, p. 758), que “[...] a rigor, os direitos sociais não foram sequer pensados na fase liberal; passaram a merecer atenção e a ser implementados, ainda que seletivamente, na etapa social; e, por fim, tornaram-se exigências crescentemente satisfeitas, no momento democrático dessa longa história.”

Nada obstante, já por meados da década de 1970, começa a eclodir uma série de entraves no modelo de Estado social vigente, sobretudo em razão do exacerbado agigantamento do Estado, o qual, sendo o responsável por cumprir inúmeras tarefas, se viu impossibilitado de satisfazer suas funções.

Tal modelo passou a atingir inclusive a própria organização de separação dos poderes do Estado, isso face às próprias limitações materiais (orçamentárias), haja vista que,

[...] diante desse quadro de limitação de recursos e de agravamento das desigualdades sociais [...] vão-se tornando mais cada vez mais tensas as relações entre a sociedade e os Poderes do Estado. Com o executivo, desde a elaboração da proposta orçamentária até a efetiva liberação das verbas alocadas pelo Congresso Nacional [...], o Legislativo, para que este amplie as dotações previstas pelo governo; com o Judiciário, finalmente,

coabrando-lhe decisões que, a rigor, escapam à sua competência, na medida em que, frequentemente, impõem às autoridades administrativas a satisfação de necessidades individuais, quase sempre em circunstâncias aflitivas, como internações hospitalares, independentemente da disponibilidade de leitos, ou o ‘simples’ fornecimento de remédios, muitas vezes inexistentes ou de altíssimo custo e dependentes de importação, sem que haja recurso *legalmente* destinados ao custeio das despesas decorrentes do cumprimento dessas determinações judiciais. (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2008, p. 761).

É nessa toada que ganha força a teoria neoliberal, principalmente após a crise do petróleo ocorrida na década de 1970, somada ao fim da Guerra Fria, fatos históricos que, segundo Ferrari e Ferrari (2007, p. 57),

[...] abalam o modelo de Estado Social operacionalizado pelo modelo burocrático que começa a ruir e, em segundo lugar, surge a Administração Pública Gerencial, mecanismo previsto para solucionar a ineficiência na prestação dos serviços públicos, a diminuição da carga tributária e para dar mais e melhores condições de trabalho do que as apresentadas sob o regime anterior.

O neoliberalismo teve por berço os países capitalistas, Estados Unidos e Oeste Europeu, reagindo contra o modelo do ‘*Welfare State*’. Um dos grandes expoentes neoliberais, Frederick Mayek, argumentando que a política social destruía a concorrência e a liberdade, defendia que

Manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com o bem-estar e a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. (ANDERSON, 1996, p. 10-11).

Segundo tal ideologia, portanto, a função precípua do Estado é meramente regulatória, ou seja, não cabe a ele próprio efetivar políticas públicas, mas tão somente incentivar e fiscalizar a iniciativa privada no desempenho de tal tarefa.

No Brasil esse modelo foi inaugurado pelo Dec. Lei nº 200/1967, o qual, conforme visto alhures, buscou efetivar a Reforma Administrativa do Estado centrada no princípio da efetividade, em substituição ao modelo burocrático de Administração pelo modelo de ‘Administração Gerencial’.

Já na década de 1990, em reforma do Estado iniciada por Collor de Mello e, sobretudo, Fernando Henrique Cardoso, objetivando-se transferir para a iniciativa privada atividades consideradas não essenciais do Estado, dentre as quais a prestação de serviços públicos

sociais: saúde e educação,

[...] com isso assume destaque a atividade administrativa de fomento, no que diz respeito ao incentivo à iniciativa privada de interesse público, de modo que se passa a identificar a distinguir as atividades essenciais, que só o Estado pode cumprir e, portanto, típicas do poder público, das atividades sociais e econômicas, as quais só devem ficar a cargo do Estado se o particular não conseguir realizá-las, eficientemente, em regime de competição e livre iniciativa e, mesmo no caso de apurada alguma deficiência, o desempenho estatal deve se resumir ao incentivo, ao fomento da referida atividade. (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 35).

É nesse contexto que se passa a falar de terceiro setor, o qual, segundo Rocha (2006, p. 13),

[...] indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviço em áreas de relevante interesse social e público. [...] O Terceiro Setor é formado por um conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.

Todavia, vale ressaltar que não há nenhuma definição legal do que seja o “terceiro setor”, havendo certo consenso doutrinário em defini-lo como aquele no qual se situam atividades que não integram a administração pública, mas que, porém, desenvolvem atividades de interesse coletivo, integrado pelas chamadas ‘entidades paraestatais’, pessoas jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos as quais se dispõem a realizar ditas atividades de interesse sociais não exclusivas do Estado.

