

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANIEL ALLAN MIRANDA BORBA

**ESTADO EMPRESARIAL E REFORMA GERENCIAL: uma análise da precarização
vertical e horizontal das relações de trabalho na Administração Pública brasileira**

Maceió
2018

DANIEL ALLAN MIRANDA BORBA

ESTADO EMPRESARIAL E REFORMA GERENCIAL: uma análise da precarização vertical e horizontal das relações de trabalho na Administração Pública brasileira

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Profa. Dra. Alessandra Marchioni

Maceió
2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante

B726e Borba, Daniel Allan Miranda.

Estado empresarial e reforma gerencial: uma análise da precarização vertical e horizontal das relações de trabalho na Administração Pública brasileira / Daniel Allan Miranda Borba. – 2018.

168 f. , grafs., tabs.

Orientadora: Alessandra Marchioni.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 156-168.

1. Neoliberalismo. 2. Terceirização. 3. Organizações sociais. 4. Eficiência.
I. Título.

CDU: 343.1:35



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



DANIEL ALLAN MIRANDA BORBA

“ESTADO EMPRESARIAL E REFORMA GERENCIAL: uma análise da precarização vertical e horizontal das relações de trabalho na Administração Pública brasileira.”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. ALESSANDRA MARCHIONI

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Profa. Dra. Maria da Graça Marques Gurgel (UFAL)

Julgamento: Aprovado com 10,0 Assinatura: Maria da Graça Marques Gurgel

Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho (UFAL)

Julgamento: Aprovado 10,0 Assinatura: Fábio Lins de Lessa Carvalho

Prof. Dr. Gustavo Madeiro da Silva (FEAC – UFAL)

Julgamento: Aprovado, 10,00 Distinção Assinatura: Gustavo Madeiro da Silva

Maceió, 19 de abril de 2018.

Dedico a aqueles que torceram por mim...

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento vai para quem mais teve de me aguentar durante estes dois anos: a minha orientadora Alessandra Marchioni, por quem nutro um grande carinho e admiração, não só pela excelente visão de mundo, como pela invejável capacidade técnica que possui. Qualquer mérito desta pesquisa deve-se a ela.

Em seguida, devo agradecer à Lívia Lemos, que pacientemente me ajudou a conseguir a aprovação no sonhado mestrado da UFAL. Ajudou não só a passar em cada etapa da seleção, como também continua a me ajudar a fazer as escolhas certas para os próximos passos da minha vida académica.

Ainda sobre a seleção, tenho de agradecer à “caravana UNIT”. A amizade e a cumplicidade de Gustavo Esteves e Janaina Freitas permitiram transformar a concorrência em ajuda mútua durante a seleção. Que foi mantida pela “caravana da alegria”, tornando as nossas idas à UFAL mais leves, diante dos notáveis “golpes” formulados por Jessica Antunes, e, novamente, a Jana.

Quero agradecer a todos os professores que contribuíram para este momento, que abriu novos horizontes para a construção do conhecimento, em especial aos professores Fábio Lins, Graça Gurgel e Gustavo Madeiro, que tiveram a missão de analisar e contribuir para a melhoria da minha pesquisa. Não posso deixar de agradecer ao professor Cid Olival, que me ajudou a ingressar no apaixonante mundo da economia.

À Turma 12, vulgo “melhor turma”, que trouxe grandes exemplos de profissionais, resgatando alguns velhos amigos e abrindo espaço para novas amizades.

Agradeço aos amigos da PGM que me ajudaram neste processo, em especial ao Plínio Baima, pelo auxílio fornecido desde a seleção até o término do mestrado; e também aos amigos da PLCC, que foram pacientes e me estimularam para enfrentar a difícil missão de fazer um mestrado e trabalhar ao mesmo tempo.

Por falar em trabalho, os meus alunos merecem agradecimentos pelas omissões e ausências que o mestrado proporciona, e por, mesmo sem que saibam, me incentivarem na busca do crescimento contínuo.

Devo agradecer à minha família e aos amigos, em especial a Juju, Tutu, JF, Mamá, Dedeco e Laurinha, que tiveram de se habituar com minha ausência, decorrente das horas de pesquisa e estudos.

Ao meu amor, Rê, que para além da ausência, passou estes dois últimos anos a suportar meu cansaço, abusos, anseios, frustrações, entre outros sentimentos. O mestrado foi um verdadeiro teste de paciência, que ajudou a consolidar o que temos um com o outro. Obrigado por viver o meu sonho.

A Deus, por tudo.

Em nome de superávit e da tal recuperação econômica, [o Estado] trata milhões de brasileiros não como pessoas e cidadãos e sim como máquinas que expõem uma mercadoria muito especial, a força de trabalho, sendo que, ao estabelecer o permissivo de que se desenvolva uma exploração sem limites do trabalho, acaba proferindo uma sentença de morte dos trabalhadores, que é, ao mesmo tempo, destrutiva de tudo e de todos. E alguém ainda chama isso de “modernização”?

Jorge Luiz Souto Maior

RESUMO

O Brasil sofreu diversas alterações na sua forma de organização de Estado decorrentes das crises econômicas e políticas, o que acarretou reformas administrativas que vão desde a tentativa de implementação da burocracia weberiana, para superar o patrimonialismo, até a reforma gerencial da década de noventa. Sob o argumento da “eficiência”, essa reforma buscou o equilíbrio fiscal e a mudança institucional, além de ter instaurado um Estado Empresarial a partir da utilização de mecanismos da iniciativa privada para gerir a coisa pública. Em virtude do foco especial na redução das despesas, o gerencialismo trouxe como consequência a precarização das relações de trabalho na Administração Pública. Essa precarização se deu verticalmente, a partir da redução dos direitos e garantias dos servidores públicos, promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1988, em especial no tocante ao “tripé” que sustenta o trabalho impessoal e independente, com a momentânea permissão de um regime jurídico dual, a flexibilização da estabilidade e da disponibilidade remunerada, e com redução de direitos trabalhistas e previdenciários. A reforma também resultou na ampliação da terceirização através da “publicização”, com a transferência dos serviços públicos não exclusivos às entidades do terceiro setor, sobretudo as organizações sociais, que contratam trabalhadores da iniciativa privada para exercer funções públicas. Trata-se da precarização horizontal, já que esses trabalhadores são regidos por um regime jurídico inferior (o celetista), não realizam concursos públicos e o Estado não possui responsabilidade contratual sobre eles. Mesmo com tais efeitos, a “publicização” continua a ocorrer nos mais diversos entes federativos. Recentemente, o Município de Maceió transferiu a gestão de duas Unidades de Saúde para as organizações sociais, gerando os mesmos impactos perniciosos desta forma de gestão para os contratados. A pesquisa foi desenvolvida através do método jurídico, a partir da abordagem observacional, do método descritivo, da pesquisa documental, utilizando-se a técnica da documentação indireta e da pesquisa bibliográfica. Considera-se que a reforma gerencial contribuiu para a precarização das relações de trabalho na Administração Pública, mediante a redução de direitos e garantias constitucionais dos servidores públicos, e em razão da sua paulatina substituição por trabalhadores contratados pelas organizações sociais e demais entidades do terceiro setor, promovida pela terceirização da atividade-fim.

Palavras-chave: Neoliberalismo. Terceirização. Organizações sociais. Eficiência.

ABSTRACT

Brazil has suffered several changes in its form of State organization resulting from economic and political crises, which has led to administrative reforms ranging from the attempt to implement the Weberian bureaucracy, to overcome patrimonialism, until the new public management reform of the 1990s. Under the "efficiency" argument, this reform sought fiscal balance and institutional change, as well as establishing a Business State through the use of private initiative mechanisms to manage public questions. Due to the special focus on reducing expenses, the new public management has brought the precariousness of labor relations in Public Administration. This precariousness took place vertically, based on rights and guarantees reductions of public servants, promoted by Constitutional Amendment n° 19/1988, especially regarding the "tripod" that sustains impersonal and independent work, with the temporally permission of a legal regime duality, flexibility of stability and remunerated availability, and labor and social security rights reductions. The reform also resulted in the expansion of outsourcing through "publicity", with the transfer of non-exclusive public services to third sector entities, especially social organizations, which hire private sector workers to perform public functions. This is the horizontal precariousness, since these workers have a lower legal regime (the private regime), do not make civil service examinations and the State has no contractual responsibility over them. Even with these effects, "publicity" continues to occur in most federations entities. Recently, the Municipality of Maceió transferred the management of two Health Units to social organizations, generating the same pernicious impacts of this form of management for its employees. The research was developed through the legal method, based on the observational approach, the descriptive method, the documentary research, using the technique of indirect documentation and bibliographic research. It is considered that new public management contributed to the precariousness of labor relations in the Public Administration, through the reduction of constitutional rights and guarantees of public servants, and because of their gradual replacement by workers hired by social organizations and other third sector entities promoted by the outsourcing of the main state activity.

KeyWords: *Neoliberalism. Outsourcing. Social Organizations. Efficiency.*

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Taxa de Crescimento do Produto Interno Bruto no Brasil e no Mundo	29
Figura 2 – Organização do terceiro setor no Brasil.....	71
Figura 3 – Estrutura da terceirização “clássica” e da “publicização”.....	101
Figura 4 – Pirâmide da precarização na Administração Pública.....	115
Figura 5 – Estabelecimentos de Saúde em Maceió	126

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Evolução da descentralização do Estado brasileiro.....	37
Tabela 2 – Principais características entre OS, OSCIP e OSC	79
Tabela 3 – Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações	106
Tabela 4 – Comparativo entre as atribuições do enfermeiro do Município de Maceió e do enfermeiro da UPA	136
Tabela 5 – Comparativo entre as licenças dos Servidores do Município de Maceió e dos Celetistas	138
Tabela 6 – Resumo comparativo entre o enfermeiro estatutário e o “publicizado”	141

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FMI	Fundo Monetário Internacional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ISAC	Instituto Saúde e Cidadania
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
ONG	Organização Não Governamental
OS	Organização Social
OSC	Organização da Sociedade Civil
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PBO	<i>Performance Based Organizations</i>
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PPP	Parcerias Público-Privadas
RE	Recurso Extraordinário
SAF	Secretaria de Administração Federal da Presidência da República
SRE	Secretaria de Reforma do Estado
SRH	Secretaria de Recursos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UPA	Unidade de Pronto Atendimento

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 MODELOS ECONÔMICOS E OS IMPACTOS NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	20
2.1 Estado Liberal: o surgimento do Estado de Direito e a crença no “livre mercado”...20	
2.2 Estado Social: keynesianismo e desenvolvimentismo	22
2.3 Estado Neoliberal: o processo de financeirização e o Consenso de Washington	24
2.4 Reflexos dos modelos econômicos na Administração Pública brasileira: entre os seus avanços e retrocessos	29
2.4.1 O patrimonialismo histórico e duradouro.....	30
2.4.2 A Era Vargas e sua burocracia inacabada	33
2.4.3 Minirreformas administrativas: o prenúncio do gerencialismo	35
2.5 <i>New public management</i>: a reforma gerencial no Brasil e o Estado Empresarial	38
2.6 Austeridade: o ajuste fiscal como fundamento das reformas administrativas no Brasil	44
3 A REFORMA ADMINISTRATIVA E O TERCEIRO SETOR NO DIREITO BRASILEIRO	51
3.1 Características da Constituição de 1988: desenvolvimento e burocracia	52
3.2 As pretensas bases jurídicas da reforma gerencial: entre o princípio da “eficiência” e a noção de governança.....	56
3.3 Serviços públicos: exclusividade e ampliação da não exclusividade da prestação estatal	59
3.4 O terceiro setor como alternativa ao Estado.....	64
3.5 Organizações sociais: a opção da reforma gerencial para a privatização dos serviços públicos	71
4 A PRECARIZAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	81
4.1 As relações de trabalho no âmbito da Administração Pública brasileira	82
4.2 Emenda Constitucional nº 19/1998: a precarização vertical das relações de trabalho.....	86
4.2.1 O pretense regime dual	87
4.2.2 A flexibilização da estabilidade e da disponibilidade remunerada.....	89
4.2.3 A diminuição dos direitos trabalhistas e previdenciários.....	91

4.3 A evolução da terceirização na Administração Pública brasileira.....	93
4.3.1 Breves considerações sobre a terceirização no setor público e privado.....	93
4.3.2 Recentes mudanças na terceirização pública: a Súmula 331 do TST, a ADC nº 16/DF e o RE 760.931/DF.....	97
4.4 A “publicização” como forma de ampliação da terceirização da atividade-fim da Administração Pública	100
4.5 Terceirização: a precarização horizontal das relações de trabalho	106
4.5.1 Mesmas funções públicas com regime de trabalho inferior	108
4.5.2 Ausência de concurso público: os riscos ao acesso igualitário aos cargos e empregos públicos	111
4.5.3 A irresponsabilidade da Administração Pública.....	114
4.6 A nova regulamentação da terceirização privada e sua aplicação na Administração Pública.....	115
5 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ: UMA ANÁLISE DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO	120
5.1 O direito à saúde na Constituição Federal e a ênfase na municipalização do Sistema Único de Saúde.....	120
5.2 A organização do sistema público de saúde e a sua “publicização” no âmbito do Município de Maceió	123
5.2.1 As organizações sociais de acordo com o ordenamento jurídico local.....	127
5.2.2 Os processos de seleção das UPAS Trapiche da Barra e Benedito Bentes.....	130
5.3 Reforma administrativa: efeitos da precarização vertical e horizontal no caso dos Contratos de Gestão das UPAS do Município de Maceió	133
5.3.1 Processo seletivo de contratação dos empregados: ausência de critérios objetivos	133
5.3.2 Trabalhador estatutário x trabalhador “publicizado”: mesmas funções, regimes jurídicos distintos	135
5.3.3 E a precarização vertical?.....	142
5.4 “Publicização”: a terceirização da saúde pública brasileira	143
6 CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS.....	156

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira sofreu ao longo da sua história uma série de transformações, que vão desde as tentativas da implementação de uma “administração burocrática weberiana”, para levar a cabo a construção do Estado Social, até a mais recente “administração gerencial”, visando promover a modificação para o Estado Neoliberal, ambas tentando superar a estrutura patrimonialista de gestão pública.

Para além do discurso da “eficiência administrativa”, diversos fatores contribuíram para uma absorção de uma visão com o viés de delimitar a participação e a intervenção estatal. A denominada “crise econômica e institucional” vem justificando a transferência das tradicionais atribuições do Estado para a iniciativa privada, apresentando-se como a “melhor opção” em sede de solução ao descontrole das contas públicas.

Não é de hoje que as crises impulsionam a transformação do Estado. Com a “crise de 1929”, países modelaram o padrão de *Welfare State*, ampliando a sua intervenção na economia. De outra banda, na década de 1970 foi intensificado um processo de descentralização do Estado e transferência para a iniciativa privada, com as terceirizações. A partir de 1989, os países latino-americanos adotaram as “sugestões” do Consenso de Washington com a abertura de mercado e privatizações. A promessa de “eficiência” e crescimento econômico substituiu o espírito desenvolvimentista do Estado.

Segundo Harvey, essa visão tem por base o argumento de que o bem-estar do ser humano será alcançado se for permitida uma maior liberdade dos indivíduos, a partir do aprimoramento das suas capacidades empreendedoras. Para tanto, o Estado deveria se restringir a uma atuação mínima, assegurando estas liberdades através da garantia da ordem.

Apesar de certa tendência internacional no sentido não intervencionista, a Constituição Federal de 1988 objetivou o bem-estar social e o desenvolvimento nacional, impondo uma série de direitos e garantias fundamentais a serem assegurados através de serviços públicos exclusivos e não exclusivos realizados pelo Estado brasileiro. Entretanto, a década posterior foi marcada pelo fortalecimento da imagem de um Estado que não conseguia garantir o bem-estar da sociedade em virtude da sua ineficiência.

A Administração Pública vem implementando a reforma gerencial a partir da criação de um Estado Empresarial, que se utilizaria de mecanismos de gestão da iniciativa privada para alcançar dois objetivos principais: o (1) ajuste fiscal, o qual se buscaria um maior equilíbrio dos gastos públicos a partir do incremento de receita e de cortes de gastos e investimentos; e a (2) mudança nas estruturas institucionais, que visavam um maior desempenho na prestação dos

serviços públicos.

Tais objetivos foram representados pelo “princípio da eficiência”, introduzido na ordem constitucional com a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998 como um dos fundamentos da Administração Pública; em resumo, deve-se buscar “o melhor resultado com o mínimo de gastos possíveis”. Ademais, introduziu e alterou diversos institutos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da modificação de quase cem dispositivos, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas, modificando substancialmente o espírito da Constituição.

Percebe-se que uma boa parte das mudanças foi dedicada aos servidores públicos. Esta categoria foi considerada a grande “vilã” da ineficiência estatal, razão pela qual teve diversos dos seus direitos e garantias alterados, como a permissão de regime jurídico dual (estatutário e celetista), a flexibilização da estabilidade e da disponibilidade remunerada, além de modificações das normas relativas à remuneração e de normas previdenciárias.

Pietro constata que o Direito, o Estado e a Administração Pública vêm sofrendo paulatinas e constantes alterações, ora trazendo institutos novos, ora trazendo institutos velhos impregnados por uma nova ideologia que não mais quer um Estado prestador de serviços, mas sim fomentador da iniciativa privada, mediante parcerias entre o público e privado, resultando num Estado menor e numa pretensa administração mais flexível, menos autoritária, verticalizada e hierarquizada.

Com base nesses argumentos, Bresser-Pereira, idealizador da reforma gerencial no Brasil, propõe o principal mecanismo de gestão pública da reforma gerencial. Trata-se da “publicização”, um processo em que os serviços públicos não exclusivos, assim considerados como aqueles de obrigação do Estado, mas abertos à iniciativa privada, são transferidos para entes privados integrantes do terceiro setor, como uma alternativa ao estatismo.

Para a reforma, a “publicização” deveria ocorrer através das organizações sociais (OS). A Lei nº 9.637/1998 avançou e permitiu a atuação destas organizações em substituição à Administração Pública em diversas áreas, como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Logo em seguida, este sistema foi complementado pelas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) através da Lei nº 9.790/1999, recentemente reforçadas pelas organizações da sociedade civil (OSC) com a Lei nº 13.019/2014.

O fomento do Estado proporcionou a proliferação destas organizações. De acordo com os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no Brasil já são 394.904 OSCs (2.800 em Alagoas e 1.084 em Maceió), gerando um total de 2.286.383 empregos formais. Destas, 20.763 possuem algum tipo de parceria com o governo federal, mobilizando mais de

6,5 bilhões de reais de investimento público federal somente no ano de 2014, isto sem contar os gastos realizados por todos os Estados e pelos mais de 5 mil municípios. Deste total, 4,8% atuam na área de saúde.

Trata-se da inclusão de mais uma espécie de terceirização na Administração Pública, que pode ser considerada um gênero em que o Estado transfere ao particular a execução de um determinado serviço. Limitado pelo Decreto-lei nº 200/1967 à modalidade “contrato de prestação de serviços”, este autoriza tão somente a contratação de serviços ligados à atividade-meio. Na reforma, a “publicização” aparece como uma forma de terceirizar a atividade-fim, pois todos desenvolvem atividades de responsabilidade do Estado.

Dada a ampliação da terceirização promovida pela reforma, surgem questões relacionadas à aplicação dos preceitos do Direito Público, com relação à necessidade de realização de concursos públicos para os trabalhadores das organizações sociais, sobre a possível aplicação das garantias dos servidores públicos e as dificuldades encontradas diante da legislação trabalhista privada. Além disso, há os impactos decorrentes do descontrole da Administração Pública, que se verificam na contratação e no tocante a alguns dos seus direitos sociais.

Para Maeda, a precarização das relações de trabalho se manifesta tanto nas “condições do trabalho”, a partir da redução de direitos sob a fórmula de desregulamentação e flexibilização, como também na “precarização do emprego”, em razão do afastamento do empregado do seu real empregador, em especial, pela ampliação das hipóteses de terceirização.

A reforma gerencial merece ser analisada com base numa dupla visão da precarização das relações de trabalho na Administração Pública: verticalmente, examinando os efeitos da Emenda Constitucional nº 19/1988 sobre os direitos e as garantias dos servidores públicos; e horizontalmente, analisando a ampliação da substituição dos servidores públicos por trabalhadores terceirizados com regime de proteção social diferenciado.

Tal análise se justifica em função de a reforma administrativa não poder ir de encontro à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil que, em conjunto com os valores sociais do trabalho, assegurou um extenso conjunto de direitos sociais aos servidores públicos, visando impedir algum retrocesso social.

O Município de Maceió, marcado pelos seus paradoxos econômicos e sociais, vem, ao longo do tempo, resolvendo o problema da “ineficiente” máquina administrativa sob um aparente viés “gerencial”, mediante práticas de contratação do setor privado e a transferência da “coisa pública” nos diversos modelos legais existentes, como concessão de serviços públicos, terceirizações e parcerias com entidades do terceiro setor.

Num resgate do gerencialismo e num reforço à privatização da saúde pública brasileira, a “publicização” foi instaurada em Maceió através da Lei municipal nº 6.304/2014 e dos contratos de gestão firmados, realizando a transferência da gestão de duas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) para uma organização social, o Instituto Saúde e Cidadania (ISAC). Nesse caso, a prestação de serviços que seriam tradicionalmente geridos e desenvolvidos pelos servidores públicos municipais, agora é realizada por trabalhadores da iniciativa privada, contratados sem concurso público e sem as garantias inerentes.

Diante de todo este panorama, surgem as seguintes questões, que merecem ser analisadas:

1. Em qual medida os modelos econômicos contribuem para a concepção da organização do Estado e, por consequência, das reformas na Administração Pública, tanto em um contexto mundial como local?
2. Quais foram as principais bases jurídicas, argumentativas e jurisprudenciais que sustentaram a reforma gerencial e a transferência das principais atribuições do Estado para o terceiro setor?
3. O gerencialismo implementado foi o principal responsável pela precarização das relações de trabalho da Administração Pública no tocante aos servidores públicos e trabalhadores terceirizados?
4. A recente opção do Município de Maceió pela transferência de parte da gestão da saúde para as organizações sociais reflete os ideais gerenciais e promovem a precarização das relações de trabalho?

É objetivo da presente pesquisa contextualizar o Estado gerencial no cenário da nova ordem mundial com a experiência iniciada no Brasil na década de noventa, além de estudar algumas categorias inerentes à Administração Pública, como o patrimonialismo, a burocracia weberiana e o gerencialismo.

Ademais, tem-se como objetivo analisar o discurso da “eficiência”, adotado como princípio jurídico inerente à execução dos serviços públicos e a sua correlação com a ampliação da terceirização na Administração Pública, promovida pela “publicização”. Busca-se ainda verificar a constitucionalidade destas medidas.

Objetiva-se, em especial, examinar em qual medida a reforma gerencial contribuiu para a precarização das relações de trabalho do servidor público, seja em decorrência da redução de seus direitos e garantias constitucionais, seja devido à sua paulatina substituição por trabalhadores contratados pelas organizações sociais e demais entidades do terceiro setor, a partir da terceirização da atividade-fim.

Por fim, pretende-se analisar a adoção da “publicização” no Município de Maceió, mais especificamente na gestão de políticas públicas de saúde, mediante as contratações de organizações sociais para as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), com o intuito de verificar a possível precarização das relações de trabalho a partir da comparação destas relações entre servidores públicos e empregados das organizações sociais com funções semelhantes.

A presente pesquisa optou por analisar apenas o “discurso da eficiência” dos serviços públicos proposto pela reforma gerencial, visto que o cerne do trabalho é a precarização das relações de trabalho em virtude das recentes alterações legislativas tanto em nível federal (como a Lei nº 13.467/2017, que autorizou a terceirização na atividade-fim, e a lei das OSCs), quanto em nível local (lei que regulamentou as OSs no Município de Maceió), além dos novos entendimentos jurisprudenciais sobre os temas (decisão do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF do STF sobre a responsabilidade do Estado nestes casos), podendo-se, desta forma, fornecer uma atualização sobre a matéria.

Esta opção justifica-se porquanto se verificou uma carência na ciência do Direito de uma análise crítica e sob um viés multidisciplinar, que levasse em consideração não só a análise da legislação, da jurisprudência e das consequências sociais da reforma administrativa, como também aspectos relacionados à Economia e à Administração Pública, objetivando uma visão global sobre o tema. Parte-se da ideia de fazer uma “ponte” entre o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho no tocante ao tema da terceirização.

Para alcançar os fins propostos por esta dissertação, será adotada a metodologia jurídica, com base na abordagem observacional, em que o estudo parte da análise daquilo que acontece ou já aconteceu (GIL, 2008). Será utilizado o método descritivo, que apenas registra e descreve os fatos observados no caso concreto. Serão quatro os níveis de descrição: a) os modelos econômicos de Estado e as repercussões na forma de organização do Estado, recuperando a narrativa das reformas administrativas ocorridas no Brasil (patrimonialismo, burocracia e gerencialismo); b) as características da reforma gerencial e os principais instrumentos e a legislação inerente, visando explicar e interpretar os discursos para a adoção do terceiro setor como alternativa ao Estado; c) a identificação das formas de trabalho na Administração Pública brasileira e a precarização promovida verticalmente, com a diminuição de direitos e garantias dos servidores públicos, e horizontalmente, com a ampliação da terceirização; d) o estudo do caso concreto da “publicização” da saúde ocorrida no Município de Maceió, mediante análise comparativa entre regimes de proteção social dos servidores públicos e empregados contratados pelas organizações sociais.

Para tanto, também será realizada pesquisa documental das normas e decisões que

possibilitaram a reforma gerencial e a terceirização, além da análise de qualquer outro material que possua alguma relação com os objetivos da pesquisa. Registra-se ainda a utilização da técnica da documentação indireta (BITTAR, 2007), na medida em que a coleta de dados ficará restrita aos documentos escritos. A pesquisa bibliográfica será realizada em livros, artigos científicos, jornais e revistas que já se tornaram públicos em relação ao tema estudado.

O presente trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, serão verificados os principais modelos econômicos no contexto mundial, latino-americano e brasileiro, analisando-se as principais características do liberalismo, bem-estar social e do neoliberalismo, que de um Estado agigantado, interventor e provedor, abre espaço para um Estado mínimo, absentista e ordeiro. Procurará demonstrar a influência das forças econômicas na forma de organização do Estado e os modelos a partir das diversas reformas administrativas.

Ainda neste capítulo, serão abordados os principais modelos de gestão da coisa pública, verificando-se os aspectos do patrimonialismo, da burocracia weberiana, do gerencialismo e suas tentativas de implementação na Administração Pública brasileira. Com uma atenção maior na reforma gerencial, serão enfocados o cenário internacional e a influência do Consenso de Washington nas escolhas políticas e econômicas nacionais desde a década de noventa, buscando as raízes da crença institucional e social de que o “Estado (brasileiro) é ineficiente e deficitário”.

O segundo capítulo terá por base a análise da reforma gerencial a partir do ordenamento jurídico brasileiro, com a observação dos fundamentos jurídicos que embasaram a Administração Pública na Constituição de 1988, objetivando contextualizá-los com a Emenda Constitucional nº 19/1988, que promoveu a reforma administrativa e introduziu o “princípio da eficiência”, ponto em que também será examinado o discurso de que a solução para a “melhoria na qualidade dos serviços” acha-se associada à privatização do patrimônio e à gestão administrativa “publicizada”.

Ademais, será visto o fenômeno da ampliação da privatização dos serviços públicos não exclusivos no Brasil e o argumento do terceiro setor para a superação da crise, adentrando na análise da lei que criou as organizações sociais em âmbito federal e na decisão do Supremo Tribunal Federal que enfrentou a sua constitucionalidade. Necessário também analisar questões como a base legal e a adequação jurídica destas escolhas, e as possíveis incongruências na legislação aplicada, tendo por base os paradigmas adotados pela Constituição de 1988.

O terceiro capítulo será dedicado à precarização das relações de trabalho na Administração Pública – tanto a precarização vertical promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a partir da redução de direitos e garantias dos servidores públicos, como a precarização horizontal, oriunda da “publicização” e baseada no processo de transformação

paulatina dos servidores públicos em trabalhadores da iniciativa privada.

Neste capítulo, será dada uma especial atenção à terceirização na Administração Pública, propondo-se a ampliação do seu conceito para incluir a “publicização” e a “concessão de serviços públicos” como forma de terceirização da atividade-fim pública. Nesse contexto, avaliam-se os mais recentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema e a (não) aplicação da nova regulamentação de terceirização privada na Administração Pública.

No quarto capítulo será realizado um estudo de caso da “publicização” no Município de Maceió, mediante a transferência de duas Unidades de Pronto Atendimento recém-inauguradas para uma organização social. Para tanto, será analisada a organização do sistema público de saúde no ordenamento jurídico brasileiro e como ele se estrutura neste Município.

Ainda será verificada a possível precarização ocorrida nas relações de trabalho em virtude da adoção do gerencialismo em âmbito municipal, em especial através da comparação dos direitos sociais garantidos aos servidores públicos municipais com os dos trabalhadores das organizações sociais que desempenham funções semelhantes.

Assim, esta pesquisa será desenvolvida com intuito de verificar como o Estado Empresarial contribuiu para o processo de precarização das relações de trabalho na Administração Pública brasileira, através da redução dos direitos e garantias dos servidores públicos, bem como por meio da substituição gradual destes servidores por trabalhadores da iniciativa privada, promovida pela “publicização”.

2 MODELOS ECONÔMICOS E OS IMPACTOS NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Para se compreender os processos de terceirização e de precarização das relações de trabalho ocorridos na Administração Pública¹ brasileira, é necessário entender em qual contexto de Estado ela está inserida, pois, desde a formação do Estado moderno com base no regime absolutista, seus papéis, funções, atribuições, responsabilidades ou deveres vêm sendo revisitados com certa frequência, em especial no tocante à sua ampliação ou diminuição, o que repercute diretamente naqueles que executam a função pública.

Segundo Mello (2013, p. 52), a globalização foi a justificativa utilizada para reformar o Estado de modo a reduzir a sua atuação em níveis mínimos, a partir da privatização dos serviços públicos, da flexibilização da legislação que protege os economicamente hipossuficientes e da abertura dos mercados dos países subdesenvolvidos, para que não houvesse freios ao capital especulativo internacional. Os atores da globalização enfraqueceram as conquistas sociais e ocuparam os mercados abertos até mesmo “no campo dos serviços públicos, expulsando os Estados nacionais, que até então preenchiam tal espaço e o tinham como reservado”.

Este capítulo tem como objetivo verificar os principais modelos econômicos no panorama mundial, latino-americano e brasileiro, analisando as características centrais do liberalismo, do Estado de Bem-Estar Social e do neoliberalismo. Neste último, um Estado agigantado, interventor e provedor abre espaço para um Estado mínimo, absenteísta e ordeiro. Visa ainda demonstrar a influência das forças econômicas na forma de organização do Estado, que ditam os modelos a partir das diversas reformas administrativas, verificando os principais aspectos do patrimonialismo, da burocracia weberiana, do gerencialismo e suas tentativas de implementação na Administração Pública brasileira.

2.1 Estado Liberal: o surgimento do Estado de Direito e a crença no “livre mercado”

Durante o absolutismo, período em que todos os poderes eram concentrados na mão do soberano, não havia margem para a discussão sobre as funções do Estado, tanto que as máximas aceitas eram: *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) ou *quod principi placuit leges*

¹ Conceituadas como “as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos” [...]. “A expressão Administração Pública, bem como, abreviadamente, a Administração, como também comumente se emprega, quando venham grafadas com iniciais maiúsculas, não são designativas da atividade, mas do ente ou do órgão que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de Estado-administrador ou, por vezes, de Governo, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excludente das atividades legislativas e jurisdicionais” (MOREIRA NETO, 2014, p. 371-372).

habet vigorem (o que agrada ao príncipe tem vigor de lei) (MELLO, 2013, p. 47-49).

Com a Revolução Francesa no final do século XIX, é proposta a liberdade em face do despotismo na Europa; a burguesia revolucionária reduziu os poderes da Coroa e os privilégios dos senhores feudais, garantindo as liberdades individuais do cidadão. Trata-se de uma concepção burguesa da ordem política e do primeiro Estado de Direito²: “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo” (BONAVIDES, 2014, p. 41-61).

Este primeiro modelo de Estado de Direito tinha por base o liberalismo econômico de Adam Smith (1723-1790), razão pela qual se chama também de Estado Liberal. Seu princípio maior era a crença no “livre mercado”, sob o argumento de que “o comércio não pode sofrer qualquer tipo de restrição”, pois “o elemento motor do progresso é o lucro”. Assim, por considerar o Estado como “mau administrador, sendo, portanto, improdutivo, e suas atividades econômicas constituem um desperdício”, deveria “se abster de qualquer coação nesse campo” e se limitar à manutenção da justiça, ordem social, defesa nacional e alguns serviços sociais, desde que mantivesse um equilíbrio fiscal, ou seja, que apresentasse receitas e despesas equilibradas (CANO, 2007, p. 130-131).

Ocorre que a partir do momento em que a burguesia toma conta do controle político da sociedade, abandona os princípios universais adotados e a igualdade passa a ser seguida num plano meramente formal, conservando uma ideologia de classe. A liberdade contratual, na primeira fase da Revolução Industrial (entre meados do século XVIII e o final do século XIX), conduziu à exploração desumana do trabalho e a métodos brutais de exploração econômica (BONAVIDES, 2014, p. 42-59).

No entanto, a crença no livre mercado foi aceita até a década de vinte do século passado, quando a “crise de 29” assolou diversas economias desenvolvidas e exigiu que os princípios liberais fossem revistos, dada a necessidade de intervenção direta do Estado para amenizar os efeitos da depressão gerada na renda e emprego (CANO, 2007, p. 130-131).

O Brasil, marcado por ser um país de economia primária exportadora, adotava a política

² Somente com a submissão do Estado ao Direito é que foi possível regular a relação entre governantes e administrados, o que marca o surgimento do Direito Administrativo, que tem base em Rousseau e seu princípio da igualdade, do qual decorre a soberania popular, e em Montesquieu e sua divisão do Poder do Estado como forma de limitação da sua atuação (MELLO, 2013, p. 47-49). Costuma-se apontar como data para o surgimento deste Direito o dia 28, Pluvioso, do Ano VIII (1800), quando a Revolução Francesa trouxe a primeira lei reguladora da Administração Pública, já que o período anterior era marcado pelo patrimonialismo e arbítrio, inexistindo condições para o crescimento de um direito público (MOREIRA NETO, 2015, p. 141). No mesmo sentido, Mello (2013, p. 38) afirma que somente com a Revolução Francesa e com o fim do absolutismo é que se poderia ter campo para “disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados”, o que considera “um filho legítimo do Estado de Direito”.

econômica liberal, com um Estado pouco intervencionista e de incipiente formação industrial. A oligarquias é que mantinham o poder. A “crise de 29” é considerada “um divisor de águas na história e na economia brasileira” (CANO, 2000, p. 159-163).

2.2 Estado Social: keynesianismo e desenvolvimentismo

Este “divisor de águas” deu início à formação de outro modelo de Estado, o Estado Social, consagrado em especial na Europa pós-Segunda Guerra Mundial. Trata-se de uma transformação do Estado Liberal que não se confunde com o socialismo marxista³, uma vez que “conserva a sua adesão à ordem capitalista”, no entanto, o domínio da burguesia é atenuado, a partir de um Estado “mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital”, que “busca superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social” (BONAVIDES, 2014, p. 184-186).

Segundo Mello (2013, p. 49), à medida que os detentores do poder político e econômico sacrificavam uma parcela da sociedade em benefício próprio, o ideário social foi incorporado, passando então a constituir o Estado Social de Direito, Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) ou Estado-Providência, que considera como “o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana”.

Sintetizando o seu papel, Bonavides (2014, p. 184-186) dispõe o seguinte:

coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social. (Grifou-se)

O Estado Social é uma consequência da “crise de 29”, pois, para a manutenção do capitalismo, foi necessária a revisão do pensamento liberal, em virtude da falha dos seus postulados. Neste contexto, Keynes (1996, p. 312) propõe um maior protagonismo do Estado a partir da sua intervenção no mercado e na sociedade com políticas monetárias, econômicas e fiscais anticíclicas, objetivando a compensação da economia em casos de desequilíbrios

³ “À medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, correrá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista” (BONAVIDES, 2014, p. 186).

econômicos.

Keynes (1996, p. 345-346) propôs certos controles às atividades confiadas à iniciativa privada, influenciando o consumo a partir da fixação da taxa de juros e de outras medidas, como a socialização dos investimentos para possibilitar o “pleno emprego”, além de fórmulas que permitiriam a cooperação do Estado com a iniciativa privada. Não se trata de apropriação dos meios de produção pelo Estado, mas sim de uma centralização das decisões que contribuiria com o bom uso dos fatores de produção. Com todo este protagonismo, “os controles centrais necessários para assegurar o pleno emprego, exigirão, naturalmente, uma considerável extensão das funções tradicionais do governo”.

Desta forma, o “modelo keynesiano” tinha como base a ampliação das funções do Estado para “ajustar a propensão a consumir com o incentivo para investir” e o estímulo ao emprego como o único meio para evitar a destruição da economia vigente. Trazia uma proposta diferente dos regimes autoritários contemporâneos, que conseguiram resolver o problema do desemprego consequente do capitalismo com a eliminação da liberdade (KEYNES, 1996, p. 347).

No âmbito da América Latina, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), criada em 1948 pelo economista Raúl Prebisch, propugnou diversos projetos de desenvolvimento nacional. O “corte cepalino ou desenvolvimentista” apregoa que o atraso destes países seria superado com a industrialização promovida pelo Estado, criando economias nacionais autossustentáveis a partir da presença estatal ativa e do controle do câmbio. “O Brasil é um exemplo de projeto de desenvolvimento nacional: de estatismo e industrialismo” (PEREIRA, 1998, p. 28-29).

Neste contexto, a “crise de 1929” também foi decisiva na economia latino-americana. Voltada para a exportação, sua infraestrutura servia para facilitar o escoamento dos produtos primários. A partir do momento que resolve voltar-se para fora, o setor público é pressionado devido à ausência de infraestrutura socioeconômica e à escassez de empresários dinâmicos. Em virtude disso, passa a atuar no planejamento, verificando as necessidades fundamentais e orientando o setor privado por intermédio de elementos indutores, como obras públicas e a implantação de unidades produtoras estratégicas (CANO, 2007, p. 163-164).

Além disto, passa a promover atos voltados ao desenvolvimento e à sensibilização do empresário privado, como vantagens fiscais, creditícias e cambiais, com a criação e a expansão dos bancos de desenvolvimento, possibilitando investimentos de longo prazo. Executa ainda as metas e objetivos do plano de governo, com investimentos públicos na infraestrutura socioeconômica e a instalação de empresas públicas para a oferta de insumos e bens de capital

estratégicos⁴ (CANO, 2007, p. 163-164).

O Estado Social brasileiro, em especial no início da década de trinta até o fim da Era Vargas (1954), seguiu esta tendência com grandes transformações em função da expressiva legislação de proteção ao trabalhador, além da regulamentação da Previdência Social e segurança do trabalho e da ampliação da intervenção econômica do Estado. Foi uma política nacionalista e desenvolvimentista que aprofundou o modelo de industrialização baseado no controle e na substituição das importações (CANO, 2000, p. 160-161).

Neste período, o Estado brasileiro foi modificado com a criação de várias instituições estatais para efetivar o seu novo papel, a exemplo de instituições de financiamento de médio e longo prazo e empresas produtoras de aço, petróleo, mineração etc. Novos mecanismos de política econômica e de planejamento foram elaborados para permitir a modernização industrial e pôr fim aos problemas inerentes à falta de infraestrutura, como energia, transporte e indústria de base, passando a produzir matéria-prima para outras indústrias (CANO, 2000, p. 168-170).

Juscelino Kubitschek (1956-1961) também seguiu com o desenvolvimento, aprofundando ainda mais a industrialização. Seu “Plano de Metas” priorizou energia, transportes e indústria de base. Para alcançar os objetivos, criou Grupos Executivos Industriais e esquemas paralelos da Administração Pública com o fim de contornar a máquina burocrática estatal, que entendia dificultar este processo (CANO, 2000, p. 172-174).

Os avanços ocorridos nos mais diversos campos não eliminaram as críticas que o Estado Social passou a sofrer em todo o planeta, sobretudo em razão do controle imposto e dos seus investimentos públicos. Com isto, os interesses econômicos dos mais fortes no plano interno e internacional passaram a realizar um “darwinismo social e político”, iniciando o processo de desconstituição (MELLO, 2013, p. 51-52).

