

Autonomia, probidade e ética na gestão pública

Maria Angélica dos Santos Rodrigues

E-mail: <dra_angis@yahoo.com.br>.

Resumo: O artigo pretende demonstrar os desafios da Administração Pública na busca de controles mais eficazes na terceirização trabalhista e nas parcerias com Organizações Sociais para minimizar riscos de danos à coletividade e ao erário, persistentes em face da Súmula nº 331 do TST, em que pese a ADC 16/DF. Apresenta a lei baiana para retenção preventiva de provisões trabalhistas e propõe soluções para questões decorrentes do trespasse do serviço público.

Palavras-chave: Serviços terceirizados, contratos de gestão, responsabilidade subsidiária, controles, retenção de créditos, provisões trabalhistas, conta vinculada.

1 Introdução: breves considerações sobre a evolução do processo de redução do Estado: da desestatização à terceirização

A ideia da desestatização decorreu do surgimento ao Estado Social de Direito, que se contrapunha ao Estado Liberal em um momento histórico, no qual se adequava à figura de um Estado intervencionista, que atuava em quase todos os setores da vida social. O crescimento ilimitado desse Estado se refletiu, como bem observou Juan Carlos Cassagne,¹ em uma “supradimensão das estruturas administrativas e conseqüente aumento da burocracia; abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; a configuração de monopólios legais a favor do Estado e a participação estatal ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais”. Esse Estado, prestador de serviços, empresário e investidor deixou de ter adequação, exigindo sua redução. A privatização surge, pois, com o esgotamento desse novel modelo, com o escopo de reduzir a intervenção do Estado na área econômica, desembaçá-lo de funções próprias do setor privado e reduzir o seu tamanho por meio de medidas de: desregulação; desmonopolização de atividades econômicas; venda de ações de empresas estatais ao setor privado; concessão de serviços públicos e de celebração de ajustes de diversos tipos pela Administração Pública, buscando a colaboração do setor privado através

¹ CASSANGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo.Tomo I.

da pactuação de convênios; contratos para realização de obras públicas; e ajustes de prestação de serviço (vide Maria Sylvia Zanella Di Pietro, obra citada, p. 17-18). Dentro do amplo conceito de privatização, cabe ao setor público a transferência de atividades afetas para o setor privado, sejam elas do setor econômico (como empresário e investidor) ou de prestação de serviços públicos (construção de obras públicas, gestão de unidades hospitalares e prisionais, dentre outras atividades das entidades e órgãos integrantes da Administração Pública que não sejam exclusivas).

A terceirização, porém, tem conteúdo mais restrito do que o repasse a terceiros de serviços públicos constitucionalmente atribuídos às entidades estatais através de concessões e permissões ou de contratos de gestão. Compreende à pactuação com terceiros para a realização de obras e prestação de serviços, notadamente no desempenho de atividades internas de apoio às atividades finalísticas da Administração Pública.

Da terceirização de serviços no setor privado e público

A prática de terceirização foi difundida no Brasil a partir da década de cinquenta, notadamente com a chegada das multinacionais do setor automobilístico, essencialmente montadoras. Na década seguinte, as pioneiras seriam as empresas de segurança bancária, limpeza e conservação. De uma prática vocacionada para obter vantagem econômica em atividades consideradas pouco significativas, sem maiores preocupações com o prestador e seus empregados, evoluiu para uma vera parceria, evidenciada pela necessidade de ganhos de qualidade e eficiência, buscando-se, na complementaridade, o aperfeiçoamento dessa prestação de bens ou serviços que o terceirizante não tem condições ou não deseja fazê-lo para centrar recursos e esforços no atendimento de sua atividade-fim. Relevante para a regulação desse segmento, o Decreto nº 229, de fevereiro de 1967, que trouxe substancial alteração à Consolidação das Leis do Trabalho.

Na área pública, o Decreto-lei nº 200, também de fevereiro de 1967, foi o marco inicial permissor da terceirização, dispondo em seu art. 10, §7º, que “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”.

Das atividades administrativas

Dentre as atividades exercidas pelo Estado através de seus órgãos e entidades integrantes da estrutura da Administração Pública, as de fomento, polícia administrativa

e prestação de serviços públicos são enumeradas e conceituadas pela doutrina.² Essas atividades, desempenhadas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, correspondem à função administrativa.

A atividade de fomento, através dos diversos meios utilizados pelo Estado, é exercida pelas próprias entidades estatais – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – ou por intermédio de entidades integrantes de sua administração indireta, como instituições financeiras oficiais e “bancos de desenvolvimento”. Em razão de sua própria natureza, a terceirização da atividade de fomento, de concessão de auxílios financeiros oficiais, subvenções e favores fiscais é obstaculizada.

A atividade de polícia administrativa compreende, segundo Maria Sylvia Zanella de Di Pietro,³ “toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo”. É exercida através de medidas de polícia, como ordens, licenças, autorizações, notificações, fiscalizações e sanções.

Como traços característicos da atividade de polícia, elenca o festejado Rui Cirne Lima:⁴ provir privativamente de autoridade pública; ser imposta coercitivamente pela Administração; e abranger genericamente as atividades e propriedades. Ao exercer tal atividade, o Poder Público atua com o seu “jus imperi”, com o seu poder de aplicar penalidades, utilizando-se de prerrogativas de poder público. São atributos ou características dos atos de polícia administrativa a auto-executoriedade e a coercibilidade, esta significando a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração para conformar o comportamento de particulares aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Refletindo sobre o pensamento de Cirne Lima e sobre os atributos dos atos de polícia administrativa, pode-se afirmar da impossibilidade de terceirização dessa atividade, do trespasse da execução de atos de tal natureza para entidades privadas.

Todavia, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵ a prática de certos atos materiais, que precedem atos jurídicos de polícia, como, por exemplo, a utilização de equipamentos fotossensores pertencentes e operados por empresas privadas, contratadas pelo Poder Público na fiscalização do cumprimento de norma de trânsito, não vem a significar delegação de atos de polícia a terceiros, não vem importar em terceirização da atividade administrativa de polícia, visto que indelegável.

Quanto aos serviços públicos, complexo é o estudo das suas formas de execução. Como atividades de Administração Pública executadas, direta ou indiretamente,

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (in *Direito Administrativo*, Atlas, SP 2004 – 17ª ed. pg. 59/60)

³ Ob. cit., p. 59.

⁴ In: *Princípios do Direito Administrativo*. 4. ed. 1964. p. 108.

⁵ In: *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 775-770.

para satisfazer necessidades coletivas, sob regime predominantemente de direito público, alguns desses serviços são privativos do poder público; outros podem ser exercidos também por particulares. Alguns podem ser dados em concessão a entidades privadas, outros através de contratos de gestão com Organizações Sociais, outros são indelegáveis (a exemplo daqueles de planejamento, coordenação, supervisão e controle).