Tratando do tema, afirma Mello que (2010, p. 223),

[...] as figuras mencionadas, componentes de uma pretensa reforma administrativa, são expressões de um movimento impulsionado pelo neoliberalismo. Este, pretendendo a submersão do Estado Social de Direito, apresenta-o como praticante de um intervencionismo exacerbado, incompetente e economicamente inviável, propondo, então, uma ‘Reforma do Estado’, com uma redefinição de suas atividades.

Rocha (2006, p. 16), defende que,

[...] os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado [...], são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa – não comprovada por qualquer experiência histórica recente – de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender às demandas sociais.

Desta feita, já é possível situar as Organizações Sociais como entidades paraestatais

integrantes do 3º setor⁸, pessoas jurídicas de direito privado, as quais não integram a Administração Pública formal, mas realizam algumas atividades de interesse público não exclusivas do Estado, nos termos do que se verá em seguida.

4.2 As Organizações Sociais

Uma vez ciente do que vem a ser o terceiro setor, passamos agora a um dos pontos centrais da nossa pesquisa, qual seja, a abordagem das organizações sociais. Conforme visto, tais entidades se incluem dentre aquelas entidades tradicionalmente chamadas de “paraestatais”, compondo esse setor que não é propriamente nem público, nem privado.

As organizações sociais surgiram em nosso ordenamento jurídico justamente para que se pusesse em prática a intenção de se transferir para a iniciativa privada algumas atividades tidas como não essenciais do Estado. Desta forma, nos dizeres de Alexandrino e Paulo (2014, p. 83),

[...] as organizações sociais foram idealizadas para ‘absorver’ atividades não exclusivas de Estado realizadas por entidades estatais (integrantes da administração pública formal), que, a partir daí, seriam extintas. Mais claramente, a ideia era substituir entidades administrativas pelas organizações sociais, que são pessoas privadas, não integrantes da administração pública, portanto, sujeitas a menor ‘rigidez’ na gestão de seus recursos e pessoal. A Lei 9.637/98 chama de ‘publicização’ essa ‘absorção’ pelas organizações sociais de serviços de interesse social ou utilidade pública antes prestados por entidades administrativas extintas (art. 20).

Nessa toada, por mais contraditório que possa parecer, a Reforma Administrativa e Reforma do Estado, levada a cabo pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), denominou ‘publicização’ justamente a possibilidade de entidades como as organizações sociais absorverem determinadas atividades ligadas aos serviços públicos não exclusivos do Estado.

As organizações sociais foram citadas pela vez em nosso ordenamento jurídico, nos termos do lembrado por Gina Copola, pelo Decreto Federal nº 2.172, de 5 de março de 1997, o qual estabelecia o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, tratando no art. 206, *in verbis*:

⁸ Além das organizações sociais, também integram o terceiro setor os serviços sociais autônomos e as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP’s.

Art. 206. Para atender ao serviço social, conforme o disposto no art. 192, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderá celebrar convênio, contrato ou acordo com organizações sociais, empresas, profissionais autônomos e instituições públicas ou privadas, bem como credenciá-los, para realizar programas sociais e prestar assistência jurídica ao beneficiário.

Nada obstante, tais entidades foram de fato regulamentadas pela Lei Federal nº 9.637/1998, a qual estabelece, em seu art. 1º, a possibilidade do Poder Executivo da União qualificar como organização social, “[...] pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde [...]”, atendidos aos requisitos previstos na Lei.

Desta feita, temos que, nas palavras de Justen Filho (2010, p. 294),

[...] organização social é uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para execução de determinadas atividades de interesse coletivo.

Conforme se percebe, organização social nada mais é que uma qualificação, uma espécie de título concedido pelo poder público a determinadas pessoas jurídicas de direito privado que preencham os requisitos da Lei nº 9.637/1998, como, por exemplo, ausência de fim lucrativo e atuação nas áreas elencadas no art.1º, as quais, por serem ligadas a serviços sociais, não são exclusivas do Estado⁹.

⁹ Os demais requisitos para qualificação como organização social vêm expressos nos seguintes dispositivos da Lei n.º 9.637/98:

Art. 2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

“I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

A concessão de referida qualificação pelo poder público é ato discricionário do executivo, ou seja, a entidade privada que pretenda se qualificar como organização social postula perante a autoridade competente, cabendo a essa observar se há enquadramento aos requisitos

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Art. 3º. O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa".

legais e, seguindo critérios de conveniência e oportunidade, conceder, ou não, tal título.