2.3 Estado Neoliberal: o processo de financeirização e o Consenso de Washington

O declínio do Estado interventor foi marcado pelo processo de “financeirização”⁵, que

⁴ Essa prática intervencionista do Estado nos países subdesenvolvidos ocorre em virtude de pressões do setor privado, como no caso do investimento em infraestrutura que, por possuir baixa ou nenhuma lucratividade e por não poder ser vendido individualmente, dificilmente poderia ser objeto de mercado. Ademais, quando atua na produção de bens e serviços, o Estado ingressa em atividades necessárias de baixo ou nenhum lucro, e até mesmo onde há déficits (CANO, 2007, p. 164-167).

⁵ “No capital comercial [e industrial] ocorre uma atividade mediadora, seja ela considerada logro, trabalho ou qualquer outra coisa. No capital portador de juros, ao contrário, apresenta-se o caráter autorreprodutor do capital, o valor que se valoriza, a produção de mais-valia como qualidade oculta, em estado puro” (MARX, 1986, p. 118), ou seja, o processo industrial ainda leva em consideração os meios de produção e a força de trabalho para se chegar a um valor excedente; ao passo que no processo de financeirização fica excluído qualquer elemento social, uma vez que a mais-valia é obtida a partir do próprio capital.

ganha força nos países desenvolvidos na década de setenta. Em especial após os choques do petróleo⁶, quando se passa a sustentar que os problemas do Estado decorrem de seu intervencionismo, e, por tal razão, seria necessária a implementação de políticas econômicas de liberalização da economia e a redução do tamanho do Estado (CANO, 2000, p. 25).

Tais medidas ganharam força com o resgate das teorias liberais de Adam Smith por um grupo de economistas, historiadores e filósofos⁷ que se reuniu para sustentar que “a mão invisível do mercado constituía o melhor recurso” visando ao benefício de todos. Tratava-se de uma “ideologia pró-mercado” que se opunha não apenas ao “marxismo, mas ao socialismo, ao planejamento estatal e ao intervencionismo keynesiano” (HARVEY, 2008, p. 30), pois o Estado seria falho ao se sujeitar às tendências de grupos de interesses, bem como por errar em suas decisões com relação aos investimentos e à acumulação do capital; tão só o mercado possuiria a tecnologia e a informação necessárias para realizar as melhores escolhas.

O “neoliberalismo” começa a ser implementado pouco a pouco nos mais diversos países, sob o argumento de que o desemprego era consequência do alto custo das proteções ao trabalho garantidas pelo Estado. Assim é que, em meados dos anos oitenta, Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, assumem a missão de restaurar a economia e iniciam um processo de desconstrução do Estado de Bem-Estar Social nos países desenvolvidos (HARVEY, 2008, p. 32).

Para Guimarães e Madeiro (2011), a principal justificativa do neoliberalismo foi a da “teoria dos custos de transação”, iniciada por Ronald Coase na década de 1920 e retomada em 1980 por Oliver Williamson. Essa teoria pressupõe que o Estado sempre atua de forma mais onerosa que qualquer outra organização, seja em função da complexa estrutura inerente aos Estados, seja pela ausência de concorrência. Assim, “a terceirização de alguns de seus serviços, sua transformação em mercado concorrencial ou a atuação de associações civis seriam formas mais econômicas de oferecimentos de diversos serviços públicos” (2011, p. 8).

A tese de progresso passou a ser a “globalização”, marcada pela abertura de mercado dos países para o ingresso no capitalismo internacional. Como consequência, a redução do papel do Estado a um mínimo, limitando-se a regulação, flexibilizando diversas relações, como a

⁶ Com a crise do petróleo, os Estados Unidos elevaram sua taxa de juros de 7% para 21%, tendo em vista que a maior parte dos contratos possuía juros flutuantes, bem como que seus devedores eram do setor privado dos países subdesenvolvidos. Os Estados foram pressionados a assumir esta dívida; “a partir daí o peso da dívida e, sobretudo, de suas amortizações e de seus juros arrebentou com as finanças públicas”. No Brasil este processo de “estatização da dívida externa” aumentou na proporção de 25% para 75% da dívida pública líquida interna. “Inflação, hiperinflação e estagnação foram as marcas da década de 1980”, considerada como a “década perdida”, na medida em que estes países foram devastados para capitalizar a economia estadunidense (CANO, 2007, p. 167-168).

⁷ Em 1947 foi criada a *Mont Pelerin Society* (Sociedade Mont Pelerin), que tinha como membros Friedrich von Hayek, Ludwig von Mises, Milton Friedman, Karl Popper, entre outros (HARVEY, 2008, p. 30).

trabalhista, e o bem-estar seria alcançando com a livre atuação das empresas (MELLO, 2013, p. 1.088-1.089).

Na América Latina, o Estado Neoliberal chega de forma mais agressiva após uma reunião entre os funcionários do governo americano, do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial, do Banco Interamericano de Desenvolvimento e os governos e economistas latino-americanos, em 1989, que tinha por objetivo “resolver” o problema destas economias devastadas na década de oitenta, pelo pagamento da dívida externa. Trata-se do Consenso de Washington, que apesar de não possuir caráter deliberativo, detém grande força⁸ para a adoção deste modelo de Estado nos países latino-americanos. Sua adoção é condição indispensável para a cooperação financeira (BATISTA, 1994, p. 5-6).

A avaliação objeto do Consenso de Washington abrangeu dez áreas: “1. disciplina fiscal; 2. priorização dos gastos públicos; 3. reforma tributária; 4. liberalização financeira; 5. regime cambial; 6. liberalização comercial; 7. investimento direto estrangeiro; 8. privatização; 9. desregulação; e 10. propriedade intelectual.” [...] As propostas do Consenso de Washington nas dez áreas a que se dedicou convergem para dois objetivos básicos: por um lado, a drástica redução do Estado e a corrosão do conceito de Nação; por outro, o máximo de abertura à importação de bens e serviços e à entrada de capitais de risco. Tudo em nome de um grande princípio: o da soberania absoluta do mercado autorregulável nas relações econômicas tanto internas quanto externas (BATISTA, 1994, p. 18). (Grifou-se)

Com isto, percebe-se que o elemento propulsor do neoliberalismo é o “equilíbrio das finanças públicas” como forma de combater a inflação e restabelecer a confiança na capacidade do governo para a gestão de sua moeda, o que é saudável para a economia de qualquer país. Este ajuste fiscal se dará por meio de um encontro de contas entre as despesas e as receitas públicas; ocorre que a política imposta não faz a necessária distinção entre despesas de investimentos e despesas correntes, quando o equilíbrio deveria ser buscado tão somente entre estas e as receitas tributárias (BATISTA, 1994, p. 19-20).

Ao ignorar esta distinção, o país vê-se engessado em nome da responsabilidade fiscal, já que não poderá realizar investimentos, o que levará a um “nível tão baixo de receitas e despesas que inviabiliza o desempenho pelo Estado de funções essenciais de incentivador do desenvolvimento, de promotor do pleno emprego e da justiça social” (BATISTA, 1994, p. 19-20).

Para além dessas medidas, o Consenso de Washington propôs um retorno ao passado a

⁸ Esta força decorre do comprometimento da autonomia dos Estados em decorrência da interdependência em face da economia globalizada, na medida em que a sua autoridade diminui devido à “porosidade das fronteiras”, à “dificuldade de controlar os fluxos transfronteiriços monetários, de mercadorias e de informação”, até porque são os governos dos países centrais, as empresas transnacionais, instituições como FMI, Banco Mundial e G7, que tomam a maior parte das decisões que afetam a vida das pessoas, sem que elas saibam disso ou consintam nisso. “Está claro que os ‘diktats’ externos suplantam muitas vezes o Estado na sua soberania de regulação social” (ARNAUD, 1999, p. 154-171).

partir da reinserção internacional do Brasil pela revalorização da agricultura de exportação, ignorando todo o movimento de industrialização iniciado na década de trinta. Lança mão do argumento das “vantagens comparativas” por possuir “vocação natural” para a exportação de produtos primários e de produtos manufaturados, tendo em vista a existência de mão de obra não qualificada e com baixos salários (BATISTA, 1994, p. 6).

De acordo com tal entendimento, cada país deveria concentrar-se na atividade em que possua maiores vantagens para propiciar melhores acordos no mercado internacional. Ocorre que, sob esta concep o, “o capital e a tecnologia só se transfeririam entre na es para a explora o de recursos naturais ou para serviços cuja presta o exige presença no local onde são fornecidos”; ademais, as vantagens comparativas seriam perpetuadas numa “situa o socialmente injusta e economicamente retrógrada, visando enfrentar as visíveis nuvens negras do protecionismo que começam a se esboçar no horizonte dos mercados dos países desenvolvidos, em nome do que já classificam de ‘*dumping social*’” (BATISTA, 1994, p. 6).

Como as economias latino-americanas estavam devastadas e necessitavam dos empréstimos internacionais para se reerguer, passaram a se reestruturar adotando o “pacote de políticas neoliberais”, com a abertura comercial, a desregulamenta o do capital estrangeiro e um “ajuste importador”, além da reforma do aparelho do Estado com um forte viés privatizante (CANO, 2007, p. 171).

O Brasil foi o último a aceitar este receituário. Apesar da abertura comercial no início da década de noventa, passou a aplicá-lo de forma mais agressiva da metade para o final desta década, com o Plano Real e a reforma administrativa gerencial. Isso gerou diversos problemas para um país sem capital e tecnologia e com juros altos, o que inviabilizou as pequenas empresas, devido   competitividade indiscriminada, internacionalizando a mão de obra, entre outros efeitos negativos (PEREIRA, 1998, p. 30-31).

  nesse contexto que Arnoud (1999, p. 174-180) trata do desengajamento progressivo do Estado de Bem-Estar Social, por se apoiar nas corpora es e no capital transnacional, mediante um Estado mínimo que condena toda e qualquer medida protecionista, exercendo um papel regulador de definir as regras do jogo e de harmonizar os comportamentos dos atores econômicos. A a o política passa de governo a “governança”⁹ em nome da estabilidade da ordem internacional, e os conceitos de cidadania, soberania e autodetermina o são

⁹ “Governança   termo introduzido pelo Banco Mundial para discutir as condi es para que os Estados fossem eficientes. Foram condi es para o financiamento dos Estados. [...]   desdobramento das ideias de  tica e responsabilidade social. A origem da governança encontra-se na iniciativa privada, no chamado conflito de agência. [...] Nessa teoria, o principal (acionista ou proprietário) contrata agentes (executivos, conselheiros) para administrar a empresa” (MAXIMIANO; NOHARA, 2017).

permanentemente questionados.

A reforma administrativa da década de noventa, conforme será visto, seguiu a proposta de redução do tamanho do Estado. Somente na esfera federal foram suprimidos 357 mil cargos públicos, vendidos 10 mil imóveis e 2.300 veículos; várias instituições públicas foram extintas, criaram-se as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público com o objetivo de desonerar o orçamento público, reduziram-se os direitos trabalhistas e previdenciários dos servidores públicos¹⁰, privatizaram-se e concederam-se serviços públicos, tudo em nome de saldar a dívida pública e promover a “eficiência” privada nos setores públicos¹¹ (CANO, 2007, p. 171).

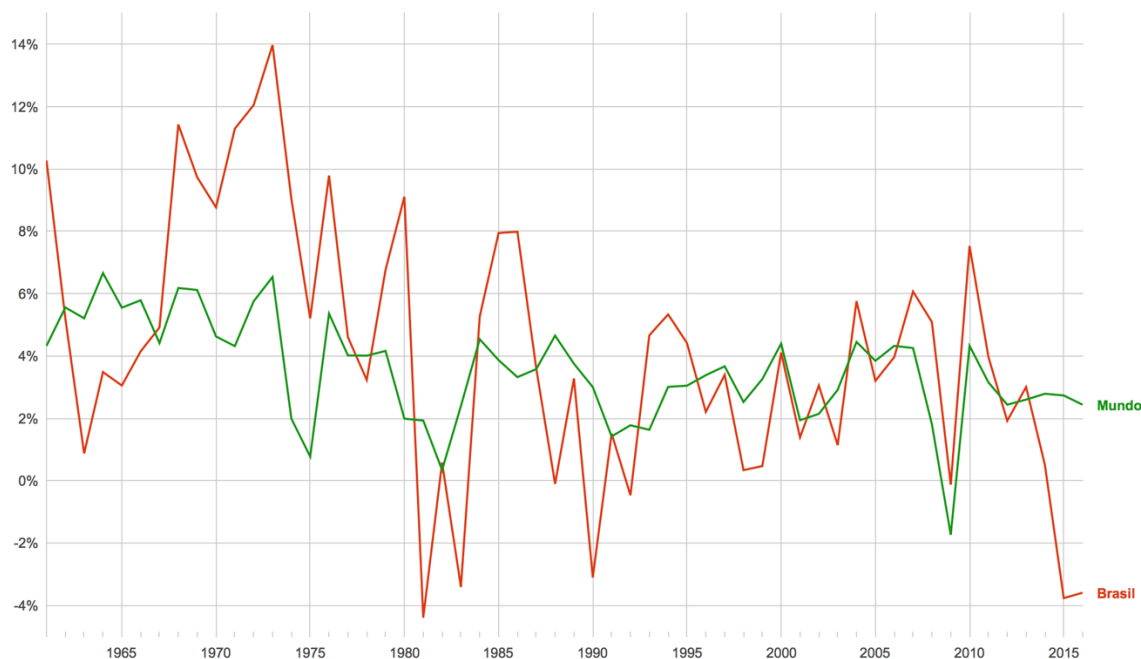
Ocorre que até mesmo Bresser-Pereira (2016, p. 163), idealizador desta reforma, atesta o fracasso econômico e político da globalização, bem como da financeirização e do neoliberalismo, e sustenta a necessidade de um “novo-desenvolvimentismo” que garanta a recuperação dos países em desenvolvimento, a democracia, a redução das desigualdades sociais e a proteção do meio ambiente, inclusive através do aumento dos gastos públicos nos serviços de educação, saúde, previdência e assistência social.

Dados do Banco Mundial mostram que os períodos de maior crescimento da economia brasileira se concentram naqueles momentos em que o Estado se manteve mais presente, adotando políticas intervencionistas; de outra banda, o período neoliberal (1990) é marcado por péssimas taxas de crescimento.

¹⁰ Não obstante as divergências doutrinárias, opta-se pela expressão servidor público como aquele trabalhador que ingressa na Administração Pública via concurso público, permanentemente ligado por um vínculo jurídico-administrativo e detentor de uma gama de direitos e garantias específicas que tem por objetivo a satisfação do interesse público.

¹¹ Cano (2007, p. 171) sustenta que o real objetivo por trás das reformas foi o de atrair o capital estrangeiro, visando amenizar o prejuízo no balanço de pagamentos oriundo das importações causadas pela abertura comercial. Ainda segundo Cano (2014, p. 30-32), o Brasil entrou na globalização, assumindo compromissos internacionais, abrindo a conta de capital, perdendo o controle sobre a entrada e a saída de capital internacional e nacional, sobre remessas de lucros e fluxos de investimento, bem como sobre a soberania na sua política cambial, fiscal e monetária.

Figura 1 – Taxa de crescimento do Produto Interno Bruto no Brasil e no Mundo



Fonte: Banco Mundial, 2017.

Apesar dos dados, a atual política adotada retoma com maior força as políticas implantadas na década de noventa. Nos últimos anos, assiste-se a um ultraliberalismo no Brasil a partir de extremada redução do Estado em favor da recuperação da “confiança dos investidores”, com políticas agressivas de privatização, terceirização, reforma trabalhista¹² e previdenciária, tudo em nome, conforme será visto, do equilíbrio das contas públicas.

2.4 Reflexos dos modelos econômicos na Administração Pública brasileira: entre avanços e retrocessos

A Administração Pública deve estar em consonância com um modelo democrático e condizente com a complexidade das relações que envolvem o Estado contemporâneo. Esta noção foi conquistada a partir de uma evolução que pode ser sintetizada em três fases sucessivas: inicialmente, pela fase do absolutismo, em que imperava a administração patrimonialista, na qual o rei é o senhor da administração; a fase do estatismo, marcada pelo interesse do Estado a partir da administração burocrática; e, a mais recente, a fase democrática,

¹² Esta lei entrou em vigor em 11/11/2017 e recebeu o nome de “reforma trabalhista” por realizar uma profunda mudança em mais de cem artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Mais do que a expressividade dos números, esta reforma implicou uma radical transformação do espírito que permeava o principal diploma de proteção das relações laborais, passando a servir mais como um instrumento de garantia do empregador diante de tão controversas relações, em virtude da flexibilidade promovida. Em 14/11/2014 foi aprovada a “reforma da reforma trabalhista” com a Medida Provisória nº 808, mitigando os efeitos causados pela primeira reforma.

marcada pela administração gerencial, em que supostamente prevalece o interesse da sociedade (MOREIRA NETO, 2014, p. 261).

Como visto, os diversos modelos econômicos alteraram profundamente a forma de organização do Estado, o que exigiu, por consequência, as chamadas reformas administrativas a partir de alguns modelos concebidos. Ocorre que no cenário brasileiro tais adaptações sofrem certas peculiaridades devido à acumulação de fenômenos. Por tal razão, mais do que uma simples incursão histórica, o objetivo é demonstrar como a Administração Pública brasileira evoluiu e como se apresenta atualmente, além de consignar as suas principais rupturas e propostas para a busca da satisfação dos direitos sociais.

2.4.1 O patrimonialismo histórico e duradouro

Ainda no Brasil colônia, período que compreende desde a sua descoberta até 1822, a Administração Pública brasileira foi criada, consolidando-se a partir do “exercício privado de funções públicas e do exercício público de atribuições não legais”, através de um governo que desrespeitava a lei e o Direito (FAORO, 2012, p. 225). Tratava-se do patrimonialismo como forma de gestão da coisa pública típico da fase absolutista¹³.

Carvalho (2005, p. 28) assevera que o Brasil admitia uma administração patrimonialista, na qual “o próprio patrimônio do Estado se confundia com o patrimônio do monarca”. Uma administração personalista, que “prestigia o subjetivismo nas decisões administrativas” e favorece a “promoção dos interesses pessoais dos agentes públicos”.

Faoro anota que a origem desta forma de organização social se dá em decorrência da sua colonização, uma vez que o Reino de Portugal, desde a sua independência no século XII, conquistou um imenso patrimônio rural que se confundia com o domínio da casa real, “aplicando o produto nas necessidades coletivas ou pessoais, sob as circunstâncias que

¹³ Em análise do perfil e vícios do administrador público personalista, Carvalho (2005, p. 41-42) resume as principais práticas patrimonialistas: “ajuda dita imprescindível de seus familiares (nepotismo), uma vez que, tratando-se de funções consideradas de confiança, alega que somente por estes poderiam ser devidamente ocupadas. [...] distribuirá favores para seus protegidos e para os que ajudaram na sua eleição (clientelismo) e realizará barganhas indecorosas (fisiologismo) para conseguir aprovar suas medidas junto ao Legislativo. [...] Conservará ou aumentará privilégios indevidos de certas castas poderosas (corporativismo), e fará de tudo para, à surdina, prejudicar os interesses dos adversários que não comungam da mesma ideologia política (perseguição). [...] ajudará de maneira imoral pessoas e grupos na obtenção de certos direitos e na escusa de certas obrigações (favoritismo). Às escondidas (sigilo do que é público), as decisões serão tomadas exclusivamente de acordo com o humor do administrador (subjetivismo) e terão como verdadeira motivação a promoção do grupo que ocupa o poder (partidarismo)”. Há ainda o coronelismo, que segundo Leal “é um sistema de reciprocidade: de um lado, os chefes municipais e os ‘coronéis’, que conduzem magotes de eleitores [...]; de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial” (GUIMARÃES; MADEIRO, 2011, p. 12). Toda esta estrutura contribui para as práticas de corrupção.

distinguiam mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe” (2012, p. 25), diferentemente da maioria dos países ocidentais, marcada pelo clássico feudalismo, que fixava direitos, privilégios e obrigações para a aristocracia. Desta forma, não houve corpos intermediários com autonomia política; em verdade, prendiam-se “os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano” (2012, p. 25).

Devido a essa centralização do poder na figura do príncipe, toda exploração industrial e comercial estava sob seu controle, sobretudo os setores mais lucrativos. Com isto, existia uma aristocracia fraca economicamente e completamente dependente da Coroa, mediante a outorga de privilégios e favores, como a apropriação do patrimônio público e o acesso a cargos públicos, “conduzindo a economia como se fosse empresa sua” (FAORO, 2012, p. 50).

Guimarães e Madeiro (2011, p. 10) observam ainda que Portugal tinha dificuldades de gerir a colônia em razão da centralização de poder nas mãos dos senhores locais, o que resultava numa relação de dependência entre o Estado e estes senhores, que formavam uma aristocracia nativa, base da representatividade a partir da concessão de poderes e rendas no Brasil.

Com a transferência da Corte portuguesa para o Rio de Janeiro em 1808, este movimento foi intensificado e reproduzido no Brasil, pois o Reino se confundia com a colônia. Com a Corte veio toda a classe de funcionários dependentes, que passaram a desenvolver a atividade mercantil, inclusive no tocante aos escravos. Ainda hoje se mantém viva boa parte destas tradições (FAORO, 2012, p. 314).

Aliás, verificando-se o texto de Gilberto Freyre, “Casa Grande e Senzala” (1995), verifica-se que esta relação entre clãs e poder político é de longa data: as famílias que receberam sesmarias da Coroa portuguesa, e que ocupavam os cargos públicos, em nome da Coroa, há alguns séculos, são as mesmas famílias detentoras de terras e ocupantes dos cargos públicos de hoje em dia (GUIMARÃES; MADEIRO, 2011, p. 10). (Grifou-se)

No entanto, sobreveio a República em 1889 e o Estado não mais poderia ser considerado como uma ampliação do círculo familiar, ou como uma integração da vontade de particulares, uma vez que se trata de uma forma de governo que não se permite a apropriação privada da coisa pública (*rent-seeking*). Somente com a “transgressão” deste pensamento é que nasce o Estado e que o “indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade” (HOLANDA, 1995, p. 184).

Carvalho (2005, p. 28) observa a dificuldade de ruptura com o passado, tanto em virtude da grandeza da máquina, como por causa da cultura do permissionismo, dada a “passividade e a tolerância da população brasileira”. Nesse sentido, é possível afirmar que a ideia republicana autêntica nunca chegou a vigorar no Brasil, pois o “monstro patrimonial-estamental-autoritário” ainda está vivo na realidade brasileira. Citando Frei Vicente do Salvador, “nenhum homem

nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular” (FAORO, 2013, p. 12).

Na visão do “funcionário patrimonial”, a gestão da coisa pública é assunto de seu interesse particular, na medida em que as funções, empregos e benefícios são tidos como direitos pessoais deste funcionário. A escolha das pessoas que exercerão funções públicas é feita de acordo com a confiança pessoal e não com suas capacidades; o que predomina na história do Brasil é a pessoalidade a partir do predomínio da vontade dos particulares (HOLANDA, 1995, p. 190-191).

Até as primeiras décadas do século XX, o Estado brasileiro se caracterizava como um Estado oligárquico, de economia agrícola mercantil, no qual apenas uma pequena elite de senhores de terra e políticos patrimonialistas dominavam o poder. Tratava-se de uma sociedade estamental fortemente influenciada pela recente saída da escravidão; o estamento não é mais decorrente da renda da terra, mas sim do patrimônio do Estado, que se confundia com os de seus membros, através da arrecadação de tributos utilizados para a manutenção do poder dominante e do grande corpo de funcionários a ele ligados por diversos laços (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 226).

Nascia uma nova classe média, formada por burocratas patrimonialistas: burocratas porque a renda deriva da apropriação do excedente econômico do Estado; patrimonialistas porque não adotam critérios racional-legais, mas sim um sistema de clientes mantidos pelo Estado, por confundir o patrimônio privado com o público e não se preocupar com a “eficiência” da máquina estatal¹⁴ (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 227).

Com a “crise de 29” e o começo da Era Vargas no Brasil¹⁵, inicia-se a ruptura econômica liberal rumo à implementação do Estado de Bem-Estar Social, o que exigia estudos de reforma administrativa com vistas a suplantarem os padrões patrimonialistas e implantar um modelo que permitisse o desempenho dos novos papéis na regulamentação econômica, o atendimento das demandas sociais e das atribuições impostas pelo sistema produtivo nacional, além de possibilitar a industrialização como meio de desenvolvimento (PINHO, 1998, p. 60-62).

¹⁴ A elite patrimonial tinha origem nas famílias dos donos de terra, mas ganhou autonomia; a maioria era formada pelos detentores do conhecimento jurídico, e outros tantos com formação militar, religiosa e médica; em menor medida, os engenheiros e empresários (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 227).

¹⁵ Bresser-Pereira (2001, p. 231) informa que a reforma burocrática teve como precursor o embaixador Maurício Nabuco, ao reformar o Ministério das Relações de Interesse no final da década de 1920, mas se iniciou de fato em 1936, com a liderança de Getúlio Vargas e de seu delegado Luiz Simões Lopes.

2.4.2 A Era Vargas e sua burocracia inacabada

Somente no primeiro quartel do século XX¹⁶ surge a necessidade de “modernizar” a Administração Pública brasileira, tendo em vista a pretensão de implantar um modelo de desenvolvimento pela substituição das importações. Para tanto, o paradigma geral adotado foi a burocracia weberiana¹⁷.

Optou-se pelo modelo de Weber (1974, p. 260) por entender que a burocracia vai ao encontro da moderna democracia de massas, pois a regulação abstrata da prática da autoridade pressupõe a “igualdade perante a lei”, repudia os “privilégios” e a definição das questões de acordo com cada caso, o que permite um nivelamento de diferenças econômicas e sociais. Desta forma, eliminar-se-ia, ao menos em tese, um Estado voltado tão só ao atendimento dos anseios da classe dominante.

A burocracia permite ainda a especialização das funções administrativas; as tarefas são realizadas de forma objetiva, ou seja, a partir de “regras calculáveis” e “sem relação com pessoas”, já que a burocracia é “desumanizada” ao desconsiderar dos assuntos profissionais os elementos pessoais, irracionais e emocionais, dada a necessidade de obediência ao estabelecido nas normas (WEBER, 1974, p. 250-251).

O modelo não estava isento de críticas. Robert K. Merton sustenta que a burocracia ignora o fator humano nas relações e apresenta as seguintes disfunções: “valorização excessiva dos regulamentos; excesso de formalidade; resistência a mudanças; despersonalização das relações humanas; hierarquização do processo decisório; exibição de sinais de autoridade; dificuldades no atendimento dos clientes” (MAXIMIANO; NOHARA, 2017).

Apesar das críticas, o modelo representa um importante avanço em relação ao

¹⁶ A reforma burocrática se deu na segunda metade do século XIX, na França, Inglaterra e Alemanha. Nos Estados Unidos da América, ocorreu pouco antes que o Brasil, na primeira década do século XX (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 231).

¹⁷ Weber (1864-1920) (1974, p. 229-257) aponta as principais características da burocracia moderna: jurisdição (competência) fixa e oficial estabelecida através de regulamentos; existência de princípios de hierarquia dos postos e níveis de autoridades, sendo possível a supervisão/revisão pelos superiores dos atos praticados pelos postos inferiores; preservação dos documentos escritos; quadro de funcionários que separa a atividade oficial da esfera da vida privada; pressupõe uma administração especializada através de treinamento especializado; a atividade oficial exige a atuação plena do funcionário, entretanto, o desempenho deste cargo deve ser realizado através de regras mais ou menos gerais que possam ser aprendidas por outros; normas devem ser criadas de forma abstrata, visando evitar os privilégios individuais e os favores típicos do patrimonialismo. Importante destacar ainda a que tem como um dos seus pressupostos a concentração dos recursos materiais com o chefe. Weber aduz ainda que a razão do progresso da burocracia é a sua “superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma de organização”, da mesma forma como a máquina não se compara aos outros meios não mecânicos de produção, e aponta como principais vantagens a “precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, discricção, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal”.

patrimonialismo. A primeira grande tentativa¹⁸ de reforma no Brasil deu-se com a Constituição de 1937 e o início do Estado Novo, que implantou práticas de coordenação para trazer racionalidade à organização e a gestão do orçamento e dos recursos humanos com base na burocracia profissional. Novas funções e agências administrativas foram criadas, expandindo o papel social e econômico do Estado intervencionista com formas mais rígidas de controle, visando ao crescimento do Estado nacional brasileiro (REZENDE, 2004, p. 48).

Para além da tarefa política e administrativa, a burocracia teria uma função econômica essencial: a de coordenação das empresas produtoras de bens e serviços públicos e das empresas privadas (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 231). Para tanto, a Administração Pública se expandiu de forma descentralizada, com a criação de 56 novas agências, entre empresas públicas, autarquias e fundações, durante as duas gestões de Vargas (REZENDE, 2004, p. 50).

Apesar dos avanços obtidos, Pinho (1998, p. 65) destaca a falha na implementação deste modelo, uma vez que foi estabelecido “um ‘padrão duplo’. Os altos escalões da burocracia seguiram esse padrão moderno, enquanto os escalões inferiores ficam sujeitos às manipulações populistas e clientelistas”. No mesmo sentido, Faoro (2013, p. 126) afirma que durante a fase de modernização nacional, houve uma conciliação do patrimonialismo com a burocracia, a partir da “domesticação das classes subalternas no clientelismo”.

Bresser-Pereira (2011, p. 81) tece duras críticas ao modelo burocrático; entende que esta forma de gerir a coisa pública não é democrática, pois, apesar de ter como objetivo fundamental a proteção do Estado em face da corrupção e do nepotismo, a sua concepção, ao menos no Brasil ditatorial, trouxe valores autoritários e não logrou resultados satisfatórios.

Houve, ainda, diversas críticas desse primeiro e memorável esforço de profissionalização do funcionalismo, entre as quais se destacam: forte dose de corporativismo, influenciado pela Carta del Lavoro, da qual se extrai uma visão predominantemente estadocêntrica; amparo em teorias administrativistas científicas (Taylor), de inspiração norte-americana, que tomavam como pressuposto a unidade de comando; e separação acentuada das atividades de planejamento e de execução no funcionalismo (NOHARA, 2012, p. 39). (Grifou-se)

Não obstante o atual regime constitucional adotar o modelo gerencial (a ser examinado adiante), Moreira Neto (2014, p. 141) entende que o Brasil, assim como outros países, ainda se acha no curso da transição da administração burocrática, em que permanecem heranças

¹⁸ Para levar a cabo as mudanças, foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil pela Lei nº 284/1936, posteriormente transformado em Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) (Decreto-lei nº 579/1938), responsável pelos recursos humanos, compras governamentais e novos métodos de planejamento e controle internos; passou a exigir concursos públicos e criou o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis em 1939. Esse controle e essa lógica profissional tiveram suas funções e poderes reduzidos com a saída de Vargas em 1945; o patrimonialismo voltou a imperar na Administração Pública (REZENDE, 2004, p. 49).

culturais patrimonialistas e centralizadoras.

2.4.3 Minirreformas administrativas: o prenúncio do gerencialismo

Entre os experimentos das duas grandes reformas ocorridas no Brasil, a burocrática da década de trinta e a gerencial da década de noventa, outras tentativas foram propostas pelos mais diversos governos com o objetivo de reformar o Estado para efetivar as políticas impostas pelas transformações vivenciadas; algumas ficaram apenas no campo do estudo, outras conseguiram imprimir alguma mudança significativa¹⁹.

Entre elas, destaca-se o “Plano de Metas” do Juscelino Kubitschek (1956-61), que, também objetivando o desenvolvimento nacional, aprofundou o modelo industrializante pela substituição de importações, ampliou o conjunto de unidades descentralizadas, numa mudança radical, imprimindo forte complexidade na coordenação e no controle da burocracia, e aumentou o papel do Estado em questões sociais e econômicas, dado o momento histórico de “tentativa” de Estado de Bem-Estar Social vivenciado no Brasil (REZENDE, 2004, p. 52).

Para implementar as políticas públicas em função da expansão do Estado, foi aperfeiçoada a Administração Pública indireta (fundações públicas, autarquias e empresas públicas), com organizações dotadas de maior autonomia jurídica e competência técnica, vinculadas aos ministérios. Apesar dos esforços em criar comissões para desenvolver reformas administrativas, o aumento do papel do Estado não foi acompanhado da revisão da burocracia e do controle, ocorrendo uma profunda descentralização e impactos negativos no desempenho dos serviços públicos (REZENDE, 2004, p. 52-54).

Para tentar remediar esta situação e promover o desenvolvimento nacional, o governo criou um sistema dual (Administração Pública “paralela”), com “ilhas de excelência” para promover as principais políticas públicas, controladas pelo governo federal com base na meritocracia. Os demais setores burocráticos foram abertos, mais uma vez, às práticas políticas e clientelistas (REZENDE, 2004, p. 52-54).

Estas práticas eram tão presentes que, em 1961, Jânio Quadros assume a presidência e adota como lema e bandeira uma vassoura com o objetivo de “varrer a corrupção, o desperdício de dinheiro público, a ineficiência do funcionalismo público, a inflação...”. No entanto, renuncia em poucos meses e não chega a promover mudanças (CANO, 2000, p. 175).

¹⁹ Graciliano Ramos, no final da década de 1930, com sua visão política em defesa do social, criticava aqueles que “vendiam fórmulas inovadoras de administração pública” a partir da defesa de um Estado mínimo (CARVALHO, 2017, p. 59).

Uma nova reforma foi instaurada com o governo militar de 1964²⁰, a Reforma Desenvolvimentista, dando continuidade ao modelo de desenvolvimento a partir do processo de substituição de importações. O Estado deveria ampliar sua intervenção em funções econômicas e sociais. O objetivo da reforma era trazer ganhos de eficiência e racionalidade da burocracia pelo novo padrão de intervenção pública, modelado pela Constituição de 1967, que tinha como especificidade possibilitar a produção pública de bens e serviços como no setor privado (REZENDE, 2004, p. 55).

Para Pinho (1998, p. 64/65), a reforma do aparelho do Estado Burocrático-Autoritário foi mais expressiva com o Decreto nº 200/1967, pois “contorna a rigidez das estruturas da administração direta” e introduz “o espírito gerencial privado na administração do setor paraestatal”. Foi um período de maior intervenção do Estado na economia, criando um número de empresas estatais sem precedentes em todos os setores, seja no produtivo, seja na prestação de serviços públicos.

Este decreto será objeto de aprofundamento nesta pesquisa, uma vez que foi o responsável pela introdução no ordenamento jurídico da terceirização da Administração Pública, ao permitir que a “realização material de atividades executivas” se desse por particulares, através de contratos (BRASIL, 1967).

No mesmo sentido, Bresser-Pereira (2001, p. 239) afirma que a “administração para o desenvolvimento” foi pioneira na medida em que prenunciou reformas gerenciais que só ocorreriam em outros países na década de oitenta. Teve como mérito distinguir com clareza a administração direta da indireta, garantir as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista neste segundo setor, além de conferir maior autonomia, fortalecer e flexibilizar o sistema de mérito e diminuir a burocracia do sistema de compras. Contudo, enfraqueceu o núcleo estratégico do Estado com a contratação de empregados sem concurso público, com baixos salários e sem qualificação, permitindo que as práticas patrimonialistas voltassem à Administração.

Rezende (2004, p. 55-56) afirma que o modelo adotado permitiu a criação descontrolada de empresas estatais e organizações descentralizadas (Tabela 1), ampliando a intervenção econômica e alterando substancialmente a burocracia brasileira; em virtude disso, a Administração e os gastos públicos aumentaram de forma exponencial e esta descentralização

²⁰ De acordo com Bresser-Pereira (2001, p. 237-238), neste período se entendia que a rígida burocracia era incompatível com o desenvolvimento do país. Em 1963, o deputado Amaral Peixoto é nomeado Ministro Extraordinário para a Reforma Administrativa pelo presidente João Goulart, com a atribuição de desenvolver estudos para a formulação de projetos de reforma.

não foi acompanhada de um sistema de controle da qualidade dos serviços e dos gastos públicos, tampouco de um sistema de mérito na burocracia, o que trouxe problemas para o funcionamento do setor público e se tornou um dos principais motivos para a crise fiscal do Estado nos anos oitenta. Ademais, foi rompida a lógica do controle, ao considerar as empresas mais importantes que os ministérios, em razão do valor conferido ao processo de desenvolvimento nacional.

Tabela 1 – Evolução da descentralização do Estado brasileiro

Período	Modelo de reforma	Organizações públicas criadas
1808-1930 (122 anos)	Patrimonial	17
1930-1954 (24 anos)	Burocrático	28
1956-1961 (5 anos)	Plano de Metas	23
1964-1985 (21 anos)	Reforma Desenvolvimentista	274

Fonte: REZENDE, 2004, p. 61.

Devido ao aparente fortalecimento do Estado, impulsionado pela insatisfação com os resultados do modelo keynesiano de desenvolvimento, o resgate das ideologias pró-mercados, a crise do padrão do bem-estar social e a crise fiscal do Estado, muitos países realizaram reformas administrativas na década de oitenta. Tais reformas tinham como objetivo superar os problemas de desempenho em função do modelo burocrático de intervenção estatal, caracterizado pela centralização, excessiva regulação, propensão dos governos de se expandir e aumentar seus gastos, crise fiscal e incapacidade de lidar com novas demandas sociais e econômicas. Ou seja, o Estado teria crescido, ainda que de forma descentralizada, tornando-se necessário um novo padrão (REZENDE, 2004, p. 21-23).

Todos esses elementos serviram como pano de fundo para o lançamento de uma nova agenda de reformas para o setor público, que visava à alteração/diminuição do papel do Estado a partir da substituição do modelo burocrático de intervenção estatal por um modelo orientado pela “eficiência”, para que, conforme a máxima de Kettl, o governo funcionasse melhor e custasse menos (*cost less and work better*) (REZENDE, 2004, p. 22-24).

Apesar destes elementos e contraditoriamente ao que acontecia no mundo e na economia interna, a transição democrática brasileira em 1985 se deu a partir da aliança da burguesia com grupos democráticos e de esquerda da classe média. A ideologia adotada pela Constituição Federal de 1988 foi a nacional-desenvolvimentista, protecionista, estatista e keynesiana. Voltou-se à centralidade e à concentração administrativa, buscando-se os princípios burocráticos clássicos da Era Vargas (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 240).

No entanto, a América Latina já estava a acatar as propostas do Consenso de Washington e o Brasil não conseguiria resistir por muito tempo. Foi quando, atentando o velho papel do Estado em 1990, Fernando Collor de Mello criou o Plano de Reconstrução Nacional,

visando à desregulamentação de mercados, à privatização das empresas públicas, à abertura do mercado internacional, à precarização das relações de trabalho com a demissão de servidores públicos e a mudanças na regra de estabilidade e redução de salários. Com seu *impeachment*, algumas das reformas foram esquecidas (REZENDE, 2004, p. 63-64).

A década de 1990 foi marcada pelas contradições na crise do Estado, o que dificultava a efetivação do conjunto de direitos e garantias previsto pela Constituição de 1988; além disso, as tentativas de reformas administrativas não promoveram as mudanças normativas, institucionais e culturais necessárias a romper com a mancha da corrupção e com a ausência estatal.

Tais contradições repercutiram de forma negativa, trazendo problemas de desempenho e controle geral, o que fez com que mais uma vez se pensasse em reformas, desta feita seguindo os moldes estipulados pelos países desenvolvidos, através de contenção de despesas cada vez mais agressivas, abrindo margem para as pressões econômicas internas e internacionais. Trata-se da reforma gerencial.

2.5 *New public management*: a reforma gerencial no Brasil e o Estado Empresarial

Conforme visto, não houve uma verdadeira reforma da Administração Pública com a Constituição de 1988, uma vez que trouxe ideais burocráticos da década de 1930 e populistas da década de 1950 – uma “euforia democrático-populista que garantiu uma Administração Pública centralizada²¹, hierárquica e rígida, priorizando a administração direta em desfavor da indireta e desconsiderando os princípios da administração pública gerencial que já estavam sendo implantados em alguns países” (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 175).

Todo o crescimento acumulado do Estado ao longo do século passado era gerido por uma burocracia mal implementada, que em decorrência do seu autoritarismo, rigidez, centralização e preservação do patrimonialismo, obstava a execução das políticas públicas e a consequente implementação dos direitos fundamentais mais basilares. A Administração Pública estava longe de viver um período de excelência.