Na doutrina, o conceito de serviço público pode ser encontrado em sentido amplo, englobando todas as atividades desempenhadas pelo Estado, de natureza administrativa, judiciária e legislativa, como definido por Leon Duguit e Mário Masagão.⁶ Em sentido mais restrito, é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simplesmente conveniências do Estado”, conforme definição de Hely Lopes Meirelles.⁷ A doutrina mais moderna restringe, mais ainda, o conceito de serviço público. Segundo o festejado Celso Antônio Bandeira de Mello, “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”. Nesses conceitos, excluem-se as atividades judiciária e legislativa do Estado. Como traço comum, apontam que os serviços públicos são assim considerados quando o ordenamento jurídico assim o determinar, em nível constitucional ou infraconstitucional. Aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37 da Constituição Federal de 1988), a Emenda Constitucional nº 19/1998 agregou o princípio da eficiência como norteador da Administração Pública de modo que a noção de “serviço público”, como acepção de serviços próprios do Estado, intimamente jungida à prestação de atividades cujo foco primordial é o atendimento de necessidades da coletividade, pelos mais diversos meios, sofreu significativa modificação em seu conteúdo e forma.

2 A terceirização trabalhista no âmbito da Administração Pública: caracterização e efeitos jurídicos

A terceirização dos serviços administrativos de suporte àqueles que o Estado executa para melhor compor a sua organização, direcionados no âmbito interno ou preparatório de outros serviços, é o recorte que fizemos para abordar a questão da terceirização trabalhista na Administração Pública no Estado da Bahia.

⁶ Apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, *ob. cit.*, p. 95.

⁷ In: *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Revista dos Tribunais. 13. ed. p. 269.

Essa questão tem sido objeto de intensas discussões no âmbito a Administração Pública do Estado da Bahia e não cremos que seja diferente em outros Estados, considerando que os entes federados também têm se utilizado, de forma crescente, dos serviços terceirizados em suas atividades de apoio e, de forma temerária, em atividades finalísticas, ensejando, neste caso, oportunidade para arguição de nulidades de atos de extrema relevância, a exemplo de autos de infração nas ações de fiscalização de diversas áreas (ambiental, vigilância sanitária, etc.).

A transferência dessas atividades pode ter ocasionado maiores ônus do que benefícios efetivos. Contratos celebrados com as mesmas empresas através da mesma unidade de serviços públicos ou com várias unidades do Estado não têm sido fato incomum, mesmo em casos de licitação por lotes. A fiscalização, dever inafastável do gestor público e que a lei determina que seja realizada por servidores do quadro efetivo, tem sido temerariamente terceirizada. A Lei Baiana de Licitações e Contratos fixa responsabilidades para a fiscalização (art. 155 da Lei nº 9433, de 1ª de março de 2005, sem correspondente na Lei nº 8666/93), inclusive para a hipótese de emissão indevida de autorização para pagamento às contratadas.

No Estado da Bahia, somente a Secretaria da Educação detém 60% dos contratos de serviços terceirizados para apoio à sua atividade-fim. Apenas uma empresa é detentora de vinte e cinco contratos de serviços de copa e cozinha, conservação e limpeza celebrados entre os anos 2008 e 2013 com essa secretaria. Uma mesma empresa é contratada pelo Estado da Bahia para a prestação de serviços nas unidades de educação, saúde, segurança pública, infraestrutura, administração de unidades prisionais e outros serviços públicos. Evidentemente que a capacidade de adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias decorrentes de tais contratos resta comprometida, e não apenas por limitação patrimonial ou pela prática de preços insuficientes, eis que, às vezes, há sobrepreço, mas, também, por ações inadequadas e reprováveis.

Aspecto relevante, um dos pontos nodais deste trabalho, é o círculo vicioso formado entre a falta de demonstração de regularidade com as obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, e a retenção de créditos por tais descumprimentos, que podem conduzir a rescisões contratuais, reclamações trabalhistas, mandados de segurança, dentre outras ações.

Tais circunstâncias conduzem, evidentemente, ao descontrole do gasto público e, confirmando o velho aforisma que sentencia que quem paga mal, paga duas vezes, tem sido o Estado alvo de inúmeras reclamações trabalhistas, sendo obrigado a manejar vultosos recursos financeiros para pagar condenações, destinar expressivo contingente de sua estrutura jurídica e administrativa para acompanhar tais ações judiciais, comparecer a audiências de mediação do Ministério Público do Trabalho para conciliações extrajudiciais e fazer pagamento direto aos empregados das contratadas.

É no mesmo universo empresarial que se encontram as licitantes, que são celebrados novos contratos e, com estes, a geração de novos problemas, ou seja, mais dos mesmos: péssimos resultados da terceirização, fragilizando as estruturas administrativas, e os controles e serviços destinados aos cidadãos, vulnerabilizando o erário, que arca cada vez mais por serviços cada vez menos eficientes e mais onerosos.

Quais gêmeos siameses, juntam-se problemas e soluções, com a retenção de créditos pelo Estado quando a empresa contratada não comprova o cumprimento total ou parcial de obrigações contratuais quando da apresentação das faturas, previsão contida na Lei nº 9433/2005. A Administração Pública estadual se vê muitas vezes compelida a fazer concessões, mercê de movimentos paredistas, e tem buscado encontrar soluções paliativas para dar cabo ao descontrole, a exemplo da celebração, em caráter excepcional, de um Termo de Compromisso de Regularização – TRC, através do qual promove a liberação de verbas retidas para que a empresa promova seus pagamentos, especialmente salários e encargos, retomando a regularidade da execução contratual. Inadimplementos se seguem culminando com rescisões e instauração de procedimentos administrativos de apuração de responsabilidades, de regra, apenas da contratada, jamais do gestor ou da fiscalização, ainda quando restem evidenciadas responsabilidades concorrentes. Restam prejudicados o serviço público, o cidadão, destinatário deste, e o trabalhador.

Ainda assim, há entendimentos que consideram ilegítima a retenção de faturas, porque resultantes de serviços efetivamente realizados, dos quais a Administração se beneficiou, e que, por isso mesmo, foram devidamente atestados.

Contrariam tais assertivas as disposições dos artigos 100 e 126, inciso XVI, da Lei nº 9433/2005, correspondentes aos artigos 20 e 55, XII, da Lei nº 8.666/1993. Por igual, os artigos 157, parágrafo único, e 169 da Lei nº 9.433/2005, correspondente do art. 80 da Lei Federal e art. 69 da Lei nº 8.666/1993, que tratam sobre as consequências da rescisão nas situações descritas nos incisos II a XII do artigo 167 da lei baiana, fazendo menção expressa à retenção de créditos, sem prejuízo das demais sanções ali previstas. Tais disposições guardam pertinência com a Constituição Federal, arts. 6º e 7º, 37, 195, § 3º, dentre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Destarte, a lei autoriza a retenção de faturas ou créditos, nominando-os como sinônimos para compelir as contratadas ao pagamento de suas obrigações, até o limite dos prejuízos causados à Administração, e a execução das garantias, em face de inadimplementos ou de rescisão.