Assim, como bem diz Copola (2006, p. 3452, grifo do autor),

As organizações sociais não constituem novas entidades que surgem como tal, ou que como tal adrede são criadas; *não são novas formas societárias*, mas resultam simplesmente da qualificação de entidades privadas já existentes sob formas societárias ou fundacionais, e que se enquadram nos requisitos exigidos pela Lei n.º 9.637/98.

Em tempo, necessário ressaltar que o fato de uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação privada preencherem os requisitos legais exigidos pela lei de regência não garante a elas o direito de receberem a qualificação como organização social, uma vez que tal qualificação é ato discricionário da autoridade competente. Assim, não se pode falar em direito subjetivo à qualificação como organização social, pois, mesmo que se preencha todas as exigências legais, é possível que a autoridade competente, por critérios de conveniência e oportunidade, negue a solicitação de qualificação como tal.

Como se percebe, nesse momento histórico, sob regência de fortes tendências neoliberais, como visto alhures, optou-se pela substituição da efetiva prestação de serviços não exclusivos do Estado (serviços relacionados aos direitos sociais, dentre os quais saúde e educação) pelo fomento estatal às organizações sociais para que os assumissem. Esse fomento, institucionalizado pela Lei nº 9.637/98, diz respeito, sobretudo à possibilidade de destinação de recursos orçamentários, permissão gratuita de uso de bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, dispensada a licitação e cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para o órgão de origem do servidor cedido (ALEXANDRINO; PAULO, 2014).

Ademais, merece destaque também o fato de que, embora a entidade passe a ser qualificada com organização social, não perde ela seu caráter privado. Assim sendo, os serviços que são prestados por tais entidades não têm caráter público, haja vista o exposto no capítulo anterior: por se tratarem de serviços públicos não exclusivos do Estado, só serão de fato públicos quando exercidos por entidades da administração ou por seus delegatários, sendo meras atividades privadas quando executados por particulares.

Nesse diapasão, quando as organizações sociais prestam serviços de saúde e educação (assim como os demais), tais atividades não estão sujeitas a regime jurídico de direito público, nada mais sendo do que meros serviços privados de interesse coletivo, haja vista que

[...] as organizações sociais não são delegatárias de serviço público, ou seja, não exercem por delegação (concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), sob

regime jurídico de direito público, atividades de titularidade exclusiva do poder público, e sim atividades privadas de utilidade pública ou interesse social, em seu próprio nome, com incentivo (fomento) do Estado. (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 83).

No mesmo sentido Pietro (2013, p. 570), a qual aduz:

Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. Mas, na realidade, o real objetivo parece ser o de privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado [...].

Embora o Plano Diretor fale em publicização e a própria Lei n.º 9.637/98, logo na ementa, fale em Programa Nacional de Publicização para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada como organização social, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de privatização de que o governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade que era prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas de publicísticas; a entidade pública é substituída por uma entidade privada.

Por fim, vale ressaltar que o vínculo jurídico existente entre a administração e as organizações sociais, possibilitando o fomento e prestação de ditas atividades, é formado a partir da celebração do ‘contrato de gestão’, o qual, segundo o art. 5º da Lei n.º 9.637/98, é o “[...] instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.”¹⁰

O contrato de gestão nada mais é, portanto, do que um contrato administrativo firmado com a organização social para que efetive o fim a que se propôs, prestando auxílio ao Estado ao executar atividades de interesse coletivo, afirmando Mello (2010, p. 239), que

[...] uma vez qualificada como organização social e tendo travado contrato de gestão – que será 'elaborado de comum acordo' entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6º) - , a

¹⁰ Os demais dispositivos acerca do contrato de gestão estabelecem o seguinte:

“Art. 6º. O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7º. Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários”.

pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão de uso e sem licitação prévia (art. 12, §3º), não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que serão cedidos a expensas do erário (art. 14)! Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores qualidade e produtividade (art. 7º, I, c/c art. 8º). Constatado o descumprimento do contrato de gestão, o Poder Público poderá, assegurado prévio processo administrativo com a garantia de ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social (art. 16).

Ocorre que, ao tentar ‘desburocratizar’ a execução de determinadas atividades, dentre as quais saúde e educação, permitindo que as organizações sociais as prestam, após a celebração do contrato de gestão, derroga-se o regime jurídico de direito público de forma temerária e até mesmo inconstitucional, na medida em que a licitação para a celebração de referido vínculo administrativo é dispensável, nos moldes do art. 24, inciso XXIV, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

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.

