

Artigos

Estado, Ordem Social E Privatização - As Terceirizações Ilícitas Da Administração Pública Por Meio Das Organizações Sociais, Oscips E Demais Entidades Do "Terceiro Setor"

TARSO CABRAL VIOLIN

Advogado em Curitiba, Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, autor do livro Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica (Fórum, 2ª ed., 2010)



“O Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade.”

Celso Antônio Bandeira de Mello

No Brasil, da década de 90 do século XX até a atualidade, sejam nos Governos federal, estaduais ou municipais, verificamos uma tendência de desresponsabilização do Estado na execução direta de atividades sociais e repasse destas responsabilidades principalmente para entidades do chamado “terceiro setor”. Será que esta ação é compatível com a Constituição da República? Qual é o papel do Estado e das organizações não-governamentais – ONGs na prestação dos serviços sociais? As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs podem ser utilizadas para terceirização/privatização de atividades executadas pelo Estado? São questões como estas que pretendemos analisar no presente estudo.¹

1. A OBRIGAÇÃO DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS SOCIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece uma divisão em ordem econômica e ordem social. Com relação à ordem econômica, fica mais claro o caráter de subsidiariedade do Estado na prestação direta de atividades econômicas. Ou seja, sem adentrarmos na questão do serviço público (art. 175), as atividades econômicas apenas poderão ser exploradas diretamente pelo Estado quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art.

¹ O termo “privatização” utilizado em sentido amplo, conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

173), além é claro dos casos de monopólio da União (art. 177).

Entretanto, quando analisamos a ordem social tratada a partir do art. 193 a situação se inverte, pois a Constituição é clara ao responsabilizar o Estado como ator importante - e talvez principal - na questão social, principalmente na educação, saúde e assistência social.

Preliminarmente, o próprio art. 193 dispõe que a ordem social objetiva o bem-estar social e a justiça social, deixando claro o caráter social - e não neoliberal - de nossa Constituição, que busca um Estado do Bem-Estar Social.² Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a Constituição de 1988 “apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo” o que “arrasa liminarmente e desacredita do ponto de vista jurídico quaisquer veleidades de implantação, entre nós, do ideário neoliberal”³ Discorreremos sobre vários dispositivos constitucionais os quais, a nosso ver, obrigam uma atuação direta do Estado na ordem social.

2 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “o Estado Social de Direito representou, até a presente fase histórica, o modelo mais avançado de progresso, a exhibir a própria evolução espiritual da espécie humana. A Constituição Brasileira de 1988 representa perfeitamente este ideário, que, todavia, entre nós, jamais passou do papel para a realidade. É verdade que nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam elas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não-abertamente confessado 'darwinismo' social e político. Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada 'globalização', que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado 'neoliberalismo'. É bem de ver, todavia, que tal movimento não passa, na História, de um simples 'solução', e já começa a se despedir”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49-50. Sobre o Estado Social ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.

3 É lapidar a análise do autor sobre o neoliberalismo: “Compreende-se que pessoas alheias ao meio jurídico e ignorantes das bases em que se assenta a República defendam a aplicação em nosso Direito de lineamentos e instituições típicas do neoliberalismo, supondo que aquilo que é proposto como bom pela propaganda externa – e que certamente o é para os interesses dos países cêntricos, de suas multinacionais, e para a especulação financeira internacional – é bom para o Brasil, e deve ser de imediato aqui aplicado, como fez com incontido entusiasmo o Governo que assolou o País entre janeiro de 1995 e final de 2002. Já as pessoas do meio jurídico, ao defenderem, como se possíveis fossem ao lume de nosso Direito, posições antitéticas a tudo o que consta da Constituição, e não apenas no que diz respeito a questões relacionadas com a ordem econômica, deixam à mostra um humilhante servilismo mental, típico dos povos subdesenvolvidos, que orgulhosamente exibem, na crença de que são modernos, de que estão up to date com o que é difundido pelos países cêntricos, notadamente Estados Unidos, a partir de idéias gestadas, grande parte delas, na Inglaterra durante o período da sra. Thatcher. Chega a ser grotesco a tentativa que alguns fazem – convictos de que assim se revelam evoluídos e atualizados – de assimilar nosso Direito a modelos plenamente compatíveis com as ordens constitucionais alienígenas, mas inteiramente inadaptados à nossa. Deste teor são as exortações quase que infantis em prol de uma 'exegese evoluída de nosso Direito Constitucional', que enseje propiciar amplo poder normativo às agências reguladoras, ou para a submersão da idéia de serviço público a bem da economia de mercado e livre concorrência. Não se sabe que acrobacia exegética será capaz de dar ao dispositivo transcrito um sentido consentâneo com as aspirações dos nossos arautos jurídicos embasbacados com os ares modernos do neoliberalismo”. Obra citada, p. 763-764. Sobre o neoliberalismo ver VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.