É certo que as citadas disposições não autorizam extrair a compreensão de exigência genérica de retenção de créditos do contratado como forma de compelir o pagamento de encargos previdenciários e de tributos devidos à Fazenda Pública dos entes federativos, valendo lembrar o quanto disposto no parágrafo terceiro do artigo 193 da Constituição Federal.

A retenção autorizada na lei é dever, não faculdade do administrador público. Na composição do preço dos serviços, inserem-se os valores relativos a salários e encargos sociais, trabalhistas, previdenciários e, também, tributos. Deixar de exigir a comprovação de repasse de tais valores pagos com recursos públicos seria admitir a retenção dolosa e o enriquecimento ilícito do contratado, o que constitui ato de improbidade.

Todavia, por vezes, a Administração deixa de efetuar pagamentos nas datas contratualmente aprezadas, por questões operacionais relacionadas à gestão do contrato, dificuldades da fiscalização com as conferências de inúmeros documentos, dificuldades de caixa, contingenciamentos, etc., razões não atribuíveis às contratadas. Ressabido que estas deverão aguardar o transcurso do prazo de 90 dias de suspensão do pagamento dos seus créditos para rescindir o contrato ou optar por sua suspensão (artigo 167, inciso XVIII, da Lei nº 9.433/2005 e art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/1993). A rescisão não garante celeridade para pagamentos atrasados, o que leva a empresa a permanecer inadimplente e impedida de participar de outras licitações e manter outros contratos. O descumprimento contratual poderá ensejar, além de outras penalidades, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (no caso, da Bahia) pelo prazo de cinco anos (art. 186, II, da Lei nº 9433/2005 corr. ao art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993, cuja pena é de 2 anos).

É de se argumentar que se espera das contratadas capacidade econômica e financeira para adimplir seus contratos independentemente dessas circunstâncias, o que, de certa forma, seria financiar a atividade estatal. Mas a contratada não está, ao menos em tese, obrigada a manter condição financeira além do que for exigido comprovar na licitação: capacidade econômico-financeira equivalente a 10%, no máximo, do valor do contrato e prestação de garantia não excedente a 1% do valor estimado para as licitações, nem a 5% do valor efetivo dos contratos, podendo chegar a 10% no caso da lei baiana, na hipótese de obras, serviços e fornecimento de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos consideráveis. Tal capacidade é evidentemente insuficiente. Considere-se ainda que a garantia é faculdade do gestor e nem sempre é exigida. (art. 136, §§1º a 5º, da Lei nº 9.433/2005 e art. 56, §§1º a 6º, da Lei nº 8666/1993).

Forma-se, então, um círculo vicioso e perverso, que deve ser rompido em favor do interesse público. Contratações sem que haja um confronto sobre informações que permitam aferir o nível real de comprometimento da empresa contribuem para consolidar situações absolutamente distanciadas de supostas garantias ofertadas, confirmando o fato de que muitas contratadas sobrevivem do faturamento permitido em cada contrato, utilizando-se de artifícios maliciosos para extrair vantagens com o descumprimento de obrigações e outros, a exemplo da utilização de registros de

empregados para mais de um contrato, o que é facilitado pela adoção, na Bahia, de contratação na modalidade de “postos de trabalho”, na tentativa de evitar a subordinação e pessoalidade do serviço.

O Estado se depara com a perda da qualidade do serviço pela insatisfação dos executantes, com o atraso de seus salários e encargos, com a descontinuidade do serviço, problemas judiciais de toda ordem, com a substituição apressada da contratada através de contratações emergenciais nem sempre favoráveis, gerando novos e graves problemas sociais e confrontos desgastantes.

Seria esse um conflito que o fenômeno da terceirização trouxe? Penso que não. Trata-se de grave efeito de condutas pouco ortodoxas que não se sabe ao certo onde começam: falha da Administração, por uma gestão e fiscalização deficitária e descomprometida com o interesse público, ou das empresas, que privilegiam interesses patrimoniais de seus sócios em detrimento do trabalhador e do interesse público?

Mais adequado seria a retenção qualificada de faturas ou créditos, é dizer, vinculada a inadimplementos contratuais próprios, não à falta de cumprimento de obrigações gerais, como se acontecer, para com a Previdência Social e a Fazenda Pública, muitas vezes resultantes de relações estranhas aos contratos com o Estado. Danosas as consequências desses inadimplementos contratuais durante e após a extinção dos contratos por alegações de responsabilidade subsidiária dos entes públicos sobre créditos de natureza trabalhista por culpa in vigilando, conforme deflui da discutida Súmula nº 331, do TST.

3 A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho

Dispunha em seu enunciado, em sua redação originária, no inciso IV, a Súmula nº 331 do TST: “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)”.

O artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 (art. 159, §1º, da Lei nº 9.433/2005 — Lei Baiana de Licitações e Contratos) de aplicação afastada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por conduto do inciso IV da Súmula nº 331, fixa que o contratado é responsável pelo cumprimento das exigências previstas na legislação profissional específica e pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, estabelecendo que sua inadimplência, em relação às exigências e encargos aí previstos, não transfere à Administração a responsabilidade pelo seu inadimplemento, nem poderá onerar o objeto do contrato, aduzindo que, quando do pagamento das faturas aos contratados, procederá a Administração à retenção dos tributos, na forma prevista na legislação específica.

Não se ignora que esse conflito entre a norma legal e a Súmula nº 331 do TST resultou em condenações trabalhistas dos Estados, com deletérios efeitos para o erário.

No Estado da Bahia, as condenações têm sido muito expressivas, como dantes mencionado, não havendo sinais de arrefecimento das reclamações em face da cultura que impera: o Estado é o tomador do serviço, e os trabalhador, que sofre com as condutas inadequadas das empresas, opta pela inclusão do ente público da administração direta ou indireta nas lides trabalhistas, via mais garantida para a percepção de seus direitos.

Os Juízes do Trabalho e o Tribunal Regional, com seus viés protecionistas, insistem na aplicação da Súmula nº 331 do TST, não raro desprezando a prova produzida, aliás, nem sempre eficaz. Mas não se pode dizer que não haja situações em que essa condição se inverta e o Estado alcance melhores resultados, no primeiro grau ou em revisão pelos Tribunais.

4 A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF

Em 24 de novembro de 2010, por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/1993. O entendimento fixado na ADC nº 16/DF culminou no provimento de inúmeras Reclamações Constitucionais contra decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho fundadas na Súmula nº 331/TST.

Evidentemente que a decisão do STF na ADC nº 16/DF não se destina a resolver lides entre partes determinadas, senão manter a integridade da ordem jurídica em favor de toda a sociedade, ao fixar que a Súmula nº 331 do TST negava, indiretamente, a inconstitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 sem a observância da cláusula da reserva de plenário, em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à autoridade da Súmula Vinculante nº 10 do STF. Segundo o Min. Joaquim Barbosa, Presidente do STF, a decisão “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público.” Ainda de acordo com o excelentíssimo Ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização — se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais — gera responsabilidade da União. Argumentam outros Ministros que a declaração de constitucionalidade foi incondicionada, sem o uso de técnicas, como a interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Daí não mais ser possível admitir o livre convencimento dos magistrados sobre o assunto, porquanto interpretações diversas são incompatíveis com o efeito vinculante previsto na Constituição Federal.