Também não se prevê nenhuma forma específica de seleção de pessoal semelhante à do concurso público, estando a entidade livre para contratar seus funcionários conforme critérios próprios. Isso sem se falar do caráter discricionário da qualificação como organização social, o qual acarreta grande risco de geração de casuísmos e desvio de poder. Todos esses fatos, conforme se verá, põem em risco princípios constitucionais básicos, a exemplo da isonomia e da moralidade administrativa.

Ademais, a atual tendência de completa substituição estatal na prestação de saúde e educação pelas organizações sociais, além de não contemplar o fim para o qual foram idealizadas, que é de somente prestar apoio ao Estado e não o de tomar seu lugar, agravam referidas inconstitucionalidades, não tendo guarida no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que a própria Constituição Federal e as leis específicas a regularem a educação e a saúde (L.D.B. e Lei do SUS), exigem que o próprio Estado prestem tais serviços.

4.3 Impossibilidade e Inconsistências Principiológicas e Legais da Substituição do Estado por Organizações Sociais na Saúde e Educação

Conforme visto, após a Lei n.º 9.637/98, institui-se a possibilidade de as organizações sociais prestarem serviços tidos como não exclusivos do Estado, notadamente saúde, educação e demais serviços públicos ligados aos direitos sociais. Tal possibilidade teve por finalidade fomentar a iniciativa privada no sentido de tornar possível a colaboração particular em tais áreas. Cria-se, assim, o terceiro setor, o qual engloba entidades privadas que prestam serviços de interesse público sem fins lucrativos, no intuito de auxiliarem o Estado como entidades de apoio.

Desta maneira, é notável que o principal papel atribuído às organizações sociais e demais entidades integrantes do terceiro setor, como forma de justificar sua existência, seria o de prestar auxílio ao Estado, uma vez que passariam a ocupar lacunas deixadas pelo poder público nas áreas sociais, posto que supostamente não tem, o ente político, capacidade de prestar tais serviços, numa qualidade aceitável, para a totalidade dos cidadãos.

Ocorre que, com o passar dos anos e com a solidificação dessas entidades em nosso cenário jurídico, o que percebemos agora é o surgimento da tentativa de que, de fato, tais entidades tomem o lugar Estado, levando-se em conta o que vem ocorrendo em alguns Estados da Federação, como no Estado do Maranhão, onde, após o Programa 'Saúde é Vida' da Secretaria Estadual de Saúde, foram construídos mais de 70 hospitais públicos entre 2010 e 2013, todos repassados para organizações sociais os gerir, de forma que, em 2015, com o estopim da operação “Sermão aos Peixes”, da Polícia Federal, descobriu-se indícios de desvio de cerca de R\$ 2 (dois) Bilhões de reais por meio das organizações sociais¹¹.

Tal tendência também fica evidenciada no Estado de Goiás, onde, em meados de 2015, a Secretaria Estadual de Educação anunciou que pretendia ter, já em 2016, toda a rede de ensino gerida por meio de organizações sociais¹².

Face isto, muito se discute hoje acerca da constitucionalidade da atuação das organizações sociais, sobretudo em razão do afastamento ou abrandamento de regras essenciais

¹¹“**PF cumpre 13 mandados em ação contra desvios na Saúde no MA**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/11/pf-prende-13-em-operacao-contra-desvios-na-saude-no-maranhao.html>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

¹² “Goiás prepara parceria inédita com setor privado para escolas públicas”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/09/1677040-goias-prepara-parceria-inedita-com-setor-privado-para-escolas-publicas.shtml>>,. Acesso em: 30 mar. 2016.

do regime jurídico público, a exemplo da dispensa de licitação e inexigibilidades de concurso público para contratação de pessoal.

Nada obstante, existem os que defendem a atuação das organizações sociais, a exemplo de Copola (2006, p. 6), a qual aduz que

[...] nesse momento em que vivemos, marcado por avanços e modernidades, a perquirição dos aplicadores do direito, a nosso ver, deve ser no sentido de compreender os termos da inovadora legislação que cuida da organizações sociais e das demais entidades pertencentes ao terceiro setor, e, assim, vislumbrar os benefícios que muito possivelmente são alcançados por meio de tais institutos, que têm como função primordial o contrato de gestão a ser celebrado com o Poder Público, ou, ainda, outros contratos realizados sem a finalidade de obtenção de lucro, que a final representam incontestáveis benefícios a todos nós.

No mesmo sentido é o entendimento das professoras Ferrari e Ferrari (2007, p. 48), as quais, sob a alegação de que os serviços sociais são abertos à iniciativa privada, aduzem que:

[...] o fato de o Estado ser o titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém a 'senhoria' sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por a seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.