²¹ Percebe-se que a crítica maior à centralização nas decisões decorre de argumentos da “valorização da sociedade civil, com maior autonomia e participação popular”, além de que a distribuição de atribuições garantiria a “eficiência” no atendimento das demandas sociais. No entanto, “até que ponto a aplicação dessas propostas pode conduzir à reprodução do *status quo* de dominação e diferenças sociais, encoberta pelo manto da democracia local e participativa, ao invés de contribuir para uma transformação libertadora nas relações político-sociais?”. Em se considerando países com alto índice de desenvolvimento econômico e social, tais ideias poderiam até representar algum resultado; ocorre que a descentralização no caso brasileiro é mais suscetível de “colonização das esferas inferiores do poder público pelas oligarquias locais, com tendência à mistura entre administração burocrática por um lado e uma administração patrimonialista e personalista por outro” (GUIMARÃES; MEDEIROS, 2011, p. 9).

Neste contexto, o governo brasileiro²² iniciou em 1995 a reforma administrativa no Executivo federal, tendo como base o modelo inglês *Next Steps* e o americano *National Performance Review*. Tentava-se implantar uma reforma gerencial que substituísse o modelo de gestão burocrática pela gestão orientada pelo desempenho do Estado. Tinha como principais objetivos lidar com a crise fiscal, rever o seu papel e os mecanismos de controle dos gastos públicos e implementar políticas de privatização (REZENDE, 2004, p. 24-30).

Bresser-Pereira (2001, p. 244) ressalta que nesta época as ideias estavam em plena formação; tratava-se de uma nova disciplina surgida no Reino Unido, a *new public management* (nova gestão pública), que absorvia os princípios neoliberais adotados por muitos países europeus tidos como social-democratas. Inicialmente criticado por agir “contra os administradores públicos ou burocratas”, entendia que sua pretensão era “torná-los mais autônomos e responsáveis”, pois defendia as “carreiras de Estado e o fortalecimento da capacidade gerencial do Estado” a partir de três dimensões: uma institucional, uma cultural e outra de gestão.

Assim, a reforma gerencial visava à revisão do papel do Estado sob a concepção de uma “empresa”, a partir da investigação de quais atividades deveriam ser realizadas diretamente por ele, quais as que seriam promovidas ou financiadas e de quais o Estado deveria manter-se alheio. No plano teórico, os critérios para esta investigação deveriam ser os objetivos políticos fundamentais da sociedade contemporânea, como ordem, liberdade, igualdade, bem-estar, e o principal deles, a “eficiência” (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 23).

Bresser-Pereira (2011, p. 152) sustenta que a motivação inicial para a reforma gerencial do Estado tem matriz econômica, fruto do processo de globalização do final do século passado, uma vez que na “restrição-eficiência” devem-se utilizar os recursos de forma mais econômica ou racional, dada a lógica da competição que o mundo contemporâneo impôs aos Estados e às empresas.

Ainda que o Consenso de Washington em 1989, base da reforma gerencial nos países periféricos da América Latina, pregasse um absentismo estatal extremado, a reforma administrativa manteve como meta a preservação de alguns fundamentos burocráticos, pois não visava à implementação de um Estado mínimo em razão da sua inviabilidade, porquanto se entendia como necessária uma ação reguladora, corretora e estimuladora por conta deste. Desta

²² O presidente Fernando Henrique Cardoso transformou a Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (SAF) em Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) e nomeou Luiz Carlos Bresser-Pereira para ministro. A partir daí iniciam-se os estudos para a implementação da reforma gerencial no Brasil (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 242).

forma, a reforma preservava a obrigação do Estado no tocante ao fornecimento de saúde e educação básica de forma universal e gratuita, mas optou por um sistema de parceria ou de cogestão entre o Estado e a sociedade civil (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 243).

Rezende enxerga dois objetivos principais na reforma gerencial: o ajuste fiscal a partir da redução dos custos, com o equilíbrio do orçamento e o controle dos gastos através de programas de desregulamentação, privatização de funções públicas e mecanismos de mercado (*marketization*); e a mudança institucional, com a modificação de todo o modo de operação e organização da burocracia orientada pelas regras para adotar padrões gerenciais voltados ao desempenho e resultados em questões de *accountability*²³, e a criar instituições orientadas pela *performance* (*performance based organizations – PBOs*) (REZENDE, 2004, p. 23-34).

Ademais, traz a ideia do controle do aparelho público, a ser exercido prioritariamente pelo mercado, de onde surge o conceito de “cidadão-cliente” proposto por Bresser-Pereira. Trata-se da figura central do modelo gerencial, porquanto deixa de ser visto como um cidadão detentor de direitos públicos para se transformar em um consumidor na sua relação com o Estado, apesar do discurso de fortalecimento das formas democráticas visando à aproximação da sociedade civil com o Estado (GURGEL *et al.*, 2013, p. 3).

Em 1995 o MARE criou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado (PDRAE), que define os objetivos e as diretrizes para a reforma da Administração Pública para cada um dos quatro setores distintos de intervenção: núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços não exclusivos e produção de bens e serviços para o mercado (BRASIL, 1995b, p. 6).

O núcleo estratégico é caracterizado pelos Poderes Legislativo, Judiciário, Ministério Público, e no Executivo, alcança o Presidente, os ministros e seus auxiliares e assessores diretos, além dos responsáveis pelo planejamento e pela formulação de políticas públicas. Entre as propostas para este setor, destacam-se: aumento da efetividade na prestação dos serviços públicos; “modernização da administração burocrática”, com políticas de carreiras, concursos públicos anuais, programas de educação continuada e avaliação de desempenho; capacidade gerencial para os contratos de gestão com agências autônomas e organizações sociais (BRASIL, 1995b, p. 41-46).

As atividades exclusivas seriam aquelas em que se exerce o poder extroverso do

²³ “*Accountability* é palavra inglesa que, se tivesse tradução para o português, seria similar a responsabilização. Responsabilização é diferente de responsabilidade. Responsabilidade significa atribuição, encargo; responsabilização significa responder pelas consequências dos atos e decisões. Pode-se também traduzir como prestação de contas” (MAXIMIANO; NOHARA, 2017).

Estado²⁴ (regulamentar, fiscalização e fomento). A ideia era transformar as autarquias e fundações em agências autônomas administradas por um contrato de gestão, as quais teriam autonomia para gerir os recursos humanos, pessoais e financeiros; substituição da administração burocrática, voltada para o controle de processos, pela administração gerencial, orientada para o controle de resultados; fortalecer mecanismos de controle social mediante a participação popular na formulação e avaliação das políticas públicas (BRASIL, 1995b, p. 41-46).

Já as atividades não exclusivas²⁵ envolvem direitos humanos fundamentais e são prestadas simultaneamente pelo Estado, organizações públicas não estatais e privadas. Para tais atividades, seria realizado um programa de “publicização” em que as atuais fundações públicas e organizações sociais seriam transformadas em entidades de direito privado sem fins lucrativos, visando à celebração de contrato de gestão para o recebimento de dotação orçamentária. Com isso, os dirigentes teriam uma maior autonomia e responsabilidade, além de permitir o controle social através dos conselhos de administração. Haveria a possibilidade de financiamento do Estado e de uma participação minoritária da sociedade através de compras de serviços e doações, visando ao aumento da “eficiência” e à qualidade dos serviços por um custo menor (BRASIL, 1995b, p. 41-46).²⁶

Por fim, há também as mudanças gerenciais nos casos em que o Estado produz bens e serviços para o mercado; dizem respeito à atuação das empresas que exercem atividade econômica voltada para o lucro, mas que estão no Estado pela falta de capital do setor privado para desenvolver determinada atividade relevante ou por se tratar de uma atividade de monopólio. Aqui seria mantido o processo de privatização através do Conselho de Desestatização; seriam ainda reorganizados e fortalecidos os órgãos de regulação dos monopólios naturais privatizados e se celebrariam contratos de gestão com empresas que não pudessem ser privatizadas (BRASIL, 1995b, p. 41-47).

As reformas foram conduzidas pelo MARE a partir de duas Secretarias, a de Recursos Humanos (SRH), que buscava o ajuste fiscal, e a de Reforma do Estado (SER), que visava à

²⁴ O Plano Diretor traz como exemplos: “cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.” (BRASIL, 1995b, p. 41).

²⁵ O Plano Diretor traz como exemplos: “as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus” (BRASIL, 1995b, p. 42).

²⁶ Neste ponto, ao menos no plano normativo, a reforma gerencial se concretizou em razão da Lei nº 9.637/1998, que criou as organizações sociais, da Lei nº 9.790/1999, que criou as organizações da sociedade civil de interesse público, e da recente Lei nº 13.019/2014, que trouxe o marco regulatório das organizações da sociedade civil. Trata-se de entidades do terceiro setor que atuam terceirizando a atividade-fim do Estado, em consonância com o disposto no Plano Diretor, conforme será examinado nos capítulos seguintes.

mudança institucional. A cooperação com a SRH foi imensa, o que resultou no aumento do seu poder e papel, bem como numa grande quantidade de dados produzidos para melhorar a gestão e o controle sobre os recursos humanos. Com isso, o MARE iniciou uma ruptura com o “modelo patrimonialista” (REZENDE, 2004, p. 90-91).

Para sacramentar esta mudança, surgiu a necessidade de uma reforma na Constituição, em decorrência do modelo burocrático e social adotado, realizada através da Emenda Constitucional nº 19/1998, que “modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências” (BRASIL, 1998a).

Tal Emenda trouxe profundas repercussões para todos os entes da federação e teve como principais pontos: a flexibilização da estabilidade, o fim da obrigatoriedade do regime jurídico único, a avaliação para alcançar a estabilidade no final do estágio probatório, a proibição do aumento em cascata, o fim da expressão “isonomia salarial”, novas regras sobre teto e subteto da remuneração dos servidores, normas que visam à redução de custos, além de outras que intentam a descentralização, a participação popular e a proteção do usuário, contratos de gestão etc. (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 208 *et. seq.*).

A Emenda mencionada incluiu a “eficiência” como um dos princípios clássicos da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Além de seu sentido de agilidade, Morais (2015, p. 190-191) afirma que se deve buscar uma administração que ofereça melhores resultados com o menor dispêndio de recursos públicos possível. Como corolário desse princípio, a economicidade é prevista na Constituição (art. 70) e também tida como um princípio geral do Direito Administrativo, no sentido de que a Administração deve pautar seus atos por critérios de custo-benefício, sob um aspecto estritamente financeiro, já que, para se chegar às “escolhas administrativas”, não se dispensa uma análise de parâmetros objetivos econômicos (MOREIRA NETO, 2014, 247).

Esta visão gerencial do princípio da “eficiência”, conforme será visto com mais detalhes, contribuirá para a deterioração do direito ao desenvolvimento e para a redução dos direitos sociais, culminando com a não implementação plena da reforma, uma vez que se passou a enxergar a atuação do Estado sob um viés puramente econômico, sem a indispensável análise das necessidades sociais e da busca da melhoria na prestação dos serviços públicos.

Para Bresser-Pereira (2011, p. 151-152), a reforma gerencial “só faz sentido quando aprofunda as formas de democracia representativa e de democracia direta ou controle social”, o que contribui para a afirmação democrática dos direitos de cidadania. Neste sentido, a lógica econômica não pode prevalecer, ao passo que as decisões políticas deverão ser fruto de debates

públicos e da formação de consensos ou de maiorias.

Enquanto boa parte do governo era contrária à descentralização devido às experiências passadas, não foi dada credibilidade ao MARE nas propostas de mudança institucional para ampliar os poderes e responsabilidades das agências administrativas a partir de mecanismos de controle pelo desempenho. Por não ser o MARE dotado de poderes e autoridade formal, isso dificultava a implementação de uma reforma deste porte e acarretou uma “reação organizada” destas entidades em não aderir às propostas, em especial aquelas que sofreriam maiores transformações institucionais. A ausência de alternativas da descentralização e a associação negativa do crescimento do Estado brasileiro fizeram com que a mudança institucional não recebesse o apoio necessário (REZENDE, 2004, p. 72-79).

Havia uma visão pessimista de descentralização, pois poderia acarretar o descontrole em função da autonomia orçamentária e de recursos humanos, e o controle apenas pelo desempenho era insuficiente para o ajuste fiscal. Isso fez com que nenhuma agência de grande porte do Executivo fosse convertida em Agência Executiva. A nova distribuição de poder proposta pela reforma foi recebida por muitos como um incentivo às práticas clientelistas, à indisciplina fiscal e à corrupção e outras disfunções típicas da Administração Pública brasileira, o que implicaria redução do desempenho, ameaçando a ordem burocrática (REZENDE, 2004, p. 100-103).

O dilema do controle produziu uma fragmentação da SRE e da SRH, e por fim, resultou na extinção do MARE em 1999, uma vez que se chegou à conclusão de que era uma instituição dual que perseguia objetivos diferentes: maior controle para o ajuste fiscal, menor controle para a mudança institucional. As duas organizações tinham visões diferentes: o SRH herdou a visão burocrática do DASP, enquanto a SRE era uma organização nova e flexível com visão gerencial. Em seguida, as reformas passaram a ser conduzidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, uma agência tipicamente controladora. Muitos dos problemas de desempenho dos serviços públicos persistem no Estado brasileiro (REZENDE, 2004, p. 105-109).

De acordo com Pinho (1998, p. 71-72), a Administração Pública gerencial representou um importante avanço, uma vez que “que toma emprestado os avanços ocorridos na administração empresarial, mas sem perder sua característica específica: o atendimento do interesse público”. No entanto, a última grande reforma também falhou, como as demais, pois não levou em consideração as questões culturais e legais existentes. Consistiu numa proposta ambiciosa que não se preocupou com os problemas sociais e com a necessária transformação da cultura patrimonialista que permeia a máquina administrativa brasileira, além de ter se

voltado para o ajuste fiscal de modo inadequado.

Apesar de o Brasil ter ingressado na fase democrática, com o seu histórico de acumulação de fenômenos em decorrência da ausência de ruptura no plano político, torna-se inviável uma reforma da Administração sem revisar as funções e práticas estatais, as instituições políticas e as relações Estado-sociedade civil, o que termina por representar uma “macroencefálica trifrontalidade”, pois além de uma camada racional-legal e patrimonialista, agrega-se a camada gerencial²⁷ (PINHO, 1998, p. 75-77).

2.6 Austeridade: o ajuste fiscal como fundamento das reformas administrativas no Brasil

Conforme retratado acima, houve forte cooperação das agências controladoras e de outros atores envolvidos com o MARE na redução dos custos com a máquina burocrática, em razão das despesas com o governo e do déficit público, os quais aumentaram muito nas últimas décadas. Por isso a crise fiscal tornou-se a questão central no governo do Fernando Henrique Cardoso, até mesmo para a sustentabilidade do Plano Real, evitando a inflação e o crescimento da dívida pública²⁸ (REZENDE, 2004, p. 70-72).

Assim, o ponto central era buscar o equilíbrio das contas públicas a partir de um ajuste fiscal que proporcionasse o incremento de receitas a partir de mudanças no regime tributário e a redução de gastos públicos²⁹ com cortes nas despesas correntes e em investimentos. Registre-se ainda que esta política de ajuste fiscal é a justificativa clássica para as reformas administrativas de cunho reducionista, bem como para as políticas econômicas contracionistas (BATISTA, 1994, p. 19-20).

²⁷ Como alternativa ao modelo gerencial capaz de garantir o desenvolvimento social atrelado a uma gestão democrática, surge o *New Public Service* (Novo Serviço Público), que leva em consideração um novo modelo de desenvolvimento para o Brasil com o objetivo de superar a crise do desenvolvimentismo e a reorganização do aparelho do Estado a partir da valorização do controle social como prioridade para a gestão, além do amadurecimento dos atores sociais e da democracia deliberativa. Para Denhardt, esta proposta tem inspiração na teoria política democrática, com base na conexão entre cidadão e governo; valoriza uma vertente mais humanista do modelo gerencial a partir da teoria crítica e do pós-modernismo e aponta sete princípios-chave: “servir cidadãos, não consumidores”; valorizar o interesse público; priorizar a cidadania em desfavor do empreendedorismo; “pensar estrategicamente, agir democraticamente”; na *accountability*, os servidores públicos devem ir além do mercado, para examinar constituições, leis, valores comunitários, normas políticas e interesses coletivos; servir ao cidadão ligado a outras fontes de apoio e assistência e não somente na gestão dos requisitos e recursos dos programas; valorizar mais as pessoas que a produtividade (GURGEL *et al.*, 2013, p. 13-14).

²⁸ Bresser-Pereira (2001, p. 249) sustenta que não houve a devida implementação da reforma, pois o governo entendia que a reforma deveria ser conduzida por um ministério que controlasse o orçamento público. Em 1999 o MARE foi fundido com o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, e Bresser-Pereira assumiu o cargo de ministro da Ciência e Tecnologia, não mais desenvolvendo seus trabalhos na reforma administrativa.

²⁹ Apesar de as despesas públicas serem compostas por gastos públicos (despesas correntes), investimentos (despesas de capital) e juros da dívida, o ajuste ignora os gastos com os juros e realiza cortes sem diferenciar as despesas de investimento com as despesas correntes, o que contribui para as crises econômicas em decorrência do efeito keynesiano de intervenção estatal (BATISTA, 1994, p. 19-20).

A cooperação com o ajuste se deu por meio da redução das despesas de pessoal e do número de servidores públicos; com um conjunto de medidas que envolviam reformas da previdência geral e pública, tributária e trabalhista, e a implementação da Lei de Responsabilidade Fiscal; também foram ampliados os sistemas internos de controle das despesas com o setor público e implementado o Programa Nacional de Desestatização do BNDES, reduzindo a intervenção do Estado na economia e na sociedade; e extinguiram-se órgãos públicos (REZENDE, 2004, p. 82-83).

Os resultados obtidos pelo MARE com a redução dos gastos públicos a partir da reforma administrativa foram considerados positivos pelo FMI no seu *Memorandum of economic policies* de 1999, o que resultou em um empréstimo para o Brasil. Ademais, a credibilidade abriu espaço para o apoio do Banco Interamericano de Desenvolvimento (REZENDE, 2004, p. 89-90). Percebe-se, deste modo, que a reforma seguiu a lógica de interesses ditada pelo Consenso de Washington.

Apesar de a implementação de um Estado mínimo seguindo os ditames neoliberais ser irreal, tendo em vista que os cidadãos cada vez exigem mais do Estado e que as políticas públicas desempenham crescentemente um papel relevante na economia (PINHO, 1998, p. 70-71), os governos pós-Constituição de 1988 imprimiram profundas mudanças constitucionais que, atualmente, inviabilizam as promessas daquela Carta.

Tendo por base o discurso da recuperação da “confiança dos investidores”, reformas continuam a ser objeto dos mais diversos governos, mas o foco principal é o equilíbrio fiscal. Ocorreu isso com as inúmeras reformas da previdência social (Emendas 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012)³⁰ e com diversas normas de índole infraconstitucional, que possibilitaram a privatização e a terceirização, além da mais recente reforma trabalhista, promovendo a flexibilização das relações de trabalho³¹.

Ao adotar uma política com base no ajuste fiscal, o segundo governo de Dilma Rousseff colocou o país no círculo vicioso da austeridade, com redução do crescimento e queda de arrecadação, o que exigiu novos cortes de gastos. Mais uma vez acreditou-se no mercado no

³⁰ Estas emendas trouxeram profundas alterações na Previdência Social, reduzindo/dificultando benefícios sociais. Destacam-se: a Emenda Constitucional nº 20/1998, que inicia a equiparação entre o regime geral e o regime próprio da previdência social, criou a aposentadoria por tempo de contribuição e extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço; a Emenda Constitucional nº 41/2003, voltada para os servidores públicos, extinguiu a integralidade dos proventos de aposentadoria e a paridade entre inativos e ativos e taxou os inativos; e as Emendas Constitucionais nº 47/2005 e 70/2012 trouxeram alguns complementos e regras de transição para a nº EC 41/2003 (BRASIL, 1988).

³¹ Destacam-se as seguintes leis: Lei nº 13.019/2014, que trata sobre as organizações da sociedade civil; Lei nº 13.334/2016, que trata do Programa de Parceria de Investimentos, denominado “Crescer” (consiste num extenso programa de privatização); Lei nº 13.429/2017, que amplia as hipóteses de terceirização; Lei nº 13.467/2017, que alterou mais de cem dispositivos do principal diploma de proteção das relações de trabalho do país, a CLT.

comando, o que gerou aumento do desemprego e da inflação. Mello e Rossi (2017, p. 6) anotam que nunca houve na história do Brasil um período de tão forte retração na renda como o da crise vivenciada nos últimos dois anos (2015/2016). As políticas atuais desconstroem “os instrumentos que sustentam o Estado indutor do crescimento e promotor das políticas sociais”.

Em nome destas crises, os mais diversos entes da federação dirigem a política de austeridade voltada para a precarização da mão de obra pública, com redução de servidores, congelamento de salários, elevação da alíquota previdenciária, cortes de benefícios, progressões e demais vantagens, com reformas do regime jurídico, limitação do direito de greve, atraso de salários, cancelamento de concursos, programas de demissão voluntária e privatização das empresas (BAVA, 2017, p. 3-4).

Além disso, são instaurados diversos mecanismos legais visando à transferência das mais diversas funções públicas para entes privados, através dos mais variados mecanismos de privatização dos serviços públicos, como a terceirização, a concessão de serviço público, a “publicização” e a desregulação, contribuindo com um processo crescente e contínuo de extinção do servidor público, com sua substituição por trabalhadores da iniciativa privada.

A estratégia é transferir o ajuste fiscal para o funcionalismo público. Tal afirmação se comprova com o orçamento público federal de 2015, do qual 47% destinaram-se ao pagamento de juros e a amortizações da dívida pública, enquanto menos de 8% foram carreados para a educação e a saúde. O funcionalismo implica tão somente 4% do Produto Bruto Interno. O ajuste realizado em 2015 cortou mais de 70 bilhões das áreas sociais. “Apoiados na doutrina do Estado mínimo, os governantes atuais sacrificam os serviços públicos, especialmente os servidores, desejando a privatização de tudo e a precarização das relações de trabalho” (BAVA, 2017, p. 4).

A mais relevante das reformas é a Emenda à Constituição nº 95/2016³² (antiga PEC nº 55/2016 e 241/2016), conhecida como “PEC do Fim do Mundo”. Impôs o rigoroso “Teto dos Gastos Públicos” a partir de um Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para a redução e o controle destas despesas, com o congelamento de investimentos sociais para os próximos vinte anos.

Esta reforma não admite o crescimento de despesas totais e reais acima da inflação; desta forma, ainda que a economia esteja bem, só haverá investimentos em uma determinada

³² Alguns dispositivos foram acrescentados ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em resumo, é um regime que prevê um limite para o exercício de 2017, correspondente aos gastos de 2016, corrigidos estes em 7,2%. Para os exercícios posteriores, vigorará o limite do exercício imediatamente anterior, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA até 2036 (BRASIL, 1988).

área quando houver cortes nas outras, o que, segundo Mariano (2017, p. 260-261), “poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira”. Ademais, isso suspende o projeto constituinte, pois, com a fixação do teto, os investimentos necessários à manutenção e à expansão dos serviços públicos serão impedidos, assim como a contratação de pessoal, melhoria da remuneração e carreiras e inovações tecnológicas.

Ainda segundo Mariano (2017, p. 262), a Emenda é uma “antidemocracia econômica”, uma vez que inviabiliza a manutenção e a expansão das políticas públicas, enquanto reserva dinheiro público para garantir o pagamento dos credores da dívida pública, e exclui do teto das despesas o aumento de capital de empresas estatais não dependentes, com o propósito de comprar créditos dos Estados e Municípios por meio da emissão de debêntures subordinadas, o que contribuirá ainda mais para o endividamento do Estado brasileiro.

Na mesma linha do ajuste fiscal, foi sancionada a Lei Complementar nº 159/2017, que trata sobre a recuperação fiscal dos Estados e Distrito Federal. A partir dela, é possível suspender a dívida por até três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período, permitindo ainda um novo prazo para o pagamento da dívida com a União e outras benesses para aqueles que tenham mais de 70% de comprometimento do orçamento com pessoal (BRASIL, 2017a).

Para a obtenção do benefício, o ente público deverá arcar com algumas “contrapartidas”, ou seja, algumas vedações são impostas que, em geral, repercutem diretamente nos servidores públicos, como a proibição de concessão de vantagem e aumento, reajuste ou readequação da remuneração. Ademais, é vedada a criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa, a admissão ou a contratação de pessoal e a realização de concursos, salvo no caso de vacância (BRASIL, 2017a).

Seguindo também o discurso do equilíbrio fiscal, o atual governo apresenta mais uma profunda reforma na previdência social através da Proposta de Emenda Constitucional nº 287/2016, que trará requisitos mais severos para a concessão dos benefícios previdenciários³³, produzindo efeitos diretos nos trabalhadores, que agora terão de trabalhar e contribuir mais para receber menos (BRASIL, 2016b).

A intenção meramente financeira da proposta fica clara ao perceber que uma das primeiras medidas do atual governo foi transformar o Ministério do Trabalho e Previdência

³³ Entre os requisitos, destacam-se: ampliação irrestrita da idade mínima para 65 anos, fim das aposentadorias especiais e dos benefícios para algumas categorias como atividades de risco, professores do ensino infantil, fundamental e médio, e para o trabalhador rural (BRASIL, 2016b).

Social numa secretaria subordinada ao Ministério da Fazenda. Com ela, mais uma vez se afirma a perda do dirigismo constitucional do Brasil, o que possibilitará um aumento da miserabilidade, da violência e da exclusão social, com um grande número de trabalhadores sem cobertura da previdência social (LIMA; MARIANO, 2017).

Percebe-se, assim, que os últimos governos seguiram as orientações do Consenso de Washington e transformaram a máquina administrativa brasileira em algo orientado apenas para a redução de despesas, deixando de lado elementos indispensáveis como as reformas das instituições, a busca por um maior controle das contas e a melhoria da prestação dos serviços públicos, em atendimento aos princípios do gerencialismo previstos na década de noventa.

No entanto, este é apenas parte do problema, uma vez que seria necessária a criação de um novo padrão de articulação e de formulação e implementação das políticas públicas, pois não basta reduzir os gastos com servidores e diminuir o tamanho do Estado; deve-se buscar uma melhor alocação dos seus trabalhos para imprimir uma maior eficiência no serviço público (REZENDE, 2004, p. 93-94).

O equilíbrio fiscal pode ser alcançado com o corte de despesas abusivas, de um modo que não atinja a parte da população que mais precisa dos benefícios sociais, compatibilizando com um maior controle interno e externo das contas públicas, mas também mediante um maior controle popular através da disseminação de práticas de transparência e publicidade, já que o desperdício ocasionado pelo mau preparo dos servidores públicos e a corrupção endêmica representam uma parte considerável das despesas públicas.

Outra solução é buscar o incremento de receitas responsável, não com o aumento de tributos, mas sim com a devida efetivação daqueles que já existem, como, por exemplo, o Imposto sobre Grandes Fortunas, que até o presente momento não foi regulamentado. Além disso, devem-se resolver as questões de “elevado limite de isenção, baixas alíquotas, a não incidência sobre pessoas jurídicas, a transferência de riqueza financeira para paraísos fiscais e a subavaliação dos imóveis” (MARIANO, 2017, p. 276).

Ao contrário de uma postura contracionista, a crise poderia ser enfrentada através do mercado interno, em razão do tamanho de habitantes, do território e dos recursos naturais, complementado por um “Programa Nacional de Desenvolvimento” com a priorização de infraestrutura e alta tecnologia. Deve-se ainda contemplar as necessidades básicas da população, “como habitação popular, saneamento básico, educação e saúde pública, que, sem dúvida, deveriam encimar a agenda de planejamento” (CANO, 2014, p. 32-33).

No entanto, as reformas administrativas estão a desfazer os projetos originários previstos pelo poder constituinte, pois as políticas de austeridade impedem a efetivação de

direitos sociais básicos previstos na ordem constitucional, configurando-se, desta forma, a crise constituinte³⁴ decorrente de um estado de exceção econômico³⁵, pois as decisões são tomadas de acordo com a conveniência dos interesses econômicos e não de acordo com a vontade do povo³⁶.

Bercovici (2013, p. 314-319) sustenta que a origem do problema está nos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para manifestar a vontade soberana do povo, no que enxerga uma “soberania bloqueada” em virtude das diversas restrições internas e externas que sofre. Ademais, percebe que o estado de exceção econômico permanente a que o Brasil está submetido dificulta a concretização do projeto constitucional.

Com extrema atualidade, Bonavides (2001, p. 14) adverte que

Estamos em situação constitucional muito mais grave: a recolonização é iminente, a passividade do povo não tem paralelo na história, as camadas governantes desmantelam a máquina do poder, ferem a Constituição, aviltam o Estado, e as elites aplaudem; a classe representativa não reage, e é cúmplice no crime da desnacionalização. De tal sorte que o País todo é uma capitania. A sede de poder está fora do território nacional e ninguém sabe que surpresa amanhã nos aguarda, ao sabor das flutuações especulativas das bolsas de valores, colocadas debaixo do influxo e domínio do capital estrangeiro. (Grifou-se)

Enquanto os últimos governos locais vêm atacando a posição tradicional do Estado, visando cada vez mais a sua diminuição e a conseqüente abertura para o setor privado, as economias desenvolvidas promovem uma forte intervenção na economia e o receituário neoliberal não é seguido por seus criadores. Há uma contradição entre os discursos e as práticas destes países na área de política fiscal, já que propõem o encolhimento do Estado e criticam a irresponsabilidade fiscal, no entanto, os próprios Estados Unidos são extremamente interventores e possuem um grande déficit orçamentário financiado pela dívida interna (BATISTA, 1994, p. 19).

³⁴ Bercovici (2013, p. 310-314) critica a doutrina nacional por procurar explicar o tema poder constituinte através de uma visão europeia, mais especificamente, com base na experiência francesa, no que se verifica uma grande lacuna no estudo deste tema: o foco gira em torno da reforma e seus limites, e praticamente não há estudos sobre a legitimidade do poder constituinte. A “transposição da visão francesa para o Brasil gerou uma discussão doutrinária estéril, sem qualquer vinculação com nossa experiência política e constitucional”. É neste contexto que Bonavides (2010, p. 188-189) trata da crise constituinte, um processo que não termina com a promulgação da Constituição e que ocorre quando as instituições políticas não estão alicerçadas em um poder legítimo e quando falta aprovação popular.

³⁵ Estado de exceção, pois, segundo Bercovici (2005, p. 4-5), os países de centro vivem em situação de normalidade, ao passo que os Estados periféricos da América Latina se acham em permanente estado de exceção: as decisões são tomadas para salvar os mercados através dos poderes constitucionais; há uma subordinação do Estado ao mercado e do direito interno ao capital financeiro, o que exige flexibilidade, reduz a interferência da soberania popular e limita os direitos individuais.

³⁶ Em consulta pública realizada no próprio sítio do Senado Federal, dos 369.488 votantes, somente 23.770 votaram a favor da referida emenda; 354.718 votantes explicitaram que não deveria ser aprovada, ou seja, aproximadamente 96% daqueles que tiveram acesso à pesquisa entenderam pela inviabilidade da alteração; apesar disso, obteve mais de 3/5 dos votos dos senadores (BRASIL, 2016a).

Assim, o papel do Estado brasileiro nos últimos dois séculos foi redefinido a partir das crises econômicas. Mais recentemente, a força do mercado rentista propiciou um resgate das ideias liberais, dificultando a realização das disposições contidas na Constituição, o que se torna um desafio para a Administração Pública, que também terminou por seguir os mesmos padrões ditados pela economia internacional.

Apesar das falhas do padrão gerencial, as alterações legislativas produzidas continuam a fazer efeitos, em especial pela transferência dos serviços públicos através da “publicização”, razão pela qual se faz necessária a análise das bases jurídicas da última reforma e dos principais elementos referentes ao terceiro setor, que vem sendo utilizado em substituição ao Estado.

3 A REFORMA ADMINISTRATIVA E O TERCEIRO SETOR NO DIREITO BRASILEIRO

Influenciada pela ordem econômica vigente, a Administração Pública brasileira vive sob a égide parcial do gerencialismo, em que se utilizam mecanismos do setor privado visando a um melhor desempenho a partir da mudança institucional e, em especial, do ajuste fiscal, com a redução das despesas públicas.

Seguindo o discurso da “eficiência”, um dos mecanismos mais utilizados pela Administração Pública é o processo paulatino e constante da transferência das suas principais atribuições para a iniciativa privada; trata-se da aceleração do fenômeno da privatização como forma redução da atuação estatal e prestígio da iniciativa privada, a partir da liberdade de competição e dos modos privados de gestão das atividades sociais e econômicas a cargo do Estado (PIETRO, 2017, p. 7-9).

É bem verdade que se costuma apontar privatização apenas como a “transferência de ativos ou de ações estatais para o setor privado”, trazendo a conotação de desestatização ou desnacionalização, nos moldes da Lei nº 9.491/1997. No entanto, Pietro (2017, p. 6) apresenta um conceito mais amplo:

- a. a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico);
- b. a desmonopolização de atividades econômicas;
- c. a venda de ações de empresas estatais ao setor privado [...];
- d. a procura pelas formas privadas de gestão, como a concessão de serviços públicos e, mais recentemente, as parcerias público-privadas [...], além das concessões de obras públicas e várias modalidades de concessões para exploração de bens públicos;
- e. os *contracting out* (como forma pela qual a Administração celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços; é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização; atualmente fala-se em consensualização para designar a tendência de buscar as fórmulas contratuais em substituição ou em acréscimo à atuação unilateral e autoexecutória da Administração Pública;
- f. a liberalização de serviços públicos, em movimento inverso ao da *publicatio*; atividades antes assumidas como serviços públicos perdem essa qualidade, passando a ficar abertas à livre-iniciativa; trata-se da privatização da própria atividade. (Grifou-se)

Assim, “a privatização é um conceito em aberto”; a cada dia surgem novas fórmulas (ou adaptações de fórmulas antigas) que demonstram este interesse em diminuir o papel do Estado, abrindo espaço para uma gestão privada do interesse público, a exemplo das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público da década de noventa, recauchutadas (porém preservadas) quase vinte anos depois através das organizações da sociedade civil (PIETRO, 2017, p. 8).

Tendo em vista as reformas no ordenamento jurídico brasileiro, necessárias para dar

andamento a este processo de privatização, passa-se à análise dos fundamentos jurídicos que embasaram a Administração Pública na Constituição de 1988, objetivando contextualizá-los com a Emenda Constitucional nº 19/1988, que promoveu a reforma administrativa e introduziu o princípio da “eficiência” e diversas mudanças no regime jurídico dos servidores públicos. Ademais, será analisado o fenômeno da ampliação da privatização dos serviços públicos no Brasil e o argumento do terceiro setor para a superação da crise, efetuando, por fim, a análise da lei que criou as organizações sociais.

3.1 Características da Constituição de 1988: desenvolvimento e burocracia

A reforma gerencial ingressa no ordenamento jurídico na vigência da Constituição de 1988³⁷, que consagrou o Estado Democrático de Direito e trouxe como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988), garantindo diversos direitos sociais que dependem de uma atuação forte e eficiente do Estado. Tratava-se de uma Constituição que pretendia ser dirigente, social e cidadã, constituindo, desta forma, as bases para um Estado provedor.

Para a realização desta missão, a Constituição reservou um capítulo próprio para a Administração Pública, sendo extremamente analítica, porquanto dotada de um extenso conjunto de normas estruturantes que visam à implementação dos direitos fundamentais nela previstos, em especial os direitos que constituem o Estado de Bem-Estar Social: saúde, educação e previdência.

Esse espírito desenvolvimentista pode ser verificado já no preâmbulo, ao prever como constitucionais os valores do bem-estar e do desenvolvimento, repetidos no seu art. 3º, quando dispõe como objetivos o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988).

As mesmas intenções aparecem no capítulo da ordem econômica e financeira em função da possibilidade de exploração direta de atividade econômica visando à segurança nacional ou o relevante interesse coletivo (art. 173), bem como em virtude das diretrizes e bases do planejamento que devem ser realizadas de acordo com um desenvolvimento nacional equilibrado (art. 174, § 1º) (BRASIL, 1988).

Oliveira (2009, p. 13-15) reconhece a existência de um direito fundamental ao

³⁷ Alguns sustentam que a reforma gerencial foi introduzida, ainda que de forma bem incipiente, na década de 1960, com o Decreto nº 200/1967, em virtude do seu impulso descentralizador (PINHO, 1998, p. 64/65).

desenvolvimento, inalienável e de titularidade individual ou coletiva, sendo o Estado, o governo e a Administração Pública os principais responsáveis pela sua efetivação, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que prevê que o catálogo dos direitos fundamentais pode ser ampliado pelos regimes ou princípios adotados, além dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, a exemplo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas³⁸.

Bonavides (2010, p. 513), de acordo com os entendimentos de Mbaya, informa que se trata de um direito fundamental de terceira dimensão, oriundo da solidariedade, e diz respeito tanto aos Estados como aos cidadãos, a partir da promoção do direito ao trabalho, à saúde e a alimentação adequada. Ademais, devem os Estados levar em consideração os interesses dos outros Estados, promover a ajuda recíproca para a superação das suas dificuldades e coordenar de forma sistemática a política econômica.

Além da preocupação estatal de prover as condições mínimas de sobrevivência dos indivíduos, o Estado deve conferir oportunidades para que a sociedade possa seguir em um processo de constante evolução, pois, independentemente das transformações sociais do Estado contemporâneo, ainda se preserva na Constituição Federal o “papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional”, estando a pessoa humana no centro da noção de desenvolvimento, porquanto somente com o crescimento econômico será possível a efetivação dos direitos sociais (OLIVEIRA, 2009, p. 9-10).

Assim, o Estado brasileiro foi forjado por uma Constituição que consolidou todo o desenvolvimentismo e intervencionismo iniciado com a Era Vargas e intensificado pelos governos seguintes, na medida em que foram referendadas diversas obrigações em distintos pontos do seu texto, em especial ao tratar do seu dever de segurança pública (art. 144³⁹), de promover saúde pública de forma universal (art. 196⁴⁰), previdência social (art. 201⁴¹),

³⁸ Art. 1º. 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. [...] Art. 8º. 1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidades a todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habilitação, emprego e distribuição equitativa da renda (ONUBR, 2016).

³⁹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] (BRASIL, 1988).

⁴⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

⁴¹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...] (BRASIL, 1988).

assistência social (art. 203⁴²), além da promoção e do incentivo à educação (art. 205⁴³) (BRASIL, 1988).

Ademais, considerou como dever do Estado o fomento das práticas desportivas (art. 217⁴⁴), a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica e inovação (art. 218⁴⁵), a imposição ao Poder Público da defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225⁴⁶), além de vários outros deveres que explicitam todo o intervencionismo, dirigismo e desenvolvimentismo proposto⁴⁷ (BRASIL, 1988).

Muitas destas garantias são materializadas através dos serviços públicos, em especial aquelas que dizem respeito aos direitos sociais, como saúde e educação, e são de responsabilidade da Administração Pública de todas as esferas da federação, a partir de um processo minucioso de repartição de competências que tem por base o desenvolvimento do país, visando ao respeito à dignidade da pessoa humana, através da estipulação de um mínimo existencial, e indo além das liberdades individuais consagradas pelo Estado Liberal.

Como forma de efetivar as garantias previstas, a Constituição adotou o modelo burocrático, baseado numa Administração Pública centralizada, rígida e hierárquica, priorizando a Administração direta em desfavor da indireta. Desconsiderou teorias que já

⁴² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] (BRASIL, 1988).

⁴³ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

⁴⁴ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] (BRASIL, 1988).

⁴⁵ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) (BRASIL, 1988).

⁴⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

⁴⁷ Merece destaque ainda o extenso rol trazido pelo art. 23, transcrito *in verbis*: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (BRASIL, 1988).

vinham sendo difundidas em países de centro, a exemplo do gerencialismo (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 174).

Não tardou para que os governos da década de noventa apresentassem as críticas ao modelo adotado, sob o argumento de que a ineficiência estatal era decorrente do regime jurídico único para todos os servidores civis da Administração direta, autárquica e fundacional, independentemente da sua função; da estabilidade sólida, sem levar em consideração a função, transformando-se em instrumento de defesa dos servidores públicos, mas não do Estado; dos concursos públicos mais rígidos, impedindo novas vagas para funcionários existentes; e das novas regras estendidas a toda a Administração, anulando a autonomia das autarquias e fundações públicas (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 175-176).

De outra banda, esta Constituição também manteve diversas regras de cunho patrimonialista, consolidando e/ou criando privilégios para os servidores públicos, como o sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem levar em consideração o tempo de serviço prestado; acumulação de aposentadorias; a transformação de empregados celetistas em funcionários estatutários sem concurso público (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 176); a flexibilidade para o preenchimento de cargos comissionados, além de diversas prerrogativas para os integrantes das cúpulas dos Poderes.