Aparentemente pacificada, a questão ganhou relevo com a nova redação da Súmula nº 331, através da Resolução nº 174/2001, in verbis: “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. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000); 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 21.06.1993, 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”.

Em que pese a procedência da ADC nº 16/DF determinante da aplicação irrestrita do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 (art. 159 da Lei Baiana de Licitações e Contratos), é ressaltado que as discussões prosseguem e não há segurança quanto às decisões dos Juízes e Tribunais do Trabalho, que mantêm a aplicação da Súmula nº 331, inclusive sob a presunção da responsabilidade subsidiária e não em face da prova carreada para os autos.

Como ocorre com outros Estados, a Bahia tem ingressado com Reclamações Constitucionais no STF para reverter condenações impostas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, fundadas na Súmula nº 331 do TST, valendo citar a Reclamação nº 1612/DF, Reclamação nº 13588/DF e Reclamação nº 1612/DF, por afronta à autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que foi decidido na ADC nº 16/DF, bem como negado aplicação à Súmula Vinculante nº 10.

Em todos os casos, entendera o Tribunal reclamado que, a despeito de haver demonstrado a regular contratação da empresa, o Estado teria se mostrado negligente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora (culpa ‘in vigilando’), atraindo para si a responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos encargos trabalhistas dos substituídos.

Na Reclamação nº 1612/DF, o excelentíssimo Min. Dias Toffoli asseverou que “nessa conformidade, não se expõe a conduta culposa (“contrária aos padrões exigidos pelo Direito”) imputável ao ente público, na condução do contrato, que teria contribuído para o resultado danoso ao empregado da empresa a que foi adjudicado o objeto da licitação, decorrendo a responsabilidade subsidiária do Estado ora reclamante como consequência automática do inadimplemento de verbas trabalhistas, a indicar a culpa in vigilando da Administração Pública. A adoção, em sentença ou acórdão, de fundamentos dotados de caráter de generalidade pela Justiça do Trabalho evidenciam, em última instância, a inversão do ônus da prova não como fase do processo em curso na Justiça especializada, a fim de se compreender as especificidades do caso concreto e justificar a condenação do Poder Público, o que vai de

encontro ao entendimento firmado no julgamento da ADC nº 16/DF. Somente nos casos em que se lograr comprovar terem sido os atos administrativos praticados em desconformidade com a lei e aptos à interferir no dano apurado, poderá o Poder Público ser responsabilizado por verbas trabalhistas devidas a trabalhador contratado por empresa submetida a processo licitatório, o que não ocorreu no caso sob exame. Ante o exposto, confirmo a liminar e julgo procedente a reclamação para cassar a decisão reclamada, na parte em que afirma a responsabilidade subsidiária do Estado da Bahia. Na linha dos precedentes desta Corte (Reclamações nºs 7.517/DF-AgR e 8.150/SP-AgR), determino que outra decisão seja proferida como entender de direito. Julgo prejudicado o pedido de liminar. Publique-se. Int. Brasília, 27 de agosto de 2013. Ministro Dias Toffoli Relator”.

Por razão similar e ao mesmo fundamento, na Reclamação nº 13588/DF do Estado da Bahia, o eminente Relator, Min. Luiz Fux, entendeu cabível a reclamação, citando os Precedentes da Corte: Rcl 8150 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie; Rcl 7218 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 9894 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 11601, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 11628, Rel. Min. Gilmar Mendes, etc., para julgá-la procedente e cassar a decisão prolatada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região nos autos do Recurso de Revista nº 00847-81.2010.5.05.0003, determinando àquele Tribunal que decida como de direito

Na Reclamação 15194/DF, por razões e fundamentos iguais, o STF negou pedido de liminar feito pelo Estado da Bahia contra uma decisão do TRT da 5ª Região que condenou o Estado a pagar créditos trabalhistas a um funcionário que lhe prestou serviços por meio de uma empresa contratada. O ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência, afirmou não ser o caso de conceder a liminar. Para ele, o alegado dano irreparável indicado pelo Estado deveria ser “imminente”, o que não ficou demonstrado na Reclamação e determinou o envio do processo para ao Ministério Público Federal (MPF) para colher parecer do procurador-geral da República.

Assim, não se pode concluir que as questões relativas a inadimplementos contratuais devam ser solucionadas com base, unicamente, na norma de regência, é dizer, no art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993, tampouco manter vulnerável a gestão e fiscalização dos contratos de modo a ensejar a judicialização dessas questões. É curial registrar que condutas reprováveis das empresas prestadoras de serviços encontram campo fértil na esfera de uma estrutura administrativa deficitária, de controles ineficientes e onerosos para o setor público, e culminam com dificuldades de promoção de prova ou contraprova da culpa do Estado, que volta a ser condenado por culpa in vigilando.

Admitir a continuidade da terceirização nesse panorama seria preocupante, mas o retorno à centralização das atividades, em especial as de suporte, representa um retrocesso no modelo de gestão pública com enorme risco para o Estado, que teria que acerrar com os ônus de uma estrutura permanente e direta. Não é demasiado

pugnar por melhores contratações (no caso da Bahia, deve-se considerar a inversão das fases da licitação pela Lei nº 9.433/2005) e mais rigorosos controles.

5 Os contratos de gestão com as Organizações Sociais: repercussões na esfera do Direito do Trabalho

Do exame da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, assim como da Lei nº 8.647/2003, do Estado da Bahia, depreende-se que Organizações Sociais são entidades privadas sem fins lucrativos, com atividades direcionadas para ensino e pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, à cultura e à saúde, que somente poderão ser qualificadas mediante o atendimento de requisitos postos nas normas que sobre elas dispuser, mediante procedimento de seleção fixado pelo ente público que as instituir.

O contrato de gestão é o instrumento jurídico básico dessa forma de parceria entre a Administração Pública e o setor privado, no qual são discriminadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do ente contratante e da organização social, especificado o programa de trabalho proposto, fixadas as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução e os critérios objetivos de avaliação de desempenho mediante indicadores de qualidade e produtividade. Além disso, deve prever os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas por dirigentes e empregados da organização social, além de outras cláusulas julgadas convenientes pelo Poder Público.

Antecipando-se ao Programa Nacional de Publicização, criado através da Lei nº 9.637/1998, o Estado da Bahia instituiu o seu Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais através da Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, regulamentada pelos Decretos nº 7007/1997 e 7008/1997. Mediante contrato do Estado da Bahia com a Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia, foi desenvolvida a Metodologia de Avaliação da Capacidade de Gestão. Os estudos para o aperfeiçoamento dessa parceria culminaram com a edição da Lei nº 8.647, de 22 de Janeiro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 8.890, que constituem seu atual regramento.