Nessa esteira, critica-se a atuação do Estado como agente de políticas públicas, sob o argumento de que cabe ao ente político apenas fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, numa visão minimalista do papel do poder público.

Ademais, bom esclarecer que referida celeuma acerca da constitucionalidade da Lei n. 9.637/98 e, conseqüentemente, da atuação das organizações sociais, já chegou ao STF, o qual se posicionou pela admissibilidade da atuação de tais entidades pelo nosso ordenamento jurídico, nos moldes da argumentação exposta do seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS. 1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição. 3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. 4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração

Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto). 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiaias, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública. 6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei. 9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI). 10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo incluyente, e não excluyente. 11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. 12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, esporte e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput). 14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da

contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. 15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal. 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo. 18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, arts. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais. 19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor. 20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

(ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 16-12-2015 PUBLIC 17-12-2015).

Todavia, *data venia*, ousamos discordar da posição firmada pelo STF, haja vista os argumentos a seguir colacionados:

De início, já se houve falar a respeito do fracasso do modelo neoliberal, uma vez que teria acentuado desigualdades sociais e inviabilizado o próprio Estado. No Brasil, a prática neoliberal se deu mediante privatizações e terceirização de serviços públicos essenciais, conforme ora estudado. Ou seja,

[...] através do compartilhamento com a iniciativa privada, que propiciou uma redução significativa dos custos operacionais, mediante o enxugamento da máquina administrativa e o sacrifício dos servidores públicos, que são os artífices na execução de qualquer reforma do Estado. (FERRARI; FERRARI, 2007, p. 51).

É nesse contexto de privatizações fomentadas pelo neoliberalismo que chegamos ao cerne de nossa pesquisa, uma vez que a transferência de serviços públicos de saúde e educação para a iniciativa privada, no que se convencionou chamar de ‘desestatização’, é espécie desse gênero, nos termos do que ensina Pietro (2005, p. 24), aduzindo que, nos chamados *contracting out* (forma pela qual a administração celebra contratos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços) entra o instituto da terceirização.

Nessa órbita, não há dúvida que a prestação de serviços sociais como saúde e educação por intermédio das organizações sociais trata-se de uma forma da terceirização, pois,

[...] embora a Lei n.º 9.637/98 não diga expressamente, é evidente e resulta nela implícito que as organizações sociais vão desenvolver atividades hoje desempenhadas por órgãos ou entidades estatais; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social. Nos casos em que as organizações sociais prestem estas atividades, mantendo a natureza de serviços públicos, o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa, prevista como uma das formas de parceria público-privada, pela Lei n.º 11079/2004: haverá delegação de atividade estatal, remunerada inteiramente pelo Poder Público. (PIETRO, 2013, p. 570).

Conforme se infere, a prestação desses serviços de saúde e educação, sobretudo da maneira que hoje é tendente, qual seja: a total substituição prestação direta do Estado por organizações sociais, evidencia fortes inconstitucionalidades, e se destacar a falta critério para qualificar uma entidade como tal, a dispensa da licitação e a inexigibilidade de concurso público para a contratação de seu pessoal.

Nesse sentido é a opinião de doutrinadores do quilate de Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual,

[...] na Lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se para receber bens públicos, móveis e imóveis, recurso orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) [...].

Enquanto para travar com o poder público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualitativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie. (MELLO, 2010, p. 240).

Claros, portanto, os afrontes ao princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e o da isonomia (art. 5º), de modo que

[...] fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato da organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvida de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmo servidores públicos e com a utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de 'amarras' da Administração Pública. (PIETRO, 2013, p. 571).

Estamos diante, portanto, de uma verdadeira derrogação, de um afastamento síncico, das regras do direito público. Normas criadas com o intuito de proteger o interesse social, evitando desvios de poder e finalidade, promovendo credibilidade às escolhas da administração pública são simplesmente afastadas pelo modelo ora debatido, de forma que, sob a alegação de desburocratização, criam-se fórmulas para afastar regras promotoras da moralidade e impessoalidade, como a do dever de licitar e do concurso público.

Além disso, a fragilidade do processo de qualificação e escolha das entidades do terceiro setor impõe uma vulnerabilidade deveras exagerada, haja vista a ausência de qualquer

requisito técnico, temporal ou financeiro para que se qualifique uma entidade como organização social. Posto isso a possibilidade de se ter serviços tão essenciais, ligados à satisfação dos direitos sociais fundamentais mais mezinhas, prestados por organizações sociais é preocupante, levando-se em conta que,

[...] são entidades constituídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que se faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, por que não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público. (PIETRO, 2013, p. 203-204).

