

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Daniela Machado Gomes¹

Resumo: Analisa-se a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas das organizações sociais, no contrato de gestão. Para realizar o estudo, são explicitados os institutos do contrato de gestão e da terceirização, apontando as suas semelhanças e divergências, com a visão doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Assim, será analisada a responsabilidade contratual do Estado, diante da Lei nº 8.666/93 e da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que serão confrontadas a fim de encontrar a solução a respeito do tema. Outrossim, serão demonstrados os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade da Administração Pública nestes casos, diante dos princípios da legalidade, da impessoalidade, e das exigências constitucionais do concurso público e da licitação. Desta forma, o trabalho realiza uma reflexão com o fim de aferir a existência de responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela organização social que possua contrato de gestão, tendo como metodologia as pesquisas bibliográfica, com a aferição dos posicionamentos da doutrina abalizada sobre o tema, e jurisprudencial, com a análise dos entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Administração Pública. Terceirização. Responsabilidade dos empregadores.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Abstract: The public administration's responsibility for labor charges of social organizations, on management agreement is analyzed. To perform the study, it will be explained the institutes of management agreement and outsourcing, pointing its similarities and differences, with the doctrinal and case law visions about the subject. Therefore, it will be analyzed state's contractual liability, face to Law 8.666/93 and Precedent 331 of Superior Labor Court that will be confronted to find the solution for the problem. It will be also demonstrated Supreme Court's and Superior Labor Court's visions about public administration's responsibility on these cases, face to principle of legality, impersonality and constitutional's requirements of public tender and open bidding. So the work does a reflection with the purpose to find the existence of public administration's liability for labor charges owed by social organization that has management agreement, by doctrine's understandings about the subject and with case law's analysis of Superior Labor Court and Supreme Court as methodology.

Keywords: Public Administration. Outsourcing. Employer liability.

INTRODUÇÃO



As organizações sociais são entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebem a qualificação do Poder Público para prestar, ao lado deste, atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, ou seja, serviços de interesse público, com o fomento do Estado.

Foram criadas para atuar ao lado do Estado, prestando estes serviços, em atendimento aos princípios da Administração Pública gerencial, na qual o Poder Público concentra-se na fun-

ção de controle de resultados, enquanto transfere à iniciativa privada a prestação dos serviços de interesse social ou utilidade pública.

Tais serviços podem ser prestados pela iniciativa privada, de forma autônoma ao Poder Público. Todavia, este celebra um contrato de gestão com certas entidades, após qualificá-las como organizações sociais, para que prestem os serviços com o fomento do Estado.

Como estas entidades precisam contratar empregados para que as atividades sejam realizadas, discute-se acerca da responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados, pois frequentemente as organizações sociais não pagam os direitos dos trabalhadores, gerando a estes a única alternativa de, pela via judicial, buscar o adimplemento de seus pagamentos e ensejar o enfrentamento do tema.

Em uma análise comparativa à terceirização na Administração Pública, na qual o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho já entenderam pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública no pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados, busca-se a solução para os casos de contratos de gestão firmados com as organizações sociais.

De fato, a terceirização na Administração Pública se caracteriza como uma relação trilateral, na qual uma empresa prestadora de serviços fornece à Administração Pública trabalhadores, sem vínculo empregatício e, da mesma forma, sem concurso público, para que estes prestem serviços para o ente público.

Assim, procura-se, entre as peculiaridades dos institutos da terceirização e do contrato de gestão, uni-los ou diferenciá-los, com o intuito de analisar a responsabilidade da Administração Pública pelos direitos trabalhistas dos empregados contratados pela organização social.

Neste íterim, há a divergência entre o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, o qual preleciona que a Administração Pública não possui responsabilidade pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados da contratada, e a Súmula nº 331 do TST, que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes da terceirização.

Destaca-se que, inicialmente, nenhum dos dispositivos se refere expressamente aos contratos de gestão, de forma que o primeiro trata de contratos administrativos, já o segundo trata da terceirização de mão-de-obra. Em razão dessa controvérsia, bem como pela frequência que o tema é enfrentado pelos tribunais trabalhistas, ainda sem posicionamento uníssono, torna-se necessária a pesquisa, para que possa ser esclarecida a responsabilidade da Administração Pública em tais casos.