A lei baiana trouxe modificações significativas, inclusive inversas às postas na lei federal, a exemplo da criação do Conselho Estadual de Gestão das Organizações Sociais, órgão consultivo, deliberativo e de supervisão com a atribuição de planejar, coordenar, acompanhar e implementar as ações do programa, quais sejam: permissão para que o servidor público seja colocado à disposição de OS contratada, mantendo o seu vínculo trabalhista com o Estado; exclusão do status de subvenção social aos recursos financeiros transferidos para as Organizações Sociais, evitando seu vínculo a determinadas despesas e mantendo a obrigatoriedade de sua previsão no

orçamento da respectiva secretaria contratante; vedação da participação de servidores públicos nos Conselhos Deliberativo ou Fiscal da organização social; processo de seleção de entidades sem fins lucrativos dispensando o uso do processo licitatório com base na Lei nº 8.666/1993; dispensa da necessidade de qualificação prévia da entidade como organização social para participar de processo seletivo, favorecendo a ampliação da competição; qualificação de entidades como organização social como ato vinculado; fortalecimento da mecânica de monitoramento e avaliação, que, além do costumeiro enfoque no resultado, passou também a avaliar a capacidade de gestão das Organizações Sociais na execução dos contratos de gestão, através de metodologia especificamente desenvolvida para esse propósito.

A Publicização como processo de transferência da gestão de serviços não exclusivos do Estado para entidades sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais tem se revelado forte alternativa para a implementação de políticas públicas em face das restrições impostas à Administração Pública “e do pragmatismo impulsionado pela necessidade dos governos apresentarem resultados à sociedade no curto espaço dos seus mandatos, que não podem esperar o desenlace de processos disfuncionais burocráticos”. Dentre os limitadores, a Lei Complementar nº 101/2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal — que trouxe melhor regramento das finanças públicas ao fixar normas de responsabilização da gestão fiscal, que demandam ação planejada e transparente, visando prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Em seus artigos 19 e 20, a LRF estabelece limites para gastos com despesas de pessoal em função da Receita Corrente Líquida com previsão de sanções às unidades federadas em caso de seu descumprimento. Neste cenário, a expansão dos serviços públicos destinados a atender a demandas sociais, que requerem a alocação expressiva de pessoal, depende da redução das despesas com este ou da ampliação da Receita Corrente Líquida.

Contudo, soluções trazem em si os seus problemas, com licença para a inversão da máxima conhecida.

Os primeiros contratos de gestão foram celebrados na área de saúde; em 1999, para implantação e administração do Hospital Regional Mário Dourado Sobrinho. Em 2001, na área da educação, na gestão do Centro Estadual de Educação Profissional Prof. Áureo de Oliveira Sobrinho Filho. Em 2001, na área agrícola, a Biofábrica de Cacau. Atualmente, o Estado conta com 28 serviços publicizados, que envolve expressivo repasse mensal de recursos públicos, nas áreas de saúde, cultura, educação e agricultura, desporto, ação social e trabalho; estes últimos, com o inédito serviço de assistência técnica socioproductiva a empreendimentos individuais, familiares e associativos. O Estado tem celebrado pactos com as mesmas Organizações Sociais para as mais diversas atividades, como se diz, “de parto de baleias a atracação de navios”.

E pensam os stakeholders na publicização de outras atividades, na busca do Estado mínimo, certamente com as mesmas Organizações Sociais ou outras que surjam com a promessa do milagre: redução de custos e maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Então, é possível afirmar que já se colheu resultados, bons e maus, dessa experiência. E com graves repercussões na área trabalhista, porque nem mesmo o avanço das normas baianas de regulação das Organizações Sociais ou os modelos de contratos de gestão têm sido suficientes para inibir ações pouco ortodoxas de Organizações Sociais, que não raro se comportam como veras contratadas para receber seus créditos, não como parceiras que pactuam com interesses comuns, visando ao atendimento às necessidades da coletividade.

Assim, melhor sorte não tem tido o Estado da Bahia com tais contratos, afinal, como outros Estados, deparando-se com questões trabalhistas em razão de condutas das Organizações Sociais que compelem seus empregados a buscar na Justiça do Trabalho soluções para problemas que não eram esperadas nessa forma de parceria, deveras crescente e preocupante.

Os que têm vínculos regidos pela CLT, e deveriam ser todos, buscam direitos sonegados por suas empregadoras, incluindo o Estado, nas lides trabalhistas. A Justiça obreira ora reconhece a responsabilidade subsidiária do Estado, ao fundamento da culpa in vigilando, com aplicação da Súmula nº 331 do TST; ora a nega, por reconhecer que a natureza da parceria estabelecida nos contratos de gestão não comporta tal responsabilidade. Outros discutem a natureza dos seus vínculos com interpostas pessoas jurídicas, o que ocorre com a subcontratação de pessoal através de Cooperativas, especialmente na área de saúde, com pleitos de reconhecimento da relação de emprego com as Organizações Sociais ou com os contratantes.

Avolumam-se os problemas, gerados por ações e omissões das Organizações Sociais parceiras e pela própria gestão e fiscalização da Administração em tais contratos, a exemplo daqueles típicos dos contratos de serviços terceirizados de que tratamos inicialmente.

Todavia, em face da natureza jurídica das parcerias tratadas neste tópico, têm ocorrido repercussões menos severas na área trabalhista do que nos contratos de terceirização.

As Cortes têm decidido, com maior expressão, em favor da ausência de responsabilidade subsidiária dos entes contratantes, salvo se há contratação ilícita. Entendem os Tribunais pátrios que o contrato de gestão, nos termos dos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.637/1998, é o instrumento firmado pelo Poder Público e por entidade do terceiro setor com vistas à formação de parceria para o fomento e a execução de atividades direcionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, não se tratando de contratos de terceirização, inadmitindo, assim, a responsabilização subsidiária

do ente contratante, ressaltando contratações fraudulentas que atraem tal responsabilidade por verbas trabalhistas. Pontuam que o contrato de gestão, constituindo parceria com organização social e não tendo por objeto a terceirização de serviços, não se sujeita à incidência da Súmula nº 331 do TST. Do mesmo modo, dadas as disposições constitucionais que regem a admissão de pessoal no serviço público, afirmam que não há como se reconhecer relação de emprego com entes públicos contratantes.