Este sistema híbrido foi traduzido pela doutrina dominante na época como “normas programáticas”, pois, apesar de estarem em pleno vigor, diversas normas da Constituição de 1988 “definem fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática” com elevado grau de imprecisão, o que dificulta a sua eficácia e aplicabilidade imediata, necessitando da complementação do legislador infraconstitucional para que possam ser exigíveis (SILVA, 2009, p. 136-137) – uma estranha espécie do “ganha mas não leva” constitucional, já que, após quase trinta anos da vigência da última Constituição, diversos direitos fundamentais permanecem sem normatização ou mesmo com regulamentação incipiente, o que inviabiliza a sua plena efetivação.

Até hoje, boa parte dos direitos fundamentais é tida tidos como programática, à exceção do direito à saúde, educação e assistência. Silva (2009, p. 150) sustenta que há um dever correlato do Estado de satisfazer estes direitos, pois são reconhecidos como direitos subjetivos, passíveis, portanto, de ser exigidos judicialmente, independentemente de regulamentação.

Além dos axiomas tratados acima, a Constituição trouxe outros elementos importantes para a configuração da Administração Pública: a república e a democracia. A república é a forma de governo que não permite a apropriação privada da coisa pública; somente com a democracia será possível alcançar este objetivo, através de um Estado participativo com

cidadãos engajados, atuando em conjunto com um governo responsável e com servidores públicos comprometidos com o interesse público (BRESSER-PEREIRA, 2003, p. 131-132).

Neste contexto, diante destas características da Constituição, somadas às pressões econômicas externas e sob o discurso de crise fiscal e ineficiência da máquina administrativa, deu-se início ao processo de reformulação da estrutura da Administração Pública brasileira. Para tanto, optou-se pela já delineada reforma gerencial.

3.2 As pretensas bases jurídicas da reforma gerencial: entre o princípio da “eficiência” e a noção de governança

A doutrina neoliberal tem como pressuposto básico a “falta global de eficácia e produtividade” do Estado diante das novas exigências da globalização. Sua ação representa um alto custo em troca do que propõe a sociedade, sem contar todos os obstáculos à competitividade da economia. Com isto, mais do que a discriminação “do que deve ou não ser a agenda” do Estado gerencial, deveria se levar em consideração “como se devem” realizar tais agendas, pois o que se pretendia era introduzir a “eficiência” na gestão e no método do fornecimento de bens e serviços à população. Ao menos essa foi “a unidade obrigatória do discurso empregado”, o que gerou boa aceitação, até “porque ninguém pode ser inimigo da eficácia e do bom desempenho”⁴⁸ (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 273).

Entre a comunidade jurídica a “eficiência” foi uma das mais festejadas “mudanças”, incluída com a Emenda Constitucional nº 19/1998⁴⁹ como um dos princípios clássicos da Administração Pública, estando previsto no *caput* do seu art. 37 que a atividade administrativa deve ser “exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”, o que Meirelles (2016, p. 105) considera como o mais moderno princípio da função administrativa, pois não basta que se busque a legalidade, devem-se exigir resultados positivos no atendimento das necessidades da comunidade.

Mello (2013, p. 125) adverte que o princípio da “eficiência” não pode ser concedido a não ser na intimidade do princípio da legalidade, “pois jamais uma suposta busca de eficiência

⁴⁸ A eficiência não foi introduzida pela reforma gerencial, estando no ordenamento jurídico brasileiro desde o Decreto nº 200/1967 (arts. 26 e 27). A análise que está sendo feita é da sua nova roupagem, dada pela racionalidade neoliberal e adotada pelo gerencialismo, razão pela qual está grafada entre aspas ao longo desta pesquisa.

⁴⁹ A versão original da PEC nº 173/1995 (BRASIL, 1995a, p. 25-30) não previa a alteração do *caput* do art. 37 da Constituição, estando a “eficiência” somente prevista na Exposição de Motivos Interministerial nº 49/1995. Seguindo o PDRAE, o objetivo inicial deveria ser o da “melhoria da prestação dos serviços públicos”, tanto que foi proposto um texto substitutivo na Câmara dos Deputados, aprovado em segundo turno, trazendo a previsão da “qualidade do serviço prestado” como princípio; no entanto, este não prevaleceu (BRASIL, 1997b, p. 4.197).

justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”. Sustenta ainda que a eficiência só faz sentido caso seja entendida como uma faceta do princípio da boa administração, oriundo do Direito italiano. Na lição de Guido Falzone, deve-se desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os meios mais idôneos para tanto”.

Ocorre que o princípio da “eficiência” acabou por ganhar uma dimensão própria com a reforma gerencial, na medida em que a economicidade, corolário deste princípio, traz a ideia de que a Administração deve pautar seus atos por de critérios de custo-benefício, sob um aspecto estritamente financeiro, pois, para se chegar às “escolhas administrativas”, não se dispensa uma análise de parâmetros objetivos econômicos (MOREIRA NETO, 2014, p. 248).

Ademais, o conceito de “eficiência” adotado teria por base que o aumento ou a diminuição do Estado repercutiria diretamente nos custos necessários à execução das atividades administrativas e na manutenção dos órgãos públicos. A decisão por um dirigismo implicaria uma ampliação de despesas e maiores ônus para os indivíduos que compõem uma determinada sociedade, devendo-se voltar ao atendimento das demandas sociais prioritárias; afinal, os “recursos públicos são finitos e as demandas de atuação estatal são infinitas” (MORAIS, 2015, p. 169).

Para Dardot e Laval (2016, p. 274), o perigo desse discurso se dá em virtude de não se levar em consideração a questão da utilidade da ação do Estado e de qualificar a “sua eficácia como a de outros atores”, no caso, atores privados. Esta concepção de Estado-empresa não está necessariamente voltada à redução de custos ou ao aumento de eficácia, mas sim à própria alteração dos fundamentos da democracia, o que distancia o “reconhecimento de direitos sociais ligados ao *status* de cidadão”.

Isto se dá devido à incorporação da noção de “governança” nas agendas públicas, pois o Estado Empresarial é idealizado como uma “unidade-produtiva” e assume a missão central na promoção da norma da concorrência generalizada, com a abertura financeira e comercial. Com isso, há uma hibridização da ação pública, em que se preservam algumas funções do Estado, enquanto outras passam a ser exercidas de forma indireta pelos sujeitos privados. Desta forma, garante-se às “entidades privadas [a produção de] bens e serviços de forma supostamente mais eficiente e outorga[-se] ao setor privado a capacidade de produzir normas de autorregulação no lugar da lei” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 276-278).

O Estado não se retira, mas curva-se às novas condições que contribuiu para instaurar. [...] É com os recursos do Estado, e com uma retórica em geral muito tradicional (o “interesse nacional”, a “segurança” do país, o “bem do povo” etc.), que os governos,

em nome de uma concorrência que eles mesmos desejaram e de uma finança global que eles mesmos construíram, conduzem políticas vantajosas para as empresas e desvantajosas para os assalariados de seus países (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 282). (Grifou-se)

Toda esta política adotada traz retrocessos sociais para uma boa parte da sociedade, pois contribui para a desconstrução do Estado Social, uma vez que este deixa de ser “árbitro” para ser “parceiro” dos interesses privados, e a população passa a ser considerada como um recurso à disposição das empresas, que são valoradas a partir de critérios de custo-benefício (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 282-283).

A política que ainda hoje é chamada de “social” por inércia semântica não se baseia mais em uma lógica de divisão dos ganhos da produtividade destinada a manter um nível de demanda suficiente para garantir o escoamento da produção em massa: ela visa a maximizar a utilidade da população, aumentando sua “empregabilidade” e sua produtividade, e diminuir seus custos, com um novo gênero de política “social” que consiste em enfraquecer o poder de negociação dos sindicatos, degradar o direito trabalhista, baixar o custo do trabalho, diminuir o valor das aposentadorias e a qualidade da proteção social em nome da “adequação à globalização” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 284).

Nesse contexto, a adoção de um “eficientismo econômico” como máxima a ser seguida inviabiliza a difícil missão trazida pela Constituição, que exige uma Administração Pública efetiva, e não somente eficiente⁵⁰, que realize suas escolhas de modo a concretizar os seus valores, fundamentos, objetivos e princípios, além do seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais através da oferta de serviços públicos de qualidade.

Ademais, as reformas administrativas não podem atingir o núcleo básico dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de resultar em retrocesso social e em ofensa à dignidade da pessoa humana. Em outros termos, a “eficiência” econômica não pode ser rigorosa a ponto de impedir a promoção destes direitos, em especial aqueles atrelados ao mínimo existencial, dada a impossibilidade de execução efetiva dos serviços públicos em decorrência da incapacidade financeira do Estado⁵¹.

Apesar de a Emenda mencionada fazer referência tão somente à “eficiência”, considerar que a reforma gerencial não teria como objetivo o atendimento dos objetivos desejados (eficácia) e o atendimento das necessidades da população (efetividade) seria um verdadeiro

⁵⁰ Torres (2004, p. 175) diferencia eficácia, eficiência e efetividade. Eficácia diz respeito ao “atingimento dos objetivos desejados por determinada ação estatal”, sem investigar quais os meios e mecanismos utilizados; já a eficiência prioriza a utilização dos meios mais econômicos possíveis, pois através da “racionalidade econômica, busca maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com os menores custos”; por fim, a efetividade tem como cerne a averiguação da real necessidade e oportunidade das ações estatais, que deve ser democrática, transparente e responsável, visando à melhoria da sociedade.

⁵¹ Derzi e Bustamente (2013, p. 331) tecem críticas ao efficientismo político, porquanto este utiliza, “sem qualquer justificação político-moral, um valor absoluto para a maximização da riqueza, ainda que o preço desta maximização seja uma política jurídica e uma teoria da interpretação que acentuem a desigualdade das pessoas e a concentração de riquezas”.

contrassenso, já que deveria ter como principal objetivo uma boa administração (CASTRO, 2006, p. 8).

Não se nega que a “eficiência” é um relevante guia para a escolha das políticas públicas, em especial se levar em consideração o conceito clássico trazido pelos juristas (boa administração); no entanto, não pode ser considerada de forma isolada, a dispensar a análise de elementos morais e políticos. As opções adotadas com base numa “Administração Pública eficiente” não poderão servir como fundamento para políticas que resultarão na precarização das relações de trabalho.

O discurso da “eficiência” aliada à noção de governança denota a adoção da acepção mais restrita do termo (econômica), ganhando dimensão e vida própria pelas escolhas políticas que a sucederam, sendo a grande marca das reformas administrativas brasileiras nos últimos trinta anos⁵².

3.3 Serviços públicos: exclusividade e ampliação da não exclusividade da prestação estatal

Algumas garantias sociais trazidas pela Constituição são materializadas a partir dos serviços públicos. Segundo Mello (2013, p. 687), “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”, levando em consideração os costumes e as necessidades de determinado local e época.

Para que se garanta a efetividade dos serviços públicos, Mello (2013, 694-695) apresenta os seguintes princípios:

- 1) Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja diretamente, seja indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão [...];
- 2) princípio da supremacia do interesse público, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade [...];
- 3) princípio da adaptabilidade, ou seja, sua atualização e modernização [...];
- 4) princípio da universalidade, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público;
- 5) princípio da impessoalidade, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre usuários;
- 6) princípio da continuidade, significando isto a impossibilidade de sua interrupção [...];
- 7) princípio da transparência, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo [...];
- 8)

⁵² Conforme visto no capítulo anterior, houve uma forte cooperação dos atores envolvidos nas reformas com o ajuste fiscal: redução das despesas e do número de servidores públicos; reformas da previdência geral e pública (Emendas 20/1998, 41/2003, 47/2005, 70/2012 e PEC nº 287/2016); reformas tributárias e implementação da Lei de Responsabilidade Fiscal; reformas trabalhistas (Lei nº 9.601/1998, mas nada tão precarizador como as Leis nºs. 13.429/2017 e 13.467/2017); programas de privatização, inclusive com o recente Programa de Parceria de Investimento (Lei nº 13.334/2016); viabilização da terceirização dos serviços não exclusivos do Estado com as entidades do terceiro setor. Destaca-se ainda o “Teto dos Gastos Públicos” (Emenda à Constituição nº 95/2016).

princípio da motivação, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço; 9) princípio da modicidade das tarifas [...]; 10) princípio do controle (interno e externo sobre as condições de sua prestação. (Grifou-se)

Como visto no início deste capítulo, a Constituição disciplinou os serviços públicos obrigatórios a serem fornecidos pelo Estado, bem como a titularidade deles, que pertence aos entes da federação, por vezes de forma exclusiva (arts. 21 e 30), outras concorrentialmente (art. 23). Ademais, o rol previsto pode ser expandido pela legislação infraconstitucional, inclusive no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tudo de acordo com as necessidades de uma determinada sociedade em um dado contexto histórico, e desde que se respeite o espaço reservado à iniciativa privada (BRASIL, 1988).

Apesar da titularidade estatal, desde a sua redação original a Constituição prevê em seu art. 175 o dever da prestação de serviços públicos, “na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação” (BRASIL, 1988). Ou seja, há a possibilidade de estes serviços serem prestados diretamente por um dos entes da federação, ou que se delegue a terceiros privados, sendo, desta forma, prestados indiretamente, desde que atendam aos requisitos previstos na lei e que seja realizado um procedimento seletivo que assegure igualdade de oportunidades, visando à melhor proposta para o interesse público e o desenvolvimento nacional sustentável⁵³.

Em geral, os serviços públicos são executados pelo Estado de forma exclusiva quando envolvem seus poderes extroversos (regulamentar, fiscalizar e fomentar). Em caso de atividades ou de serviços de utilidade pública ligados às demandas sociais, a iniciativa privada pode atuar independentemente de qualquer delegação por expressa permissão constitucional. Trata-se dos serviços não exclusivos do Estado⁵⁴, regidos pelo direito privado, submetendo-se parcialmente ao regime público, como, por exemplo, saúde, educação, previdência e assistência social (arts. 199, 209, 202 e 204) (TORRES, 2013, p. 165-167).

Para a reforma administrativa, estes serviços públicos não exclusivos deveriam estar de acordo com a “evolução da administração imperativa à administração consensual”, em razão do crescente questionamento da imperatividade do Estado, em que se passam a reconhecer, cada vez mais, limites para evitar os seus abusos e arbitrariedades, e até mesmo o conceito de

⁵³ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (BRASIL, 1993a).

⁵⁴ Mello trata como serviços não privativos do Estado; já Pietro propõe serviços públicos impróprios. Optou-se por serviços não exclusivos, por ter sido a expressão utilizada no PDRAE (TORRES, 2013, p. 166-167).

supremacia do interesse público⁵⁵ cede espaço para uma administração dialógica⁵⁶ (MOREIRA NETO, 1999, p. 5).

Com a multiplicação dos institutos de natureza consensual a partir dos contratos e acordos administrativos de parceria e coordenação na execução associada do interesse público, o argumento era que a capacidade de ação do Estado seria potencializada pela soma dos esforços da execução direta e indireta, sobretudo em virtude da forma associada, “através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público” (MOREIRA NETO, 2003, p. 57).

Quanto ao âmbito interno desta coordenação, a Emenda Constitucional nº 19/1998 previu instrumentos para ampliar a autonomia gerencial dos órgãos públicos, no que se destacam as Agências Executivas, entes de direito público formados a partir das autarquias e fundações já existentes, que ganhariam uma maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e com isto se poderiam utilizar os elementos de uma administração gerencial, com controle finalístico e posterior, a partir dos contratos de gestão⁵⁷ (PEREIRA, 1998, p. 90), além de se reformular os consórcios e convênios para ampliar a gestão associada dos serviços públicos entre os entes da federação, conforme o art. 214 da CF⁵⁸ (MOREIRA NETO, 1999, p. 7).

Já no aspecto externo, destaca-se o incentivo que foi dado ao terceiro setor a partir da Lei nº 9.637/1998, que permitiu a estas entidades, caso qualificadas como organizações sociais, atuar em regime de parceria através de convênios realizados com o Estado, com a finalidade precípua de explorar os serviços públicos não exclusivos do Estado. Examina-se a seguir com

⁵⁵ Para Mello (2013, p. 66-99), a supremacia do interesse público é princípio geral do Direito inerente à própria sociedade; não se fundamenta em um dispositivo constitucional específico, mas sim em diversas manifestações concretas e “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”. Atualmente, este princípio é extremamente questionado, com fortes embates doutrinários, em especial pelo caráter dialógico e consensual trazido pela moderna doutrina, como Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento, Humberto Bergmann Ávila, entre outros, apesar de a doutrina clássica continuar, com acerto, sustentando a sua validade, a exemplo de José Cretella Júnior e Maria Sylvia Zanella di Pietro (BINENBOJM, 2014, p. 65-66).

⁵⁶ No mesmo sentido, a participação mais ativa da sociedade na execução das atividades estatais vai ao encontro da Administração Pública dialógica, que consiste na necessidade do diálogo com aqueles que terão os seus direitos atingidos como condição para a atuação estatal, o que implica a necessidade de respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, além do direito de participação (MAFFINI, 2013).

⁵⁷ Art. 37 § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

⁵⁸ Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

maiores detalhes⁵⁹.

Moreira Neto (1999, p. 17) destaca que, ao lado da ideia de coordenação, a reforma administrativa também adotou diversos princípios que serviriam de argumento para as mudanças propostas, em especial para o processo de transferência de parcela dos serviços públicos não exclusivos a entidades privadas, visando ao fim do modelo de Estado de Bem-Estar Social e à sua transformação em modelos instrumentais. Entre os princípios, destacam-se o da subsidiariedade, o da participação política, o da transparência, o da autonomia e o da profissionalização.

A reforma administrativa priorizou o princípio da subsidiariedade, na medida em que competiria aos indivíduos, grupos sociais, ou a sociedade civil como um todo, tomar as decisões e atuar de acordo com seus interesses individuais ou coletivos. O Estado atuaria nas demandas em função da sua complexidade e necessidade de ação concentrada e imperativa, porquanto a ingerência deveria ser dada por aquele que estivesse mais próximo do problema, pois se acredita que este possui as melhores condições de resolvê-lo. A relação do ente maior deveria ser de criar condições para que os entes estatais e não estatais se desenvolvam (MOREIRA NETO, 1999, p. 20-22).

Já o princípio da participação política, ou *tout court* de participação, está ligado à ideia de expansão da consciência social e do natural anseio das pessoas de influir sobre as decisões de poder que repercutirão sobre elas. Trata-se da transformação da democracia representativa em democracia participativa⁶⁰; não basta “escolher quem os governa, mas como querem ser governados” (MOREIRA NETO, 1999, p. 22-23).

Quanto ao princípio da transparência, este tem como principal missão permitir a ampliação do controle da Administração Pública pelos cidadãos e pela sociedade civil, medida tida como mais eficiente por multiplicar o número de fiscais sem ônus para o Estado, rompendo com o monopólio do seu controle e possibilitando o exercício da consensualidade (MOREIRA NETO, 1999, p. 23-24).

A reforma também levou em consideração o princípio da autonomia, de modo a permitir

⁵⁹ Santos (1997, p. 54), em análise da PEC nº 173/1995, que deu origem à Emenda nº 19/1998, registra que estas figuras surgiram da experiência britânica da reforma administrativa, empregadas a partir de 1979 na gestão de Margareth Thatcher, através dos *quasi autonomous non-governmental organizations* – *quangos* (organizações não governamentais quase autônomas) e das *executives agencies* (agências executivas), aliadas à privatização dos estabelecimentos industriais estatais, o que acabou por reduzir de forma acentuada a prestação dos serviços públicos, em especial nas áreas de saúde, educação e assistência social, configurando-se nas *performance based organizations* (PBOs) brasileiras.

⁶⁰ Para Blondiaux (2013, p. 61-62), um dos maiores desafios da democracia participativa é a formação de uma cidadania ativa e informada. Trata-se de um ideal oposto ao funcionamento habitual das sociedades de massa modernas. É importante que se deem condições de participação aos espaços públicos de discussão; os poderes públicos devem reforçar as capacidades de expressão e de ação.

uma maior descentralização, criando organizações e funções pós-determinadas com núcleos flexíveis, adaptáveis aos problemas técnico-administrativos, em contraposição ao Estado “burocraticamente enrijecido”. Em conjunto com a participação, este princípio permite a transferência de execução das atividades estatais para entes da sociedade civil, ampliando a possibilidade de delegação, o que, segundo Moreira Neto (1999, p. 27-28), “aperfeiçoa e barateia” o atendimento do interesse público, em especial nos campos em que “as escolhas técnicas superam em importância as escolhas políticas”.

Por fim, o princípio da profissionalização abandona a gestão burocrática por uma gestão profissional dos interesses públicos, visando levar a Administração Pública a atuar em campos com conhecimentos técnicos específicos, para evitar que ela se utilize de profissionais com qualidade inferior aos dos entes privados, o que permitirá uma maior competição no mercado de trabalho (MOREIRA NETO, 1999, p. 29).

Todos esses princípios serviram de base para a recente posição do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923/DF (examinada abaixo) entendeu que os serviços públicos não exclusivos são de titularidade do Poder Público e da iniciativa privada, por serem atividades econômicas e de interesse público, passíveis, portanto, de um marco regulatório intermediário – não tão rígido quanto o público, nem tão livre quanto o privado –, podendo o Estado fomentar tais atividades mediante incentivos e estímulos a comportamentos voluntários, conforme se percebe no trecho da ementa transcrita abaixo:

SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO (BRASIL, 2015).

Assim, trata-se de argumentos que, em conjunto com o princípio da “eficiência” e o contexto de “governança” em que o atual Estado vive, serviram de retórica para a adoção da reforma gerencial e das políticas econômicas ditadas a partir de acordos entre Poder Público e entes privados, em que sua autonomia vem sendo enfraquecida devido à ampliação da “não exclusividade” da prestação estatal, através da “delegação de inúmeras responsabilidades públicas a um emaranhado de ONGs, comunidades religiosas, empresas privadas e associações” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 278).

3.4 O terceiro setor como alternativa ao Estado

O PDRAE manteve como meta a preservação de alguns fundamentos dirigentes da Constituição, sendo mantida a obrigação do Estado quanto aos seus serviços exclusivos; no entanto, quanto aos serviços não exclusivos, optou-se por um sistema de parceria entre o Estado e a sociedade civil.

Este sistema de parceria foi denominado pelos reformadores de “publicização”. Segundo Bresser-Pereira (2011, p. 246-247), trata-se de uma alternativa ao estatismo, na qual tudo é realizado pelo Estado, e à privatização, em que tudo é reduzido à lógica do mercado e do lucro privado, o que permitiu que a execução dos serviços públicos não exclusivos do Estado fosse realizada pelas entidades do terceiro setor.

Tal expressão decorre da tradução literal do *third sector* americano, difundido na década de setenta, que representa as “organizações sem fins lucrativos” ou o “setor voluntário”. No Brasil também se utiliza a expressão “organização da sociedade civil”, por atuar num plano intermediário entre o Estado, que seria o primeiro setor, e as empresas, representantes do segundo setor (ALBUQUERQUE, 2006, p. 18).

Apesar de ter assumido especial relevância com a reforma da década de noventa, as “entidades do terceiro setor sempre existiram e tradicionalmente formalizavam a parceria com o Poder Público por meio de convênio”, tanto que a doutrina administrativa tradicional já incluía estes entes na categoria de “entidades paraestatais”⁶¹, por se tratar de pessoas privadas que atuavam em regime de colaboração com o Estado sem fins lucrativos; não pertenciam ao Poder Público, mas se achavam paralelas a ele (PIETRO, 2017, p. 318-319).

No Brasil, popularizou-se a expressão Organização Não Governamental (ONG) para identificar estas entidades do terceiro setor, contudo a expressão se mostra inadequada, tendo em vista que a amplitude do termo permite encaixar qualquer entidade que não pertença ao governo, a exemplo das empresas. Além disto, os constantes escândalos mostrados pela imprensa brasileira de fraudes nestas organizações fizeram com que as legislações seguintes optassem por outras expressões, no intuito de renovar a crença na viabilidade deste instrumento (TORRES, 2013, p. 56-58).

⁶¹ Para evitar qualquer confusão, dada a existência de divergência doutrinária quanto à utilização deste termo (MELLO, 2013, p. 161-162), optou-se pelas expressões terceiro setor e organizações da sociedade civil.

Diante do contexto de falta de unanimidade quanto ao conceito e aos entes⁶² que compõem o terceiro setor, a Organização das Nações Unidas apresenta algumas características que podem servir como base para uniformizar o entendimento (UN, 2003, p. 16):

(i) Organizações, ou seja, institucionalizadas até certo ponto; (ii) Privada, isto é, separada institucionalmente do governo; (iii) Sem fins lucrativos, isto é, não retornando lucros gerados aos seus proprietários ou diretores; (iv) Autogoverno, isto é, capaz de controlar suas próprias atividades; (v) Voluntário, isto é, não obrigatório e envolvendo algum grau significativo de participação voluntária⁶³.

Complementando o disposto acima, Piovesan e Barbieri (2005, p. 86-87) ressaltam a necessidade da verificação da finalidade pública do ente e apontam aqueles que não se podem enquadrar no conceito de terceiro setor: sindicatos, associações de classe e partidos políticos, por representarem interesses corporativos; organizações religiosas, quando voltadas exclusivamente para a disseminação do credo; clubes recreativos, instituições de previdência privada e fundos de pensões, por serem voltadas à busca do benefício mútuo em um círculo restrito; e, por fim, planos de saúde, hospitais privados, escolas e universidades particulares que, por vezes, se apresentam como entidades filantrópicas com disfarçadas finalidades lucrativas e comportamento mercantil.

Neste sentido, mais importante do que a observância dos requisitos puramente formais elencados pela ONU, é verificar o seu requisito material, que é a finalidade para a qual foi instituída, que necessita ser pública nos mesmos moldes dos objetivos visados pelos serviços públicos estatais, devendo-se excluir qualquer entidade que tenha interesses egoísticos ou recíprocos, objetivando a assistência de grupos restritos.

Assim, o terceiro setor é composto por entes oriundos da sociedade civil, a partir de associações de sujeitos que formam pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e sem os interesses privados característicos do mercado ou de agrupamentos corporativos. Sem possuir roupagem estatal, tem como finalidade primordial o atendimento de interesses públicos previstos nos seus objetivos institucionais (TORRES, 2013, p. 56-58).

Os fundamentos clássicos para a escolha pelo terceiro setor foram analisados no item

⁶² Boa parte da doutrina enquadra os serviços sociais autônomos como entidades do terceiro setor; podem ser conceituados como “[...] aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais [...] com administração e patrimônio próprios, revestidos na forma de instituições particulares tradicionais (fundações, sociedades civis ou associações) [...] genuinamente brasileiras. Constituem as chamadas entidades do ‘Sistema S’” (MEIRELLES, 2016, p. 481). Não serão aprofundados nesta pesquisa, por fugir ao objeto da reforma administrativa.

⁶³ Tradução livre de: (i) *Organizations, that is, institutionalized to some extent*; (ii) *Private, that is, institutionally separate from government*; (iii) *Non-profit-distributing, that is, not returning profits generated to their owners or directors*; (iv) *Self-governing, that is, able to control their own activities*; (v) *Voluntary, that is, non-compulsory and involving some meaningful degree of voluntary participation* (UN, 2003, p. 16).

anterior e se destacam: a transformação da Administração Pública imperativa para a consensual, em que as atividades socialmente relevantes devem ser desenvolvidas mediante parcerias com os particulares; o princípio da subsidiariedade, já que só se justifica a atuação direta do Estado quando a sociedade não for capaz de atender aos interesses sociais; a necessidade de fomento às atividades privadas de caráter social; e a Administração Pública dialógica, fruto da colaboração entre o Estado e particulares (OLIVEIRA, 2015, p. 419-420).

No entanto, Bresser-Pereira (2011, p. 235-237) apresenta uma fórmula um pouco mais complexa para justificar esta opção, tendo por base a segmentação das formas de propriedades no capitalismo contemporâneo, que não se dividem apenas em pública e privada, mas sim em quatro: propriedade privada voltada para o lucro; propriedade pública estatal; propriedade corporativa, que são os sindicatos ou associações de classe; e propriedade pública não estatal, que são todas as organizações sem fins lucrativos e não corporativas, subdivididas em organizações de controle sociais e organizações públicas não estatais. Estas são voltadas à produção de bens e serviços sociais e científicos e podem ser exemplificadas pelas associações comunitárias, associações de caridade, organizações não governamentais e fundações de empresas.

Para a reforma gerencial, a privatização somente se justifica quando a empresa tiver a possibilidade de se autossustentar no mercado; se, de outro modo, consistir numa atividade dependente de doações ou transferências estatais, estar-se-á diante de uma atividade pública não estatal e, dada a “incapacidade” do mercado e do Estado para a prestação da atividade de forma adequada, a solução apresentada é transferir a atividade para estas organizações públicas não estatais (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 239-240).

Partiu-se do pressuposto de que o setor público não estatal é mais eficiente e oferece serviços de melhor qualidade devido à maior flexibilidade de gestão típica das entidades de direito privado e do controle, que pode ser o social direto, através dos conselhos de administração constituídos por integrantes da sociedade, ou o controle de mercado, via competição administrada (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 240-241).

Ademais, a simples transferência para o setor privado lucrativo não se justificaria, uma vez que este ente não é voltado para o atendimento de direitos humanos fundamentais, como saúde e educação básica, pois o critério do lucro não é o melhor para propiciar a qualidade dos serviços, que, por sua natureza, exigem confiança, dedicação e solidariedade (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 242-243).

Tal aposta fundamenta-se ainda na tese do fortalecimento das instituições democráticas, uma vez que tais entidades se encontram entre o Estado e o mercado. Neste sentido, ao tratar

sobre a ideia de sociedade civil, afirma a importância de um espaço público aberto para permitir uma maior acessibilidade do processo de governo aos cidadãos, fortalecendo o espírito da sociedade democrática (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 239).

Montaño (2010, p. 15-16) enxerga nestes argumentos outro esforço retórico a fim de justificar o “novo enfrentamento da ‘questão social’, inserido no atual processo de reestruturação do capital”, pois, ao tempo que o Estado incentiva e financia o terceiro setor, afasta-se de suas responsabilidades típicas do Estado de Bem-Estar Social, garantidas pela Constituição de 1988, ao “fragmentar as lutas em esferas (ou ‘setores’) autonomizadas, desarticuladas da totalidade social”.

Percebe-se, com isto, que o terceiro setor está extremamente alinhado com todo o processo de transformação do Estado iniciado na década de setenta e aprofundado com o Consenso de Washington na América Latina, que promoveu a flexibilização nas mais diversas searas, do mercado às relações de trabalho, culminando nas desregulamentações e reformas administrativas (MONTAÑO, 2010, p. 16).

Neste contexto, o terceiro setor torna-se funcional para as transformações operadas na sociedade globalizada, que responde às “sequelas da ‘questão social’ seguindo os valores da solidariedade voluntária e local, da autoajuda e da ajuda mútua”, na medida em que deixa de ser responsabilidade do Estado e do conjunto da sociedade, e passa a ser de responsabilidade dos sujeitos que têm necessidades e das organizações filantrópicas (MONTAÑO, 2010, p. 22).

Para Montaño (2010, p. 23), a transferência para o terceiro setor não decorre de razões de “eficiência”, nem diz respeito tão somente à questão de ajuste fiscal, apesar de ser um elemento importante; é antes de tudo oriunda de um motivo “político-ideológico”, uma vez que se retira do cidadão o direito universal às políticas sociais; cria-se uma cultura da autculpa das mazelas da população e da ajuda mútua para o seu enfrentamento; além de, com a precarização e a focalização da ação do Estado, gerar uma nova demanda para o setor empresarial.

Trata-se, de forma muito clara, de uma nova forma de privatização das atividades estatais, agora com a alcunha de “publicização”, tornando-a mais palatável para a sociedade, na medida em que seria fruto da “colaboração” entre o Estado e instituições que não visam ao lucro, mas que tornam efetivo o “moderno conceito de democracia” e viabilizam uma “profunda melhora” na prestação dos serviços públicos (MONTAÑO, 2010, p. 45).

Sob o pretexto de chamar a sociedade à participação em torno do “controle social” e da “gestão de serviços sociais e científicos”, desenvolvendo a democracia e a cidadania, a dita “publicização” é, na verdade, a denominação ideológica dada à transferência de questões públicas da responsabilidade estatal para o chamado “terceiro setor” [...] e ao repasso de recursos públicos para o âmbito privado. Isto é uma verdadeira privatização de serviços sociais e de parte dos fundos públicos. Esta

estratégia de “publicização” orienta-se numa perspectiva, na verdade, desuniversalizante, contributivista e não constitutiva de direito das políticas sociais (MONTAÑO, 2010, p. 45). (Grifou-se)

Em crítica a Bresser-Pereira, idealizador da reforma gerencial no Brasil, Montañó (2010, p. 46) afirma que este processo de “publicização”, ao contrário do proposto, vai de encontro aos poucos mecanismos democráticos existentes, uma vez que possibilitaria a realização de contratos sem licitação pública, problemas no tocante à continuidade dos serviços públicos, ausência de controle social sobre os gastos e recursos públicos despendidos, sem contar que contribuiria para a precarização das relações de trabalho na Administração Pública, com contratos temporários, inexistência de concursos públicos e de carreira profissional.

Desse modo, essas entidades, quando atuam em colaboração com o Estado, seguem o regime jurídico de direito privado, não obstante ser necessário o respeito aos princípios basilares da Administração, até porque o art. 116 da Lei nº 8.666/93 determina a aplicação, “no que couber”, da legislação inerente às contratações públicas (BRASIL, 1993a).

Em 1998, com a Lei nº 9.637, surge o primeiro diploma normativo destinado a regulamentar a “publicização” a partir da criação de uma figura denominada de organização social. Em verdade, não se trata da criação, mas sim duma qualificação que seria dada a uma instituição sem fins lucrativos. Esta lei viria a regulamentar as relações entre o terceiro setor e a Administração Pública federal.

Logo em seguida e nos mesmos moldes que a primeira norma, surgiu a Lei nº 9.790/1999, que agora disciplina as relações entre a Administração Pública federal e a entidade do terceiro setor qualificada como organização da sociedade civil de interesse público; no entanto, impôs requisitos mais rígidos, em razão do desvirtuamento gerado nas organizações sociais.

Apesar do “esforço”, nenhuma das duas leis foi suficiente para impedir as práticas fraudulentas. Nesta linha, em crítica aos critérios de formação das relações de parcerias, Torres (2013, p. 76-77) ressalta a ofensa aos princípios da eficiência, isonomia e impessoalidade, além de mencionar o risco da cooptação do terceiro setor pelo Estado, ou mesmo de beneficiamentos indevidos, em virtude da discricionariedade da escolha do ente parceiro, pois até então não se tinham os mecanismos necessários para “evitar que o público não estatal fosse acometido dos mesmos vícios apontados nos modelos patrimonialistas”.

No mesmo sentido, Santos (1997, p. 54) já alertava que na Inglaterra, país com tradição de profissionalização e controle social do Estado, este sistema gerou “graves distorções, entre elas a proliferação de entidades, a fragmentação da ação administrativa e um aguçamento do

nepotismo”. Ademais, não houve comprovação de que estas entidades foram capazes de ofertar melhores serviços à população ou uma melhor gestão dos recursos públicos. E prenunciou que:

No caso brasileiro, há fundados receios de que o processo de publicização venha a servir de instrumento para a redução, a médio prazo, das despesas com serviços públicos nas áreas de saúde, educação e assistência social, assim como de pretexto à cobrança, por parte das entidades, de quaisquer serviços prestados, inclusive naquelas atividades em que, por determinação constitucional, é dever do Estado assegurar serviços gratuitos. (Grifou-se)

Tais receios restaram confirmados a partir da auditoria do Tribunal de Contas da União em várias unidades da Federação, que encontrou diversos elementos fraudulentos em processos seletivos destas organizações ou mesmo na contratação de serviços e bens necessários à prestação do serviço público, além de não ter verificado a melhoria do serviço público proposta (BRASIL, 2012).

Entre essas e outras razões, passou-se a contar com um novo Marco Regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, através da Lei nº 13.019/2014, criando um regime jurídico aplicável a todos os entes da Federação, visando às parcerias voluntárias com ou sem transferências de recursos financeiros, em regime de mútua colaboração e objetivando a realização de finalidades de interesse público (BRASIL, 2014a). Adotou-se, em grande parte, as exigências e recomendações da doutrina e dos tribunais de Contas e de Justiça, mais uma vez sob a justificativa de implementar uma Administração Pública consensual e de resultados (OLIVEIRA, 2015, p. 433).

Com a nova lei, os entes do terceiro setor passaram a ter uma nova classificação: organizações da sociedade civil, moldadas a partir de um conceito extremamente genérico, permitindo encaixar praticamente qualquer organização sem fins lucrativos, o que admitiria a conclusão de que esta lei seria aplicada até mesmo para aquelas que recebessem as qualificações especiais de organização social e OSCIP, conforme se observa abaixo:

Art. 2º [...] I - a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014a).

No entanto, de forma expressa, o Marco Regulatório excluiu a possibilidade de aplicação das suas exigências para as organizações sociais sem nenhuma justificativa razoável⁶⁴, afinal, têm características gerais semelhantes, já que são entidades privadas que não possuem fins lucrativos e realizam atividades de cunho social através de parcerias com a Administração Pública (OLIVEIRA, 2015, p. 436-437).

O Marco Regulatório contém algumas inovações interessantes, em especial por trazer uma série de dispositivos mais rigorosos que diminui a discricionariedade do gestor público e dos gestores das entidades em respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, como a necessidade de realização de “chamamento público” visando a um procedimento seletivo simplificado para a escolha da entidade, a elaboração de “regulamento de compras e contratações” desta organização para com terceiros, mais controle a partir da prestação de contas mais rigorosa, entre outros elementos que impulsionam a moralização das parcerias a partir da adoção de um regime parcialmente público.

Apesar do ligeiro avanço, em dezembro de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.204/2015, alterando e revogando diversos dispositivos do Marco Regulatório, entre eles o da necessidade de realização de “regulamento de compras e contratações”, bem como a quase totalidade das salutares vedações⁶⁵, e possibilitou o recebimento de bonificações dos integrantes da entidade. Ademais, as OSCIPs, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que atuam com o Sistema Único de Saúde, e mais diversas outras instituições foram excluídas do âmbito de sua incidência nos mesmos termos das organizações sociais⁶⁶, o que coloca em dúvida o caráter modernizante e moralizador desta lei.

O Marco Regulatório tinha como objetivo regular todo o terceiro setor e pôr fim nos

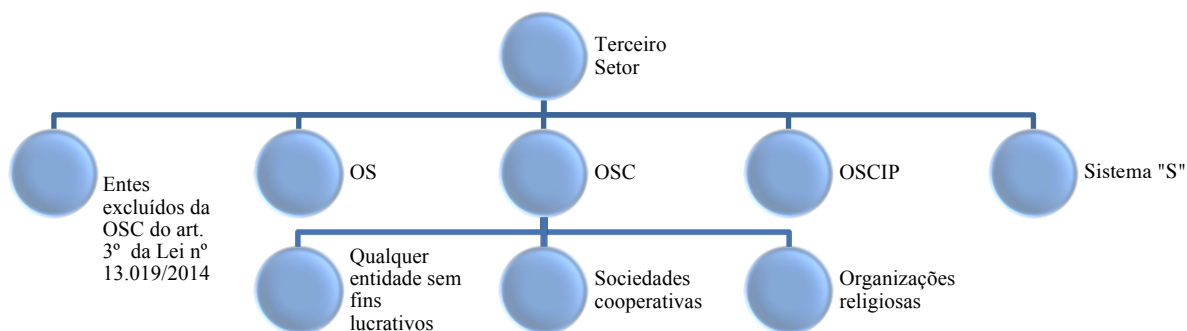
⁶⁴ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: [...] III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014a)

⁶⁵ Art. 45. As despesas relacionadas à execução da parceria serão executadas nos termos dos incisos XIX e XX do art. 42, sendo vedado: I - utilizar recursos para finalidade alheia ao objeto da parceria; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015) II - pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias; (BRASIL, 2014a)

⁶⁶ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei: IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal; V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014; VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009; VIII - (VETADO); IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: a) membros de Poder ou do Ministério Público; b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; c) pessoas jurídicas de direito público interno; d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública; X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos. (Incluídos pela Lei nº 13.204, de 2015) (BRASIL, 2014a)

problemas surgidos ao longo de sua existência no Brasil, no entanto, permanece em pleno vigor a legislação inerente às organizações sociais e às OSCIPs, ou seja, com as mesmas limitações principiológicas e práticas, porquanto permitem o trato da coisa pública com base num regime de direito privado, organizando-se da seguinte forma:

Figura 2 – Organização do terceiro setor no Brasil



Fonte: Elaborado pelo próprio autor.