Por fim, urge salientar que foi utilizada, neste trabalho, a metodologia de pesquisa documental, por meio da análise de textos legais, doutrina e jurisprudência sobre o tema. Desta feita, foi realizada uma análise qualitativa.

1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

A expressão “terceiro setor” foi criada para dar continuidade à classificação que estabelece o primeiro setor como o Estado e o segundo setor como o mercado. Neste sentido, o terceiro setor refere-se a entidades sem fins lucrativos, de iniciativa privada, criadas para prestar atividades de interesse público. Receberá a ajuda do Estado, por meio de fomento, caso cumpra os requisitos necessários estipulados por lei. Enquadram-se como entidades do terceiro setor os serviços sociais autônomos, as entidades de utilidade pública, as organizações da sociedade civil de interesse público e as organizações sociais.

Como uma das entidades integrantes do terceiro setor,

as organizações sociais foram criadas pela Lei nº 9.637/98, no contexto da reforma da Administração Pública idealizada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, com a adoção do modelo gerencial, que visa a diminuir o papel do Estado de produtor de bens e prestador de serviços públicos, para se concentrar nas funções de regulação do setor privado e de controle de resultados.

As organizações sociais já haviam sido tratadas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, feito pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 1995², para o qual a Administração Pública gerencial seria “(...) baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle de resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão (...)”.³

A ideia de Administração Pública gerencial passou a ser utilizada politicamente para reduzir o papel da máquina estatal, delegando funções para entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, ou mesmo privatizando empresas estatais.

A Lei nº 9.637/98 traz o regramento das organizações sociais, entidades de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas pelo Poder Público, que prestam serviços de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.⁴ Estas entidades podem ser criadas sob a forma de fundações ou associações civis.

² BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

³ BRASIL, 1995. Idem.

⁴ Lei nº 9.637/98. Art. 1º - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas 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 os requisitos previstos nesta Lei.

A qualificação de organização social é dada de forma discricionária pela aprovação do Ministro do órgão supervisor ou regulador da área da atividade da entidade e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão⁵, depois de comprovados os requisitos descritos no art. 2º da Lei nº 9.637/98.⁶ Nos termos de Paulo Eduardo Garrido Modesto⁷:

A todo rigor, portanto, nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público, facultativo e eventual, semelhante à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública.

As organizações sociais podem perder a sua qualificação caso não cumpram os requisitos estabelecidos no contrato de gestão que firmaram com a Administração, de forma que tornarão a ser apenas fundações ou associações, com a revogação dos privilégios da Lei nº 9.637/98.

As entidades qualificadas como organizações sociais celebrarão contrato de gestão com o Poder Público, pelo qual poderão executar as atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde com o fomento da Administração Pública, mediante a destinação de recursos orçamentários, bens públicos necessários à realização das atividades e cessão especial de servidores públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica o serviço público⁸:

Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 237.

⁶ Lei nº 9.637/98. Art. 2º.

⁷ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, mai-ago 1997. p. 32.

⁸ MELLO, 2010. p. 688.

e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – e, de outro lado, os serviços públicos não-privativos do Estado.

Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.

De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

Desta forma, os serviços prestados pelas organizações sociais se enquadram na última das categorias explanadas pelo autor. Quando estes serviços são prestados diretamente pelo Estado, se encaixam como serviço público, entretanto, quando são prestados pelas organizações sociais em cumprimento do contrato de gestão, são serviços de interesse público realizados sob o regime de direito privado.

Estes serviços não são exclusivos de Estado, mas sim de interesse social ou de utilidade pública, podendo ser prestados diretamente por este ou pela iniciativa privada, sem a necessidade de concessão ou permissão, com a exploração de lucro ou, ainda, pelas entidades sem fins lucrativos. Desta feita, a atividade realizada pela organização social não é transferida por meio de delegação, tratando-se de atividade privada de interesse público realizada com o fomento do Estado, na hipótese de ser celebrado contrato de gestão.