Há decisões emblemáticas, como a Ação Civil Pública nº 1228/2011 proposta pelo Ministério Público do Trabalho contra o Estado da Paraíba para declarar a nulidade do contrato de gestão celebrado com organização social na área de saúde, por vício formal, mas determinando, também, a abstenção de contratar, por meio de qualquer espécie contratual, convênio e/ou termo de cooperação técnica, inclusive através de contrato de gestão pactuada e/ou contrato celebrado com cooperativas ou congêneres, devendo-se entender como integrantes da atividade-fim na área de saúde os serviços prestados por qualquer profissional deste ramo. Essa decisão liminar mereceu suspensão pelo TST até o trânsito em julgado dessa e de outras ACP, por ensejar abrupta interrupção da prestação de serviço essencial à saúde e à ordem pública.⁸ Merece destacar que o Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (TRT-PB) decidiu, por unanimidade, que a competência para julgar contratos do Governo do Estado com Organizações Sociais, em especial do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, em João Pessoa, com a Cruz Vermelha, por meio da gestão pactuada, é da Justiça Comum, anulando a referida sentença.⁹

No Estado da Bahia, os Ministérios Públicos, Estadual e Federal, têm ajuizado ações civis públicas que denunciam atos de improbidade administrativa cometidos no âmbito dos contratos de gestão, que resultam em graves prejuízos para o erário.

É ressabido que, além de preços superfaturados, a gestão desses contratos, por cumprimento de metas, processos e produtividade, tem gerado situações de instabilidade para os trabalhadores e oportunizado a superexploração destes. Por outro ângulo, a fixação de metas tem gerado o desatendimento à população destinatária, especialmente do SUS. Observa-se que mais se preocupam algumas Organizações

⁸ TST — AGRAVO REGIMENTAL AgR-SLS 35428420125000000 3542-84.2012.5.00.0000. Data de publicação: 17/08/2012. STF — EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 579708 DF (STF). Publicação: 22/08/2013. STF — AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 657373 DF (STF). Data de publicação: 31/01/2012. TRT-10 — Recurso Ordinário RO 01663201201110002 DF 01663-2012-011-10-00-2 RO (TRT-10). Precedentes. “Recurso de Revista conhecido e provido”. (Processo: RR - 87600-23.2007.5.08.0016. Data de Julgamento: 05/12/2012, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7/12/2012). TRT-10 — Recurso Ordinário RO 898201100510004 DF 00898-2011-005-10-00-4 RO (TRT-10). Data de publicação: 20/09/2013. Ementa: “organização social e ente público. Sucessão de empregadores. Impossibilidade. Reinserção de parte no pólo passivo” TST □ AGRAVO REGIMENTAL AgR-SLS 35428420125000000 3542-84.2012.5.00.0000 (TST). Data de publicação: 17/08/2012.

⁹ Notícia disponível em: <<http://www.paraiba.pb.gov.br/61566/trt>>.

Sociais com os repasses financeiros comprometidos nos contratos, com sucessivos pleitos e concessões de novos aportes de recursos públicos, do que com o atendimento às ações objeto das parcerias, o que se revela com lamentável vigor na área de saúde.

Outra grave questão tem sido a 'quarteirização', a terceirização ou contratação de empresas por parte das Organizações Sociais, seja em hospitais, presídios, etc., de modo que o "melhor desempenho" dos serviços, objetivo almejado a partir do Decreto-lei nº 200/1967, art. 10, §7º, autorizador do trespasse de serviços pela Administração Pública, diante do quadro apurado, na prática, pouco tem significado.

O colendo TST, no RR nº 60541-35.2006.5.03.0016, tendo como Relator o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, data de julgamento: 06/06/2011, 6ª Turma, data de publicação: 05/08/2011, decidiu: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COOPERATIVA. Caracterizada a divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e os arestos juntados, nos moldes do art. 896, -a, da CLT. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COOPERATIVA. A reclamada incorreu na prática de ato ilícito ao fomentar de forma generalizada a contratação irregular de trabalhadores, ao servir como mera intermediadora de mão de obra a inúmeras empresas, precarizando as relações de trabalho no segmento em que atuava e desvirtuando por completo sua finalidade social e o caráter de proteção que estaria inerentemente atrelado ao conceito do cooperativismo. E pela singela circunstância de a lesividade transcender o interesse dos cooperados atuais, mas alcançar, virtualmente, todos os possíveis candidatos à filiação e ao emprego no segmento econômico, fica configurado o dano moral coletivo. E também assim o é porquanto verificado que houve violação a preceitos constitucionais, bem assim a disposições encartadas na legislação trabalhista consolidada, em razão da atitude ilícita praticada pela ré de não cumprir as normas nacionais relacionadas à proteção do emprego e dos trabalhadores, tendo-se, por consequência, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Recurso de revista conhecido e provido".

Vê-se que não há convergência nos julgamentos, não estão sedimentadas as decisões. Nem por isso se pode entender que seja um modelo per se inaceitável ou que, por outro lado, possa substituir definitivamente os entes públicos, merecendo leitura o alentado Voto do Min. Ayres Britto, ao julgar a constitucionalidade da Lei nº 9.637 /98 na ADIN nº 1.923/DF.

É inegável que tem havido graves repercussões de tais contratos, seja pela publicização das atividades, notadamente na área de saúde, seja em face de condutas que revelam alto grau de improbidade, resultando em maiores prejuízos do que ganhos efetivos. O futuro dirá.

A conclusão a que se chega, na presente questão, é que o frágil controle do Estado sobre essas entidades e sobre a execução dos serviços publicizados, aliados à já mencionada precarização do trabalho nas Organizações Sociais, justifica a necessidade de um processo de revisão desse modelo.

6 Retenções preventivas: a solução do Estado da Bahia para o controle do patrimônio público em face dos contratos terceirizados. A Lei nº 12.949, de 14 de fevereiro de 2014, denominada Lei “Anticalote”

Atenta à necessidade de superar tais questões, o Estado da Bahia, em face das dificuldades geradas com as retenções repressivas autorizadas na Lei Estadual de Licitações e Contratos, editou a Lei nº 12.949/14, que, conforme preambularmente destacado, institui mecanismo de controle do patrimônio público do Estado da Bahia, dispondo sobre provisões de encargos trabalhistas a serem pagos às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, no âmbito dos Poderes Públicos do Estado da Bahia.

Inspira-se na Instrução Normativa nº 01, de agosto de 2008, do Conselho Nacional de Justiça, que determinou que as provisões de encargos trabalhistas pagos às empresas contratadas para prestação de serviços de forma contínua fossem glosadas do valor mensal do contrato e depositadas em conta corrente vinculada, aberta em nome da empresa, com movimentação apenas por ordem da secretaria competente do referido órgão para resguardar os órgãos do Poder Judiciário de demandas judiciais trabalhistas, em face de reiteradas decisões conforme o inciso IV da Súmula nº 331 da Corte Superior Trabalhista. Por igual razão, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, dispondo sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, contínuos ou não, no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Seguindo-se a IN nº 03, de 15 de outubro de 2009 e outras, para possibilitar que os editais contenham regras para garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra. Isso porque falta à lei federal previsão para retenção de faturas e outras garantias que a lei baiana admite e prevê no exercício de sua competência. Dessas iniciativas, vieram aprofundados estudos na AGU e no Tribunal de Contas da União, sendo considerada pertinente a retenção cautelar dos valores de faturas para pagamento de contribuições sociais, FGTS e demais verbas trabalhistas, inclusive pagamento de salários diretamente aos empregados, com a assistência do sindicato e do Ministério Público do Trabalho.