As ações na área da seguridade social (saúde, previdência e assistência social) competem ao Poder Público e à sociedade (art. 194). Ou seja, nesta área em nenhum momento a Constituição define que é a sociedade a principal responsável na execução das políticas.

A saúde é um dever do Estado e sua execução deve ser feita pela Administração Pública ou pela sociedade, sendo que uma das diretrizes é a participação da comunidade. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que participa de forma complementar ao sistema único de saúde, com a preferência de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e sendo vedados auxílios e subvenções a empresas com fins lucrativos (arts. 196-199). Na área da saúde fica claro que o Estado deve ser responsável por executar diretamente os serviços, sendo possível, sem a necessidade de concessão ou permissão, que entidades privadas, sejam do mercado (empresas com fins lucrativos) ou do “terceiro setor” (entidades sem fins lucrativos), prestem estes serviços. De qualquer forma, a participação da comunidade poderá se dar na execução direta de serviços de saúde, mas também por meio da fiscalização e cobrança das políticas, por meio, por exemplo, de conselhos gestores da política da saúde com participação popular.⁴ José Afonso da Silva é claro ao interpretar que a Constituição obriga que o Estado preste os serviços de saúde, pela Administração Pública direta ou por suas entidades da Administração Pública indireta.⁵

A previdência social também será de responsabilidade do Estado, e a previdência privada terá caráter complementar (arts. 201 e 202).

Para a esfera federal do Poder Público cabe apenas a coordenação e a edição de normas gerais sobre a assistência social, sendo que as esferas estaduais e municipais do Estado serão responsáveis pela execução dos programas, cabendo também às entidades beneficentes e de assistência social, com a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em

4 Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz: “É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado, permite a participação de instituições privadas ‘de forma complementar’, o que afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferido apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional”. Obra citada, p. 243.

5 SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 768.

todos os níveis (art. 204). Ou seja, os Estados e os Municípios deverão executar políticas na área da assistência social, que também poderão ser efetivadas pelas entidades sem fins lucrativos de interesse público.

A educação é um dever do Estado e da família e será promovida com a colaboração da sociedade, sendo livre à iniciativa privada, fiscalizada e autorizada pelo Poder Público (art. 205-213). No caso da educação, a Constituição é ainda mais incisiva em definir que serão o Estado e a família os principais atores na execução de políticas, e a sociedade será uma colaboradora. O papel da sociedade de colaborador na questão da educação, em nosso ordenamento jurídico, não pode, de forma alguma, transformar a sociedade civil, as entidades do “terceiro setor”, como principais atores ou mesmo como únicos responsáveis na prestação dos serviços educacionais. Neste caso, é clara a subsidiariedade da sociedade civil na prestação destes serviços, e não do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a gestão democrática do ensino público citada na Constituição “significa a participação do particular na gestão e não a transferência da gestão ao particular”.⁶ José Afonso da Silva salienta que o Estado deve prestar diretamente os serviços de educação, e como exceção o repasse de recursos para entidades privadas, ao entender que “a preferência constitucional pelo ensino público importa que o Poder Público organize os sistemas de ensino de modo a cumprir o respectivo dever com a educação, mediante prestações estatais” e que “faculta-se, por exceção, dirigir recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas”.⁷

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o poder público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, com a colaboração da comunidade (arts. 215 e 216). Também verificamos neste caso a questão do papel de colaborador da sociedade, e não de principal ator.