O contrato de gestão determinará os deveres e responsabilidades do Poder Público e da organização social, assim como o programa de trabalho, as metas e os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho e os limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer

natureza para os empregados e dirigentes das organizações sociais.⁹

Apesar da nomenclatura “contrato de gestão”, o que se caracteriza entre o ente público e a organização social mais se coaduna com o conceito de convênio, pois ambas as entidades possuem o interesse convergente de que sejam prestados os serviços públicos de interesse social ou de utilidade pública definidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98. Nesta senda, José dos Santos Carvalho Filho conceitua convênios administrativos como “os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público”.¹⁰

O art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, inserido pela Lei nº 9.648/98, aduz que será dispensável a licitação para contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, para atividades contempladas no contrato de gestão.¹¹ Assim, não é necessária licitação para celebrar contratos administrativos para a prestação de serviços de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, com organizações sociais, conforme o disposto no contrato de gestão.

Além de o Poder Público ter a prerrogativa de contratar as organizações sociais mediante dispensa de licitação, esta também não é necessária para que a organização social, que celebrou contrato de gestão, compre material e contrate pessoal para o exercício de sua atividade. Assim, o serviço de interesse público prestado com recursos do Estado será realizado por entidade privada, com contratos feitos livremente e pessoal

⁹ Lei nº 9.637/98. Art. 6º.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 225.

¹¹ Lei nº 8.666/93. 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.

selecionado sem necessidade de concurso público.

2 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.637/98

Pela possibilidade de dispensa de licitação concedida às organizações sociais, sem a necessidade de cumprimento de requisitos para a celebração de contratos com o Poder Público, e pela discricionariedade na escolha das entidades que recebem o título de organização social e, por conseguinte, celebram contrato de gestão com o Estado, nota-se a inconstitucionalidade das organizações sociais, na medida em que as prerrogativas dadas a este instituto ferem os princípios constitucionais da Administração Pública.

Desde a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da criação da Lei nº 9.637/98, ocorreram várias críticas aos institutos do contrato de gestão, da organização social e suas prerrogativas perante a Administração Pública, bem como questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei.

Maria Sylvia Zanella di Pietro censura os institutos da organização social e do contrato de gestão que, nos seus termos, “têm o real objetivo de mascarar, sob a roupagem de entidade privada, absorvendo atividade estatal, patrimônio público e servidores públicos, uma situação que deveria ser regida pelo direito público”.¹² Para a autora, para que a organização social se adequasse aos princípios constitucionais, deveria ser exigida a licitação pública e a submissão aos seus princípios, a comprovação de que a entidade possui sede e patrimônio próprios, qualificação técnica e idoneidade financeira, limites salariais aos empregados quando forem utilizados recursos públicos para pagá-los e prestação de garantia semelhante à exigida nos

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 513.

contratos administrativos.¹³

José dos Santos Carvalho Filho também elenca as falhas das organizações sociais¹⁴:

(...) as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distantes dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende do fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.

Celso Antônio Bandeira de Mello critica a Lei nº 9.637/98 em virtude da permissão de recebimento de bens públicos, recursos orçamentários e servidores apenas com a anuência do Ministro da área e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, sem necessidade de comprovação de habilitação técnica ou econômico-financeira.¹⁵ Também considera que a absorção de serviços públicos pelas organizações sociais ofende o art. 175 da Constituição Federal, pois elas somente deveriam existir complementarmente, assim como a cessão de servidores públicos viola os direitos de vínculo de trabalho e os princípios do concurso público.¹⁶ Por fim, afirma que “não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.98, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma”.¹⁷

Nesta conjuntura, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5/DF pelo Partido dos Trabalhadores -

¹³ DI PIETRO, 2011. p. 513-514.

¹⁴ CARVALHO FILHO, 2014. p. 365.

¹⁵ MELLO, 2010. p. 239-240.

¹⁶ MELLO, 2010. p. 241.

¹⁷ MELLO, 2010. p. 242.

PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face dos artigos 1º a 7º, 10 a 15, 17, 20, 21 e 22 da Lei nº 9.637/98, do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e dos atos praticados em decorrência dos dispositivos impugnados.

O Plenário decidiu, em 16/04/2015, conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, e determinou que o procedimento de qualificação das organizações sociais, a celebração do contrato de gestão, as dispensas de licitação para contratações e a outorga de permissão de uso de bens públicos devem ser realizados com observância aos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, de forma pública, objetiva e impessoal, e afastou os casos em que as organizações sociais substituíam completamente as entidades públicas, na prestação da atividade, aduzindo que o seu papel é atuar complementarmente ao Estado, de forma que “as organizações sociais exerceriam papel relevante, pela sua participação coadjuvante em serviços que não seriam exclusivos do Estado, e a Constituição admitiria essa coparticipação particular”.¹⁸ Todavia, a extinção das entidades referidas nos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 foram consideradas válidas.

A contratação de terceiros pela organização social será permitida, desde que seja de forma pública, objetiva e impessoal, nos termos do regulamento da entidade e conforme os princípios do art. 37 da Constituição Federal.

No que tange aos empregados das organizações sociais¹⁹:

A Corte frisou que os empregados das organizações sociais não seriam servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso a sua remuneração não deveria ter base em lei

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1923/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, rel. para acórdão Min. Luiz Fux. Julgado em 15 e 16/04/2015. In: Informativo 781 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo781.htm>>.

Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁹ BRASIL, 2015. Idem.

(CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplicaria às organizações sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II). A seleção de pessoal, da mesma maneira como a contratação de obras e serviços, deveria ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

Já no que diz respeito ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, o STF decidiu pela sua constitucionalidade, tendo em vista que as organizações sociais não fazem parte da Administração Pública, são entidades privadas, por isso não devem respeito à necessidade de licitação. Entretanto, por receberem fomento do Estado, o Supremo destacou ser imperioso que seu regime jurídico garanta a incidência dos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, neste caso, especialmente, o princípio da impessoalidade para a contratação de terceiros, bem como regulamento próprio, tal como disposto no art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98.

3 A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização é uma relação trilateral entre empregado, empresa prestadora de serviços e tomador de serviços. O empregado exerce seus serviços para o tomador, sem vínculo de emprego, mediante a intermediação da empresa prestadora de serviços, que será a empregadora formal. Entre tomador e prestador de serviços haverá um contrato de direito civil ou, caso a tomadora seja a Administração Pública, um contrato administrativo.

A terceirização surgiu por construção do mercado, que necessitava de mão-de-obra especializada, muitas vezes em serviços que não constituíam a essência da empresa. Assim, começaram a aparecer as prestadoras de serviços.

De início, o legislador não se preocupou em regulamentar este instituto, pois presumiu que a legislação de proteção ao trabalhador já seria o suficiente para manter a ordem, entretan-

to, diante do crescimento desenfreado da terceirização, houve a necessidade de construção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Com a promulgação do Decreto-Lei nº 200/1967, a terceirização foi tratada pela primeira vez na legislação brasileira, com a sua definição no âmbito da Administração Pública:

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 privativa suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução.

Depois foram publicadas as leis nº 6.019/74, que trata do trabalho temporário, e nº 7.102/83, sobre o trabalho de vigilância bancária, ambas contendo dispositivos que se assemelham ao instituto da terceirização. No âmbito da terceirização na Administração Pública, existem ainda as Leis nº 5.645/70, nº 9.527/97, o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa MPOG nº 02 de 2008.

A terceirização será lícita quando tratar sobre os casos de trabalho temporário regidos pela Lei nº 6.019/74, para necessidade transitória de substituição de empregados regulares e permanentes do tomador de serviços, bem como acréscimo extraordinário de serviços, com prazo de duração de três meses. Nestes casos, o salário do empregado terceirizado deve ser equitativo com o salário dos empregados diretos da empresa tomadora de serviços, assim como poderão ser terceirizados serviços caracterizados como atividade-fim.