Por conseguinte, não se pode deixar de cotejar ainda o perigo provocado aos mais básicos princípios constitucionais e administrativos a partir da influência que o poder público pode exercer sobre tais entidades. Tal ocorre, por exemplo, pela fragilidade do vínculo formado entre o ente político e a organização social, e entre essa e seus funcionários. Desta forma, como são pessoas jurídicas criadas única e exclusivamente com o fim de celebrarem o contrato de gestão com o Estado, vez que nada é cobrado acerca de suas vidas pregressas, como independência financeira, estabilidade social, sede própria, fontes de receita, dentre outros, é perfeitamente possível e provável que tais entidades estejam completamente subordinadas ao poder estatal, vez que dependem do contrato de gestão para sobreviver.

Assim, pode-se imaginar, por exemplo, a situação seguinte: em épocas de campanha eleitoral é perfeitamente possível que gestores públicos exijam da entidade apoio no pleito, de forma a pressionar os prestadores de serviço para que votem em candidato “a” ou “b”, sob a ameaça de se romper o contrato de gestão e, conseqüentemente, serem extintos os contratos de trabalho. Situação essa bem possível de ocorrer, haja vista a fragilidade dos vínculos e os casuísmos que podem ser provocados a partir desse modelo.

Como isso, a ausência de concurso público e estabilidade, algo ínsito ao serviço público, faz com que conquistas e benefícios almejados com tais institutos sejam perdidos, de forma que o prestador de serviços, funcionário de organização social passe a focar mais na manutenção de seu emprego do que propriamente na prestação de seus serviços.

Em relação a essa sujeição da organização social para com o poder público, provocando submissão e fragilidade dessas entidades, face à ausência parâmetros legais capazes de evitá-las, ressalva Justen Filho (2010, p. 297), que

[...] se for qualificada como 'organização social' uma entidade sujeita ao poder de controle estatal, haverá pura e simples simulação. O que identifica a organização social como ente autônomo e não sujeito ao regime jurídico de direito público é a ausência de atuação estatal. Trata-se de entidade privada, organizada segundo os padrões próprios da iniciativa privada. Não se admite, portanto, que o Estado constitua certa entidade, por meio das atribuições de recursos e patrimônio públicos, outorgue sua administração a servidores públicos, sujeitos aos desígnios e influências estatais, e pretenda caracterizá-la como 'organização social'. Hipótese assim configurada chega às raias da tipicidade penal.

De outro norte, além das agruras provocadas pela fragilidade dos requisitos legais e pela derrogação de normas essenciais do regime jurídico público acima expostas, há ainda o principal empecilho à desestatização de saúde e educação em nome das organizações sociais, qual seja, a imposição constitucional do dever estatal de prestar tais serviços. Cumpre ressaltar que segundo dos arts. 196, 205 e 208 da Constituição Federal, saúde e educação são deveres do Estado, conforme visto. Desta feita, é completamente inconstitucional a tentativa atual do Estado simplesmente eximir-se de tais deveres, repassando-os as organizações sociais.

Nesse sentido, é enfática a posição de Mello (2010, p. 241), para o qual

[...] os serviços trespassáveis a organizações sociais são serviços públicos insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão. Logo, como sua prestação de constitui em 'dever do Estado', conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de 'adjudicá-los' a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

Porém, conforme dito e redito, o trespasse do Estado às organizações sociais de serviços tão essenciais é uma forma de terceirização. Todavia, áreas tão íntimas ao interesse público como saúde e educação dizem respeito ao próprio fim da República Federativa do Brasil, a qual constitui um Estado de Bem-estar social.

A busca pela justiça social vem explícita em vários dispositivos constitucionais, como no art. 3º, inciso I, o qual a erige à qualidade de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, além dos arts. 170, inciso VII e 193.

Desta feita,

[...] existindo um projeto tão claro e evidente no qual foi cometida ao Estado a função de protagonista necessário da implementação destes bens jurídicos, fica liminarmente rejeitada do modo mais radical possível qualquer veleidade de acolhida do neoliberalismo ou de absentéismo estatal, pois isto seria precisamente a negação do que foi irrogado como um dever do Estado brasileiro. (MELLO, 2010, p. 813).

Pelo exposto, estando os serviços de saúde e educação abarcados pelo próprio fim de nossa República Federativa, permitir a abstenção do Estado e a terceirização completa deles vai de encontro até mesmo a própria construção jurisprudencial terceirizante, a qual, conforme consta na súmula 331 do TST, não permite que se terceirizem atividades-fim.