É dever do Estado fomentar o desporto (art. 217). Talvez seja a área do desporto a única que a Constituição define o Estado com o papel de fomentador, e não de executor.

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico,

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 245.

7 SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 790.

a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218). Nesta área o Estado também tem a função de promoção direta, não apenas de incentivo. Nesse sentido, José Afonso da Silva: “promover significa, neste contexto, realizar, por si próprio, aquelas tarefas, especialmente por meio de suas universidades e institutos especializados”⁸

Na área de comunicação social, deve ser respeitado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão (art. 223). A Constituição obriga que o Estado preste diretamente serviços de radiodifusão, não podendo esta área ficar apenas sob a responsabilidade da iniciativa privada, seja com ou sem fins lucrativos.⁹

Impõem-se ao Poder Público e à coletividade a defesa e preservação do meio ambiente (art. 225). Definição, portanto, de responsabilidade conjunta nesta área.

Com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado. O Estado deve promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais (art. 227). Nesta área as responsabilidades são distribuídas, ficando preponderantemente apenas a questão da saúde para a prestação direta do Estado às crianças e aos adolescentes.

Também é de responsabilidade conjunta o amparo ao idoso (art. 230).

Com relação aos índios, cabe ao Estado, e mais especificamente à União, demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens dos primeiros moradores das Américas (art. 231).

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que os chamados serviços públicos sociais como saúde, educação, previdência social e assistência social (serviços públicos não-privativos), assim como os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens devem ser desempenhados pelo

8 SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 817.

9 Celso Antônio Bandeira de Mello entende que com relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens o Estado é obrigado a prestar por si ou por criatura sua (“o Estado não pode se ausentar de atuação direta”), em face ao princípio da complementaridade. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 667 e 668.

Estado, sendo lícito os particulares desempenhá-los independentemente de concessão, mas “o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros”.¹⁰

Entendemos que o Estado tem um papel importante na execução direta de serviços sociais como educação, saúde, assistência social, etc. É permitido que a iniciativa privada preste estes serviços, que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu aparelhamento para prestação direta dos serviços sociais. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que “não tem fundamento jurídico, no direito brasileiro, a terceirização que tenha por objeto determinado serviço público como um todo”.¹¹ Assim, não é possível, por exemplo, que determinado município repasse toda a gestão da educação ou saúde pública para entidades do “terceiro setor”.

Tratando das organizações sociais, mas com posição também aplicável às OSCIPs, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é 'dever do Estado' e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-lo a organizações sociais”. Uma vez que os serviços sociais são não-exclusivos (ou não-privativos) do Estado, não cabe a concessão ou permissão de serviços públicos. O autor citado aduz que “como sua prestação se 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”.¹²

2. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo terceirização pode ser utilizado em sentido amplo, quando define a introdução de um terceiro no desenvolvimento de uma atividade do Estado, englobando, por exemplo, as concessões de serviços públicos, que repassam a própria gestão de todo o serviço público. Neste trabalho

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 666, 668 e 782.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 239.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada, p. 232.

utilizaremos a expressão em sentido estrito, para definir a vinculação de terceiros à execução material, não implicando na transferência da gestão de serviço público.¹³

É importante ressaltar que o que se terceiriza é a prestação de serviços de atividade-meio, e não a disponibilização de mão-de-obra. Segundo Dora Maria de Oliveira Ramos:

*“A empresa de colocação de mão-de-obra, assumindo uma atitude de exploração do trabalho alheio, intermedia a relação entre patrão e empregado, subtraindo uma parte da remuneração deste. Por equiparar 'trabalhador' e 'mercadoria', é prática repudiada pela doutrina e jurisprudência. A vedação de intermediação de mão-de-obra prestigia princípios ligados à moral, que objetivam desestimular a exploração do homem pelo homem. Na Administração Pública, acresça-se que a contratação de pessoal exige a realização de concurso público (artigo 37, II, da Constituição Federal)”.*¹⁴

Sobre terceirização, o Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, dispõe o seguinte:

“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

13 Sobre o tema ver RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: LTr, 2001, p. 55.

14 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada, p. 58-59.

a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de 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. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.”¹⁵ (Grifei.)