É também hipótese permissiva de terceirização a atividade de vigilância. O seu início se deu com a Lei nº 7.102/83, que permite a terceirização dos serviços de vigilância bancária,

mas posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 8.863/94, foi admitida a terceirização para serviços de vigilância em geral.

Ademais, podem ser terceirizados os serviços de conservação ou ligados à atividade-meio do tomador. Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado conceitua atividade-meio como “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços”.²⁰

José dos Santos Carvalho Filho esclarece a razão de ser proibida, em regra, a terceirização de atividades-fim²¹:

A terceirização de atividades-fim, no entanto, retrata distorção do modelo. Na verdade, não parece mesmo lógico transferir a terceiro tarefas que justificaram a própria criação da pessoa. Haveria nesse fato visível *contradictio*: cria-se algo com objetivo predeterminado para execução própria, e, após, traslada-se a execução a outra pessoa. Se o próprio elemento (que é o núcleo central da pessoa) desaparece, fica prejudicada a própria pessoa, despida que está agora de seu motivo criador.

A terceirização ilícita terá como efeito o reconhecimento do vínculo empregatício do terceirizado com a tomadora de serviços, pois acarreta a responsabilidade solidária da tomadora de serviços, assim como nos casos de falência da empresa de trabalho temporário. Entretanto, nos casos de terceirização na Administração Pública, o vínculo empregatício não poderá ser reconhecido, de acordo com a Súmula nº 331, II, do Tribunal Superior do Trabalho²², pois caracterizaria ofensa ao princípio

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 450.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização no Setor Público: encontros e desencontros. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte. Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=78651&idPublicacao=19>>. Acesso em: 18/11/2015.

²² 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).

constitucional do concurso público.

Já nos casos de terceirização lícita, a responsabilidade será apenas subsidiária, podendo o empregado terceirizado pleitear a equiparação salarial diante dos trabalhadores diretos da empresa tomadora de serviços.

A responsabilidade do tomador de serviços pelos encargos trabalhistas decorrentes da terceirização é subsidiária, ou seja, caso a prestadora de serviços não realize o pagamento do empregado terceirizado, o tomador de serviços deverá ser responsabilizado pela obrigação.

Nas situações em que a Administração Pública se enquadra como tomadora de serviços, o TST entendia pela sua responsabilidade subsidiária, da mesma forma que nos casos de empresas privadas como tomadoras, sem a necessidade de cumprimento de demais requisitos. Nota-se pela antiga redação do item IV da Súmula nº 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST

(...)

IV - o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na 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 (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

Não obstante o Tribunal Superior do Trabalho manter jurisprudência no sentido da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, seus julgados algumas vezes não perquiriam acerca de sua culpa pelo inadimplemento e, em outras, investigavam a existência de culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Todavia, tal entendimento vai de encontro ao disposto no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

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 en-

cargos 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.

Neste cenário, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, com o fim de analisar a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, diante da divergência na jurisprudência trabalhista e do conflito com a redação da Súmula nº 331, IV, do TST.

Apesar de a Súmula nº 331 do TST ter em sua redação menção ao referido artigo da Lei de Licitações e Contratos e não afirmar a sua inconstitucionalidade, a Corte Suprema entendeu que a Súmula feriu a cláusula de reserva de plenário, o art. 97 da Constituição Federal²³ e a Súmula Vinculante nº 10 do STF²⁴, pois, não obstante ter sido aprovada pelo Plenário do TST, não foi apreciada por este a inconstitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Os ministros salientaram, ainda, no debate, que o grande problema não era a responsabilidade da Administração Pública, mas sim a aplicação automática da Súmula nº 331 do TST a todos os casos em apreço, sem aferir a culpa da Administração no inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Após o julgamento, o TST modificou o teor do item IV da sua Súmula 339, e lhe acrescentou o item V:

Súmula 331 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

²³CF/1988. Art. 97 – Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁴Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10 – Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.

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 nº 8.666, de 21-6-1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Assim, a mudança trouxe a previsão explícita de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas não será suficiente para ensejar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, sendo necessária a conduta culposa da Administração Pública, além de prever a culpa *in vigilando*.