Desta forma, o terceiro setor é extremamente amplo; ainda assim, com o passar do tempo, outros modelos são criados, embora preservem os mesmos objetivos. Entre eles sobressai um, devido a uma maior abrangência e possibilidade do processo de transferência dos serviços públicos: são as organizações sociais que, por tal razão, merecem um maior aprofundamento.

3.5 Organizações sociais: a opção da reforma gerencial para a privatização dos serviços públicos

Entre as novas estratégias adotadas pela reforma gerencial para a gestão pública no Brasil, acha-se o mecanismo de “publicização”, um processo em que diversas atividades não exclusivas do Estado são transferidas para a iniciativa privada. A opção inicialmente adotada foi a organização social, espécie de entidade do terceiro setor, através dos contratos de gestão.

Em verdade, organização social é uma qualificação jurídica livremente reconhecida por ato administrativo para entidades privadas sem fins lucrativos, desde que suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e saúde, e que preencha alguns requisitos formais e substanciais, o que possibilita a realização de parcerias com o Estado e a obtenção de benefícios públicos (MELLO, 2013, p. 241).

Entre as características das organizações sociais, destacam-se as seguintes:

sua qualificação decorre de decreto emitido discricionariamente pelo Poder Executivo (art. 1º); o conselho de administração é formado por representantes do Poder Público e da sociedade civil (art. 3º); licitações através de regulamento próprio (art. 17); os recursos de fomento são oriundos do contrato de gestão (arts. 5º e 12), cuja execução deve ser fiscalizada pelo órgão público supervisor e TCU (arts. 8º e 9º); a desqualificação exige como motivo o descumprimento ao contrato de gestão e deve ser precedida de processo administrativo (art. 16) (MOREIRA, 2015). (Grifou-se)

Na esfera federal, os requisitos formais estão previstos no art. 2º da Lei nº 9.637/1998 e em geral tratam sobre os elementos que devem constar no seu ato constitutivo. Já entre os requisitos substanciais, destacam-se: não possuir fins lucrativos; ter um Conselho de Administração como órgão superior com representantes do governo e de entidades da sociedade civil; e firmar contrato de gestão com a Administração (MELLO, 2013, p. 242-243).

Apesar de as organizações sociais estarem enquadradas como entidades de colaboração, em regra prestam serviços delegados pelo Estado, substituindo-o com a utilização de bens, servidores e recursos públicos, ou seja, transfere-se a gestão de um serviço público a uma entidade privada, criada por particulares (PIETRO, 2017, p. 322-323).

Pietro (2017, p. 322-323) afirma que o “grande objetivo é o de fugir ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública”, pois se busca a flexibilidade do setor privado no tocante à contratação de funcionários sem concurso público e por regime celetista, sem as garantias clássicas como estabilidade, bem como no tocante à contratação de bens e serviços para o desenvolvimento de suas atividades, que depende, em regra, de um procedimento administrativo denominado licitação, além do menor controle sobre as suas atividades e finanças, tanto que as compara a uma concessionária de serviços públicos sem remuneração do usuário, pois são mantidas com recursos do orçamento do ente público; a diferença é que neste caso existe a finalidade lucrativa.

Em seu art. 5º e seguintes, a lei prevê que um contrato de gestão deve ser firmado entre o Estado e a organização social, com o objetivo de realização de parcerias para fomento e execução das atividades estatais não exclusivas, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade⁶⁷ (BRASIL, 1998b).

Moreira (2015) entende que os contratos de gestão apresentam uma impropriedade terminológica, uma vez que não possuem a “natureza funcional” dos contratos administrativos, nem a dos contratos privados, porquanto nestes se busca o lucro. Os contratos de gestão

⁶⁷ Segundo Bresser-Pereira (2011, p. 250), o controle dos seus resultados seria obtido através destes contratos em função dos seguintes aspectos: disposições estratégicas, objetivos da política pública à qual se vincula, indicadores de desempenho, meios e condições para a execução dos compromissos assumidos, instrumentos de avaliação, condições de alterações e rescisões contratuais, obrigações das partes, responsabilidades dos envolvidos, condições de vigência e prorrogação, além dos instrumentos de publicidade e controle social.

possuem natureza jurídica de “acordos cooperativos funcionalizados”, ou seja, são manifestações plurilaterais de compromissos e não tratam sobre interesses patrimoniais contrapostos, consistindo numa cooperação na aplicação de recursos que visa a um fim compartilhado que beneficie exclusivamente a sociedade.

Com a realização do contrato, as organizações sociais passam a ter algumas vantagens, quais sejam: a destinação de recursos orçamentários e a permissão de uso de bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, além da possibilidade de cessão de servidores públicos com ônus para a origem, de acordo com a sistemática prevista nos arts. 12 e 13 da lei em análise (BRASIL, 1998b).

Dada a suposta ausência de natureza contratual, além dos benefícios oriundos desta miscigenação entre o público e o privado, a lei em comento não previu nenhum processo seletivo⁶⁸ para a escolha das organizações não governamentais com as quais se deveriam celebrar contratos de gestão; ao contrário, conferiu de forma expressa a discricionariedade do Poder Público na concessão da qualificação como organização social. Ademais, autorizou a dispensa de licitação para as organizações sociais na contratação dos serviços previstos no contrato de gestão⁶⁹.

Outro ponto polêmico reside na necessidade de realização de licitação entre as organizações sociais e terceiros necessários para o cumprimento dos objetivos previstos no contrato de gestão com a utilização de recursos públicos, pois conforme exigência prevista no

⁶⁸ Tendo em vista os princípios fundamentais da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal, há fortes críticas e ausência de consenso doutrinário quanto à liberdade dada pelo legislador para contratações de forma direta, sem passar por um procedimento seletivo prévio que assegure a igualdade de oportunidades e a impessoalidade na celebração do contrato de gestão entre a organização social e o Poder Público. Carvalho Filho (2017, p. 268) e Oliveira (2015, p. 463) entendem que a dispensa neste caso decorre do sistema implantado pela lei reguladora e por o contrato de gestão possuir natureza jurídica de convênio e se tratar de uma parceria. De forma mais acertada, Justen Filho (2016, p. 552) sustenta que este contrato não está alheio às limitações do direito público, tanto em função do princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação quanto devido ao postulado da indisponibilidade dos interesses públicos e do princípio da isonomia. De forma mais crítica, Mello (2013, p. 242) considera a discricionariedade outorgada ao administrador “inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie”. Com relação à dispensa de contratação da organização social para a realização dos serviços previstos no contrato de gestão, a doutrina é mais tranquila quanto à sua aceitação, pois para Carvalho Filho (2017, p. 268) e Justen Filho (2016, p. 550) os serviços decorrem do contrato firmado. Mello (2013, p. 242) mantém o entendimento da inconstitucionalidade.

⁶⁹ Art. 24: XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (BRASIL, 1998b).

art. 17 da Lei nº 9.637/1998⁷⁰, deve ser elaborado um regulamento⁷¹ pela própria entidade (BRASIL, 1998b).

Apesar de entender como válidas as contratações diretas, Carvalho Filho (2017, p. 267) afirma que estes permissivos legais têm sido aplicados de forma distorcida por maus administradores e falsas instituições, o que fere os princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades, com constantes favorecimentos proporcionados pela contratação direta. Para coibir tais práticas, sustenta que compete à Administração verificar o “vínculo de pertinência” entre o estatuto da organização social e os serviços que serão prestados.

Nesta mesma linha, surge a questão da inexistência de um procedimento de contratação dos trabalhadores das OSs, uma vez que a Constituição Federal garantiu no *caput* do seu art. 5º o direito à igualdade, o que traz como consequência o acesso universal aos cargos e empregos públicos, também previsto de forma expressa em seu art. 37, II, em obediência aos princípios da Administração Pública, como os da legalidade, impessoalidade e moralidade. Este acesso é realizado com base no mérito, através de concurso público de provas ou de provas e títulos, que constitui o “método mais racional e eficiente de provimento dos cargos públicos, em que pese ser objeto de diversas críticas” (CARVALHO, 2014, p. 16).

A ausência de um procedimento objetivo de contratação vai de encontro ao próprio fundamento da reforma gerencial que autorizou a “publicização”, uma vez que, segundo Carvalho (2015, p. 34), “no setor público, a seleção meritória não só é recomendável para garantir a eficiência, como também é uma exigência prevista na Constituição”. Tal exigência justifica-se porque a Administração Pública possui peculiaridades que repercutem diretamente naqueles que irão realizar a função pública. Ademais, aumentam-se os riscos de resgate ao patrimonialismo por meio de práticas clientelistas e nepotistas.

Até mesmo o idealizador das organizações sociais no Brasil, Bresser-Pereira (2011, p. 248-249), tinha o receio da irreversibilidade destas transformações, tanto que tratou sobre o risco da captura privada ou da privatização da entidade, através das falsas organizações não

⁷⁰ Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias, contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotar para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público. (BRASIL, 1998b).

⁷¹ Pode-se sustentar a obrigatoriedade de procedimento licitatório com base no parágrafo 5º do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005, que exige a modalidade licitatória pregão na União para repasses deste ente. Seguindo uma posição intermediária, o Tribunal de Contas da União (vide acórdão nº 1.777/2005, tendo como Relator o Ministro Marcos Vinícios Vilaça, e Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contrato do TCU nº 116) entende que, apesar de não se enquadrar na Lei nº 8.666/1993, a organização social deve prever um procedimento seletivo simplificado, que obedeça aos princípios fundamentais da Administração Pública. Bresser-Pereira (2011, p. 247-249) entendia que “as compras deveriam estar subordinadas aos princípios da licitação pública”, ainda que defendesse que poderiam ter um regime próprio, através de instrumentos de gestão flexíveis que admitam uma resposta mais rápida.

governamentais existentes, bem como do risco da “feudalização”, pelo domínio permanente de um determinado grupo. Mas desconsiderou a possibilidade de tal ocorrência em razão dos instrumentos de controle social e das garantias promovidas pelo contrato de gestão que sustentava existir.

Diante dessas e de outras questões, poucos meses após a promulgação do regulamento das organizações sociais (dezembro de 1998), foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, com pedido de medida cautelar, questionando na íntegra a Lei nº 9.637/1998, bem como a Lei nº 9.648/1998, que incluiu o inciso XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/1993, com fundamento na ofensa aos mais diversos dispositivos constitucionais⁷².

Em 2015, com o voto vencedor do Ministro Luiz Fux, o julgamento foi finalizado e o STF confirmou a tese da constitucionalidade dos dispositivos questionados; no entanto, fez interpretação conforme à Constituição e manteve a constitucionalidade da dispensa de licitação, o que significa que “não afastaria o dever de abertura de processo administrativo”, “não liberaria a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da garantia de um processo objetivo e público”, “não prescindiria de motivação administrativa” e “não dispensaria os mecanismos de controle interno e externo” (BRASIL, 2015).

Conforme já afirmado, com esta decisão o STF confirmou a viabilidade dos serviços públicos não exclusivos como de titularidade do Poder Público e da iniciativa privada, admitindo, inclusive, a possibilidade de um marco regulatório intermediário, não tão rígido quanto o público, nem tão livre quanto o privado, podendo o Estado fomentar estas atividades mediante incentivos e estímulos a comportamentos voluntários, em nome do princípio da consensualidade e da participação (BRASIL, 2015).

Sobre este marco regulatório intermediário, ratificou a desnecessidade de licitação no âmbito das organizações sociais, pois o contrato de gestão não é um contrato administrativo, mas sim de convênio, tendo em vista a conjugação de esforços para um objetivo em comum dos interessados. Entretanto, em razão do trespasse de bens, recursos e servidores públicos, que são bens escassos e não estão disponíveis para qualquer interessado, “deverão ser conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da

⁷² Destacam-se: “ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência”, “violação à impessoalidade e a interferência indevida do Estado em associações”, “descumprimento do dever de licitação”, “ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal”, “descumprimento de direitos previdenciários dos servidores”, “insubmissão a controles externos” e “restrição da atuação do Ministério Público” (BRASIL, 2015).

CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade” (BRASIL, 2015).

Quanto às contratações das organizações sociais realizadas com terceiros utilizando recursos públicos, tendo em vista as benesses auferidas em virtude do contrato de gestão, deve elaborar um regime jurídico “minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), entre os quais se destaca a impessoalidade”; no entanto, deve ser mais flexível que o público, uma vez que a finalidade do marco regulatório do terceiro setor é conciliar os princípios constitucionais com a flexibilidade oriunda do setor privado (BRASIL, 2015).

Com relação ao concurso público, a Suprema Corte entendeu que os empregados das organizações sociais não são enquadrados como servidores públicos, mas sim como empregados privados sujeitos à legislação privada. Assim, inexistente a obrigatoriedade de concurso, mas o “procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*” (BRASIL, 2015).

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal chancelou a possibilidade da transferência destas funções básicas para as entidades do terceiro setor através de uma decisão abstrata, abrangente e relativamente contraditória, porquanto permite a dispensa de licitação e de concurso público, mas afirma a necessidade de respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, sem apontar, de forma precisa, qual o diploma ou mesmo os parâmetros mínimos que deveriam adotar, conforme costuma fazer diante da postura mais “ativa” em determinadas searas (BORBA, 2017a, p. 125).

O STF sustentou a finalidade da “função regulatória da licitação”, já que a licitação deve ser vista como um “mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas”. Assim, a finalidade do legislador é fomentar a atuação destas organizações no desempenho dos serviços sociais, o que permitiria um tratamento desigual para cumprir o objetivo constitucional da prestação “eficiente” dos serviços sociais. No entanto, asseverou, mais uma vez, a necessidade de se observar critérios objetivos e impessoais no momento da escolha (BRASIL, 2015).

Sem definir parâmetros mínimos, a interpretação conforme à Constituição da lei questionada permitiu a consolidação do “Estado Empresarial”, na medida em que a “publicização” se transformou na privatização do Estado através da terceirização da atividade-fim da Administração Pública, sob o argumento da “gestão compartilhada com o setor privado”. O voto vencedor da ADI nº 1.923/DF seguiu mais os interesses das organizações sociais do que o próprio interesse público, pois se preocupou em vedar a arbitrariedade do requerimento de qualificação, mas não enfrentou o problema concreto da ausência de licitação e do concurso

público, permitindo a “atuação discricionária do administrador, ainda que sobre a retórica de que a contratação deve obedecer a ‘um procedimento público e impessoal’” (SOUTO MAIOR, 2015).

Desta forma, a decisão apresenta um forte viés ideológico que vai de encontro ao espírito desenvolvimentista consagrado pela Constituição, além de prejudicar a efetivação dos direitos sociais mínimos (BORBA, 2017a, p. 126), conforme se observa no voto vencedor:

A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva (BRASIL, 2015). (Grifou-se)

Razão pela qual Souto Maior (2015) sustenta que o STF fez da Constituição letra morta, dada a mercantilização dos serviços públicos tidos como “deveres do Estado e da Sociedade”, além de ter extrapolado os limites jurídicos ao desconsiderar todo o aparato jurídico “legal, constitucional e historicamente concebido”.

Além disso, mesmo que não houvesse uma grave inversão axiológica das normas constitucionais, não se pode, razoavelmente, prever uma melhoria da prestação desses serviços com a sua “privatização”, uma vez que nesse modo de execução tendem a ser mercantilizados e submetidos a lógicas meramente econômicas, voltadas ao lucro, sem falar, é claro, da maior facilitação de desvios indevidos do erário e da maior promiscuidade de interesses entre o público e o privado, inclusive com objetivos eleitorais, cumprindo lembrar que o permissivo dos convênios vale para todos os municípios e estados do país, bem como para o governo federal, evidentemente (SOUTO MAIOR, 2015). (Grifou-se)

Percebe-se que se clama por serviços mais eficientes e adequados às demandas oriundas da Constituição, para a Suprema Corte estes seriam alcançados com uma maior flexibilidade nos sistemas de contratação; no entanto, a “publicização” realizada sem critérios objetivos possibilitará um “descontrole”, dada a maior possibilidade de ocorrência de fraudes e mau uso dos recursos públicos, o que impedirá a realização dos pretensos objetivos iniciais da reforma gerencial.

Pouco tempo após a publicação da Lei das organizações sociais, foi publicada a Lei nº 9.790/1999, que trata de outra figura extremamente semelhante, as organizações da sociedade civil de interesse público. Trouxe requisitos mais rígidos para a sua instituição e qualificação, como a necessidade de apresentação do “balanço e demonstrativo de resultados do exercício”, “declaração de isenção do imposto de renda” e de possuir em seus objetivos sociais as

finalidades específicas previstas na legislação para a sua atuação⁷³, mas não foi suficiente para impedir os abusos correntes no cotidiano do instituto, utilizado indevidamente para prestação de serviços ou obras e fornecimento de mão de obra (PIETRO, 2017, p. 359-365).

A semelhança com as OSs se dá pelo fato de ser uma qualificação dada pelo Poder Público a uma entidade sem fins lucrativos, de direito privado, criada por particulares para o exercício de serviços sociais não exclusivos do Estado, recebendo, para tanto, incentivo e fiscalização a partir do vínculo jurídico estabelecido através do termo de parceria que fixa seus direitos e obrigações (equivalente ao contrato de gestão das OSs). “A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado”. Ademais, recebe a qualificação independentemente de firmar ou não o termo de parceria (PIETRO, 2017, p. 359-360).

Assim, pode-se dizer que a OSCIP está mais próxima dos convênios clássicos já realizados pelo Poder Público, já que existe tão somente uma relação de fomento para o exercício de determinada atividade, ao passo que a organização social atua em verdadeira substituição ao Estado, pois assume a gestão de bens, pessoal e recursos públicos de um determinado serviço público não exclusivo.

Neste contexto de tantas figuras do terceiro setor, torna-se relevante a demonstração das principais diferenças (e características) entre as OSs e as OSCIPs, sem deixar de consignar a novel figura da OSC:

⁷³ Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins (BRASIL, 1999).

Tabela 2 – Principais características entre OS, OSCIP e OSC

	OS	OSCIP	OSC
Lei regente	Lei nº 9.637/1998	Lei nº 9.790/1999	Lei nº 13.019/2014
Âmbito de abrangência da lei	Federal	Federal	Nacional: todos os entes da federação
Procedimento seletivo para contratação da entidade	Inexiste, ato de qualificação discricionário	Inexiste, ato de qualificação vinculado	Chamamento público com base em critérios objetivos
Concurso público para contratação de pessoal	Não cabe, mas sim procedimento impessoal e objetivo (STF)	Inexiste	Inexiste
Licitação para contratação de bens e serviços de terceiros	Não cabe, mas sim regulamento próprio	Não cabe, mas sim regulamento próprio	Não cabe. Havia necessidade de regulamento próprio, mas foi revogado em 2015
Enquadramento como entidade do terceiro setor	Espécie de qualificação não integrante do conceito de OSC	Espécie de qualificação não integrante do conceito de OSC	Espécie mais abrangente
Instrumento jurídico	Contrato de gestão	Termo de parceria	Termo de cooperação, termo de fomento e acordo de cooperação
Finalidade	Transferência de serviços	Fomento	Fomento
Permite a transferência	Recursos, bens e pessoal públicos	Recursos públicos	Recursos públicos
Áreas de atuação	Ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde	Além dos inerentes às OS, sobressaem assistência social; segurança alimentar e nutricional; voluntariado; desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; modelos socioprodutivos e sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; assessoria jurídica gratuita; ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia e outros valores universais; tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte	Não específica, parte do conceito indeterminado baseado em “consecução de finalidades de interesse público e recíproco”, o que, na prática, se torna tão ampla quanto as OSCIPs

Fonte: Elaborado pelo autor.

Desta forma, entre os avanços e retrocessos legislativos, todas servem à funcionalidade do modelo econômico atual instituído nos diversos países, em especial da América Latina, apesar de as organizações sociais terem uma maior aptidão para a consolidação deste ideal, na medida em que ocorre uma verdadeira delegação do serviço público.

Para Druck (2016, p. 20-21), trata-se de uma autêntica terceirização no serviço público, a indicar a renúncia do Estado de sua responsabilidade social, e mostra relações público-privadas duvidosas, uma vez que se fazem transferências de verbas públicas para entidades

privadas sem planejamento, controle e supervisão.

Ademais, o que se percebe é que a fuga do regime jurídico de direito público contribui com mais um problema: o da precarização das relações de trabalho. As organizações sociais têm servido para intermediar contratos de trabalho precário na Administração Pública, com irregularidades nos processos de contratação destas organizações, em que “são encontradas indicações de pessoalidade, favorecimento e cumplicidade” (DRUCK, 2016, p. 26-27).

4 A PRECARIZAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CONTEXTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A relação de trabalho representa um conceito genérico, uma vez que diz respeito a “todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em um labor humano”, ou seja, qualquer forma de contratação de trabalho protegida pelo ordenamento jurídico se enquadra neste gênero, no que se podem encontrar como espécies o trabalho eventual, a relação de estágio, o trabalho autônomo, entre tantas outras que envolvam “o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim” (DELGADO, 2015, p. 295-296).

O Direito do Trabalho nasce como um ramo voltado à proteção de uma relação de trabalho mais específica, a relação de emprego, que se distancia das demais modalidades por ser a forma de trabalho mais utilizada no contexto econômico contemporâneo privado. Trata-se do “empregado” regido pela CLT, razão pela qual é chamado também de “celetista”, configurado através de cinco requisitos previstos nos seus arts. 2º e 3º: prestação de serviços por uma (1) pessoa física a um tomador de serviços, de forma (2) pessoal e (3) não eventual, desde que haja uma relação de (4) subordinação, com a devida (5) onerosidade (DELGADO, 2015, p. 297).

Já no Direito Administrativo emerge outra relação de trabalho a ser protegida, que se parece com a relação empregatícia em virtude de possuir os cinco requisitos, mas que com ela não se confunde por ter sido expressamente excepcionada pela Constituição em virtude do vínculo jurídico-administrativo. Trata-se da relação de trabalho administrativa, que tem como elemento central a figura do servidor público regido por um estatuto próprio, por isto chamado de “estatutário”, motivo pelo qual seu vínculo não decorre de um contrato privado, pois possui natureza pública (DELGADO, 2015, p. 333).

O que se pretende examinar nesta parte do trabalho é como e em qual medida a reforma gerencial iniciada com a Emenda Constitucional nº 19/1998 promoveu a precarização vertical das relações de trabalho no âmbito da Administração Pública, a partir da redução dos direitos e garantias constitucionais dos servidores públicos. Além disso, em virtude do processo paulatino e constante de transferência das suas principais atribuições para a iniciativa privada através das diversas formas de privatização, pretende-se ainda analisar a precarização horizontal das relações de trabalho, oriunda da terceirização da Administração Pública realizada sob as mais diversas alcunhas, que acaba por contratar trabalhadores com regime “celetista” para desenvolver funções públicas.

4.1 As relações de trabalho no âmbito da Administração Pública brasileira

A função pública é um fenômeno antigo que nasceu antes mesmo do Estado de Direito, a partir das relações entre os senhores feudais e seus vassallos, que recebiam pequenas glebas de terra e tinham de cumprir as tarefas atribuídas, além da “ligação pessoal de fidelidade entre o funcionário e o seu senhor”. O século XIX foi marcado pela “substituição destes vassallos por funcionários públicos profissionais, escolhidos de acordo com suas aptidões técnicas e lealdade ao senhor a que serviam” (MAFRA FILHO, 2008, p. 5-7).

Junto com as revoluções burguesas, nascem os ideais republicanos, e os serviços públicos passaram a ser considerados como *mínus público* (encargo, ônus ou dever). Só no século passado é que surgiram várias leis regulamentadoras do funcionalismo público. Com a consolidação do Estado Social e a conseqüente expansão de suas atividades, inclusive industriais e comerciais, cresceu o número de seus agentes. Atualmente, a tendência é de “aproximação e identificação crescente dos funcionários públicos e dos operários trabalhadores nos setores privados” (MAFRA FILHO, 2008, p. 5-7).

Com a complexidade de relações no Estado, surgiram várias categorias de trabalhadores na Administração Pública. De forma geral, é agente público qualquer pessoa que atue em nome do Estado, tendo por base a Lei de Improbidade Administrativa, que o conceitua como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” nas entidades públicas, inclusive da Administração indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas) (art. 2º da Lei nº 8.429/1992) (BRASIL, 1992)⁷⁴. (Grifou-se).

Assim, partindo do gênero agentes públicos, podem-se considerar as seguintes espécies: (a) agentes políticos, (b) particulares em colaboração com a Administração e (c) servidores estatais, estes classificados como temporários, estatutários e celetistas.

Os “agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país”. Por exercerem função política de Estado, seus direitos e deveres decorrem de leis e da Constituição, e não de um contrato. São os detentores de mandato eletivo (Chefes do Executivo e do Legislativo) e seus auxiliares diretos (secretários e ministros), membros do Judiciário e do

⁷⁴ Conceito extraído também do art. 327 do Código Penal: “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)” (BRASIL, 1940).

Ministério Público (MELLO, 2013, p. 251-252).

Estes não sofreram os impactos negativos da reforma gerencial, ao contrário, o PDRAE (BRASIL, 1995b, p. 41) considerou que tais sujeitos representam o “núcleo estratégico” do Estado e criou políticas de valorização destas carreiras, a partir da modernização da burocracia, concursos e ganhos salariais. Em verdade, tais categorias são caracterizadas, muitas vezes, pela preservação do patrimonialismo, com privilégios e direitos obscuros conferidos pela Constituição e por diversas normas, inclusive “não legais”. Trata-se de uma pequena elite que consolida e conforma as relações de poder no país.

Quanto aos “particulares em colaboração com a Administração”, apresentam-se em situações excepcionais sem pertencer à estrutura do aparelho estatal, requisitados algumas vezes sob pena de sanção, como os mesários, jurados e agentes militares constrictos (particulares convocados para o serviço militar obrigatório). Também se enquadram neste conceito alguns sujeitos que recebem delegação do Estado, como o titular de cartório, agentes de concessionárias e permissionárias quando prestam serviços públicos (MELLO, 2013, p. 255-256), os voluntários (Lei nº 9.608/1998) e os credenciados por convênios com a Administração Pública.

Em todos estes casos, por atuarem em colaboração, não existe vínculo com o Estado; em geral, não há direitos ou garantias sociais oponíveis em face deste, muitos não recebem remuneração, mas tão somente uma compensação ou benefícios colaterais, como um período de descanso após o cumprimento da sua função pública (CARVALHO FILHO, 2017, p. 631).

Já os servidores estatais são “todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente da sua natureza pública ou privada” (MELLO, 2013, p. 251-252), e são classificados como temporários, estatutários e celetistas⁷⁵.

Quanto aos primeiros, os servidores temporários, a Constituição Federal, em seu art. 37, IX, prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (BRASIL, 1988). Na União, a Lei nº 8.745/1993⁷⁶ definiu os casos excepcionais (art. 2º) e os respectivos prazos de contratação (art. 2º), exigindo processo seletivo simplificado em regra (art. 3º) e impossibilitando a contratação para a substituição de servidores efetivos e a nomeação de cargo em comissão ou função de confiança (art. 9º). Seus direitos e deveres seguem alguns dispositivos da Lei nº 8.112/1990

⁷⁵ Há mais uma espécie de servidor público, que são os militares, regidos por estatuto específico que leva em consideração questões de segurança nacional, possuindo previsão constitucional conforme os arts. 141, 142 e 143.

⁷⁶ No Município de Maceió, a Lei nº 6.054/2011 é que regulamenta esta atividade, exigindo processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, além da previsão de diversas garantias sociais (MACEIÓ, 2011).

(art. 11) (BRASIL, 1993b).

Estes servidores já se apresentam em situação precária por não terem uma relação de trabalho contínua, visto que seu contrato tem prazo determinado. Ademais, por possuírem em geral os direitos e deveres dos estatutários, a precarização ocorrida para estes acaba por prejudicar ainda mais os temporários.

Carvalho Filho (2017, p. 648) observa que, por vezes, a contratação de temporários serve aos interesses pessoais, visando à burla dos mais diversos princípios, como o do concurso público, ao ignorar a excepcionalidade do caso e permitir prorrogações contínuas, apresentando distorções que “ofendem o princípio da valorização do trabalho humano, previsto no art. 170, *caput*, da Carta Vigente”.

O principal objeto desta pesquisa são os “servidores públicos ou estatutários”, assim denominados por terem o seu regime jurídico baseado no “estatuto” definido pelo Estado sob critérios políticos-administrativos e com base no interesse público, seguindo uma estrutura determinada nos conceitos estabilizados pela Constituição Federal, bem como por aqueles sedimentados na doutrina (MAFRA FILHO, 2008, p. 24).

Nesta categoria também se enquadram os “comissionados”, ou seja, aqueles que são convocados para cargos em comissão para chefia, direção e assessoramento de livre nomeação e exoneração, leia-se, sem necessidade de realização de concurso público, nos termos do art. 37, II e V, da Constituição Federal, outra consolidação do patrimonialismo preservado pela Carta Magna.

A Constituição de 1988 previu a necessidade de elaboração de um estatuto com uma série de garantias e inovou ao exigir que fosse criado um regime jurídico único nos termos do seu art. 39. Para Mello (2013, p. 264-265), a intenção era impor que cada ente da federação e suas entidades da Administração indireta deveriam ter um único regime.

Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia para todos os administrados ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do país. A estabilidade para os concursados, após três anos de exercício, a reintegração (quando a demissão haja sido ilegal), a disponibilidade remunerada (no caso de extinção do cargo) e a peculiar aposentadoria que se lhes defere consistem em benefícios outorgados aos titulares de cargos, mas não para regalo destes e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público (MELLO, 2013, p. 265-266). (Grifou-se)

Neste contexto, a opção e a importância do regime estatutário justificam-se em virtude

da própria natureza do serviço realizado, que é público e deve sempre ser voltado para o público, pois permite atuar com independência e não se sujeitar aos arbítrios da gestão, já que não se trata de um “empregado do administrador, mas sim da administração”, devendo ser superada qualquer conotação de privilégio.

A Lei nº 8.112/1990, que regulamentou o Estatuto dos Servidores da União⁷⁷, determinou em seu art. 243 a conversão em regime estatutário de todos aqueles que ingressaram por regime celetista antes da sua vigência; com isto, cerca de 400 mil celetistas automaticamente se transformaram em “estatutários”⁷⁸, violando a regra do concurso público, em flagrante inconstitucionalidade, pois a Constituição garantiu tão somente a estabilidade para aqueles que já estavam na Administração Pública sem concurso público há pelo menos cinco anos, e não o acesso imediato ao cargo público nos termos do no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (MELLO, 2013, p. 270).

Por fim, como já visto, existe a figura dos “empregados públicos”, também chamados de “servidores celetistas” por serem regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Estes trabalhadores se concentram, em especial, na Administração Pública indireta privada, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas, mas pequenos municípios que não possuem condições financeiras para suportar um estatuto próprio também adotam a CLT em todos os seus órgãos, além de algumas poucas situações excepcionais ocorridas em virtude do fim temporário do regime jurídico único⁷⁹.

Apesar de possuir todos os direitos dos trabalhadores da iniciativa privada, com eles sendo celebrado contrato de trabalho, possuem as clássicas restrições do direito público, como a exigência de concurso público para ingresso (art. 37, I); submetem-se ao teto remuneratório (art. 37, § 9º)⁸⁰; não podem acumular cargos, em regra (art. 37, XVI); são agentes públicos para fins penais (art. 327, Código Penal); respondem por improbidade administrativa (art. 2º, Lei nº 8.429/1992); entretanto, não possuem as garantias clássicas dos servidores públicos, como a

⁷⁷ No Município de Maceió vigora a Lei nº 4.973/2000, que trata sobre o Estatuto dos Servidores Municipais de Maceió (MACEIÓ, 2000).

⁷⁸ Na época, cerca de 80% do funcionalismo público federal eram regidos pela CLT, sujeitos, portanto, ao Regime Geral da Previdência Social, que possui limites e formas de cálculos dos proventos bem inferiores ao do Regime Próprio da Previdência Social, o que acarretou o “rombo de proporções cataclísmicas” a que se assiste na atualidade (MELLO, 2013, p. 270).

⁷⁹ São também regidos pela CLT, na forma do art. 8º da Lei nº 11.350/2006, os “Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, [...] salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa”.

⁸⁰ Art. 37 § 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. (Incluído pela EC nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

estabilidade, a disponibilidade remunerada e a aposentadoria especial.

A partir das parcerias incentivadas pela reforma gerencial, seja através das excepcionais hipóteses de contratação direta, seja através das diversas formas de privatização, terceirização e “publicização”, empresas contratam trabalhadores para exercer as mesmas funções do servidor público, entretanto, não fazem concurso público e possuem os direitos inerentes aos empregados da iniciativa privada, sendo-lhes negadas todas as garantias típicas dos “estatutários”.

Percebe-se que, apesar do amplo conceito que representa a noção de agente público, os trabalhadores que prestam serviços públicos não exclusivos para as entidades de direito privado contratadas pelo Poder Público não se encaixam de forma expressa em nenhuma dessas espécies, pois não estariam inseridos no contexto da Administração Pública, ainda que prestem serviços públicos diretamente à população, em local público, com recursos públicos, realizando atividades como as dos servidores públicos. Porém seu vínculo se dá tão somente com o ente privado “parceiro” e, segundo posição que vem predominando, a Administração Pública não possui responsabilidade alguma sobre ele.

Segundo Mello (2013, p. 249), apesar de este trabalhador exprimir vontade estatal e de sua atividade desempenhada possuir natureza pública, sob a ótica do Direito Administrativo tradicional, estaria alheio à Administração Pública em decorrência da ausência de concurso público, ou qualquer outra forma de investidura válida no país, como eleição ou nomeação para cargos comissionados.

Trata-se de um processo de reestruturação por que os serviços públicos em geral vêm passando, pois, a partir da subordinação à “máxima da mercadorização”, a situação dos trabalhadores públicos foi afetada de forma expressiva, conforme será visto adiante (ANTUNES, 2011, p. 107).

4.2 Emenda Constitucional nº 19/1998: a precarização vertical das relações de trabalho

A reforma gerencial promoveu uma profunda alteração no rol dos direitos e garantias dos servidores públicos das mais diversas formas. Em relação aos servidores estatutários, as modificações realizadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

- a) acabar com a obrigatoriedade do regime jurídico único e permitir, assim, a contratação de servidores celetistas;
- b) exigir processo seletivo público para a admissão de celetistas e manter o concurso público para a admissão de servidores estatutários;
- c) flexibilizar a estabilidade dos servidores estatutários, pela possibilidade de

- demissão por falta grave, insuficiência de desempenho e/ou excesso de quadros;
- d) possibilidade de colocarem servidores em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, como alternativa à exoneração por excesso de quadros;
- e) limitação rígida da remuneração dos servidores públicos e membros dos Poderes;
- f) limitação rígida dos proventos da aposentadoria e pensões, no valor equivalente ao recebido na ativa;
- g) permissão de contratação de estrangeiros para o serviço público, sempre pela via concursal ou de seleção pública;
- h) facilitar a transferência de pessoal e de encargos entre as pessoas políticas, mediante assinaturas de convênios;
- i) eliminação de isonomia como direito subjetivo (MAFRA FILHO, 2008, p. 118). (Grifou-se)

A precarização vertical das relações de trabalho na Administração Pública é caracterizada pela promoção de uma profunda alteração das normas constitucionais que parametrizavam os estatutos dos servidores públicos, atingindo-os diretamente a partir da diminuição dos seus direitos e garantias que funcionavam não só como proteção pessoal, mas, antes de tudo, como uma proteção para o regular exercício da função pública, de forma independente e impessoal, a partir de três eixos fundamentais: fim do regime jurídico único, flexibilização da estabilidade e indisponibilidade remunerada, além da redução dos direitos trabalhistas e previdenciários.

4.2.1 O pretense regime dual

A Constituição de 1988 trouxe em seu art. 39 a exigência de que todos os servidores da Administração Pública fossem regidos por um mesmo estatuto, o qual teria por base os direitos e garantias previstos por esta Carta, objetivando, como já tratado, não só a proteção destes trabalhadores como o bom desempenho da função pública.

Ocorre que a EC nº 19/1998 trouxe o fim do regime jurídico único, que passou a permitir, “quando a lei desejasse, [a criação de] empregos e adotar-lhes o correspondente regime”, estatutário ou celetista. Com isto seria possível a adoção do “empregado público” para qualquer esfera da Administração Pública, inclusive a direta.

Apesar desta tentativa, por questões formais na tramitação da referida emenda, a vigência desse regime dual teve sua eficácia suspensa em virtude da liminar deferida na ADI nº 2.135-4, em 2007, e o regime jurídico único foi reinstaurado por causa do vício na tramitação da mencionada emenda⁸¹ (MAFRA FILHO, 2008, p. 97).

⁸¹ “O problema teria advindo do fato de que a proposta de alteração do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal não fora aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto no artigo 60 § 2º, da própria Constituição. Ao elaborar o texto enviado para votação em segundo turno, a comissão especial de redação da Câmara dos Deputados teria deslocado o parágrafo 2º do artigo 39, que havia sido aprovado, para o lugar do *caput* do artigo 30, cuja proposta de alteração havia sido rejeitada no primeiro turno” (MAFRA FILHO, 2008, p. 97).

Tal fato não impediu que a União criasse neste interstício a figura do “empregado público”, regido pela CLT na Administração Pública direta, autárquica e fundacional com a Lei nº 9.962/2000, para os cargos que exigiam as garantias típicas do servidor público, situação que foi preservada mesmo com a eficácia da norma suspensa⁸².

Um regime dual fere gravemente os princípios da isonomia e da razoabilidade na Administração Pública, ao permitir que dois trabalhadores que exerçam a mesma função estejam regidos por regimes distintos: um, o celetista, claramente inferior ao outro, o estatutário, no tocante às garantias constitucionais, gerando grave insegurança para o funcionalismo e para a satisfação das atividades estatais (PEREIRA, 1998, p. 269-273).

Ademais, esta ampliação das possibilidades de trabalhadores com regime privado na Administração Pública faz parte de um fenômeno mais amplo caracterizado como “celetização” dos servidores públicos, porquanto, com o passar dos anos, vão se criando novas formas para permitir trabalhadores com um regime de direito privado em substituição aos estatutários, como no caso de alguns entes da Administração Pública indireta, a exemplo de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Fenômeno que não se confunde com o processo de precarização horizontal das relações de trabalho, a ser examinado com maiores detalhes adiante, uma vez que, mesmo com o regime dual, há duas diferenças que deixam o “empregado público” numa condição relativamente superior: (1) algumas garantias são preservadas para estes trabalhadores, pois as regras de direito público continuam a ser parcialmente aplicadas para eles, como a necessidade de motivação para a demissão destes funcionários e de realização de concursos públicos; (2) o ente público contratante permanece com total responsabilidade para com eles, afinal, sua contratação é feita de forma direta.

Assim, apesar de atualmente prevalecer o regime jurídico único, seu breve momento de vigência permitiu a contratação de trabalhadores regidos pela CLT na Administração Pública direta, o que acabou por reduzir vários de seus direitos e garantias, tendo em vista que se trata de um regime de proteção social inferior.

⁸² Inclusive com a manutenção como empregados públicos daqueles que ingressaram entre a vigência desta lei e a liminar na ADI mencionada acima. A Lei nº 9.986/2000 também autorizou a contratação de “empregado público” para as agências reguladoras, espécie de autarquias; no entanto, a permissão foi suspensa com a liminar concedida em 2000 na ADI 2.310-1/DF, posteriormente revogada pela Lei nº 10.871/2004 (BRASIL, 2000).

4.2.2 A flexibilização da estabilidade e da disponibilidade remunerada

Outra alteração expressiva deu-se no tocante à estabilidade do servidor, que foi dificultada em nome da “eficiência”. Com a redação original da Constituição de 1988, eram necessários dois anos de efetivo exercício para que se obtivesse estabilidade no serviço público. Atualmente, a aquisição da estabilidade depende de três anos de exercício e ainda condiciona a obrigatoriedade de “avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade”, tudo nos termos do art. 41 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para além da dificuldade de sua aquisição, a estabilidade foi flexibilizada ao ampliar as hipóteses de perda de cargo do servidor estável, antes somente mediante “sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”. Já agora, “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”. Para Mello (2013, p. 311), trata-se de um mecanismo “conveniente para a manipulação do servidor, em proveito dos interesses eventuais dos governantes de turnos”.

No mesmo sentido, o art. 169 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Complementar nº 101/2000, ao tratar sobre a contenção de despesas com gastos de pessoal ativo e inativo, passou a fixar regras mais rígidas de responsabilidade fiscal que atingiram a estabilidade do servidor público de forma direta, ao permitir outra hipótese de perda de cargo para fins de cumprimento de certos limites (BRASIL, 1988).