Mas a Bahia erigiu a medida através de lei e, por se tratar de controle do patrimônio público do Estado, esta se aplica a todos os órgãos e entidades da Administração

Pública Direta e Indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, ao Tribunal de Contas do Estado e ao Tribunal de Contas dos Municípios. Os serviços a que se refere a Lei são os de conservação e limpeza, copa e cozinha, suporte administrativo e operacional de prédios públicos, manutenção predial, vigilância e segurança patrimonial, transporte, limpeza e higienização de roupas, tecidos e correlatos, sujeitos à disciplina do Decreto nº 12.366, de 30 de agosto de 2010, e outros previstos em regulamento específico.

Considerando que são os editais os reguladores primários das obrigações contratuais futuras, a lei prevê no art. 1º e seu parágrafo único que “os editais referentes às contratações de empresas para prestação de serviços terceirizados aos órgãos públicos do Estado da Bahia, na forma prevista no caput deste artigo deverão conter expressamente o disposto no art. 2º desta Lei, bem como disposição sobre a obrigatoriedade de observância de todos os seus termos”.

É no art. 2º que introduz a retenção preventiva: “Deverá ser retido mensalmente do valor faturado pelas empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados o percentual equivalente às provisões de encargos trabalhistas relativas a férias, abono de férias, décimo terceiro salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, bem como a incidência dos encargos previdenciários, sociais e FGTS sobre férias, abono de férias e décimo terceiro salário que será depositado exclusivamente em banco público oficial”. Esse banco oficial é o Banco do Brasil, que já mantém com o Estado outros contratos. O §1º fixa que “o percentual a incidir sobre o faturamento bruto da empresa será definido através de regulamento” e nos trata sobre a Conta vinculada, mecanismo de extrema importância para esse controle, porquanto bloqueada para movimentação. “§2º — Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta corrente vinculada, bloqueada para movimentação, no dia do vencimento da fatura, previsto no contrato, aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por autorização do órgão ou entidade contratante”. No §3º, determina também a retenção de “(...) parcelas de mesma natureza das elencadas no caput deste artigo, desde que previstas em convenções coletivas, respeitando o percentual limite, na forma do regulamento”.

Impõe compromisso prévio, condição para a contratação, e dispõe que os entes contratantes celebrem acordos de cooperação com o banco indicado pelo Executivo, no art. 3º: “O edital de licitação e o contrato de serviços terceirizados, deverão prever a obrigação de que a empresa contratada adote as providências para abertura da conta vinculada, bloqueada para movimentação, ficando responsável pelas respectivas taxas bancárias, sendo o órgão ou entidade contratante responsável pela autorização para movimentar a conta corrente vinculada, na forma do regulamento; art. 4º — Os órgãos contratantes deverão firmar acordo de cooperação com banco público oficial, determinando os termos para abertura da conta corrente vinculada,

bloqueada para movimentação, na forma do regulamento; e 5º — A assinatura do contrato de prestação de serviços entre o órgão ou entidade contratante e a empresa vencedora do certame será precedida da abertura da conta vinculada, bloqueada para movimentação, pela empresa contratada, com assinatura de autorização para que o órgão ou a entidade contratante tenha acesso aos saldos, extratos e do termo de vinculação da movimentação dos valores depositados à prévia autorização do Poder Público”.

Naturalmente que as retenções preventivas não servirão para especulação financeira, tampouco se deve descuidar da preservação do seu real valor, garantidor das obrigações a que se vinculam, disso cuidando o art. 6º: “Os saldos da conta vinculada, bloqueada para movimentação, serão remunerados pelo índice da poupança ou outro definido no acordo de cooperação previsto no art. 4º desta Lei, sempre escolhido o de maior rentabilidade e que não apresente riscos”.

Dado que as retenções preventivas são vinculadas a cada contrato, considerando as suas especificidades, e, com estas, a natureza dos encargos incidentes, o legislador baiano permite que cada gestor e ordenador da despesa o defina, nos limites de suas competências, observadas as normas legais e regulamentares na espécie, conforme o art. 7º: “Os percentuais a serem aplicados para as retenções mensais serão inseridos nos contratos, devendo ser definido o setor encarregado de autorizar a movimentação da conta vinculada”. A movimentação dessa conta não se dá ao alvedrio das empresas, mas sempre de acordo com a gestão e fiscalização do contrato a que se referir a conta, nos termos do art. 8º: “A empresa contratada poderá solicitar autorização do órgão ou entidade competente para efetivação do pagamento dos valores referentes a despesas com indenizações trabalhistas dos empregados que prestam os serviços contratados, ocorridas durante a vigência do contrato, na forma do regulamento”.

Não foi ignorada a possibilidade de bloqueios judiciais dessas contas e a necessidade de sua reposição, mantendo íntegras as garantias, mas, também, a necessidade de regular a liberação de saldos, quando houver. “Art. 9º: Nos casos de determinação judicial para bloqueio de valores a crédito da empresa, o saldo da conta vinculada, bloqueada para movimentação, eventualmente utilizado será recomposto em até 30 (trinta) dias antes do término do contrato. Art. 10: O saldo total da conta corrente vinculada, bloqueada para movimentação, será liberado à empresa contratada no momento do encerramento do contrato, e após a confirmação do pagamento das rescisões trabalhistas, na hipótese em que ocorrer o desligamento dos empregados. Parágrafo único: Somente será considerado encerrado o contrato mediante a comprovação do pagamento de todas as obrigações rescisórias, sociais e previdenciárias relativas aos seus empregados”.

Observe-se que o legislador cuidou de questões atuais e futuras sem olvidar problemas pretéritos, ensejadores de sua concepção; dentre estes, as retenções de

faturas em razão de inadimplementos, admitidos de parte a parte, que inviabilizaram contratos e trouxeram prejuízos ao erário e ao serviço público. Assim é que reverbera o que já se encontra disciplinado à Lei nº 9.433/2005, cremos que uma forma de dar maior conforto às contratadas, espécie de obrigação garantidora do que já é obrigatório, teratológico que pareça. “Art. 11 – Para assegurar o quanto estabelecido na presente Lei, fica assegurado à empresa contratada o direito ao recebimento, dentro do prazo de vencimento, previsto no contrato das faturas mensais pelos serviços executados, com obediência à ordem cronológica dos vencimentos, assim como o direito a receber os reequilíbrios econômicos financeiros do contrato, decorrentes de aumento de remuneração e benefícios gerados pelas convenções, dissídios ou acordos coletivos de trabalho e dos reajustes previstos contratualmente em até 90 (noventa) dias da data da solicitação por parte da contratada. Art. 12 – O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua publicação”.