4 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA INADIMPLÊNCIA DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS PERANTE SEUS TRABALHADORES

As organizações sociais têm um aparato de bens e pessoal para realizar as suas funções. Estes bens e trabalhadores podem ser cedidos pelo ente com o qual foi firmado o contrato de gestão, bem como podem ser próprios das organizações sociais. Quando estas contratam pessoas por conta própria, seus contratos de trabalho serão regidos pela CLT, e os empregados farão jus aos mesmos direitos que teriam se fossem empregados de empresas privadas com fins lucrativos.

Entretanto, como as organizações sociais não possuem fins lucrativos, e exercem serviços de interesse do Estado e com o auxílio financeiro deste, é forçoso reconhecer que o dinheiro que paga estes trabalhadores é fornecido pelo ente estatal que firmou o contrato de gestão. Neste sentido, as organizações sociais que possuem contrato de gestão com o Poder Público têm as suas contas fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, o

qual tem como função fiscalizar o dinheiro público e a sua destinação.

Assim, surge a controvérsia: caso a organização social não pague os direitos trabalhistas de seus empregados, a Administração Pública será responsável por este pagamento? O contrato de gestão equipara-se à terceirização, no que tange aos encargos trabalhistas dos empregados da organização social?

O Tribunal Superior do Trabalho costumava indeferir a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes do contrato de gestão, por entender que não se equiparava aos casos de terceirização. Neste sentido, julgou proferido pela 2ª Turma do TST:

CONTRATO DE GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 331, ITEM IV, DO TST. Consignado pelo Regional que a reclamada Trans Sistemas de Transportes S.A. atuou como gestora de negócios da reclamada Companhia Industrial Santa Matilde, inviável, juridicamente, enquadrar a lide no item IV da Súmula nº 331 deste Tribunal, uma vez que não se trata de intermediação de mão-de-obra. Recurso de revista conhecido e provido.²⁵

O Supremo Tribunal Federal, instado a se posicionar sobre o tema, em 2012, não conheceu do Recurso Extraordinário e nem do agravo interposto posteriormente, por ser necessária a apreciação de matéria fática, mantendo a decisão do TST que determinou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas de contrato de gestão fraudulento²⁶.

A Subseção I Especializada de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho julgou o tema no ano de 2013, entendendo pela responsabilidade subsidiária da Administração

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 1200-97.2002.5.03.0055, Relator: Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 30/04/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/05/2008.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 657373 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 06/12/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: 01-02-2012.

Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes do contrato de gestão²⁷.

No caso concreto, a SBDI-I entendeu que o contrato de gestão era fraudulento e, por isso, declarou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento dos direitos trabalhistas. No caso julgado pelo STF, a decisão também destaca que havia fraude no contrato de gestão.

Após tal decisão da SBDI-I, tornaram-se mais frequentes decisões do TST julgando pela responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de gestão. Entretanto, em alguns casos, não é perquirida a questão do contrato fraudulento, mas ocorre apenas a equiparação entre o contrato de gestão e a terceirização²⁸.

A terceirização se caracteriza como uma relação trilateral, no qual há um contrato civil, ou administrativo, caso a tomadora seja a Administração Pública, entre a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviços e, ao mesmo tempo, um vínculo entre a prestadora de serviços e o empregado, para que este realize seu trabalho à empresa tomadora, sem vínculo empregatício.

Já o contrato de gestão pode ser denominado como um convênio, ou uma parceria de fomento, entre a Administração Pública e uma organização social, entidade sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de interesse público.

São, portanto, extremamente distintos os institutos da terceirização e do contrato de gestão, não podendo estes serem

²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR: 1717-97.2010.5.10.0000, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 15/08/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013.

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR: 38017120135120045, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 27/05/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR: 16203320105020061, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 15/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/04/2015.

confundidos ou equiparados àqueles e, na mesma medida, não podem ser aplicados, por analogia à terceirização, leis e entendimentos jurisprudenciais ao contrato de gestão e às organizações sociais.