Assim, após (1) a redução em 20% os gastos com cargos em comissão e funções de confiança e (2) a exoneração dos servidores não estáveis, se não atender aos limites, o (3) servidor estável poderá ser exonerado com uma indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço. Já para aqueles que desenvolvem atividades exclusivas de Estado, deverão ser estabelecidos critérios e garantias especiais para a perda do cargo, conforme o art. 247 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para Mello (2013, p. 273-274), a possibilidade de perda de cargo do servidor estável é “flagrantemente inconstitucional, por superar os limites do poder de Emenda”, pois só poderia ocorrer se houvesse extinção dos cargos com a consequente colocação em disponibilidade remunerada; ademais, fere os direitos adquiridos dos servidores estáveis de somente poderem ser demitidos na forma do art. 41 da Constituição Federal.

De acordo com a equipe responsável pela reforma administrativa, a “flexibilização da estabilidade” era necessária porque o regime anterior admitia que o servidor só fosse demitido se cometesse uma falta extremamente grave, fato esse difícil de se provar, em face da

“cumplicidade generalizada” entre os servidores. Também permitiria uma maior cobrança do trabalho do servidor pelos administradores públicos, uma espécie de “motivação por punição”, oriunda do setor privado (BRESSER-PEREIRA, 2011, p. 208-210).

Não obstante o alegado, percebe-se que o fim da estabilidade não é suficiente para acabar com as questões relativas à cumplicidade generalizada ou à dificuldade de comprovação. Ao fim, é mais um mecanismo que pode servir como um instrumento de perseguição e assédio do servidor, através de práticas antiquadas cada vez menos utilizadas na moderna iniciativa privada⁸³.

Acabar com a estabilidade dos servidores públicos (adotando em seu lugar o *spoil system*, que pode ser traduzido como empreguismo deslavado) para incrementar a eficiência na Administração Pública. Ora, estabilidade é apenas uma garantia contra demissões abusivas; não é um direito absoluto ao ócio e não impede a exclusão de maus servidores, desde que os detentores do poder tenham vontade política e competência técnica para fazê-lo. Não se pode culpar a estabilidade pelo mau uso que dela se faz (DALLARI, 2007, p. 18). (Grifou-se)

Além de flexibilizar uma garantia conquistada desde a Constituição de 1934, a reforma não levou em consideração o principal problema que existe até então: a falta de “parâmetros certos de capacitação a serem avaliados no funcionário”, esta sim uma medida importante que traria uma maior segurança para os servidores e maiores benefícios para a sociedade (MAFRA FILHO, 2008, p. 40-41).

Como decorrência da estabilidade, a disponibilidade remunerada consiste na situação em que o servidor público mantém seu vínculo e remuneração, no entanto, deixa de exercer o seu labor de forma transitória e precária até o seu devido aproveitamento. Desde a origem do instituto com a Carta de 1934, houve diferença no tocante ao motivo que daria ensejo a este instituto, ora por questões disciplinares, servindo como uma penalidade ao servidor infrator, ora como “função garantista” para o servidor estável que não poderá ser afastado, adotada pela Constituição de 1988 em seu art. 41, § 2º, ao prever em sua redação original que, “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo” (OLIVEIRA, 1998, p. 167).

Segundo Oliveira (1998, p. 173-176), havia uma discussão sobre a remuneração do servidor, se seria integral ou proporcional, já que a Constituição foi “omissa”, prevalecendo o entendimento de que “servidor público em disponibilidade tem direito aos vencimentos integrais do cargo”, nos termos da Súmula nº 358 do STF, afinal, entender de outra forma

⁸³ A reforma também trouxe orientação no sentido de produzir lei ordinária que vise a aplicar a economia com despesas correntes para a criação de “programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade” (art. 39, § 7º) (BRASIL, 1988).

representaria um verdadeiro retrocesso:

Em primeiro lugar, esvazia por completo a essência da noção da disponibilidade remunerada, ou seja, a garantia do servidor estável. Se o funcionário contar, por exemplo, com três anos e um mês de serviço público, sua remuneração será reduzida a valores insignificantes, que decididamente servirá de fundamento à não permanência do disponível nos quadros da Administração. Outro argumento é que a disponibilidade dos servidores será uma alternativa de difícil utilização na prática, uma vez que um instrumento mais valioso, como urge ser a demissão por excesso de quadros, certamente será aplicado pelas Administrações Públicas. Ademais, desvirtua-se totalmente o instituto, pois seu emprego passa a ser visto como atraente mecanismo de coação e pressão política, aniquilando os parcos atributos da “nova” estabilidade que se busca adotar com a reforma administrativa e reduzindo drasticamente a independência funcional dos servidores públicos. (Grifou-se)

Foi “estrategicamente” importante a flexibilização deste instituto no contexto da reforma gerencial, em virtude da adoção do regime de cogestão dos serviços públicos com entes privados; assim, a transferência das principais atribuições estatais para a iniciativa privada traria como consequência uma diminuição da necessidade de servidores públicos, já que as atividades públicas agora seriam desenvolvidas por trabalhadores privados (OLIVEIRA, 1998, p. 170).

Assim, diante da possibilidade de cargos “vagos ou desnecessários”, houve a necessidade de diminuir os custos dos prováveis servidores estáveis que ficariam em disponibilidade, razão pela qual a Emenda Constitucional nº 19/1998 foi clara ao afirmar que a remuneração deverá ser “proporcional ao tempo de serviço”.

4.2.3 A diminuição dos direitos trabalhistas e previdenciários

A Emenda Constitucional nº 19/1998 excluiu do rol de direitos trabalhistas (art. 7º) garantidos aos servidores públicos (art. 39, § 3º) o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”, que agora passa a depender de lei infraconstitucional. Também excluiu do rol a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, apesar de permanecer garantida em virtude do art. 37, XV, que prevê este direito com um tratamento específico para o servidor público (BRASIL, 1988).

Ainda no tocante à remuneração, o termo “isonomia” foi excluído para evitar reivindicações salariais e corrigir desequilíbrios (art. 39, § 1º); proibiu-se o recebimento de “gratificações em cascata” ao vedar o acúmulo de acréscimos pecuniários para fins de concessão de acréscimos posteriores (art. 37, XIV); passou-se a exigir lei específica para aumento da remuneração em qualquer dos poderes (art. 37, X); e criou-se a figura do “subsídio”. Agora os salários de determinadas categorias previstas na Constituição seriam pagos em parcela única, vedando o acréscimo de quaisquer outras parcelas (art. 39, § 4º) (BRESSER-PEREIRA,

2011, p. 212).

Em sede infraconstitucional, a reforma administrativa acabou com o adicional por tempo de serviço na esfera federal, previsto no art. 67 da Lei nº 8.112/1990, também chamado de “anuênio”, que permitia o acréscimo de 1% por ano de serviço⁸⁴ (BRASIL, 1990b).

Ainda na esfera federal, a Lei nº 9.527, de 10.12.97, também acabou com o direito à licença para capacitação de três meses ao longo do período de cinco anos, passando a ser uma faculdade da Administração, nos termos do art. 87 da Lei nº 8.112/1990. E acabou com a incorporação da gratificação por exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, prevista no art. 62 da mesma lei.

A reforma gerencial também iniciou o processo de restrição ao acesso à aposentadoria do servidor público (Regime Próprio da Previdência Social – RPPS), a partir da fixação de requisitos mais rígidos proporcionados pela Emenda Constitucional nº 20/1998. Na sua redação original, a Constituição trazia um único requisito, que era a comprovação do tempo de serviço. A referida emenda passou a exigir tempo de contribuição e idade, além de ter criado o abono de permanência (art. 40, § 19). Entretanto, preservou direito adquirido para quem tinha os requisitos e criou regras de transição para os demais (BRASIL, 1988).

Para Bresser-Pereira (2011, p. 206), essas mudanças trariam serviços prestados de forma mais “eficiente” e teriam o condão de abrandar a imagem do servidor público como aquele dotado de privilégios. Porém, as alterações promovidas acima tão só precarizaram as relações de trabalho dos servidores públicos, pois foram flexibilizadas tão somente as garantias para o exercício de uma atividade com independência e autonomia, impactando na atividade estatal.

Os direitos e garantias flexibilizados, ou mesmo extintos, fazem parte do conjunto dos direitos sociais fundamentais garantidos aos servidores públicos. Queiroz (2006, p. 68-71), em análise do princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais, informa que os direitos desta natureza impõem uma proibição de retrocesso, pois, ainda que não se exija um avanço, deve-se assegurar o *status quo* já alcançado sob a visão do Estado Social.

Uma vez consagrados, o legislador não pode acabar sem alternativas ou compensações, até porque se trata de uma noção ligada à própria segurança jurídica ou à proteção da confiança; no entanto, a Suprema Corte brasileira entende que a redução de direitos e garantias deste tipo é possível, sob o argumento de que os vínculos dos servidores decorrem diretamente da lei (estatuto), por isso não há direito adquirido a regime jurídico-funcional (AI 537862 AgR/DF).

Assim, entre várias outras mudanças, a reforma administrativa acabou por flexibilizar o

⁸⁴ Inicialmente, a Lei nº 9.527/1997 flexibilizou o direito; a Medida Provisória nº 2.225-45/2001 revogou o referido dispositivo, respeitando as situações constituídas até 8.3.1999 (BRASIL, 1990b).

“tripé” das garantias para o exercício independente e impessoal das funções públicas, qual seja: a estabilidade, a disponibilidade remunerada e a peculiar aposentadoria, precarizando estas relações de trabalho verticalmente. Ademais, permitiu a precarização horizontal por possibilitar que trabalhadores privados sem concurso e sem garantias atuem ao lado dos servidores públicos, ao tempo que incentiva a paulatina substituição destes servidores, diante da terceirização promovida.

4.3 A evolução da terceirização na Administração Pública brasileira

Em nome do “ajuste fiscal”, concursos públicos foram coibidos, milhares de cargos foram extintos e foi autorizada a “publicização”, o que propiciou um aumento expressivo da terceirização como forma de contratação de mão de obra no setor público, por ser considerada como a opção mais “eficiente” (do ponto de vista econômico). Apesar de não se tratar de um fenômeno novo, ganhou novas roupagens com o passar dos anos. As alterações legislativas e jurisprudenciais recentes merecem ser analisadas, em virtude de sua contribuição para a expansão desta forma de contratação.

4.3.1 Breves considerações sobre a terceirização no setor público e privado

Oriundo da palavra “terceiro” intermediário ou interveniente, a “terceirização” aparece associada à ideia de “descentralização das atividades das empresas” no campo da administração empresarial. Já no domínio do direito do trabalho, relaciona-se ao “fenômeno [que] dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente”. A tradicional relação bilateral empresa e trabalhador passa a uma relação trilateral constituída por este, uma empresa terceirizante e o tomador de serviços (DELGADO, 2015, p. 473).

Alguns doutrinadores, inclusive do ramo juslaboral, a exemplo de Martins (1997, p. 22), afirmam que o objetivo principal da terceirização não é a redução de custos, mas sim o de trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade, com a possibilidade de transformar os seus custos fixos em variáveis, permitindo, assim, um melhor aproveitamento do processo produtivo, especialmente na transferência dos recursos para tecnologia, desenvolvimento e novos produtos.

Maeda (2017, p. 103) faz a seguinte indagação:

A conta que não fecha é a de como colocar um intermediário entre o capitalista – nosso conhecido tomador de serviços – e o trabalhador terceirizado, intermediário este que também deverá apropriar-se de parte do mais-valor advindo do trabalho do

mesmo trabalhador terceirizado, e, ao mesmo tempo, reduzir custos para o capitalista? A resposta é uma só: precarização das relações de trabalho [...]. (Grifou-se)

Tal processo de intermediação laboral, que incorpora um terceiro na tradicional relação empregador e empregado, não é um fenômeno recente. Na França do século XIX, já era possível identificar a figura do intermediário (*tâcheron* ou subcontratante), e desde então o movimento trabalhista luta pela proibição da chamada “merchandage” como simples locação da força de trabalho, pois os trabalhadores enxergam esta intermediação como uma forma de “superexploração” da força de trabalho. Formalmente extinta em 1948, foi resgatada recentemente com a denominação de *sous-traitance* (MAEDA, 2017, p. 84-84).

No Brasil, a regulamentação das relações de trabalho só veio a ocorrer de forma mais expressiva na Era Vargas (década de trinta), tendo em vista o objetivo de promoção do processo de industrialização nacional, tanto que se deu tão somente para os trabalhadores urbanos. Desde então já se previa um embrião da terceirização com possibilidade de realização de subempreitada⁸⁵, responsabilizando o empreiteiro principal pelo cumprimento das demais obrigações trabalhistas, nos termos do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (MAEDA, 2017, p. 87-88).

A regulamentação da terceirização surge efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro no contexto da Administração Pública com o Decreto-lei nº 200/1967⁸⁶, que permitiu a descentralização através de contratos com o setor privado para as atividades consideradas meramente executivas ou operacionais, aquelas ligadas à atividade-meio, como transporte, conservação, custódia e limpeza (parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645/1970⁸⁷) (BRASIL, 1967).

Neste contexto, foi possível diferenciar as atividades de um determinado ente, público ou privado, em duas categorias: (1) aquelas ligadas à atividade-fim, como “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica”; (2) e as ligadas à atividade-meio, como aquelas que não fazem parte nem do núcleo da dinâmica, nem da essência do tomador, por serem

⁸⁵ Com aplicação restrita ao ramo da engenharia, a subempreitada difere dos demais casos de terceirização por ter como objetivo a execução de uma determinada atividade técnica especializada.

⁸⁶ Art. 10 [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (BRASIL, 1967).

⁸⁷ O parágrafo único do art. 3º da lei mencionada foi revogado pela Lei nº 9.527/1997, no entanto, conforme será visto, o conjunto normativo e o entendimento jurisprudencial normativo não podem levar à conclusão de que a sua revogação acarretaria a possibilidade de terceirização em qualquer atividade da Administração Pública.

“atividades periféricas”, “meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento” (GODINHO, 2015, p. 489).

Na iniciativa privada, a Lei nº 6.019/1974 foi mais tímida e permitiu a intermediação da mão de obra apenas em contratos temporários, “para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou ao acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º em sua redação original) (BRASIL, 1974)⁸⁸.

A pouca previsão legal para terceirização na atividade privada não impediu o seu avanço para além das suas possibilidades, nem os efeitos perniciosos que ela acarretaria às relações de trabalho. Por tais razões, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) imprimiu o seu entendimento, considerando como ilegal esta fórmula de contratação, determinando a formação de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços e garantindo a responsabilidade pelo adimplemento das verbas trabalhistas em obediência aos princípios protetores do Direito do Trabalho, conforme se observa na Súmula⁸⁹ nº 256, de 1986 (BRASIL, 2016c, p. A-72-73).

Até a década de oitenta eram poucas as empresas de terceirização, em geral fornecedoras de trabalho temporário; mas na década seguinte aumentaram de forma expressiva os trabalhadores sem registro formalizado, a partir da “ampliação das modalidades de trabalho mais desregulamentadas, distantes e mesmo burladoras da legislação trabalhista” (ANTUNES, 2011, p. 106).

Com a intensificação⁹⁰ das terceirizações para além das hipóteses previstas na lei e na jurisprudência, bem como em razão de uma investigação realizada pelo Ministério Público do Trabalho no Banco do Brasil e da pressão de diversas federações de empregados e empresas, o TST inovou no ordenamento jurídico ao ampliar as hipóteses de terceirização para serviços de conservação, limpeza e atividades-meio no setor privado, cancelando a Súmula nº 256 e editando a Súmula nº 331 em 1993 (MAEDA, 2017, p. 95-96):

⁸⁸ Neste setor, a terceirização se deu, ao menos no campo legislativo, um pouco antes, com o Decreto-lei nº 1.034/1969, que permitia a contratação “por intermédio de empresas especializadas” para serviços de vigilância em estabelecimentos de crédito (BRASIL, 1969). Este decreto foi expressamente revogado pela Lei nº 7.102/1983, que ampliou a “terceirização” de vigilantes para estabelecimentos financeiros e transporte de valores. Posteriormente, a Lei nº 8.863/1994 passou a permitir a contratação de vigilantes por empresa interposta em “qualquer tipo de atividade pública ou privada”, inclusive para pessoas físicas (BRASIL, 1983).

⁸⁹ É possível também encontrar referências a “enunciados”, pois somente com a Resolução nº 129/2005 do Tribunal Superior do Trabalho é que foi alterada a nomenclatura para “súmulas”, que constituem verbetes a manifestar um entendimento consolidado de um determinado tribunal diante de casos divergentes relevantes. Estas súmulas são amplamente aceitas no âmbito deste tribunal.

⁹⁰ Enquanto a terceirização se generalizou em todos os campos, foram realizadas reformas trabalhistas sob o argumento de que o desemprego decorreria da ampla regulação pública das relações de trabalho, por isto era necessário flexibilizar e possibilitar a negociação coletiva dos diversos direitos conquistados (MAEDA, 2017, p. 87-90). Destacam-se: participação nos lucros e resultados da empresa; jornadas de trabalho flexíveis, a exemplo do banco de horas; contratação de tempo parcial; entre outros.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256. - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 4.1.1994

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (BRASIL, 2016c, p. A-98-99). (Grifou-se)

Esta profunda alteração de entendimento “legalizou” para o setor privado as hipóteses de terceirização que o setor público já vinha adotando com a sua descentralização da década de sessenta. Ao flexibilizar o seu entendimento, este Tribunal adotou um raciocínio de “acomodação da decisão ao descumprimento da lei”, ou seja, tendo em vista que não se respeitam as leis e as decisões, o “melhor caminho” era alterar as decisões, ainda que ao arpejo das leis, para que ao menos seus julgamentos fossem respeitados.

Maeda (2017, p. 96) registra a estranheza da alteração deste entendimento, já que a discussão sobre terceirização só chegou à Justiça do Trabalho por ter sido objeto de diversas reclamações trabalhistas, que, por sua vez, só existiram devido ao constante desrespeito do ordenamento jurídico trabalhista, provocado pela “ineficácia das leis perante a burguesia brasileira, em razão do autoritarismo característico de nossas relações sociais”.

O entendimento do TST vai de encontro aos conceitos mais elementares da CLT, ao ignorar a noção de empregado e empregador, trazida pelos arts. 2º e 3ª, bem como os conceitos de fraude e nulidade contratual, trazidos pelo art. 9º, que prevê que serão “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943).

Apesar de ter permitido a ampliação, o TST deixou consignada a garantia do pagamento das verbas trabalhistas pelo tomador de serviços de forma subsidiária, mesmo que o vínculo se mantenha diretamente com a empresa terceirizada, salvo no caso de fraude, em que o vínculo é reconhecido com o tomador diretamente e a responsabilidade passa a ser solidária⁹¹.

⁹¹ Na responsabilidade subsidiária, primeiro busca-se esgotar os bens do devedor principal, no caso, a empresa contratada, para depois buscar os bens do tomador de serviços (o ente público). Já na responsabilidade solidária, não há um benefício de ordem; parte-se imediatamente para a cobrança de todos os envolvidos. Maeda (2017, p. 101) faz críticas à posição do TST, dada a previsão de responsabilidade solidária prevista no caso do grupo econômico (art. 2º), e da Lei nº 6.019/1974, que trouxe a responsabilidade solidária em caso de falência no caso do contrato temporário.

Recentemente, a Lei da Terceirização (Lei nº 13.429/2017) adotou a responsabilidade subsidiária para o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias do período em que ocorrer a prestação de serviços, nos termos do seu art. 5º-A, § 5º, seguindo a mesma linha do entendimento consolidado do TST, que tinha por base a responsabilidade no caso da subempregada (art. 455 da CLT), bem como a ideia de culpa pela má escolha da empresa prestadora dos serviços (BRASIL, 1974).

4.3.2 Recentes mudanças na terceirização pública: a Súmula 331 do TST, a ADC nº 16/DF e o RE 760.931/DF

Apesar de as hipóteses de terceirização já serem amplas na Administração Pública desde o início de sua regulamentação com o Decreto-lei nº 200/1967, a Súmula nº 331 do TST não trouxe a previsão de sua corresponsabilidade, o que não impediu que cada vez mais fosse responsabilizada pela Justiça trabalhista, que via no Estado um garantidor universal. Com o aumento de descumprimento de direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados nestes casos, o TST foi estimulado a alterar a Súmula nº 331 em 2000 e conferir-lhe a seguinte redação⁹²:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV) – Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.9.2000
 IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993) (BRASIL, 2016c, p. A-98-99). (Grifou-se)

Afirmar que o Poder Público não responderia nestes casos seria o resgate da tese da irresponsabilidade do Estado. Na atual Carta Magna, o art. 37, § 6º, prevê que o Estado responderá “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Trata-se da responsabilidade civil do Estado, que deveria ser evocada, inclusive, no caso de danos causados aos trabalhadores terceirizados.

Ocorre que o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 prevê a ausência de responsabilidade do Estado “pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato”, e, em seu § 1º, esclarece que a inadimplência da empresa terceirizada “com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração

⁹² Em 2014 (CUT, p. 47-48), sob a égide da resistência da legislação e da jurisprudência a este fenômeno, o percentual de trabalhadores terceirizados realizando atividades laborais no serviço público federal era de 35%.

Pública a responsabilidade por seu pagamento” (BRASIL, 1993a).

Tal dispositivo não impedia a Justiça laboral de responsabilização da Administração Pública em função de uma interpretação sistemática, que exige do ente público o poder-dever de fiscalização dos contratos administrativos nos termos art. 67 da mesma lei supramencionada. Assim, no caso de inadimplemento dos direitos trabalhistas por parte da empresa terceirizada, havia “ausência de efetiva diligência no acompanhamento pelo tomador da observância e do cumprimento da legislação trabalhista pela empresa contratada, o que, no caso do ente público, não poderia ficar limitado ao momento da licitação” (GARCIA, 2017, p. 29). Sem contar o argumento de que a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, assegurada pela Constituição, tendo em vista a sua supremacia sobre a ordem jurídica, prevalecia sobre a exclusão da responsabilidade prevista na lei de licitações e contratos administrativos.

Apesar da previsão constitucional, em virtude do entendimento traçado pelo TST e pelos constantes casos de responsabilização do Poder Público, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16/DF, na qual o Supremo declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e considerou a impossibilidade de “transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração”; no entanto, permitiu, na análise de cada caso concreto, verificar a culpa do ente público, sobretudo no tocante aos deveres de fiscalização do respectivo contrato de prestação de serviços das obrigações trabalhistas da empresa terceirizada (BRASIL, 2011).

Na ação, um dos argumentos é o de que a interpretação do TST transfere ônus para o Estado, como se fosse de fato o Segurador Universal da Humanidade, defendendo a terceirização como necessária ao serviço público, porquanto: diminui-se o papel do Estado para que este se torne mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade. Ocorre que esse julgamento acaba por estimular a terceirização no serviço público, podendo impactar futuras decisões sobre o tema (BIAVASCHI, DROPPA, 2011, p. 129). (Grifos da autora)

Com isto, o Tribunal Superior do Trabalho teve de adaptar o novo entendimento da Corte Suprema à Súmula nº 331:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

[...]

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASIL, 2016c, p. A-98-99). (Grifou-se)

Apesar da adequação da redação da sua Súmula, o TST continuou a aplicar a responsabilização dos entes públicos quase que indistintamente, mas agora não só com o argumento da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição), mas também em virtude da responsabilidade por culpa presumida, ante a falta de acompanhamento e fiscalização do contrato (BRASIL, 2017c).

Para coibir a ação do TST, a União ingressou com o Recurso Extraordinário (RE) nº 760.931/DF no STF, por entender que a aplicação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal ao presente caso feriria o estabelecido no julgamento da ADC nº 16/DF, além de violar a Constituição, em especial o art. 5º, II, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e 37, *caput*, que trata, entre outros, sobre o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, por consagrar obrigação contrária ao estabelecido no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, e que a culpa deveria ser provada pela parte interessada (BRASIL, 2017c).

Em 30/3/2017, a Suprema Corte deu provimento ao Recurso Extraordinário, cujo conteúdo foi além da ratificação do posicionamento acerca da ADC nº 16/DF, e fixou a tese de repercussão geral, que será aplicada para os casos semelhantes, vedando a transferência automática de responsabilidade solidária ou subsidiária à Administração Pública contratante e transferindo para o trabalhador terceirizado o ônus da demonstração da falha inequívoca da contratação e fiscalização do contrato.

A despeito da solução dada, havia no voto da Ministra Rosa Weber, relatora do RE, outros elementos a ser considerados. Segundo a Ministra, seria possível reafirmar a tese da ADC nº 16/DF, no sentido de que é vedada a transferência automática da responsabilidade para a Administração Pública, cumulando o reconhecimento da hipótese da chamada “culpa presumida” e do “princípio da aptidão da prova”, passando para o ente público o ônus de comprovar que atuou de acordo com as prescrições legais. Nessa hipótese, a solução também compatibilizaria a “condição de hipossuficiência” do empregado terceirizado com os princípios da cooperação e da boa-fé, típicos instrumentos do processo do trabalho (BRASIL, 2017c).

Ainda que a Constituição não seja explícita sobre a garantia dos direitos dos trabalhadores terceirizados, não se pode esquecer que consagrou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como princípios fundamentais (art. 1º, III e IV, CF), além do compromisso contra toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, III e IV, CF). De modo

específico, ainda se vislumbra a extensa gama de direitos sociais previstos para os trabalhadores em geral (art. 7º/11, CF), incluindo os servidores públicos (art. 37/41, CF) (BRASIL, 1988).

A Corte Suprema não levou em consideração a própria Lei nº 8.666/1993, que em seu art. 3º prevê o respeito ao denominado “desenvolvimento nacional sustentável”⁹³ como fundamento das contratações públicas, elevando o caráter social, e o mencionado art. 67, que disciplina o poder/dever do ente público de fiscalizar os contratos administrativos de forma permanente⁹⁴ (BRASIL, 1993a).

4.4 A “publicização” como forma de ampliação da terceirização da atividade-fim da Administração Pública

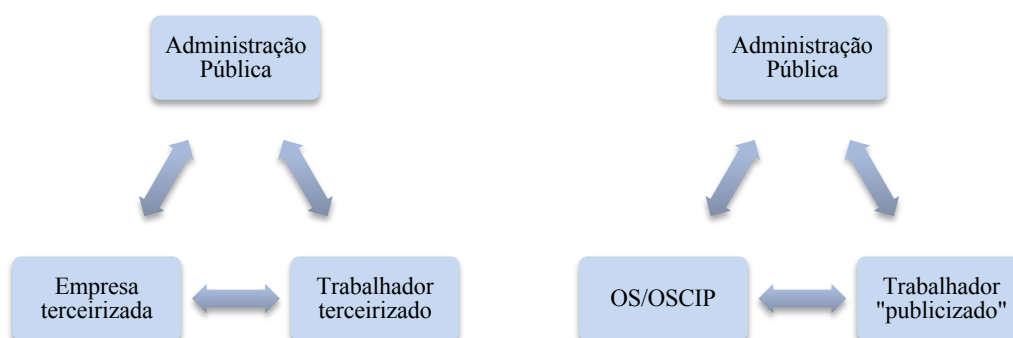
A terceirização como forma de privatização do Estado aparece sob diversas roupagens, mas, em geral, assume a mesma proposta: transfere para um terceiro a missão de contratação e gerenciamento da mão de obra. Neste aspecto, verifica-se a sua extrema similaridade com a “publicização”, pois ambos transferem para um terceiro a execução de um determinado serviço a cargo da Administração Pública. No caso da terceirização clássica, transfere para uma empresa prestadora de serviços relacionados à atividade-meio ou à atividade-fim; já na “publicização”, transfere serviços públicos não exclusivos do Estado para um ente do terceiro setor, seja uma OS, seja uma OSCIP.

Ocorre que apesar de a relação ser a mesma, a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro não permitiria a terceirização dos serviços públicos não exclusivos, por se tratar de atividades-fim do Poder Público, afinal, o Decreto-lei nº 200/1697 só permitiu a terceirização das “atividades meramente executivas ou operacionais”, daí a necessidade de a reforma gerencial construir uma “nova sistemática” para possibilitar a transferência destas atividades às entidades sem fins lucrativos.

⁹³ O princípio do desenvolvimento nacional sustentável possui duas dimensões: uma ecológica, que visa à adoção de práticas ambientais adequadas; e outra econômico-social, que “consiste num processo de incremento de riqueza acompanhado da elevação da qualidade de vida” (JUSTEN FILHO, 2011).

⁹⁴ Voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2017d). Na mesma linha, o ministro Luís Roberto Barroso afirma que a fiscalização do ente público é uma obrigação de meio e não de resultado; pode inclusive ser realizada por amostragem com apoio técnico do órgão de controle externo, que terá presunção relativa de razoabilidade, devendo notificar a empresa terceirizada em caso de descumprimento de suas obrigações, e na manutenção da irregularidade, deve promover ação de depósito, com a liquidação e o pagamento das parcelas devidas aos trabalhadores, com o devido abatimento dos valores da empresa contratada (BRASIL, 2017d). (Grifou-se)

Figura 3 – Estruturas da “terceirização clássica” e da “publicização”



Fonte: Elaborado pelo autor.

Como visto, foi feito todo um esforço argumentativo para justificar a “publicização” com base em noções de “democracia participativa”, “parcerias com a sociedade”, “administração consensual”, sem deixar de considerar a “eficiência” que supostamente seria obtida, tudo porque o ordenamento jurídico não permite a terceirização da atividade-fim na Administração Pública.

Se na terceirização clássica o STF fixou o entendimento da não responsabilização automática, sendo possível tão somente em caso de comprovação pelo trabalhador da falha na fiscalização e/ou escolha da empresa contratada, em relação à “publicização” não há uma sólida construção jurisprudencial e doutrinária sobre esta problemática. O Supremo não enfrentou o tema; já o TST oscila em seu entendimento, ora equiparando à terceirização clássica, ora considerando inaplicável qualquer tipo de responsabilização por parte do Estado com empregados contratados para o desenvolvimento de serviços públicos não exclusivos em caso de parcerias com o terceiro setor.

Há um entendimento consolidado na Seção de Dissídios Individuais I deste Tribunal para os casos de associações sem fins lucrativos. Sustenta a impossibilidade de responsabilização ainda que o empregado exerça suas atividades no local da Administração Pública, na medida em que o Estado não pode ser enquadrado como tomador de serviços se não teve nenhuma ingerência na prestação dos serviços⁹⁵, entendimento consubstanciado, inclusive, na Orientação Jurisprudencial⁹⁶ n° 185:

⁹⁵ “Responsabilidade subsidiária. Estado do Rio Grande do Sul. Círculo de pais e mestres. Ilegitimidade passiva do estado. O reclamante foi contratado pelo Círculo de Pais e Mestres, entidade com personalidade jurídica própria, para prestar serviços em escola pública estadual, sem qualquer ingerência do Estado. Nesse contexto, inviável a imposição a este último de qualquer responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador. Recurso de embargos provido” (TST, SBDI-I, E-RR-301.378/96.0, Rel. Min. Milton de Moura França, DJU de 2.6.2000).

⁹⁶ As orientações jurisprudenciais são os enunciados das Seções do TST, órgãos fracionados com competências especializadas. Possuem as mesmas funções das súmulas, sendo estas emanadas do Pleno do TST.

CONTRATO DE TRABALHO COM A ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MESTRES – APM. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA DO ESTADO – DJ 20.4.2005

O Estado-Membro não é responsável subsidiária ou solidariamente com a Associação de Pais e Mestres pelos encargos trabalhistas dos empregados contratados por esta última, que deverão ser suportados integral e exclusivamente pelo real empregador (BRASIL, 2016c, p. C-43). (Grifou-se)

Ocorre que a sistemática da “publicização” é diferente da simples realização de parceria tratada pela OJ, pois naquela há uma relação mais intensa a partir da transferência das atividades do Estado para um particular, permanecendo o dever de fiscalização inerente a qualquer contratação, além da responsabilidade pela escolha da instituição adequada. Ademais, nestas situações, o ônus com o pessoal é arcado pelo Poder Público, que se beneficia do trabalho da autora, tanto que o mesmo Tribunal possui diversas decisões⁹⁷ em que aplica a mesma tese da sua Súmula nº 331 para as organizações sociais e OSCIPs.

RECURSO DE REVISTA. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. PROGRAMAS NA ÁREA DE SAÚDE. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 331 DO TST. Muito embora seja a formalização de convênios entre o poder público e a iniciativa privada para o desenvolvimento de programas na área de saúde expressamente autorizados pela legislação pátria, através do convênio firmado pelo Município de Belém com a Comissão de Bairros de Belém – CBB, não poderia o Estado esquivar-se de sua obrigação legal e outorgá-la a terceiro. Na verdade, a CBB cumpriu com uma obrigação que era do Município, recebendo subvenções. É evidente que a situação em tudo se assemelha à de um tomador de serviços, tornando aplicável ao presente caso a Súmula nº 331 do TST. Recurso de revista conhecido e não provido (BRASIL, 2009). (Grifou-se)

O Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região, competente para a análise dos casos que envolvem relação de emprego e o Município de Maceió, possui um precedente de expressiva responsabilização deste ente a partir de uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho envolvendo uma OSCIP que forneceu mão de obra precária sem o devido cumprimento das verbas trabalhistas⁹⁸.

No entanto, também se verificam várias decisões⁹⁹ que afastam a responsabilidade do ente público, ao levar em consideração a regularidade do instrumento que formalizou a parceria,

⁹⁷ Entre outros, os seguintes julgados: AIRR - 445140-11.2005.5.09.0658; RR - 118000-91.2005.5.08.0015; RR - 105100-94.2005.5.06.0221; RR - 55640-92.2006.5.08.0013; RR - 447700-21.2005.5.09.0303.

⁹⁸ Trata-se da contratação da OSCIP denominada ironicamente de Tocqueville (Alexis de Tocqueville foi o grande influenciador no desenvolvimento do terceiro setor no século XIX), que forneceu aproximadamente mil trabalhadores em mão de obra precária, razão pela qual este ente público respondeu a centenas de processos trabalhistas individuais, além de uma ação civil coletiva proposta pelo Ministério Público do Trabalho que estimou mais de R\$ 8 milhões em dívidas trabalhistas. Trata-se de uma grande lesão ao erário, uma vez que os valores previstos no termo de parceria foram repassados para esta entidade, no entanto, esta não cumpriu com suas obrigações legais e contratuais (G1, 2014).

⁹⁹ Entre outros, os seguintes julgados: AIRR - 93040-89.2005.5.06.022; E-RR - 132900-82.2005.5.08.0014; RR - 161700-89.2006.5.08.0013. Ver, ainda, arts. 21, XI e XII, 25, § 2º, 30, V, 49, XII, 174, § 4º, 176, §§ 1º e 4º, 223, todos da Constituição Federal, e art. 44 do ADCT.

seja o contrato de gestão para as organizações sociais, seja o termo de parceria para as OSCIPs, por retratarem “legítimo acordo de vontades entre o ente público e o organismo da sociedade civil, objetivando mútua cooperação”. Ignora a tese de responsabilização por falta de fiscalização, adotada pela Súmula nº 331 do TST. Nesta linha, eis a ementa de outro julgado sobre o tema:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331 DO TST - AUSÊNCIA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - TERMO DE PARCERIA. I - Fixada pelo Regional a regularidade do termo de parceria firmado entre a OSCIP e o Município, pelo qual fica aquela responsabilizada pelos direitos trabalhistas de seus funcionários, premissa intangível a teor da Súmula 126 do TST, não há como concluir de forma diversa, sendo certo que efetivamente não houve contrato de prestação de serviços, mas sim termo de parceria, pelo qual a Administração Pública fomenta iniciativa privada de interesse público por meio da qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos pela Lei 9.790, de 23-3-1990. II - Não se caracteriza, por isso, a propalada contrariedade à Súmula 331 do TST, a qual, diga-se, está atrelada à existência de terceirização por meio de contrato de prestação de serviços. III - Recurso não conhecido (BRASIL, 2007b). (Grifou-se)

É bem verdade que esta não foi a “primeira fórmula que o Poder Público adotou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos”, leia-se, terceirizando a atividade-fim, pois a “concessão de serviços públicos” foi criada sob o argumento de se buscar uma maior descentralização para assegurar a especialização e melhores resultados, bem como a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e adaptáveis, prática existente, mas que recebe nova roupagem (PIETRO, 2017, p. 62-63).

Tanto que foi autorizada pela Constituição Federal em sua redação original¹⁰⁰, mas passou a ser atualizada com as mesmas intenções da “publicização”. Na década de noventa surgiu¹⁰¹ a concessão comum de serviços públicos, regulada, em especial, pela Lei nº 8.897/1995¹⁰². Nesta, transfere-se ao particular (concessionário) a execução de uma determinada atividade, em seu nome, conta e risco, todavia, o ente concedente fixa a tarifa (remuneração paga pelo usuário), além de manter a fiscalização e o controle da execução do serviço (PIETRO, 2017, p. 63).

¹⁰⁰ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (BRASIL, 1988).

¹⁰¹ A privatização clássica, que trata da desestatização a partir da transferência das ações das empresas estatais pertencentes ao poder público para o setor privado, conforme a Lei nº 8.031/1990, também se enquadra no conceito de concessão, no entanto, é excluída do conceito de terceirização aqui proposto, uma vez que o Estado deixa de atuar nestes casos, passando a agir como órgão regulamentador da atividade.

¹⁰² Há ainda outra discussão sobre terceirização nas concessões em que o STF no Recurso Extraordinário com Agravo nº 791.932/DF reconheceu a repercussão geral recentemente, mas ainda não enfrentou o tema sobre a terceirização dos serviços de *call center* por concessionárias de telecomunicações. Há decisões do TST que consideram como terceirização de atividade-fim, sendo, portanto, ilícita, não obstante a permissão do art. 94, II, da Lei nº 9.272/1997 de terceirização de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”.

Na década seguinte, com a Lei nº 11.079/2004, que regulamentou as parcerias público-privadas (PPP), foram criadas mais duas espécies de concessão: (1) concessão patrocinada, que, nos termos do seu art. 2º, § 1º, é a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”; e a (2) concessão administrativa, que é o “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”, sendo integralmente financiada pelo Poder Público (BRASIL, 2004).

Na realidade, o instituto da concessão é velho, pois [...] foi a primeira forma de descentralização de serviços públicos; o objetivo de privatizar é que é bem mais recente, porque surgiu com o movimento da Reforma do Estado. Quer-se substituir a Administração Pública, direta ou indireta, no exercício de algumas funções administrativas do Estado, pela empresa privada, com isto diminuindo-se o tamanho do aparelhamento administrativo e, pretensamente, aumentando a eficiência, além de tentar-se enfrentar a crise financeira do Estado (PIETRO, 2017, p. 82).

No caso das concessões, diferentemente das demais situações, o Tribunal Superior do Trabalho já firmou seu entendimento pela ausência de responsabilidade do ente público concedente, mesmo em caráter subsidiário, recaindo toda a responsabilidade na concessionária, conforme se percebe na Orientação Jurisprudencial Transitória do TST nº 66:

66. SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. (DEJT divulgado em 3, 4 e 5.12.2008)
A atividade da São Paulo Transportes S/A – SPTrans de gerenciamento e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de transporte público, atividade descentralizada da Administração Pública, não se confunde com a terceirização de mão-de-obra, não se configurando a responsabilidade subsidiária (BRASIL, 2016c, p. D-15). (Grifou-se)

Apesar da ausência da garantia do Estado, as concessões são geralmente realizadas em contratos de grande vulto, que exigem investimentos altos; como consequência, contratam-se empresas mais sólidas e de maior potencial econômico¹⁰³ que na terceirização clássica e “publicização”, o que requer uma maior saúde financeira da empresa para arcar com o cumprimento das verbas trabalhistas, reduzindo a precarização no momento da cobrança dos créditos trabalhistas ao final do contrato de trabalho.

Este elemento é bem diferente na terceirização tradicional, pois a Lei nº 8.666/1993, em

¹⁰³ A PPP, por exemplo, exige que o contrato seja superior a 20 milhões de reais e que seja celebrado por um período superior a cinco anos (art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.079/2004) (BRASIL, 2004).

seu art. 31¹⁰⁴, ao tempo que exige a demonstração da capacidade econômico-financeira da empresa com fins de aferição da sua idoneidade, apresenta um rol exaustivo fácil de ser atingido por empresas de duvidosos registros contábeis.

Isto se dá em virtude de não poder limitar o caráter competitivo do certame e para atender aos três fundamentos da licitação (isonomia, melhor proposta e desenvolvimento nacional sustentável), pois se somente empresas com grandes capitais pudessem participar do procedimento licitatório, isso limitaria o acesso de pequenas empresas ao maior contratante do país, o Estado.