A Lei nº 12.949/2014 não foi objeto de apreciação prévia pela Procuradoria Geral do Estado, que se ocupou do seu Regulamento, através de Grupo de Trabalho Intersectorial, em conjunto com a Secretaria da Administração e a Casa Civil do Estado da Bahia. Suas disposições foram alvo de detalhada e cuidadosa ponderação na elaboração do seu regulamento, o Decreto nº 15.219, de 30 de junho de 2014. Considerou-se a necessidade de se delimitar expressões que poderiam servir de motivação para que as empresas venham a pleitear desbloqueios e levantamentos antes que obrigações sejam efetivamente cumpridas, vulnerabilizando os entes contratantes, e fixadas formas mais seguras de controle, inclusive quanto à movimentação de recursos financeiros e de pessoal, dentre outros aspectos relevantes. Por outro lado, também houve certa moderação, considerando a possibilidade de reduções e rescisões contratuais pela Administração, o que demandará a liberação antecipada de recursos para pagamentos de rescisões, o que também poderá acarretar vulnerabilidades.

Instruções da Secretaria da Administração e da Fazenda do Estado da Bahia detalham procedimentos para operacionalização, e os editais de licitação se encontram em fase de ajustes pela Procuradoria Geral do Estado para permitir plena aplicação da lei.

Conclusões

- (i) A terceirização de serviços pela Administração Pública, assim como a publicação, trouxe benefícios e malefícios. A extrema dependência dos contratos de prestação de serviços e de gestão por Organizações Sociais, os problemas advindos de sua execução, gestão e fiscalização comprometeram a autonomia da Administração e excessivos recursos públicos, o que demanda

- controles mais eficazes sem perda da eficiência em sua prestação, em favor do interesse público, prestigiando a ética e a probidade administrativa.
- (ii) A responsabilização dos entes públicos pela aplicabilidade da Súmula nº 331 do TST, sem embargo da decisão do STF na ADC nº 16/DF (Súmula nº 10 do STF), se extrema na medida em que a gestão, fiscalização e controles sejam realizados por servidores comissionados ou terceirizados, o que exige quadro de pessoal próprio do ente contratante.
 - (iii) A responsabilidade da Administração Pública decorre de princípios constitucionais, inclusive os fixados no artigo 37 da Carta Magna e nas Constituições dos Estados federados, centrada no dever de bem cumprir as ações que lhe são próprias, de fornecer serviços e bens à coletividade, no tempo e modo devidos, de resguardar o interesse público e o erário. Por isso, deve evitar que a terceirização seja inviabilizada para as atividades-meio, e os Estados compelidos a admitir o agigantamento de suas estruturas administrativas. Por outro lado, deve aprofundar estudos sobre os reais ganhos de efetividade e economicidade dos serviços publicizados através de contratos com Organizações Sociais.
 - (iv) Embora a retenção preventiva estabelecida na Lei nº 12.949/2014, na forma do Decreto nº 15.219/14, conduza a um tipo de controle que pode ser interpretado como interferência na gestão das contratadas, representa menor risco de responsabilização subsidiária na medida em que, exigindo o depósito das provisões trabalhistas diretamente na conta vinculada ao contrato, deterá maior controle no cumprimento das obrigações pactuadas, restringirá as retenções motivadas por inadimplementos desvinculados dos contratos, evitará a exploração do trabalhador e a descontinuidade dos serviços com seus reflexos nas atividades típicas de Estado.

Proposições

- a) É necessária e inadiável a adoção de ações mais contundentes, que conduzam a Administração Pública a um melhor controle das atividades terceirizadas e publicizadas mediante contratos de gestão com as Organizações Sociais, através de estruturas permanentes compostas por servidores efetivos que tenham maior independência, evitando-se os riscos e prejuízos oportunizados pela constante modificação das estruturas administrativas atuais em face da natureza dos vínculos transitórios, (re) estabelecendo a moralidade no serviço público, princípio constitucional inafastável, resgatando a autonomia, a probidade e a ética na Administração Pública.
- b) Os Estados federados poderão editar, com o mesmo objetivo, normas semelhantes à Lei nº 12.949/2014, chamada Lei “Anticalote”, regulamentada pelo Decreto nº 15.219/2014, como forma de impor condutas mais responsáveis pelas contratadas

e controles mais eficazes pelos contratantes, buscando afastar a aplicação da Súmula nº 331 do TST.

c) Sem embargo de medidas normativas e administrativas que repercutam positiva e efetivamente na gestão e fiscalização dos contratos, o agigantamento desses serviços exige novas formas de enfrentamento pela Administração, como a criação de órgão, entidade ou empresa vocacionada apenas para administrar os contratos de serviços de suporte às atividades finalísticas, em sistema centralizado de gestão, otimizando as estruturas materiais e de pessoal alocadas aos contratos, evitando-se contratos múltiplos com as mesmas empresas para as mesmas finalidades.

d) Os contratos de gestão com Organizações Sociais, entidades que se enquadram nos princípios constitucionais que regem o patrimônio público, devem ser objeto de urgente e aprofundado estudo pela Administração Pública sobre os reais ganhos de economicidade e efetividade dos serviços, definindo metas com enfoques mais centrados nos padrões de eficiência e resultados para a coletividade destinatária, e exercer mais rigorosa fiscalização da relação das Organizações Sociais com os seus empregados.

Autonomy, Probity And Ethics In Public Management

Abstract: The article intends to demonstrate the challenges of public administration in Search of More Effective Controls in labor outsourcing and in partnerships with social organizations, in order to reduce risks of damage to collectivity and public treasury, persistent considering the 331 Summula – TST in despite of ADC16/DF. Introduce the Bahian Law to retain preventively the labor provisions and suggest solutions to the questions arising from trespass of public service.

Key words: Outsourced services, management contracts, subsidiary liability, controls, credit retaining, labor provisions, escrow account.

Referências

- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 59-60.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização.ob.cit. p. 17-18.
- LIMA, Rui Cirne. Princípios do Direito Administrativo. 4. ed. 1964. p. 108.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 632-775.
- DUGUIT, Leon; MASSAGÃO, Mario apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ob.cit. p. 95.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Revista dos Tribunais. 13. ed. p. 269.
- DELGADO, Carine; XAVIER, Emanuella. Contratos de gestão: análise crítica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

- MARTINS, Sergio Pinto. A Terceirização no Direito do Trabalho. 4 ed. São Paulo: Ed. Atlas S. A., 2000.
- POLONIO, Wilson Alves. Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Ed. Atlas S. A., 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Parcerias na administração pública. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.
- BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
- BRASIL. Lei nº 8.666/1993, de 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ação Direta de Constitucionalidade nº 16. Ministro Relator: Cezar Peluso. Partes: Requerente: Governo do Distrito Federal. Data do julgado: 24 nov. 2010. Data da publicação: 02 dez. 2010.
- BAHIA. Lei nº 9.433 de 01 de março de 2005. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Salvador: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, 2005.
- BAHIA. Lei nº 12.949/14. Salvador: Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Maria Angélica dos Santos. Autonomia, probidade e ética na gestão pública Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 59-81, jul./ago. 2014.