Assim, tanto no âmbito privado quanto na Administração Pública, é possível a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador do serviço, sendo ilícita simples locação de mão-de-obra, com a existência de personalidade e subordinação direta, assim como também é contrário ao ordenamento jurídico a terceirização de atividades-fim.

Enfim, a terceirização na Administração Pública apenas será lícita se as atividades repassadas para terceiros forem relativas às atividades-meio do órgão ou entidade estatais, e ainda se inexistente a personalidade e a subordinação direta (lembrando que normalmente a doutrina trabalhista ainda acrescenta a onerosidade e não-eventualidade ou continuidade).

Dora Maria de Oliveira Ramos exemplifica a contratação de

¹⁵ Texto atualizado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 24.11.2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) ajuizada pelo Distrito Federal, entendeu pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

[...] A terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc".

professores para uma escola ou de médicos para um hospital como terceirização ilícita, pois há o repasse de atividades-fim do tomador ao terceirizado. A própria autora informa que não há lei expressa que impeça a terceirização na atividade-fim do terceirizante, mas afirma que a Justiça estabelece esta condição como presunção relativa de que, nesta situação, haverá fraude aos direitos dos trabalhadores.¹⁶

Para não caracterizar a pessoalidade, na terceirização lícita, para a Administração Pública, independe qual a pessoa física que irá exercer as atividades. Para ser caracterizada a subordinação direta, é necessário que o administrador público dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da empresa terceirizada e submetendo-os ao seu poder disciplinar. Para Dora Maria de Oliveira Ramos na terceirização ilícita “o prestador nada mais faz do que colocar o trabalhador à disposição do tomador do serviço”.¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda aduz que “se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lha penalidades; se a empresa contratada se substitui mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão-de-obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta”.¹⁸

A terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc. Di Pietro, ainda, observa: “O que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público”.^{19 20}

16 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Obra citada, p. 71.

17 Ibid, p. 66-67.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 233.

19 Ibid, p. 233.

20 Art. 37 da Constituição: “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;” A exceção para a contratação de servidores sem concurso público é a contratação de comissionados, nos termos do próprio inc. II, e de temporários, conforme o inc. IX do art. 37.

3. A TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DAS ENTIDADES DO “TERCEIRO SETOR”

Além da questão de que o Estado é um ator fundamental na prestação direta de serviços sociais, segundo nossa Constituição de 1988, outro ponto que deve ficar claro é que qualquer repasse de atuações do Estado para o “terceiro setor” apenas pode ocorrer com relação às atividades-meio das entidades estatais. Seria a chamada terceirização lícita já tratada.

Quando a Administração Pública firma um acordo de vontade com terceiros para que estes exerçam alguma atividade para o Poder Público, seja por meio de contratos administrativos, convênios, contratos de gestão, termos de parceria, ou qualquer outra denominação, isso será denominado terceirização.²¹

Entendemos que qualquer terceirização a ser realizada pela Administração Pública, independentemente do instrumento a ser utilizado, apenas será lícita se o objeto for a execução de alguma atividade-meio do órgão ou entidade estatal.²²

Não há sentido que se entenda que não pode a Administração Pública terceirizar atividades-fim do Estado para a iniciativa privada, por meio de contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, por se considerar esta prática como burla ao concurso público, e permitir a terceirização de atividades-fim para entidades do “terceiro setor” por meio de convênios, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs. As normas que tratam dos convênios, dos termos de parceria com as OSCIPs (Lei 9.790/99) ou dos contratos de gestão com as organizações (Lei 9.637/98), em qualquer momento alteram o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de permitirem que o Estado repasse atividades próprias, serviços sociais, para o “terceiro setor”.

21 Sobre o tema ver VIOLIN, Tarso Cabral. A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais. A privatização de creches municipais. In: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal – IDAF n° 13, agosto/2002, Curitiba: Zênite.