De outro ângulo, possível, perceber também que referido modelo acarreta precarização das relações de trabalho, submetendo os trabalhadores das organizações sociais a condições desfavoráveis se comparadas às oferecidas caso fosse o próprio Estado a prestar o serviço. Ora, soa lógico que, ao destinar recursos para entidade de terceiro setor para que ela passe a gerir saúde e educação, prestando o mesmo serviço que antes era prestado diretamente pelo ente político, mesmo que não tenha a entidade privada finalidade de lucro, na tentativa de cortar custos, quase sempre serão os trabalhadores a sofrer os impactos mais diretamente, através de salários menores. Isso sem se falar na ausência de estabilidade e demais garantias constitucionalmente asseguradas aos servidores públicos efetivos que deixam de ser gozadas nesse modelo.

Por fim, não se pode olvidar que é falaciosa a ideia de que os serviços públicos são melhores prestados quando assumidos pela iniciativa privada, isto por que, essencialmente públicos e destinados ao interesse social que são, não se compatibilizam com a forma de gestão privada, voltada sempre para a obtenção de mais lucro e contenção de gastos. Destarte, melhor é reivindicar serviços de fato públicos de qualidade prestados diretamente pelo Estado, o qual não tem compromisso com a obtenção de lucro, criando alternativas para a melhoria da gestão estatal dos serviços.

Corroborar tal entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao tratar de concessões de serviços públicos, expõe assertiva perfeitamente aplicável ao caso da prestação de serviços de saúde e educação por organizações sociais:

Em abono dessas concessões alega-se, muitas vezes, que o Estado é mau prestador de serviços, ao contrário do particular. Esquece-se, entretanto, de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou 'controlador' do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria que fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos em alguns setores, decaiu visivelmente. (MELLO, 2010, p. 798).

Por todo o exposto neste trabalho, não resta dúvida quanto às desvantagens e

inconstitucionalidades do modelo de prestação de saúde e educação que hoje ganha força, com o Estado adjudicando-se do dever constitucional de prestá-los em favor das organizações sociais. As entidades do terceiro setor não foram idealizadas para substituir o Estado, mas tão somente para lhe prestar apoio.

Por tudo, embora admita-se a existência das organizações sociais é necessário ainda algumas adequações legais, como necessidade de que não se substitua completamente o Estado, além de licitação prévia ao contrato de gestão; necessidade de comprovação da viabilidade financeira da entidade, com demonstração de sede, patrimônio próprio, etc; demonstração de idoneidade financeira e técnica para gestão de patrimônio público; obediência aos princípios do concurso público e demais princípios administrativos quando da contratação de seu pessoal, além da observância da regra do teto constitucional quando se utilize de dinheiro público para pagamento dos funcionários; obediência aos princípios da licitação quando da escolha de seus fornecedores; dentre outras regras do regime jurídico público atualmente derogadas.

5 CONCLUSÃO

Conforme podemos extrair, os serviços públicos de saúde e educação, apesar de não serem exclusivos do Estado, são obrigação do ente político, de forma que, embora possa a iniciativa privada os exercer na forma de atividade econômica, não pode a administração pública abrir mão de suas execuções, haja vista que a própria Constituição da República Federativa do Brasil e as leis regulamentadoras impõem a atuação estatal nesse âmbito.

Nesse contexto, necessário lembrar que as organizações sociais nada mais são que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, associações civis ou fundações, portanto, as quais, preenchendo os requisitos estabelecidos pela Lei n. 9.637/98, requerem tal qualificação perante o órgão competente, que, por sua vez, a concede segundo critérios de conveniência e oportunidade. Deferida a solicitação de qualificação como organização social, está a entidade apta a celebrar contrato de gestão com a administração pública a fim de que passe a exercer a atividade de utilidade pública ou interesse coletivo.

Deste modo, mostra-se incompatível com o ordenamento jurídico pátrio a atual tendência de se transferir a gestão total dos serviços de saúde e educação para as organizações sociais, pois tais entidades, componentes do chamado ‘terceiro setor’, detêm personalidade jurídica de direito privado, não compondo a administração pública formal e, uma vez executando tais serviços, perderão eles a natureza de serviços de serviços públicos, sendo mera execução de atividade privada de interesse coletivo, com derrogação das regras do regime jurídico de direito público.