Neste sentido, quando a Súmula nº 331, IV e V, do TST, determina a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços, não pode ser utilizado o mesmo juízo ao instituto do contrato de gestão, seja porque este não foi mencionado na Súmula em apreço, seja porque os temas não possuem semelhanças a ponto de ser aplicada pura e simplesmente a analogia, sem maiores aprofundamentos no tema.

A organização social, independentemente do contrato de gestão, celebra contratos de trabalho com seus empregados para que estes prestem serviços necessários à execução do objeto da entidade e, diante disso, possui responsabilidade pelos encargos trabalhistas decorrentes do vínculo de emprego.

Entretanto, a Administração Pública, por realizar atividade de fomento à organização social, fornecendo bens e recursos orçamentários, não pode, por isso, ser responsabilizada por quaisquer encargos da entidade sem fins lucrativos, pois, além de esta não fazer parte da Administração indireta, tal responsabilidade não está prevista no contrato de gestão ou na lei.

À Administração Pública cabe a fiscalização da execução do contrato de gestão e da aplicação dos recursos orçamentários que foram entregues à organização social, todavia, tal fiscalização não se estende ao cumprimento de encargos trabalhistas ou previdenciários, firmados exclusivamente entre organização social e empregados ou pessoas alheias ao contrato de gestão. Ou seja, diferentemente da terceirização, o contrato de gestão não abrange um terceiro em sua relação, na verdade, a relação é bilateral, entre Administração Pública e organização social.

Desta forma, a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas da organização social, ofenderia, precipuamente, o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, assim como no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pois não há lei prevendo tal responsabilidade nos casos de contratos de gestão.

Neste sentido, o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 ainda preleciona, ao dispor sobre contratos administrativos, que a inadimplência do contratado, referente aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Mesmo que o contrato de gestão não seja propriamente um contrato administrativo, de acordo com a abalizada doutrina, mas um convênio, tal disposição legal é aplicável por força do art. 116 da mesma lei, que afirma podem ser utilizados os preceitos da Lei nº 8.666/93 aos convênios e demais instrumentos congêneres firmados pelo Poder Público.²⁹

Ademais, as atividades prestadas pela organização social, e conseqüentemente, por seus empregados, não se caracterizam como serviços públicos em sentido estrito, mas sim como serviços de interesse público. Como já destacado anteriormente, tais serviços são públicos apenas quando prestados diretamente pelo Estado, e não no caso de prestação por entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos e com o fomento do Poder Público.

Assim, os empregados da organização social não prestam serviço público, e sim serviço de interesse público. Este serviço poderia ser prestado pela entidade privada, ainda que sem a intervenção do ente público, por serem livres à iniciativa privada. Desta forma, os empregados da organização social não podem ser equiparados a servidores públicos ou a empregados

²⁹ Lei nº 8.666/93. Art. 116 – Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

terceirizados, já que estes prestam serviço público, que se caracteriza quando é prestado diretamente pelo Estado.

O convênio realizado entre organização social e ente público não se perfaz em uma locação de serviços com mão-de-obra, mas sim em fomento para que a organização social realize os seus objetivos, de maneira privada, o que também interessa à Administração Pública, por ser atividade de finalidade social, como saúde, educação, proteção e preservação do meio ambiente, pesquisa científica, cultura e desenvolvimento tecnológico.

Além disso, a Administração Pública e a organização social poderão dispor, em conjunto, nos termos do contrato de gestão, acerca de eventual responsabilidade da Administração Pública pelos encargos decorrentes da prestação dos serviços, mas isto constitui em uma liberalidade do instrumento de parceria, não podendo o Judiciário prever, sem nenhuma base em lei ou no contrato, que a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos direitos trabalhistas do contrato de gestão é subsidiária.

Entretanto, quando o contrato de gestão for objeto de fraude, de forma que seja mascarada uma situação de verdadeira terceirização, entende-se que deve ser aplicada a Súmula nº 331 do TST e decretada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Notadamente, esta situação não se trata de uma equiparação do contrato de gestão à terceirização, mas sim uma aplicação direta do regramento da terceirização a uma hipótese em que está sendo tratada como contrato de gestão apenas para se desprender dos encargos trabalhistas devidos.