Apesar da “intenção louvável” da lei, a ausência de outros requisitos mais rígidos permite a contratação de empresas sem saúde financeira, com ausência de patrimônio para honrar com o cumprimento das principais obrigações trabalhistas, sem contar os casos de fraudes dos documentos contábeis das empresas, que muitas vezes nem o capital mínimo exigido possuem.

Percebe-se, portanto, que a concessão de serviços públicos também se enquadra no conceito genérico de terceirização, no entanto, nos moldes previstos, não atenderia aos objetivos da reforma gerencial no tocante aos serviços públicos não exclusivos, principalmente em virtude da gratuidade característica destes serviços, já que na concessão se exige o pagamento de tarifa pelo usuário do serviço.

Ademais, na concessão há a necessidade de realização de licitação (art. 175 da Constituição), por isso, apesar da extrema semelhança, tornou-se necessário criar, ou reformular, mais uma espécie de terceirização, no caso, a “publicização”.

Em sendo assim, propõe-se que a terceirização na Administração Pública é um gênero em que o Estado transfere ao particular a execução de um determinado serviço em sentido amplo, tendo como modalidades: o contrato de prestação de serviços, em geral ligado à atividade-meio, a concessão de serviços públicos e a “publicização”, pois todos desenvolvem atividades de responsabilidade do Estado e transferidas para o particular. Suas semelhanças e diferenças podem ser verificadas na planilha abaixo:

¹⁰⁴ Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de três meses da data de apresentação da proposta; II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. [...] (BRASIL, 1993a).

Tabela 3 – Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações

	Terceirização clássica: contrato temporário	Terceirização clássica: contrato de prestação de serviços	Concessão de serviços públicos	de “publicização”
Instrumento	Contrato	Contrato	Delegação legal + contrato	Contrato de gestão ou termo de parceria
Tipo da atividade	Atividade-fim ou meio	Atividade-fim ou meio (privado) ou Atividade-meio (público)	Atividade-fim	Atividade-fim
Setores	Segundo ou terceiro setor	Segundo ou terceiro setor	Segundo ou terceiro setor	Terceiro setor
Aplicabilidade na AP	Inaplicável	Serviços administrativos	Serviços públicos em geral	Serviços públicos não exclusivos do Estado
Responsabilidade subsidiária da AP	—	Não em regra	Não	Não (majoritário)

Fonte: Elaborado pelo autor.

A reforma gerencial afirma ter como grande foco a melhoria na prestação dos serviços públicos, mas esquece que estes serviços são prestados pelos seus agentes, de forma que o elemento humano é o mais importante para a consecução deste objetivo, e somente com a valorização deste é que se torna possível a transformação na Administração Pública brasileira. Em verdade, a ampliação conceitual da terceirização levou ao aumento da precarização das relações de trabalho na Administração Pública, pois o servidor estatutário passa a ser um trabalhador terceirizado/“publicizado”, sem nenhuma das garantias oferecidas pelo regime jurídico de direito público.

4.5 Terceirização: a precarização horizontal das relações de trabalho

A terceirização é uma das faces da precarização das relações de trabalho que acompanhou o fenômeno da globalização. A partir da reestruturação produtiva das empresas, passou-se a considerar a flexibilidade como princípio norte destas relações, acarretando a redução das conquistas obtidas pelas lutas sociais do século XIX e XX (MAEDA, 2016, p. 47), fenômeno que se repete no Brasil desde o fim da estabilidade decenal¹⁰⁵ até a recente reforma trabalhista, com a Lei nº 13.467/2017, que alterou profundamente a Consolidação das Leis do

¹⁰⁵ Sepultada com a Constituição dita cidadã de 1988, a estabilidade decenal trata do direito de um empregado celetista com dez anos de serviço não ser demitido de forma arbitrária, visto que sua demissão dependeria de apuração da falta grave pela Justiça do Trabalho. Com previsão na CLT (arts. 492/500), este direito foi substituído pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, inicialmente de forma facultativa (Lei nº 5.107/1966), posteriormente de forma obrigatória (CF/1988), o que propicia uma maior rotatividade no emprego em virtude da baixa proteção fornecida pela legislação infraconstitucional, não obstante a mesma Constituição trazer norma de eficácia limitada garantindo a proteção de emprego contra dispensa arbitrária, até hoje não regulamentada.

Trabalho.

A distância entre o empregador de fato e o trabalhador afasta o princípio da proteção¹⁰⁶, postulado de todo o Direito trabalhista, que traz como consequência a “superexploração” do trabalhador em virtude da redução de sua proteção legal, seja por causa da fragmentação da classe trabalhadora, seja em razão da discriminação do trabalhador terceirizado em relação ao trabalhador contratado diretamente (MAEDA, 2017, p. 86).

De fato, a expansão dessa solução administrativa ao superar as próprias hipóteses previstas nas leis passou a gerar uma série de descumprimentos à legislação laboral, seja pela precarização das próprias atividades laborais, seja pelo agravamento das condições do meio ambiente de trabalho. Além disso, essa espécie de contrato possibilitou que a gestão das contratações de pessoal, em certos ramos de atividade, fosse transferida, parcial ou totalmente, para outras empresas fornecedoras de mão de obra, o que ampliou significativamente a soma de impactos negativos e subgarantias aos direitos dos trabalhadores (CAMPOS, 2016, p. 12).

Nesse cenário, segundo Prado (PIETRO, 2017, p. 266-267), não é incomum estar-se diante de um simulacro, quando se analisam os casos de contrato de “terceirização tradicional” ou de “terceirização de risco” e as suas práticas, ambas buscando garantir a redução de seus custos operacionais, seja com a mão de obra¹⁰⁷, seja com a transferência de obrigações para terceiros.

A precarização típica das relações terceirizadas decorre de uma ideia antiga, mas bastante atual: do trabalho assalariado como mercadoria¹⁰⁸. É bem verdade que há certa resistência de se sustentar este ponto de vista, tanto que a Declaração de Filadélfia de 1944 da Organização Internacional do Trabalho estipula como um dos princípios fundamentais que “o trabalho não é uma mercadoria”; para tanto, confere um tratamento diferenciado mediante um conjunto de normas específicas para esta relação, que é o Direito do Trabalho. Subjetiva a relação e acaba com a noção, ao menos no plano normativo, de escravismo e da venda do ser

¹⁰⁶ De acordo com Plá Rodriguez (2000, p. 35), o princípio da proteção é um “critério fundamental que orienta o Direito de Trabalho” e tem por objetivo estabelecer um “amparo preferencial” ao trabalhador, ao contrário do direito comum, que se preocupa em garantir a igualdade jurídica, já que se busca alcançar “uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”.

¹⁰⁷ Segundo a Confederação Nacional da Indústria, 91% das empresas “terceirizam” visando à redução de custos, enquanto apenas 2% visam à especialização técnica (CUT, 2014, p. 9).

¹⁰⁸ “O capitalista paga, por exemplo, o valor da força de trabalho por um dia. Portanto, sua utilização, como a de qualquer outra mercadoria – por exemplo, um cavalo – que ele aluga por um dia, pertence-lhe por esse dia. Ao comprador da mercadoria pertence o uso da mercadoria, e o possuidor da força de trabalho, ao ceder seu trabalho, cede, na verdade, apenas o valor de uso por ele vendido. [...] De seu ponto de vista, o processo de trabalho não é mais do que o consumo da mercadoria por ele comprada, a força de trabalho, que, no entanto, ele só pode consumir desde que lhe acrescente os meios de produção. O processo de trabalho se realiza entre coisas que o capitalista comprou, entre coisas que lhe pertencem. Assim, o produto desse processo lhe pertence tanto quanto o produto do processo de fermentação em sua adega” (MARX, 2013, p. 336-337).

humano com o trabalho assalariado como meio de acumulação do capital (MAEDA, 2017, p. 83-84).

Todo este esforço semântico não se mostra suficiente para descaracterizar a mercantilização do ser humano nas relações de trabalho contemporâneas, que se intensifica na terceirização, restando evidente que se trata da relação de contratação de uma empresa que intermedeia seres humanos. Nesta linha, Viana (2012, p. 201) afirma que:

Quanto ao trabalhador terceirizado, não é diferente, sob alguns aspectos, do burro de carga ou do trator que o fazendeiro abastado aluga aos sitiante vizinhos. Jogado daqui para ali, de lá para cá, é *ele próprio* – e não apenas sua força de trabalho – que se torna objeto do contrato, ainda que dentro de certos limites. Num passe de mágica, e sem perder de todo sua condição, o trabalhador subordinado se vê transformado em mercadoria. Seu corpo está exposto na vitrine: a *empresa tomadora vai às compras* para obtê-lo, e de certo modo o pesa, mede e escolhe. (Grifou-se)

Os impactos sociais e econômicos dessa forma de contratação são inúmeros. Estudos do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) de 2014¹⁰⁹ apresentam os seguintes resultados: taxa da rotatividade dos trabalhadores terceirizados, duas vezes maior que os não terceirizados (57,7% contra 28,8%); jornada de trabalho superior à dos não terceirizados (85,9% possuíam contratos entre 41 e 44 horas semanais, contra 61,6%); salários dos terceirizados em relação aos não terceirizados (em média 23,4% menor em idênticas condições); índices de acidentes de trabalho dos trabalhadores terceirizados e não terceirizados (9,6% contra 6,1%) (2017, p. 23).

Desta forma, o simples fato de terceirizar em qualquer esfera, pública ou privada, já configura a precarização das relações de trabalho. Entretanto, terceirizar na Administração Pública ainda apresenta mais três outros elementos perniciosos: o fato de possuir pessoas desempenhando funções públicas similares com um regime de trabalho inferior; a ausência de concursos públicos; e a irresponsabilidade do Estado para com o terceirizado.

4.5.1 Mesmas funções públicas com regime de trabalho inferior

Apesar da flexibilização e da desregulamentação promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, os servidores públicos ainda possuem garantias que têm por objetivo a boa execução do serviço público, imprimindo certa resistência diante de possíveis pressões exercidas por maus gestores. Para além destas garantias, os mais diversos estatutos costumam

¹⁰⁹ Ver dossiê bem detalhado da Central Única de Trabalhadores sob o título de Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos (CUT, 2014). Ver ainda o relatório do IPEA, intitulado Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil: novas evidências para o debate (CAMPOS, 2016).

conferir um conjunto de incentivos à formação continuada, bonificações em virtude do tempo de serviço, além de um tratamento mais humanizado aos servidores.

Já o trabalhador terceirizado, embora realize as mesmas funções públicas, é regido por normas de direito privado, em especial a CLT, que apresenta um regime bem mais flexível, agora ampliado com a reforma, uma vez que foi acrescentado o art. 611-A, que prevê que o “negociado prevalece sobre o legislado” (BRASIL, 1943), ou seja, a negociação coletiva fica logo abaixo da Constituição e acima da lei. Apesar da duvidosa constitucionalidade desta regra, é possível “transacionar” um determinado direito garantido por lei via regular negociação coletiva.

A igualdade formal trabalhador-empregado foi aproximada com a reforma trabalhista, ao ampliar as possibilidades de negociação bilateral, o que autoriza mudanças contratuais nem sempre benéficas durante o curso do contrato de trabalho, uma vez que a aceitação de uma mudança dependerá da necessidade do trabalhador a um determinado emprego, ficando sujeito a todo tipo de pressão. Diferentemente do setor público, pois qualquer mudança no estatuto do servidor público dependerá de lei ou até mesmo de emenda constitucional, tendo em vista que muitos dos seus direitos são regulados diretamente pela Constituição.

A CLT apresenta menos garantias e vantagens que a maior parte dos estatutos dos servidores. No entanto, apresentar todas as distinções nesta pesquisa tornar-se-ia contraproducente, já que cada ente da federação tem a possibilidade de criar seu próprio estatuto.

Há uma desvantagem do celetista que se destaca por possuir assento constitucional: a possibilidade de sua demissão sem necessidade de motivação, uma vez que o “sistema de proteção da relação de emprego dos trabalhadores da iniciativa privada”, previsto na Constituição Federal em seu art. 7º, I, a exemplo de outros direitos sociais, é tratado como uma norma constitucional de eficácia limitada, isto é, aquela que depende de regulamentação infraconstitucional para ter efetividade, não obstante os quase trinta anos de sua vigência¹¹⁰.

O sistema de garantia mencionado é formado atualmente por três elementos: (1) o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), constituído por depósitos mensais do empregador em uma conta vinculada do empregado, no montante de 8% da sua remuneração – em caso de

¹¹⁰ Em janeiro de 1996, o Brasil chegou mais próximo da efetivação deste direito, uma vez que a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio e passou a exigir motivação como condição para a extinção do contrato de trabalho “relacionada à sua capacidade ou ao seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. Em setembro de 1997, a Suprema Corte considerou como inconstitucional a incorporação da convenção, por considerar não autoexecutável a regra do art. 7º, I, da Carta Magna, necessitando de lei complementar para tanto (DELGADO, 2015, p. 1.203-1.204).

demissão imotivada, fica o empregador obrigado a indenizá-lo na quantia de 40% sobre os depósitos realizados; (2) o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, que garante um tempo de permanência mínimo trinta dias, acrescido de três dias por ano de serviço até o limite de noventa dias, em caso de demissão imotivada em contratos por prazo indeterminado; e (3) as garantias de emprego em situações extremamente excepcionais e temporárias, razão por que se denomina paradoxalmente de “estabilidade provisória no emprego”¹¹¹.

Nenhum desses mecanismos de proteção promove uma efetiva estabilidade no emprego a ponto de permitir o exercício das suas funções com independência a favor da boa prestação dos serviços públicos. Em verdade, os dois primeiros tão somente tornam a despedida imotivada um pouco mais onerosa para o empregador com o passar do tempo, o que ainda traz como consequência negativa um incentivo à rotatividade no mercado de trabalho. Já o último permite certa segurança em situações especiais, mas ainda possibilita a sua demissão, desde que o período de garantia seja indenizado.

O Ministério Público do Trabalho sintetiza a precarização promovida pela terceirização, em especial no que concerne à redução de diversos direitos, em que se destacam, em princípio, aqueles relacionados à alta rotatividade dos trabalhadores e à consequente fragmentação dos seus contratos de trabalho, bem como aqueles decorrentes da integração do trabalhador ao seu tomador de serviços e a violação do caráter progressivo dos direitos fundamentais sociais:

- a) viola a pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego [...]; b) inviabiliza o direito fundamental ao gozo de férias anuais remuneradas [...]; c) prejudica a obtenção de depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço [...]; d) reduz drasticamente a possibilidade de gozo de um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço [...]; e) reduz o tempo de contribuição previdenciária [...];
 - a) frustrando por conseguinte o exercício dos direitos fundamentais à negociação coletiva e à greve [...]; b) inviabiliza o gozo, pelo trabalhador terceirizado, de direito à participação nos lucros e resultados [...]; c) pressiona a redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador [...];
 - a) promove o rebaixamento de remuneração do trabalhador terceirizado [...]; b) aumenta a incidência de jornada extraordinária [...]; c) eleva a inadimplência de direitos rescisórios [...]; d) cria ambiente facilitador ao uso de mão de obra em condições análogas à de escravo [...];
- Ao deixar de garantir igualdade salarial entre trabalhador terceirizado e empregado direto da empresa tomadora, que exerçam idênticas funções, [...] viola o princípio constitucional da isonomia [...]. ainda viola o [...] “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (BRASIL, 2017b). (Grifou-se)

¹¹¹ Destacam-se: gestante, que tem a sua garantia no emprego desde o início da gravidez até cinco meses após o parto conforme art. 10, II, a, do ADCT (BRASIL, 1988); empregado que sofre acidente de trabalho, tendo o seu contrato de trabalho garantido por 12 meses após o seu retorno do auxílio-acidente (art. 118 da Lei nº 8.213/1993 (BRASIL, 1993c); dirigente sindical (art. 8º, VIII, da Constituição Federal); empregado eleito para cargo de direção da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (art. 10, II, a, do ADCT); empregados eleitos diretores de cooperativas de empregados (art. 55 da Lei nº 5.764/1971); representantes dos empregados das comissões de conciliação prévia (art. 625-B, § 1º, da CLT); que, em geral, vai até um ano após o final do seu mandato; entre outras (DELGADO, 2015, p. 1.354-1.359).

O Tribunal Superior do Trabalho tenta remediar a precarização decorrente de regimes diferenciados aplicando o princípio da isonomia e conferindo os mesmos direitos entre os empregados terceirizados e aqueles contratados pelo empregador, quando presente a identidade de funções, conforme se percebe na Orientação Jurisprudencial nº 383:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 3.1.1974 (mantida) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 3.1.1974 (BRASIL, 2016c, p. C-92). (Grifou-se)

No entanto, este remédio se dá em um momento *a posteriori* e o sob o estrito aspecto financeiro, pois, em regra, os trabalhadores só postulam seus direitos ao final do contrato de trabalho, por receio de perder seu emprego, o que reforça o caráter precarizador destas relações. Este entendimento ainda reproduz as diferenças ao impedir o vínculo com a Administração Pública em razão da necessidade de aprovação em concurso público¹¹².

Por guardar extrema semelhança com a terceirização, a “publicização” expõe os problemas precarizadores inerentes a essa forma de contratação. Em verdade, são amplificados por atuarem na atividade-fim, sendo vários os casos de intermediação de contratos de trabalho precário pelas organizações sociais, que se utilizam de patrimônio e recursos humanos públicos sem que realizem algum investimento social (DRUCK, 2016, p. 26-27).

4.5.2 Ausência de concurso público: os riscos ao acesso igualitário aos cargos e empregos públicos

A Constituição Federal garantiu no *caput* do seu art. 5º o direito à igualdade, o que traz como consequência o acesso universal aos cargos e empregos públicos, também previsto de forma expressa em seu art. 37, II, em obediência aos princípios da Administração Pública, como os da legalidade, impessoalidade e moralidade. Este acesso é realizado com base no mérito através concurso público de provas ou de provas e títulos, que se constitui no “método mais

¹¹² No regime anterior à Constituição de 1988 (Constituição de 1967 com Emenda nº 1/1969), somente se exigia concurso público para quem possuía cargo público, sendo dispensados aqueles trabalhadores regidos pela CLT, o que permitia a formação de vínculo direto com o ente público em caso de terceirização ilícita. Nesta linha, a Orientação Jurisprudencial nº 321 do TST: “VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERÍODO ANTERIOR À CF/1988 (nova redação) – DJ 20.4.2005. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988”.

racional e eficiente de provimento dos cargos públicos, em que pese ser objeto de diversas críticas” (CARVALHO, 2014, p. 16).

Evidentemente, o que a Constituição almeja é garantir o acesso à função pública através de um procedimento conduzido com objetividade (para respeitar a igualdade) e que busque, conseqüentemente, a admissão de futuros servidores públicos que disponham das condições técnicas e morais adequadas para atuar com imparcialidade e para gerar eficiência. Como se pode notar, uma coisa conduz inevitavelmente à outra: a objetividade na seleção proporciona que os eleitos possam atuar de forma objetiva, já que não estarão vinculados através de relações políticas, de amizade, familiares ou partidárias (CARVALHO, 2015, p. 34). (Grifou-se)

Ocorre que na terceirização, em qualquer de suas modalidades, não existe uma relação jurídica estabelecida entre trabalhador e Administração Pública, mas sim uma relação contratual entre esta e a empresa terceirizada; logo, entende-se que inexiste obrigatoriedade de qualquer procedimento de seleção de trabalhadores, uma vez que a legislação privada permite a contratação com total liberdade ao empregador.

É neste contexto que Amorim e Delgado (2014, p. 159) reconhecem a “dupla dimensão” da violação da terceirização em atividade-fim, raciocínio que pode ser aplicado no caso da “publicização” e da concessão de serviços públicos, pois além de violar as condições de trabalho socialmente protegida pelo art. 7º e outros, viola a impessoalidade inerente ao concurso público do art. 37, II, todos da Constituição Federal.

Conforme visto no capítulo anterior, ao enfrentar o tema da constitucionalidade da “publicização” na ADI nº 1.923/DF, a Suprema Corte entendeu que os empregados “publicizados” não são enquadrados como servidores públicos, mas sim como empregados privados sujeitos à legislação privada; assim, inexiste a obrigatoriedade de concurso, porém o “procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, entretanto *sem os rigores do concurso público*” (BRASIL, 2015).

Ocorre que a ausência de um processo seletivo criterioso viola vários princípios do Direito Administrativo, em especial o princípio da impessoalidade, possibilitando favoritismos e perseguições, uma vez que, “neste país, a distribuição dos cargos públicos sempre se constituiu em uma valiosa moeda de troca à disposição da classe governante, tudo em detrimento da sociedade. É exatamente esta prática que o concurso público pretende coibir” (CARVALHO, 2015, p. 110-114).

Para além do clientelismo, esta sistemática de seleção também favorece práticas de nepotismo, preenchendo funções que deveriam ser abertas à população em geral por familiares, conforme proibição expressa desta prática através da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo

Tribunal Federal¹¹³.

Corolário do princípio da impessoalidade, o princípio da objetividade administrativa proposto por Carvalho (2015, p. 170-171) é especialmente descumprido, pois a Administração Pública não pode conduzir seus atos a partir de “valores e opiniões pessoais”, sobretudo no julgamento dos concursos, que deverá seguir critérios objetivos. “Assim, não serão aceitos métodos seletivos que prestigiem avaliações subjetivas, como é o caso das entrevistas e análise de currículos, tão comuns no setor privado”.

Ignorar a obrigatoriedade de concurso público vai de encontro ao próprio fundamento da reforma gerencial que autorizou a “publicização”, já que, segundo Carvalho (2015, p. 34), “no setor público, a seleção meritória não só é recomendável para garantir a eficiência, como também é uma exigência prevista na Constituição”. Tal exigência justifica-se porque a Administração Pública possui peculiaridades que repercutem diretamente naqueles que irão realizar a função pública.

Em especial no caso da “publicização”, uma vez que, apesar de se estar diante de um ente que pertence ao setor privado, não se pode olvidar que a organização social, ao celebrar um contrato de gestão, irá desempenhar um serviço público em substituição ao Estado, no caso, com bens e recursos públicos, como uma verdadeira extensão deste, razão pela qual não se podem deixar de lado as noções mais elementares inerentes ao Direito Público.

Assim, toda a evolução legal, doutrinária e jurisprudencial em termos de concursos públicos no Brasil foi quebrada em função do fenômeno da terceirização (e também da “publicização”), porquanto transferir os serviços públicos para entes do setor privado permite a “fuga” dos concursos e do regime de direito público em geral.

A discussão retoma os conceitos trazidos no início desta pesquisa, uma vez que a burocracia tão questionada pelo gerencialismo previu a figura do concurso público como forma de profissionalização da Administração, mediante uma seleção meritória e impessoal. De outra banda, o modelo gerencial, que sustenta a aplicação de métodos do setor privado como forma de resolver os problemas da burocracia, propõe métodos de gestão de coisa pública que podem vir a resgatar o patrimonialismo, em face da ausência de mecanismos para evitar a contratação de trabalhadores por meio de um sistema clientelista, viabilizando o nepotismo, além de perseguições e favoritismos durante a execução do contrato de trabalho.

¹¹³ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal” (BRASIL).

Eis aí a outra face da precarização das relações de trabalho, pois ao permitir a liberdade de escolha na contratação, contribui para o fim dos concursos públicos, e, com isto, a possibilidade de os cidadãos encontrarem no Estado uma possibilidade de carreira. Por consequência, também é a porta de entrada do processo de “celetização”, na medida em que deixam de ser contratados mediante o regular procedimento de concurso público, para serem regidos inteiramente pelo direito privado, destituídos de qualquer garantia inerente ao bom exercício da sua função pública, além de restarem sujeitos ao inteiro arbítrio dos gestores.

4.5.3 A irresponsabilidade da Administração Pública

Nas relações de trabalho firmadas diretamente com o Poder Público, a responsabilidade sobre estes trabalhadores decorre do vínculo jurídico-administrativo existente entre agentes públicos e Estado. Assim, diante do descumprimento dos direitos sociais, ou até mesmo no caso de um infortúnio do trabalho, como um acidente, por exemplo, a responsabilidade integral é do ente público.

Ao permitir a terceirização na Administração Pública, o Decreto nº 200/1967 não tratou de quem seria a responsabilidade com relação ao trabalhador, sendo certo que, em face de tantos descumprimentos trabalhistas das empresas terceirizadas, inicialmente o TST entendeu pela responsabilização subsidiária do Estado pelo adimplemento de tais direitos.

Tal entendimento foi de extrema importância para amenizar as mazelas das terceirizações do serviço público, que trazem relações laborais muitas vezes caracterizadas pelos chamados “calotes” – tanto do setor público quanto do setor privado. Entre os flagrantes prejuízos às normas trabalhistas estão as condições precárias da atividade desempenhada pelo trabalhador, como a desigualdade de remunerações e de benefícios dos terceirizados. Também a diferença entre o total de horas trabalhadas pelo terceirizado, que conta com rara fiscalização quanto ao uso de equipamentos de proteção e treinamentos contra riscos na atividade laboral, tem levado ao aumento do número de doenças, acidentes e mortes do trabalho (CUT, 2014, p. 21-30).

Ocorre que a jurisprudência “evoluiu” para a tese da irresponsabilidade do Estado. Conforme já delineado na análise da ADC nº 16/DF e RE nº 760.931/DF, a Suprema Corte vedou a transferência automática de responsabilidade solidária ou subsidiária à Administração Pública contratante e transferiu para o trabalhador terceirizado o ônus da demonstração da falha inequívoca da contratação e da fiscalização do contrato.

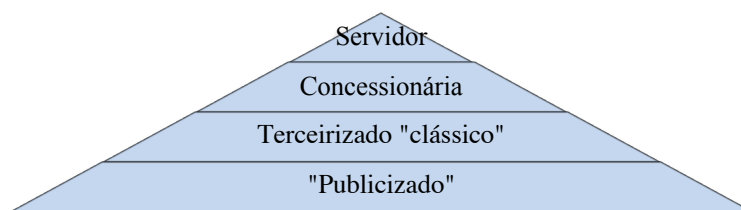
Assim, trata-se de uma precarização “qualificada” das relações de trabalho, pois, além

de possuir um conjunto bem inferior de direitos e de seu empregador deter uma grande liberdade contratual, o trabalhador terceirizado ainda não tem um “garante” do cumprimento dos seus direitos como na terceirização privada, restando à sorte da saúde financeira da empresa e da efetividade da Justiça trabalhista.

Apesar de todo o entendimento restritivo, não é demais lembrar que o trabalhador terceirizado presta seus serviços para o Estado, em favor dos cidadãos, muitas vezes realizando funções públicas que seriam exclusivas de servidores de carreira, em virtude da ampliação da terceirização da atividade-fim. No entanto, esse trabalhador permanece como o elo fraco e continuamente explorado, quando deveria ser o Estado o primeiro a garantir a dignidade dos trabalhadores.

Diante de todo o exposto, tendo como certo que todos os trabalhadores estão sujeitos à precarização promovida pela reforma gerencial, é possível criar uma “escala” da perda de direitos e garantias sociais na Administração Pública:

Figura 4 – Pirâmide da precarização na Administração Pública



Fonte: Elaborado pelo autor.

Tais situações tendem a se equiparar negativamente ao caminho trilhado pelo STF (ADC nº 16/DF e RE nº 760.931/DF), a partir da exclusão da responsabilidade do Estado para com o trabalhador em qualquer dos casos das terceirizações demonstradas acima. O trabalhador das concessionárias tem uma maior garantia por conta de os contratos serem celebrados com empresas maiores e mais sólidas, o que não é uma regra. O trabalhador “publicizado” está na base da pirâmide, dada a prevalência do entendimento de ausência de responsabilidade do ente público nestes casos, ainda que evidenciada e comprovada a falha na fiscalização do contrato de gestão e/ou termo de parceria.

4.6 A nova regulamentação da terceirização privada e sua aplicação na Administração Pública

Segundo Bastos (2010, p. 100), a regulamentação da terceirização promovida via jurisprudência não era suficiente para evitar as fraudes “aos direitos trabalhistas, que muitas

vezes acabam se submetendo a empregadores aproveitadores e oportunistas”. Este autor entende como urgente a necessidade de o Poder Legislativo resolver tais questões para compatibilizar as “conquistas trabalhistas” com a “nova realidade do mercado mundial”.

Entretanto, o legislador brasileiro, ao que parece, deu preferência à “nova realidade do mercado mundial”, deixando de lado a manutenção das “conquistas trabalhistas”¹¹⁴, já que expandiu os horizontes da terceirização no Brasil.

A Lei nº 13.429/2017 atualizou a clássica modalidade de terceirização aceita pela jurisprudência – o “trabalho temporário” da Lei nº 6.019/1974, também chamado de locação de mão de obra por empresa interposta –, ou seja, “uma empresa de trabalho temporário que a coloca [um trabalhador] à disposição de uma empresa tomadora de serviços”, nos casos de “necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (art. 2º) (BRASIL, 1974).

Antes da reforma, esta espécie de intermediação de mão de obra somente poderia ocorrer por três meses, salvo autorização concedida pelo órgão do Ministério do Trabalho¹¹⁵. Atualmente, o prazo máximo inicial é de 180 dias, com possibilidade de prorrogação para mais noventa dias (art. 10) (BRASIL, 1974).

Consignou ainda de forma expressa a possibilidade de contrato temporário tanto para atividades-meio como para atividades-fim da empresa tomadora de serviços¹¹⁶, apesar de o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante já admitir esta possibilidade, sob a justificativa de que se tratava de uma situação excepcional e temporária.

A novidade veio com a regulamentação da outra modalidade de terceirização, o “contrato de prestação de serviços”, em que se contrata uma empresa terceira para a prestação de “serviços determinados e específicos”. Até então esta modalidade seguia a sorte do entendimento jurisprudencial consolidado pelo TST através da sua Súmula nº 331 (BRASIL, 1974).

Ocorre que a lei não foi tão específica quanto à sua abrangência, pelo contrário, optou por um conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pela jurisprudência, acirrando ainda

¹¹⁴ Houve um Projeto de Lei (nº 1.621/2007) que, apesar de não coibir o fenômeno “terceirizante”, buscava compatibilizá-lo com os valores sociais do trabalho, pois vedava a terceirização na atividade-fim; previa a necessidade de informação ao sindicato da categoria profissional sobre o projeto de terceirização da empresa; exigia um maior controle e fiscalização pela tomadora dos serviços; proibia qualquer forma de discriminação; trazia a responsabilidade objetiva e solidária no cumprimento de qualquer obrigação trabalhista e previdenciária; estabelecia a possibilidade de vínculo direto com o tomador em caso de fraude e multa em favor do trabalhador pelo descumprimento da lei. No entanto, este projeto foi arquivado (BRASIL, 2007a).

¹¹⁵ A Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 789/2014 disciplina as hipóteses de prorrogação, permitindo a ampliação para um prazo de até três meses.

¹¹⁶ Art. 9º § 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.” (NR) (BRASIL, 1974).

mais o debate sobre a possibilidade de terceirizar ou não a atividade-fim da empresa. Inicialmente, esperava-se a interpretação clássica dada pelos tribunais trabalhistas de restrição à atividade-meio de uma determinada empresa, até porque a lei foi clara ao permitir a terceirização da atividade-fim quanto ao trabalho temporário, mas ficou-se silente quanto a essa espécie de terceirização¹¹⁷ (art. 9º, § 3º) (BRASIL, 1974).

Assim, com a edição da Lei nº 13.429, de 31.3.2017, observa-se que a posição do STF em sede de repercussão geral coincide com a *mens legis*, ao admitir a terceirização de modo geral, restando à Corte Constitucional dirimir possíveis controvérsias acerca de termos imprecisos e vagos adotados ou que venham a ser adotados, como “atividade-fim” de que trata a jurisprudência consolidada do TST, os “serviços específicos” mencionados pela lei recém-editada ou mesmo “atividade inerente” (BORBA, 2017b, p. 50). (Grifou-se)

Para pôr fim à discussão, logo em seguida foi promulgada a Lei nº 13.467/2017, denominada de “reforma trabalhista”, que promoveu mais uma alteração na Lei nº 6.019/1974, passando a prever de forma expressa a possibilidade de terceirização na atividade-fim das empresas, mesmo na modalidade prestação de serviços, indo de encontro a uma construção legal, doutrinária e jurisprudencial de mais de meio século!

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (BRASIL, 1974). (Grifou-se)

A despeito de as alterações legais serem recentes, pode-se afirmar que “não tem aplicação a Lei nº 6.019/1974” na Administração Pública no tocante ao contrato temporário, primeiro devido à exigência expressa pela Constituição Federal de realização de concurso público para investidura em cargos, empregos e funções (art. 37, II), segundo porque esta Carta deu tratamento específico à possibilidade da contratação de “trabalhador temporário”, que somente poderá ocorrer em caso de excepcional interesse público, nos termos da lei regulamentada por cada ente (art. 37, IX) (PIETRO, 2017, p. 271). Na mesma linha segue a já mencionada jurisprudência da Justiça do Trabalho (Súmula nº 331 do TST).

Quanto ao contrato de prestação de serviços na Administração Pública, além dos argumentos acima, esta espécie de terceirização já vem regulamentada há muito tempo, pelo Decreto-lei nº 200/1967, que permite a descentralização mediante contratos com o setor privado

¹¹⁷ Apesar de o STF não ter enfrentado o tema de forma específica, a posição dominante de sua composição atual leva a crer que o critério criado pela jurisprudência trabalhista será superado, permitindo a terceirização na atividade-fim da empresa também na modalidade contrato de prestação de serviços: “A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior “eficiência” possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo” (BRASIL, 2017c). (Grifou-se)

para as atividades consideradas meramente executivas ou operacionais, ou seja, aquelas ligadas à noção de “atividade-meio”.

Na mesma linha, a Lei nº 8.666/1993, que trata sobre o regime de contratações públicas, permite a contratação de serviços visando à obtenção de “determinada utilidade de interesse para a Administração”¹¹⁸ e apresenta um rol exemplificativo que denota serviços ligados à atividade-meio. Entretanto, a partir de fórmula “contratos de prestação de serviços técnicos especializados”, em que se encontra uma “aparência de legalidade”, verificam-se burlas à legislação em razão do objetivo de fornecimento de mão de obra sem concurso público (PIETRO, 2017, p. 272).

Percebe-se que esta foi também opção do Decreto Federal nº 2.271/1997¹¹⁹, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da União e ressalta que não podem ser objeto de execução indireta as categorias integrantes do plano de cargos do ente, salvo mediante autorização legal expressa ou para cargo total ou parcialmente extinto¹²⁰.

Garcia (2017, p. 25) entende que a Lei nº 13.429/2017 abriu margem ao entendimento de que as novas regras sobre terceirização poderiam ser aplicadas à Administração Pública, desde que observadas as regras de direito público, em especial a prévia licitação, mas também conclui que somente pode ser admitida nos casos de “serviços delimitados previamente e especificados”, ou seja, nos casos de atividade-meio, desde que ausentes “a pessoalidade e a subordinação” direta com o ente público.

Neste contexto, para que seja válida a terceirização com o ente público, o tomador não deve se importar com quem é a pessoa que está a executar o serviço, mas tão somente com a atividade/serviço a ser desenvolvida, sendo irrelevantes as substituições de trabalhadores (ausência de pessoalidade).

Na mesma linha, quem exerce o poder de direção e assume os riscos do negócio deve ser integralmente a empresa terceira (ausência de subordinação). Do contrário, estar-se-ia diante

¹¹⁸ Art. 6º: II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; (BRASIL, 1993a).

¹¹⁹ Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (BRASIL, 1997a).

¹²⁰ Ver o extenso rol de cargos extintos na União pela Lei nº 9.632/1998; aparentemente, trata-se da atividade-meio do poder público federal.

da mera intermediação de mão de obra, resgatando a ideia do trabalhador como mercadoria, em confronto direto com a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho previstos na Constituição (GARCIA, 2017, p. 26).

Para Pietro (2017, p. 272), em resumo, a terceirização

mascara a relação de emprego que seria própria da Administração Pública; não protege o interesse público, mas, ao contrário, favorece o apadrinhamento político; burla a exigência constitucional de concurso público; escapa às normas constitucionais sobre servidores públicos; cobra taxas de administração incompatíveis com os custos operacionais, com os salários pagos e com os encargos sociais; não observa as regras das contratações temporárias; contrata servidores afastados de seus cargos para prestarem serviços sob outro título, ao próprio órgão do qual está afastado e com o qual mantém vínculo de emprego público. (Grifou-se)

Assim, as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017 não se aplicam à Administração Pública, sendo certo que a terceirização na atividade-fim fica restrita aos casos de “publicização” e de concessão dos serviços públicos. Quando não se enquadrar nessas hipóteses, a regulamentação a ser aplicada no setor público é ainda o Decreto nº 200/1967, que limita a terceirização na modalidade contratação de serviços tão somente na atividade-meio, ficando vedada a contratação de temporários em virtude da regulamentação expressa na Constituição Federal.

Por fim, percebe-se que a terceirização é mais uma forma de privatização do Estado, mediante a qual se promove a paulatina substituição de servidores/empregados públicos por trabalhadores terceirizados, com precarização das relações de trabalho e também do próprio serviço público, que passa a ser exercido por empregados flexíveis, sem as garantias inerentes ao desenvolvimento da sua função de forma independente. Estes podem ser contratados e demitidos ao inteiro arbítrio dos gestores da Administração Pública brasileira, num resgate tardio do patrimonialismo.

5 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ: UMA ANÁLISE DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO

Apesar de a terceirização acarretar a precarização das relações de trabalho, o Município de Maceió vem executando os seus serviços públicos de saúde utilizando as mais variadas formas de terceirização autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Cada vez mais, este serviço público essencial é transferido para atores privados, em especial aqueles ligados ao terceiro setor.

Para além das clássicas terceirizações da atividade-meio, verificam-se convênios com os mais diversos atores privados. Recentemente, ingressou no ordenamento jurídico local a possibilidade de transferência da gestão do serviço público de saúde municipal para entes do terceiro setor. Diante do permissivo legal, foram realizados dois Contratos de Gestão com o Instituto Saúde e Cidadania para a gestão de duas Unidades de Pronto Atendimento, iniciando-se o processo de “publicização” da saúde no Município de Maceió.

Este capítulo tem como objetivo a análise da organização do sistema público de saúde no ordenamento jurídico brasileiro e de como ele se estrutura no Município de Maceió, com ênfase no estudo de caso das Unidades de Pronto Atendimento recém-inauguradas e transferidas para organizações sociais.

Objetiva-se verificar como se deu este processo de “publicização” a partir da análise do procedimento de seleção das organizações sociais, bem como da seleção dos seus empregados, para, em seguida, conferir quais os efeitos da precarização vertical e horizontal das relações de trabalho, traçando um comparativo entre um trabalhador “publicizado” da ISAC e um servidor estatutário do Município de Maceió que trabalham em condições similares. Por fim, efetua-se a análise do processo de terceirização da saúde.

5.1 O direito à saúde na Constituição Federal e a ênfase na municipalização do Sistema Único de Saúde

De acordo com a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. O “gozo do mais alto padrão possível de saúde é um dos direitos fundamentais de todo ser humano”, e os “governos têm a responsabilidade pela saúde de seus povos, que só podem ser cumpridos mediante a provisão de medidas sanitárias e sociais adequadas” por meio

de suas políticas públicas (WHO)¹²¹.

Ocorre que nem sempre se teve o entendimento de saúde como direito fundamental e universal. No Brasil, o marco inicial da saúde pública é dado com a vinda da Corte portuguesa no século XIX, a partir de algumas ações de combate à lepra e à peste e de controle sanitário. As “ações curativas” ficavam a cargo dos serviços privados e da caridade até a estruturação básica do sistema público de saúde, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e seus Institutos de Previdência em meados de 1930 (BARROSO, 1999, p. 12-14).

Nesta época, serviços públicos de saúde eram limitados à categoria profissional de cada instituto. Com o regime militar, os institutos foram unificados mediante a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, e todos os trabalhadores formais passaram a ter acesso à saúde pública, mas a grande maioria da população sem carteira de trabalho assinada permanecia dependente da caridade (BARROSO, 1999, p. 12-14).

Este panorama, ao menos no plano normativo, foi radicalmente modificado com a Constituição Federal de 1988. Nos termos do art. 196, a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Desta forma, “todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde” (BARROSO, 1999, p. 14).

Ademais, pode-se considerar como um direito fundamental dos mais importantes a ser garantido pelo Estado, já que o art. 6º da Carta Magna inclui a saúde no rol de direitos sociais, sendo, por consequência, um direito humano de segunda dimensão¹²².