Por isso, não se pode conceber que referidas entidades do terceiro setor passem a gerir, sozinhas, serviços de saúde e educação, com o poder público se sub-rogando do dever constitucional de prestá-los, até mesmo por que as organizações sociais foram idealizadas para que fossem meras entidades de apoio do Estado e não para que substituíssem o poder público em seus deveres mais essenciais.

Nesse diapasão, não podemos negar que a transferência de serviços tão essenciais para que as organizações sociais passem a os gerir representa verdadeira terceirização, ou desestatização, de serviços públicos praticada pelo Estado, haja vista que a administração pública transfere à iniciativa privada a responsabilidade pela prestação. Todavia, sendo a República Federativa do Brasil um estado de bem-estar social, que tem na justiça social um objetivo central,

permitir-se que saúde e educação sejam geridas por referidas entidades representa verdadeira terceirização de atividade-fim, estando em desconformidade até mesmo com a construção jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, o qual somente permite que sejam terceirizadas atividades-meio.

De outro norte, o fato da Lei n. 9.637/98 dispensar licitação prévia à celebração do contrato de gestão reforça a lista de inconstitucionalidades, uma vez que, para a organização social, a qual terá possibilidade de receber bens públicos móveis e imóveis, dotações orçamentárias e até mesmo servidores públicos custeados pelo erário, não se exige nenhuma demonstração de habilitação prévia ou laudo de responsabilidade financeira ou técnica, dentre outros requisitos impostos pela Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Público –, os quais são necessários em contratos bem mais simples com a administração pública, como o de prestação de serviço ou fornecimento de bens. Tal situação não guarda qualquer compatibilidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nem com aqueles expressos no art. 37, *caput*, da CRFB.

Tal fato incentiva a criação de entidades que tem por única finalidade receberem a qualificação como organização social e celebrarem contrato de gestão com o poder público, frente a fragilidade dos critérios exigidos. Deste modo, o que temos são organizações sociais frágeis enquanto instituições, pois são pessoas jurídicas criadas somente para a celebração dos contratos de gestão, dependentes deles para que existam. Tal fato somente permite a dependência e subordinação ao poder público, tornando as entidades vulneráveis aos mandos e desmandos do governante, numa relação deveras temerária.

Desta forma, além de não ser admitida a completa substituição do Estado nas áreas da saúde e educação, dado que a própria Constituição Federal obriga o poder público a prestá-los diretamente, necessário também que, para uma adequada atuação dessas entidades, se faça algumas correções na Lei n. 9.637/98, como a necessidade de se exigir licitação prévia à celebração do contrato de gestão, exigência de laudos de responsabilidade técnica e financeira para administração de bens e dinheiro públicos e processo de contratação de pessoal com observância dos princípios do concurso público.

No modelo que vigora atualmente, nos moldes do demonstrado, o que temos, em verdade, nada mais é do que um artifício para que se derroquem normas do regime jurídico público, numa possibilidade de se burlar a regra da licitação e do concurso público, dando-se

margem a casuísmos e desvios de função e poder. Deveras, não se pode vislumbrar que, pelo argumento da desburocratização e melhoramento da eficiência, permita-se a possibilidade de atuações à margem das regras e dos princípios constitucionais mais básicos, a exemplo da moralidade, finalidade e impessoalidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Tullio Augusto Tayano. Direitos Sociais e o princípio do não retrocesso. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 7. ed. ver., atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E. (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 9-23.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAS, José. **Coletânea de Normas Administrativas**. 4. ed. atual. Salvador: Jus Podium, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2011. 15 p.

_____. **NBR 10520**: informação e documentação, citações em documentos, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002. 7 p.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação, referências, elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 24 p.

_____. **NBR 6024**: informação e documentação, numeração progressiva das seções de um documento, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2012. 8 p.

_____. **NBR 6027**: informação e documentação, sumário, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013. 3 p.

_____. **NBR 6028**: informação e documentação, resumo, apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2003. 2 p.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Decreto n.º 2.172, de 5 de março de 1997**. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2172.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei n.º 200/1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. **Lei n.º 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 7.102, de 20 de junho de 1983.** Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7102.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. **Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

_____. **Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

_____. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Lei nº. 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

COPOLA, Gina. **Desestatização e Terceirização.** 1. ed. São Paulo: NDJ, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DUGUIT, León. Las Transformaciones Generales del Derecho. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 27.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle das Organizações Sociais.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu.** São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed., rev., e atual. Belo Horizonte: 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 6. ed. São Paulo: Saraiva 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27. ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado.** 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2006. (Coleção Temas De Direito Administrativo n. 7).

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ciro Pereira da. **A terceirização responsável: modernidade e modismo**. São Paulo: LTr, 1997.