Ademais, seria completamente razoável que o Tribunal Superior do Trabalho, em vez de aplicar a sua Súmula nº 331 em analogia entre o contrato de gestão e a terceirização, criasse uma Súmula ou uma Orientação Jurisprudencial própria para os casos de contratos de gestão, com fundamentos específicos para entender pela responsabilidade subsidiária nestes casos, ou

até mesmo, que o Poder Legislativo, fizesse uma lei tratando acerca da responsabilidade da Administração Pública nos casos de contratos de gestão.

Nota-se que tais casos se tornaram bastante frequentes na Justiça do Trabalho, basicamente por uma opção política do Estado de celebrar contratos de gestão com organizações sociais para que prestem serviços públicos com mão-de-obra própria, em uma tentativa de economia de recursos públicos. Entretanto, principalmente nos casos de fraude ao contrato de gestão, é muito comum que as organizações sociais desapareçam, sem pagar seus funcionários, os quais procuram a Justiça do Trabalho em busca de seus direitos trabalhistas. Por conseguinte, a Administração, que realizou a opção pela organização social procurando diminuir os gastos públicos, acaba por pagar duas vezes pelos serviços prestados, primeiro para a organização social, na data correta, e após, para os trabalhadores, diante da responsabilidade subsidiária declarada pela Justiça do Trabalho.

Assim, além de caber aos Tribunais Trabalhistas refletir sobre uma melhor solução a ser dada para a responsabilidade da Administração Pública pelos encargos trabalhistas do contrato de gestão, compete a Administração Pública pensar se realmente esta é uma boa forma de gestão dos serviços públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, perquiriu-se acerca da responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas decorrentes do contrato de gestão com as organizações sociais, em um comparativo à responsabilidade, já admitida pela doutrina e jurisprudência, pelos direitos trabalhistas provenientes da terceirização com a Administração Pública.

Enquanto a terceirização trata de uma relação trilateral

para o fornecimento de mão-de-obra à empresa tomadora de serviços, o contrato de gestão diz respeito a um convênio para que sejam prestados, pela organização social, serviços de interesse social e de utilidade pública, sob o regime jurídico de direito privado, com o apoio do ente público, que fornecerá recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e poderá ceder servidores públicos.

Assim, não pode ser aplicada a Súmula nº 331 do TST ao contrato de gestão sem maiores investigações sobre o tema, pois assim caracterizar-se-á uma ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que não há nenhuma lei estabelecendo a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas decorrentes do contrato de gestão, nem o equiparando à terceirização. Notadamente, o art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 estabelece que a inadimplência do contratado, ou seja, da organização social, não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas do contrato. Ainda, o art. 116 da Lei dispõe que esta é aplicável no caso de convênios e outros instrumentos congêneres firmados pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Desta forma, entende-se que a Administração Pública não possui responsabilidade pelos encargos trabalhistas do contrato de gestão, de forma que são de responsabilidade exclusiva da organização social, a qual firmou os contratos de trabalho com os empregados.

Ademais, a responsabilidade subsidiária poderá ser aplicada, apenas, nos casos de fraude ao contrato de gestão, de forma que este se mostre, na realidade, como uma locação de mão-de-obra, tendo a celebração do convênio acontecido apenas para disfarçar a situação de terceirização.

Além disso, aceitável a ideia da criação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, de uma Súmula ou Orientação Jurisprudencial, entendendo pela responsabilidade subsidiária da Ad-

ministração Pública pelos encargos trabalhistas no contrato de gestão, com o fim de proteção ao trabalhador, ou de uma lei, pelo Poder Legislativo, definindo a solução da controvérsia.

Por fim, é necessário que a Administração Pública estabeleça maiores reflexões acerca desta forma de prestação do serviço público, para que exerça uma opção política que não acarrete tantos prejuízos, seja no que concerne às fraudes ou à falta de pagamento dos trabalhadores.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Terceirização no Setor Público: encontros e desencontros. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte. Belo Horizonte, ano 4, n. 8, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDIexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdiCntd=78651&idPublicacao=19>>. Acesso em: 18/11/2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24^a Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais*. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, maio 1997.