22 Note-se que muitos entes da Administração Pública vêm firmando parcerias com o “terceiro setor” para fugir dos limites com gastos de pessoal fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Ora, qualquer terceirização com o intuito de substituição e servidores deve ser contabilizada como despesas com pessoal, nos termos do parágrafo 1º do art. 18 da LRF: “Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. § 1. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica ressaltam “que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP (...) impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público”.²³

Note-se que todos os instrumentos citados são possíveis de serem utilizados para fins de fomentar o “terceiro setor”, que é um dos papéis do Estado. Di Pietro defende o papel de fomentador do “terceiro setor” pelo Estado, mas aduz que a extinção de órgãos ou entidades estatais e a paulatina diminuição da prestação de serviços sociais pelo Estado, apenas com o incentivo da iniciativa privada por meio das parcerias “em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a Constituição que prevê os serviços sociais como dever do Estado e, portanto, como serviço público”.²⁴

Walter Claudius Rothenburg também entende ser ilícito repassar para organizações sociais, para a gerência e prestação ampla dos serviços de saúde, por ser esta uma atribuição típica do Estado, assim como que na área da educação devem ter universidades mantidas pelo próprio Estado, sendo possível a contratação com a iniciativa privada de serviços ancilares.²⁵

23 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. In: Fórum administrativo – Direito Público, ano 5, nº 49. Belo Horizonte: Fórum, mar/2005, p. 5209-5351.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 264 e 269. Sobre a fuga do regime jurídico administrativo e as parcerias, a autora ainda indaga: “qual a razão pela qual a Constituição estabeleceu normas sobre licitação, concurso público, controle, contabilidade pública, orçamento e as impôs para todas as entidades da Administração Pública? Será que as impôs porque se entendeu que elas são essenciais para proteger a coisa pública ou foi apenas por amor o formalismo? E se elas são essenciais, como se pode conceber que, para escapar às mesmas, se criem institutos paralelos que vão administrar a mesma coisa pública por normas de direito privado, inteiramente à margem das normas constitucionais?”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 296. Ver ainda VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica. Sobre fomento ver ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. São Paulo: Malheiros, 2003.

25 ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). Terceiro Setor, Empresas e Estado; novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 107.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, entendemos o seguinte:

1. Nossa Constituição de 1988 é uma Constituição Social, que na ordem social obriga a atuação direta do Estado dos serviços sociais, nas áreas da educação, saúde, assistência social, etc.;

2. Não é possível que, por exemplo, prefeituras terceirizem toda a gestão da saúde e educação para entidades do “terceiro setor” qualificadas como organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs;

3. Ao contrário das atividades econômicas tratadas na ordem econômica da Constituição, nas quais a participação do Estado pode ser considerada como subsidiária, os serviços sociais devem ser prestados pelo Poder Público, de forma democrática, fiscalizados pela sociedade civil, que também deve participar na formulação de políticas, por meio, por exemplo, dos conselhos gestores de políticas públicas;

4. A iniciativa privada, com fins lucrativos (mercado) ou sem fins lucrativos (“terceiro setor”), também pode prestar estes serviços, até com o fomento do Estado - de preferência para o “terceiro setor” -, mas não como resultado da desresponsabilização do Estado na prestação direta destas atividades;

5. A Administração Pública apenas pode terceirizar suas atividades-meio (execução material), seja utilizando-se de contratos com empresas e entidades do “terceiro setor”, convênios com o “terceiro setor”, contratos de gestão com organizações sociais e termos de parceria com OSCIPs;

6. Não pode o Poder Público firmar um contrato, convênio ou termo de parceria com entidades do “terceiro setor”, seja para repassar atividades-fim, a gestão de todo um aparelho público prestador de serviços públicos sociais, ou mesmo disponibilizar mão-de-obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público;

7. Assim, a disponibilização de professores para escolas públicas ou de médicos para hospitais públicos não poderá ocorrer por meio de

contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria, com empresas, associações de utilidade pública, organizações sociais, OSCIPs, cooperativas;

8. Mesmo se condizente com a atividade-meio da Administração Pública, não poderá a terceirização tratada neste estudo servir para disponibilização de pessoal com a caracterização de personalidade e subordinação direta.

Publicado originalmente no Blog do autor - Blog do Tarso - ácido, mas sem perder a ternura jamais!
Direito Administrativo - Licitações e Contratos Administrativos - Direito do Terceiro Setor Curitiba - Paraná - Brasil