Para a consecução destes objetivos, a Carta Magna brasileira atribui em seu art. 23, II, a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no cuidado com a saúde pública. Acentua, em seu art. 30, VII, a competência do Município para “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”, ou seja, todos são competentes na formulação e execução das políticas públicas, inclusive sob o aspecto legislativo.

A Constituição atribuiu a competência concorrente, cabendo à União a criação das

¹²¹ Tradução livre de: “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. [...] The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition. [...] Governments have a responsibility for the health of their peoples which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures*” (WHO).

¹²² Ao lado dos direitos fundamentais de segunda dimensão, classicamente se apresentam os de primeira dimensão, que são os “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”; valorizam o homem individual e suas liberdades abstratas. Há ainda os já explorados direitos de terceira dimensão, que dizem respeito ao direito ao desenvolvimento fundado no princípio da solidariedade (BONAVIDES, 2010, 562-574).

normas gerais, aos Estados e Distrito Federal, as normas específicas, e aos Municípios os assuntos de interesse local (arts. 24 e 30) (BRASIL, 1988).

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja *cooperação* entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas (BARROSO, 1999, p. 14). (Grifou-se)

Para dar a máxima efetividade a este direito, a Constituição prevê a aplicação de um “mínimo exigido da receita resultante de impostos” para as “ações e serviços públicos de saúde”, sendo até mesmo hipótese de intervenção federal¹²³ nos Estados ou no Distrito Federal (art. 34, VII, e), bem como de intervenção estadual nos Municípios (art. 35, III), em razão da ofensa de um dos seus princípios constitucionais sensíveis (BRASIL, 1988).

Seguindo a mesma linha de garantia para a execução de políticas públicas de saúde, a Carta Magna em seus arts. 166 e 198 prevê aplicações mínimas às “ações e serviços públicos de saúde” na elaboração das leis orçamentárias, vedando, em regra, a vinculação de receita, ressalvadas as “ações e serviços públicos de saúde” (art. 167, IV) (BRASIL, 1988).

Ao tratar da ordem social que “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 195), prevê que a “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194). E considera que as “ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, devendo ser organizado de acordo com as seguintes diretrizes: “I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade” (art. 198) (BRASIL, 1988).

Na contramão da proteção constitucional, a Emenda à Constituição nº 95/2016 trouxe flagrante retrocesso ao implementar um Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com o congelamento de investimentos sociais para os próximos vinte anos, o que “poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira” (MARIANO, 2017, p. 260-261).

¹²³ Segundo Silva (2003, p. 483), a “intervenção é ato político que consiste na incursão da entidade que a suporta”; trata-se da “antítese da autonomia”, podendo ocorrer em “situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais [e municipais] e a estabilidade da ordem constitucional”.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, destaca-se por regulamentar o Sistema Único da Saúde (SUS), que trata do “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (art. 4º) e, seguindo as mesmas linhas da Constituição Federal, disciplina a descentralização e a complementação dos serviços pela iniciativa privada (arts. 24/26) (BRASIL, 1990a).

A mencionada lei, ao firmar as diretrizes regedoras do SUS, determina em seu art. 7º, X, a “descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo”, com as suas competências minuciosamente detalhadas nos arts. 16/18 da Lei nº 8.080/1990, ressaltando em âmbito federal e estadual o apoio, a formulação, a coordenação, o estabelecimento de critérios, a avaliação, o controle, a fiscalização, a elaboração de normas na área da saúde, enquanto os Municípios diferem dos demais entes por terem a responsabilidade para a gestão e a execução dos serviços públicos de saúde (BRASIL, 1990a).

A Lei do SUS foi explícita na “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios” (art. 7º, X); trata-se da “municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular”. Devido ao princípio da subsidiariedade, os Estados e a União Federal só atuam para executar diretamente políticas sanitárias e outras de forma supletiva (BARROSO, 1999, p. 16).

Apesar da ênfase municipal na execução das ações e serviços de saúde, além da obrigação de complementar esta atuação, compete à União e aos Estados a “cooperação técnica e financeira”, trazendo a noção da solidariedade de todos os entes no trato com a saúde pública, noção imposta pelo texto constitucional no seu art. 198, §§ 2º e 3º (BRASIL, 1988).

5.2 A organização do sistema público de saúde e a sua “publicização” no âmbito do Município de Maceió

O Município de Maceió possui 1.029.129 habitantes (em se considerando a sua região metropolitana, este número chega perto de 1,5 milhão¹²⁴). Trata-se de uma cidade com profunda desigualdade social, tanto que em 2015 se sagrou como o último lugar no Índice de

¹²⁴ Lei Complementar Estadual nº 19/1998, 39/2013, dispõe sobre a região metropolitana de Maceió, incluindo os seguintes municípios: Atalaia, Barra de Santo Antônio, Barra de São Miguel, Coqueiro Seco, Maceió, Marechal Deodoro, Messias, Paripueira, Pilar, Rio Largo, Santa Luzia do Norte, Satuba e Murici.

Desenvolvimento Humano das metrópoles brasileiras¹²⁵, medida que leva em consideração a assistência de saúde pública oferecida (IBGE, 2017).

Possui uma elevada taxa de mortalidade infantil, na média de 14.27 para 1.000 nascidos vivos. Tão somente 47,1% de domicílios possuem esgotamento sanitário, o que leva a altos índices de internações hospitalares devido a diarreias (0,7 para cada 1.000 habitantes). Se comparado ao restante do Brasil, Maceió se acha na posição 2.300 dos 5.570 municípios em termos de saúde (IBGE, 2017).

Este panorama requer uma rede pública de saúde consolidada, apta a resolver os problemas inerentes à falta de estrutura sanitária, de educação, de renda, que repercutem nas condições de saúde dos maceioenses e alagoanos em geral, mais ainda quando, por ser capital do Estado, se consolidou como “centro médico e hospitalar” para os municípios circunvizinhos, que, na maioria das vezes, não possuem a mínima estrutura médica e hospitalar.

A Secretaria Municipal de Saúde é o órgão da Administração direta do Município de Maceió “que tem a finalidade de servir à população com as políticas públicas de saúde do Município, focando em sua promoção, prevenção, proteção e reabilitação, garantindo o acesso humanizado dos usuários aos serviços de saúde” (MACEIÓa). Nos termos do art. 1º do Anexo I do Decreto Municipal nº 8.398/2017, possui as seguintes competências:

- I – Gerir, formular e coordenar a política de saúde do município de acordo os instrumentos legais que dispõem sobre o Sistema Único de Saúde - SUS;
- II – Planejar e operacionalizar as ações e os serviços públicos de saúde;
- III – Regular, controlar e avaliar os serviços de atenção à saúde em todo o território Municipal;
- IV – Promover a saúde da população, a vigilância, a proteção, a prevenção e o controle das doenças e agravos à saúde, abrangendo vigilância epidemiológica, sanitária, ambiental e do trabalhador;
- V – Executar ações e programas visando a integralidade da assistência à saúde;
- VI – Participar no desenvolvimento das ações e serviços do sistema vigente de saúde, em sinergia com outras esferas do Poder Público;
- VII – Promover e desenvolver a política de gestão do trabalho e educação permanente em saúde;
- VIII – Prover as condições materiais e administrativas necessárias ao funcionamento da rede de saúde do SUS Maceió;
- IX - Promover o acesso universal da população às ações e serviços de Atenção e Vigilância em Saúde e Atenção à Saúde, observando os princípios estruturantes do SUS;
- X – Gerir os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (MACEIÓ, 2017). (Grifou-se)

Todas essas competências são exercidas a partir de uma complexa estrutura

¹²⁵ “Apesar dos avanços, os novos dados apontam que também nessas metrópoles é grande a desigualdade nas condições de vida de seus moradores. Em Maceió, a diferença fica evidenciada no comparativo entre os bairros Ponta Verde e Benedito Bentes. Enquanto o primeiro tem índice de 0,956, o outro tem o mesmo indicador em 0,522. No contexto global, seria algo como a diferença entre o IDH da Noruega (0,944), primeira colocada no ranking mundial, com o do Quênia (0,535), que fica em 147º. O PNUD, porém, não recomenda a comparação entre o IDH das regiões com o dos países, devido à diferença na metodologia de cálculo.” (G1, 2015).

organizacional (art. 3º do mencionado anexo), através de 77 unidades de saúde, distribuídas em unidades de saúde da família, centros de saúde, postos de atendimento médicos, centros de atenção psicossocial, centro de atenção psicossocial infantojuvenil, casas de maternidade, centros de especialidades odontológicas, módulo ocular e, mais recentemente, unidades de pronto atendimento.

Da análise destas informações, percebe-se que o Município de Maceió não possui um único hospital público, apesar do orçamento fixado para o ano de 2017, de R\$ 835.827.868,00¹²⁶, além do aporte federal e estadual realizado (MACEIÓ, 2016a). Neste contexto, quase todo o serviço público de saúde curativo é transferido para particulares, através de convênios e contratos administrativos. Trata-se da tendência descentralizadora prevista na Carta Magna, que acarreta a privatização da saúde para entes com ou sem fins lucrativos.

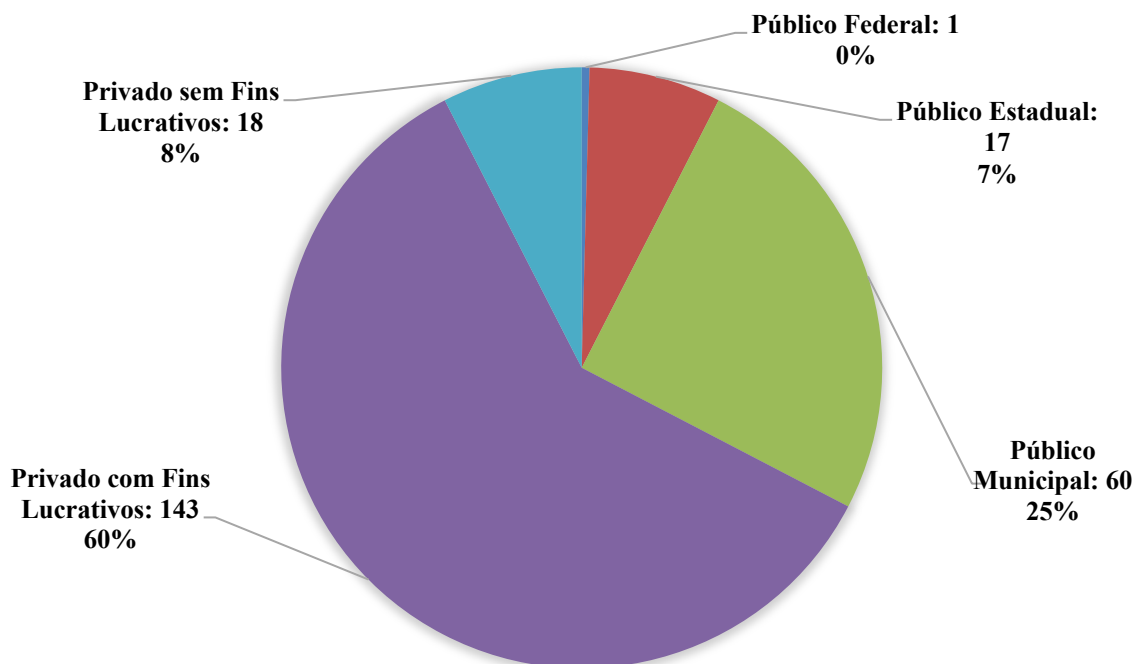
Isto fica evidenciado em seu sitio eletrônico, ao dispor que é obrigação da Secretaria Municipal de Saúde “prover as condições materiais e administrativas necessárias ao funcionamento da rede de saúde do SUS em Maceió, participando do desenvolvimento de ações e serviços de sistema vigente, em sinergia com outras esferas do Poder Público e entidades privadas conveniadas” (MACEIÓa).

Além dessas unidades de saúde, na cidade de Maceió encontra-se um hospital federal, o Hospital Universitário¹²⁷, e 17 unidades de saúde estaduais, entre elas um hospital geral. O que predomina são as unidades privadas de saúde, totalizando 161, sendo 143 unidades com fins lucrativos e 18 entidades sem fins lucrativos (IBGE, 2009).

¹²⁶ A Lei Orçamentária Anual nº 6.584/2016, que estima as receitas e fixa as despesas para o exercício financeiro do Município de Maceió no ano de 2017, fixou a despesa total de R\$ 2.360.051.023,00 (MACEIÓ, 2016a).

¹²⁷ “A estrutura da EBSEH e suas finalidades explicitam que ela é uma empresa pública com fins lucrativos que irá apropriar-se de todo o patrimônio físico e de conhecimento de um hospital universitário, alijando as universidades federais de sua gestão. Essas, ao decidirem aderir à EBSEH, renunciam ao controle dos hospitais em troca de recursos públicos e contratação de pessoal fora do Regime Jurídico Único (RJU), para ‘salvar’ os hospitais universitários” (DRUCK, 2016, p. 34).

Figura 5 – Estabelecimentos de Saúde em Maceió



Fonte: IBGE, 2009.

Recentemente foram inauguradas duas Unidades de Pronto Atendimento (UPA), que integram a Política Nacional de Urgência e Emergência do Ministério da Saúde, lançada em 2003. Neste contexto, as unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família ficarão responsáveis pela “atenção primária”, enquanto os hospitais responderão pelo atendimento de “média e alta complexidade”. Há ainda o atendimento em “nível intermediário de atenção”, o SAMU 192 (Serviço de Atendimento Móvel as Urgência) e as UPAS, a quem, de acordo com (BRASIL, 2014b), compete:

Funcionar 24 horas por dia, sete dias por semana e poder resolver grande parte das urgências e emergências, como pressão e febre alta, fraturas, cortes, infarto e derrame. Com isso, ajudam a diminuir as filas nos prontos-socorros dos hospitais. A UPA inova ao oferecer estrutura simplificada, com raio X, eletrocardiografia, pediatria, laboratório de exames e leitos de observação. Nas localidades que contam com UPA, 97% dos casos são solucionados na própria unidade. Quando o usuário chega às unidades, os médicos prestam socorro, controlam o problema e detalham o diagnóstico. Eles analisam se é necessário encaminhar a um hospital ou mantê-lo em observação por 24 horas (BRASILb).

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2014b), as UPAS servirão para evitar a “peregrinação à procura de um leito”, com a consequente diminuição das filas dos prontos-socorros, uma vez que casos de gravidade intermediária que possam ser resolvidos por estas unidades não serão submetidos aos hospitais.

O Governo do Estado de Alagoas construiu duas UPAS em Maceió – uma na parte baixa

da cidade, no bairro do Trapiche da Barra, e outra na parte alta, no bairro do Benedito Bentes. Cada uma custou R\$ 4 milhões, com recursos federais e estaduais, e foram entregues em 2014. As unidades se enquadram no modelo Porte III¹²⁸, com capacidade para atender até 450 pacientes por dia (ALAGOAS, 2017).

Enquanto a UPA Trapiche da Barra recebe recursos dos três entes federativos, competindo à União 50%, e ao Estado de Alagoas e ao Município de Maceió, cada um, 25%, a UPA Benedito Bentes é custeada pelo Governo do Estado e pelo Município (ALAGOAS, 2017).

Seguindo as diretrizes da municipalização ditas pela Lei do SUS, a gestão das duas UPAS é de responsabilidade municipal. O Município optou pela execução indireta da prestação destes serviços públicos e transferiu-os para uma organização social, através de contratos de gestão. Para tanto, foi necessária uma regulamentação local que desse suporte à escolha realizada.

5.2.1 As organizações sociais de acordo com o ordenamento jurídico local

Conforme visto, as organizações sociais surgiram no contexto da reforma administrativa gerencial federal ocorrida com maior ênfase no final da década de noventa, com a Lei nº 9.967/1998. A lei possuía efeitos tão somente no âmbito federal; se qualquer outro ente federativo optasse pelo processo de “publicização”, deveria elaborar normativo próprio, em nome do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública.

Se bem que o Município de Maceió tivesse passado quase incólume por esse mecanismo de “publicização”, em 2014 foi aprovada a Lei municipal nº 6.304, que inaugurou este processo. Esta lei “dispõe sobre o programa municipal de organizações sociais e dá outras providências”. Tem por objetivo e diretrizes (art. 1º):

fomentar a absorção, pelas Organizações Sociais constituídas na forma desta Lei, de atividades e serviços de interesse público atinente ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e institucional, à proteção e preservação do meio ambiente, bem como à saúde, ao trabalho, à ação social, à cultura e ao desporto e à agropecuária, tendo como diretrizes básicas: I - adoção de critérios que assegurem padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao cidadão; II - promoção de meios que favoreçam a efetiva redução de formalidades burocráticas na prestação dos serviços; III - adoção de mecanismos que possibilitem a integração

¹²⁸ São três os tipos de UPA: Porte I: tem o mínimo de sete leitos de observação. Capacidade de atendimento médio de 150 pacientes por dia. População na área de abrangência de 50 mil a 100 mil habitantes. Porte II: tem o mínimo de 11 leitos de observação. Capacidade de atendimento médio de 250 pacientes por dia. População na área de abrangência de 100 mil a 200 mil habitantes. Porte III: tem o mínimo de 15 leitos de observação. Capacidade de atendimento médio de 350 pacientes por dia. População na área de abrangência de 200 mil a 300 mil habitantes (BRASIL, 2014b).

entre os setores públicos do Município com a sociedade e o setor privado; IV - manutenção de sistema de programação e acompanhamento das atividades que permitam a avaliação da eficácia quanto aos resultados (MACEIÓ, 2014a). (Grifou-se)

Regulamentada pelo Decreto Municipal nº 7.966/2014, esta lei possui extrema similitude com a legislação federal; por tal razão, interessa tão somente a análise daquilo que as difere, no que já chama atenção a ampliação do objeto das OSs no âmbito municipal, acrescentando “trabalho, ação social, desporto e agropecuária” (MACEIÓ, 2014a).

Para dar andamento ao programa, foi criado um Conselho de Gestão formado por representantes da Administração Pública e da sociedade civil. Todos são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, o que leva à composição de um conselho com natureza totalmente política, desconsiderando qualquer requisito meritório ou democrático. Suas atribuições acham-se definidas no art. 2º do Decreto municipal nº 7.966/2014 (MACEIÓ, 2014a).

A transferência dos serviços públicos descritos no art. 1º depende de (1) prévia manifestação da secretaria responsável quanto à conveniência e oportunidade da “publicização” e da (2) ampla publicidade desta transferência, com publicação no Diário Oficial do Estado e do Município e nos meios eletrônicos de comunicação (MACEIÓ, 2014a).

Mesmo sem considerar estudos detalhados de acordo com cada caso específico, o decreto optou por estender o prazo para dez anos do tempo de transferência, em seu art. 3º (MACEIÓ, 2014a). Já o art. 5º exigiu a realização de um procedimento de seleção da organização social, estabelecendo a necessidade de “critérios objetivos para o julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração Pública” (melhor proposta técnica, economicidade, otimização dos indicadores objetivos de eficiência e qualidade do serviço)¹²⁹, o que, ao menos em tese, garante a aplicação dos princípios da impessoalidade, moralidade e isonomia na “publicização” (MACEIÓ, 2014a).

No mesmo sentido, abriu, à semelhança do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, a possibilidade de dispensa e inexigibilidade do procedimento de seleção no caso de interesse de uma única entidade ou quando houver impossibilidade material técnica, desde que ouvido o Conselho Municipal (art. 9º) (MACEIÓ, 2014a).

Também manteve a falha da legislação federal, ao permitir a qualificação da entidade com organização social sem exigir nenhum tempo de existência prévia, podendo inclusive ser criada só para o objetivo específico de celebrar o contrato de gestão com o ente municipal (art. 12). Em contrapartida, trouxe a possibilidade de o edital de seleção prever a exigência de tempo

¹²⁹ Apesar de a lei mencionar “critérios objetivos”, os que foram trazidos por ela apresentam elevado grau de subjetivismo, o que possibilita favoritismo e corrupção.

mínimo de existência da entidade, com o objetivo de evitar que organizações sociais sejam constituídas a partir de “arranjos políticos”, bem como que não tenham experiência na área de atuação; no entanto, considerou este importante requisito como facultativo (art. 7º, § 2º) (MACEIÓ, 2014a).

O instrumento jurídico apto a formalizar a parceria entre a organização social e o Município é também denominado contrato de gestão e tem seu regramento previsto nos arts. 20 e seguintes. Seguindo as mesmas linhas da legislação federal, permite, além da transferência de recursos públicos, o “uso de bens, instalações e equipamentos públicos necessários ao cumprimento dos objetivos no Contrato de Gestão” (art. 37) (MACEIÓ, 2014a).

Quanto à possibilidade de cessão de servidores, o art. 32 exige a sua anuência, ficando mantido o vínculo com o Município e computando-se o tempo de serviço para todos os efeitos; entretanto, ficam sujeitos às normas internas da OS. Os servidores estáveis que não forem colocados à disposição das organizações sociais serão “relotados” em outro órgão. Em caso de “impossibilidade de relocação ou na hipótese de extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade”, serão colocados em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço (MACEIÓ, 2014a).

Apesar da duvidosa legalidade desse decreto regulamentador¹³⁰, é possível observar certo avanço quando exige a elaboração de “regulamento próprio” que contenha os procedimentos a serem adotados para a contratação de serviços, obras e compras necessários à execução do Contrato de Gestão; entretanto, o dispositivo não regula normas básicas de observância obrigatória para garantir a isonomia e o bom uso dos recursos públicos¹³¹ (art. 32) (MACEIÓ, 2014b).

Segundo o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 e o entendimento consagrado pelo STF na ADC nº 16/DF e no recente RE nº 760.931/DF, no tocante às terceirizações, o decreto regulamentar consignou também a irresponsabilidade da Administração Pública com relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores “publicizados”, ainda que exista falta de fiscalização por parte do Poder Público, conforme se percebe abaixo:

Art. 33. A Organização Social é responsável por todos os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da contratação, bem como é responsável pelos danos causados à Administração Pública ou a terceiros, decorrentes

¹³⁰ O chamado poder regulamentar da Administração Pública, previsto no art. 84 da Constituição Federal, dispõe que compete ao chefe do Executivo “expedir decretos e regulamentos para sua [da lei] fiel execução”, salvo no caso de “a) organização e funcionamento da Administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)” (BRASIL, 1988).

¹³¹ Foi criado um “Manual de Compras e Contratações” pelo ISAC, no que se destaca a necessidade de realização de consulta de preços para selecionar a proposta economicamente mais vantajosa (MACEIÓ, 2015b).

de suas ações, por culpa ou dolo, da execução do Contrato de Gestão, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização do Contrato de Gestão pelos órgãos fiscalizadores municipais (MACEIÓ, 2014b).

A legislação municipal no tocante às organizações sociais poderia ter avançado e superado os diversos problemas apontados na legislação federal, até porque já se somavam 16 anos de experiências negativas quando da promulgação da lei local.

5.2.2 Os processos de seleção das UPAS Trapiche da Barra e Benedito Bentes

Tendo em vista que o Município de Maceió optou por transferir a gestão das Unidades de Pronto Atendimento para organizações sociais, e que a regulamentação municipal exige a realização de um processo seletivo com critérios objetivos para a celebração do contrato de gestão, foram instaurados dois processos administrativos: o de nº 05800.049658/2014, para a UPA Trapiche da Barra, e o de nº 05800.49654/2014, para a UPA Benedito Bentes, dando início a duas seleções públicas distintas, a de nº 001/2014 e 002/2014, mas que possuíam extrema similaridade, tanto que o resultado final foi o mesmo.

Estas seleções têm por objeto a celebração de um contrato de gestão com uma instituição sem fins lucrativos, visando “o gerenciamento, a operacionalização e a execução das ações e serviços de saúde” nas Unidades de Pronto Atendimento de Maceió, “em regime de 24 horas/dia, que assegure assistência universal e gratuita à população, para um período de 60 (sessenta) meses” (MACEIÓ, 2014c).

Para dar andamento ao processo seletivo, foi constituída uma Comissão Especial. Qualquer pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos poderia participar da seleção, bastando, para tanto, que constasse em seu estatuto social “atividade compatível ao objeto deste Edital de Seleção pública” (MACEIÓ, 2014c).

A primeira etapa da seleção foi destinada a verificar a presença dos requisitos de habilitação constantes nos arts. 27/31 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam: a habilitação jurídica, a regularidade fiscal e trabalhista, além de demonstração de qualificação técnica e econômico-financeira (MACEIÓ, 2014c).

Em sendo aprovado nessa etapa, passa-se para a segunda fase, na qual “o julgamento e a classificação das Propostas de Trabalho serão definidos pela maior média das propostas técnicas”, e a sua classificação “obedecerá aos critérios de avaliação” constantes nos Editais de seleção, a saber:

Adequação da proposta de atividade assistencial à capacidade operacional da Unidade de Pronto Atendimento [...].

Adequação das atividades propostas referentes à QUALIDADE da assistência prestada [...].
Adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados presumidos [...] (MACEIÓ, 2014c).

Ainda com relação aos critérios de avaliação, os Editais foram específicos quanto à exigência de apresentação de uma política de recursos humanos como um dos critérios para a qualificação técnica, conforme se observa abaixo:

Apresentar Projeto para definição da Política de Segurança no Trabalho e Prevenção de Acidentes. Criação de Comissão Específica.
Proposta para estabelecimento de Normas para Seleção Simplificada de Pessoal, Contrato de Trabalho e Avaliação de Desempenho Sugestão de Condutas para combater absenteísmo e estimular produção.
Registros e Controles de Pessoal. Modelo para escalas com simulado de férias (propor critérios de afastamento) após o primeiro ano de Contrato (MACEIÓ, 2014c).

Os Editais consideraram como meta quantitativa a ser atingida o atendimento de 10.500 consultas/mês de Urgência e Emergência em Clínica Médica e Pediatria, e como metas qualitativas, que determinarão o pagamento da parte variável: “Acolhimento e Classificação de Risco; Atenção ao Usuário; Qualidade da Informação; Escala Médica” (MACEIÓ, 2014c).

Quanto ao preço da cada contrato, “o valor anual máximo a ser disponibilizado pelo Município de Maceió para a prestação dos serviços da unidade será R\$ 13.200.000,00 (treze milhões e duzentos mil reais) de valor global, com parcelas mensais de R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais)”, sendo o pagamento “composto de uma parte fixa correspondente a 70% (setenta por cento) do orçamento mensal e uma parte variável correspondente a 20% (vinte por cento) do orçamento mensal, com base na produção, e 10% (dez por cento) com base na avaliação de indicadores de qualidade” (MACEIÓ, 2014c).

Quatro empresas participaram nos dois processos seletivos¹³², no entanto, apenas uma se consagrou vencedora em ambas as seleções: o Instituto Saúde e Cidadania. Assim, deu-se origem ao Contrato de Gestão nº 294/2015 (UPA Trapiche da Barra), assinado em 19/6/2015, e ao Contrato de Gestão nº 101/2016 (UPA Benedito Bentes), assinado em 18/4/2016, com prazo de vigência de sessenta meses, a despeito da previsão do art. 3º da Lei das OSs em Maceió.

Os Contratos de Gestão permitiram o uso dos bens públicos imóveis e móveis (Cláusula Nona), uma extensa lista de imobiliários e equipamentos destinados à execução do objeto da

¹³² Foram classificadas as seguintes instituições: “ASSOCIAÇÃO ESPAÇO PRODUZIR – EP, com pontuação total da avaliação da Proposta de Trabalho (técnica e preço) = 30,12; SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO MIGUEL DOS CAMPOS, com pontuação total da avaliação da Proposta de Trabalho (técnica e preço) = 30,15; INSTITUTO SAÚDE E CIDADANIA – ISAC, com pontuação total da avaliação da Proposta de Trabalho (técnica e preço) = 32,31”; e desclassificada a seguinte: “INSTITUTO CIDADANIA E NATUREZA – ICN, com pontuação total da avaliação da Proposta de Trabalho (técnica e preço) inferior ao mínimo exigido pelo Edital de Seleção Pública.” (MACEIÓ, 2015a).

contratação. Em verdade, o Instituto recebeu o hospital pronto para utilização, tendo como responsabilidade tão somente contratar os empregados e gerir seus atendimentos (MACEIÓ, 2014c).

Em virtude do uso de recursos públicos, os contratos previram ainda a necessidade de elaboração de regulamento próprio para definir “os procedimentos que deverão ser adotados para a contratação de obras, serviços, compras e alienações”, com publicação no Diário Oficial do Município no prazo máximo de noventa dias a partir da assinatura destes contratos, devendo ter, ao menos, as seguintes cláusulas:

- a) a vedação da entidade em manter qualquer tipo de relacionamento comercial ou profissional com pessoas físicas que se relacionem com dirigentes que detenham poder decisório;
- b) realização de procedimentos de compras e contratações abertos e acessíveis ao público;
- c) destinação dos bens móveis e imóveis adquiridos pela OS com recursos públicos, vinculada, exclusivamente, à execução do Contrato de Gestão;
- d) inalienabilidade dos bens móveis adquiridos com recurso públicos;
- e) necessidade de anuência do Poder Público para alienação de bens e obrigatoriedade de investimento dos recursos advindos de tais alienações no desenvolvimento de atividades do Contrato de Gestão (MACEIÓ, 2014c).

Os Contratos de Gestão não se furtaram a dispor sobre o trato com os trabalhadores a serem contratados pela organização social selecionada, uma vez que previam, em sua Cláusula Sétima, as regras referentes aos recursos humanos:

- 7.1. A CONTRATADA utilizará os recursos humanos necessários e suficientes para a realização das ações previstas neste Contrato e seus Anexos, de acordo com um plano de gestão de recursos humanos, em que os funcionários, mantidos pela CONTRATANTE, serão contratados mediante processo seletivo simplificado, pela CONTRATADA.
- 7.2. A CONTRATADA responderá pelas obrigações, despesas, encargos trabalhistas, securitários, previdenciários e outros, na forma da legislação em vigor, relativos aos empregados necessários na execução dos serviços contratados, sendo-lhe defeso invocar a existência deste Contrato para eximir-se daquelas obrigações ou transferi-las à CONTRATANTE.
- 7.3. Utilizar como critério para remuneração dos empregados contratados a negociação e a celebração de acordos coletivos de trabalho vinculados ao cumprimento das metas estipuladas, à redução interna dos custos ou ao aumento da produtividade da instituição, sempre compatíveis com o praticado no mercado de trabalho.
- 7.4. É vedada a contratação de servidores e empregados públicos, exceto os casos previstos em lei, em atividade (MACEIÓ, 2014c). (Grifou-se)

Apesar de não ter ignorado o trato com os trabalhadores, apresentaram fórmulas abstratas, como a manutenção de trabalhadores “necessários e suficientes”, o que poderá resultar em jornadas de trabalho extenuantes visando ao atendimento das metas quantitativas/qualitativas previstas nos contratos. Tanto que estipularam a remuneração ao empregado de acordo com a sua produção e cumprimento de metas.

Em concordância com a legislação municipal e com o atual entendimento

jurisprudencial da Suprema Corte brasileira sobre terceirização, os Contratos de Gestão apresentam uma fórmula de isenção de responsabilidade da Administração Pública diante do inadimplemento dos direitos e garantias dos trabalhadores por parte da contratada.

Neste breve panorama, percebe-se que o processo de “publicização” no âmbito dos serviços de saúde curativa do Município de Maceió foi implementado e seguiu a mesma lógica da reforma gerencial da década de noventa, com a transferência da gestão de um serviço público não exclusivo, cessão de bens móveis e imóveis, além dos recursos financeiros para a realização dos objetivos previstos nos Contratos de Gestão.

De outro lado, os Contratos de Gestão obstaram a cessão de servidores e empregados públicos, impedindo que profissionais trabalhem lado a lado sob regimes distintos de proteção; além disso, exigiu um processo seletivo simplificado para a contratação de trabalhadores da organização social.

5.3 Reforma administrativa: efeitos da precarização vertical e horizontal no caso dos Contratos de Gestão das UPAS do Município de Maceió

Em todo o processo de contratação verifica-se uma “preocupação formal”, mas nem sempre material, com relação ao cumprimento dos direitos trabalhistas, como exigir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Instituto Nacional de Seguridade Social, que comprovam que o contratado não sofreu condenações recentes na Justiça do Trabalho, ou que está adimplente com o FGTS e recolhimentos previdenciários (MACEIÓ, 2014c).

Ademais, os Contratos de Gestão exigem a assinatura de uma declaração, atestando “que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nem emprega menor de dezesseis anos, a não ser na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”, bem como “de que cumpre as leis trabalhistas” (MACEIÓ, 2014c).

No entanto, ainda que essas questões formais garantam o respeito à legislação laboral, nem sempre são capazes de coibir a precarização das relações de trabalho inata à “publicização”, seja sob o viés vertical, seja sobre o viés horizontal, conforme será demonstrado.

5.3.1 Processo seletivo de contratação dos empregados: ausência de critérios objetivos

A Suprema Corte, na ADI nº 1.923/DF, que tratou sobre a constitucionalidade da

“publicização”, entendeu que os empregados das organizações sociais não são enquadrados como servidores públicos e, portanto, estão sujeitos à legislação privada. Inexiste a obrigatoriedade do concurso público, previsto de forma expressa no art. 37, II, da Constituição Federal, mas o “procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*” (BRASIL, 2015).

Inspirado nestas ideias, os Contratos de Gestão exigiram em sua Cláusula nº 3.1.40 a obrigação de “realizar processo seletivo simplificado para contratação de Recursos Humanos, com a divulgação na Imprensa Oficial do Município, além de manter capacitação permanente dos profissionais que prestam os serviços relacionados ao presente Contrato de Gestão” (MACEIÓ, 2014c). Não obstante, evitou disciplinar os critérios objetivos necessários a uma seleção impessoal e isonômica.

Em obediência à exigência contratual, realizou-se processo seletivo para a contratação de mais de 100 funcionários para a UPA Trapiche da Barra, além da formação de cadastro de reserva para agentes de portaria, assistente administrativo, assistente social, copeiro, enfermeiro, técnico de enfermagem e diversos outros profissionais necessários ao funcionamento da unidade de saúde, que seriam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, tudo sob a responsabilidade da ISAC (MACEIÓ, 2015b).

O processo seletivo possuiu “uma única etapa, constituída de análise de títulos, de caráter eliminatório e classificatório”, a serem analisados exclusivamente por comissão própria criada pelo ISAC. Tal procedimento foi publicado na imprensa oficial do Município de Maceió (MACEIÓ, 2015b).

A UPA Benedito Bentes também realizou processo seletivo para pouco mais de 100 funcionários, além da formação de cadastro de reserva para as mesmas funções acima descritas; desta vez, o Instituto utilizou duas etapas, “constituídas de análise de currículo de caráter eliminatório e classificatório e entrevista de caráter eliminatório”¹³³ (MACEIÓ, 2016b).

Apesar de o edital prever que somente poderá ser contratado o empregado após a entrevista, não se observa nenhum parâmetro objetivo na escolha do candidato (MACEIÓ, 2016b). Além disso, chama atenção o fato de não constar em nenhum dos processos seletivos um profissional indispensável em uma unidade de saúde: o médico! O que leva a crer que este profissional é selecionado de forma livre pela organização social, em afronta ao previsto nos

¹³³ A ISAC publicou um “Regulamento de Contratação de Pessoal” e previu a necessidade de “Avaliação técnica, visando apurar o nível de conhecimento técnico específico, quando necessário”. Entretanto, os editais publicados em seu sítio eletrônico e na Imprensa Oficial Municipal dispensaram esta etapa (MACEIÓ, 2015b)

Contratos de Gestão, bem como aos princípios fundamentais inerentes aos concursos públicos.

Verifica-se que um processo seletivo baseado tão somente em análise de currículos ou entrevistas viola os mais diversos princípios do Direito Administrativo, como o princípio da moralidade, já que, nestes termos, a seleção pode servir tão somente para consolidar um resultado já esperado, mascarando a realidade.

Como analisado no capítulo anterior, o princípio da objetividade administrativa proposto por Carvalho (2015, p. 170-171) é especialmente violado, uma vez que a Administração Pública não pode conduzir seus atos a partir de “valores e opiniões pessoais”, em especial no julgamento dos concursos, que deverão seguir critérios objetivos. “Assim, não serão aceitos métodos seletivos que prestigiem avaliações subjetivas, como é o caso das entrevistas e análise de currículos, tão comuns no setor privado”.

Ademais, o modelo gerencial adotado propõe métodos de gestão de coisa pública que podem vir a resgatar o patrimonialismo, a partir da contratação de trabalhadores mediante um sistema clientelista, viabilizando o nepotismo, além de perseguições e favoritismos durante a execução do contrato de trabalho.

Percebe-se, desta forma, que o sistema de seleção dos empregados escolhido pelo ISAC não só viola os princípios básicos inerentes à Administração Pública, como também é a porta de entrada do processo de “celetização” e precarização horizontal dos servidores públicos, porquanto deixam de ser contratados mediante regular procedimento de concurso público, para serem regidos inteiramente pelo direito privado, destituídos de qualquer garantia inerente ao bom exercício da sua função pública, conforme será detalhado no próximo tópico.

5.3.2 Trabalhador estatutário x trabalhador “publicizado”: mesmas funções, regimes jurídicos distintos

Como se demonstrou nos capítulos anteriores, os servidores públicos são dotados de uma gama de garantias que têm por objetivo a boa execução do serviço público, imprimindo certa resistência diante de possíveis pressões exercidas por maus gestores. Para além destas garantias, os mais diversos estatutos costumam conferir um conjunto de incentivos à formação continuada, bonificações em virtude do tempo de serviço, além de conferir um tratamento mais humanizado aos servidores.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho possui um regime bem mais flexível, agora ampliado pela reforma trabalhista, que permite a demissão desmotivada, autoriza mudanças prejudiciais durante o curso do contrato de trabalho e ainda confere menos direitos e garantias

que a maior parte dos estatutos dos servidores.

Assim, na demonstração entre as principais garantias constantes no Estatuto dos Servidores Municipais de Maceió, com destaque para o Plano de Cargos e Carreiras dos Profissionais da Saúde do Município de Maceió do “enfermeiro”¹³⁴, em comparação com a Consolidação das Leis do Trabalho e contrato de trabalho definido pelo processo seletivo dos enfermeiros “publicizados” das UPAS Trapiche da Barra e Benedito Bentes, é possível verificar o que se convencionou chamar de precarização horizontal das relações de trabalho.

Tabela 4 – Comparativo entre as atribuições do enfermeiro do Município de Maceió e do enfermeiro da UPA

Plano de Cargos e Carreiras	Editais de Seleção da UPA
Planejar, organizar, supervisionar e executar serviços de enfermagem, empregando metodologia específica para possibilitar a promoção, proteção e recuperação da saúde, prevenção de doenças e reabilitação de incapacitados. Prever recursos humanos e materiais para os serviços de enfermagem. - Identificar as necessidades de enfermagem; - Fazer diagnóstico de enfermagem; - Planejar, organizar e avaliar a assistência ao cliente, com base nas necessidades identificadas e diagnóstico estabelecido; - Executar as diversas tarefas de enfermagem, como administração de medicamentos por via venosa, oral e/ou parenteral, além de tratamentos específicos como quimioterapia, superalimentação parenteral e outros, controle da pressão venosa e arterial, monitorização de pacientes com respiradores artificiais; - Prestar cuidados de conforto, movimentação ativa e passiva, aplicação de diálise peritoneal, gasoterapia, cateterismo, instilações, lavagens do estômago, vesical e outros tratamentos; - Executar tarefas complementares ao tratamento médico especializado em casos de cateterismo cardíaco, transplante de órgãos, hemodiálise e outros; - Efetuar teste de sensibilidade, aplicando substâncias alergênicas; - Fazer curativos, mobilizações especiais; - Administrar medicamentos e tratamentos em situações de emergência; - Adaptar o paciente ao ambiente hospitalar e aos métodos terapêuticos que lhe são aplicados, bem como orientar para o autocuidado após alta. (MACEIÓ, 2002).	Supervisionar e avaliar as ações de enfermagem da equipe assistencial (Técnicos de Enfermagem) no atendimento da unidade; prestar cuidados de enfermagem de maior complexidade técnica (privativos de Enfermeiro) a pacientes graves e com riscos de morte, que exijam conhecimentos científicos adequados e capacidade de tomar decisões imediatas; prestar a assistência de enfermagem conforme demanda; participar e ministrar programa de treinamento e aprimoramento de pessoal assistencial, fazer controle de qualidade do serviço nos aspectos inerentes à sua profissão; subsidiar os responsáveis pelo desenvolvimento de recursos humanos para as necessidades de educação continuada da equipe; obedecer a Lei do Exercício Profissional e o Código de Ética de Enfermagem; Realizar atribuições de mesma complexidade conforme solicitação do superior imediato; Realizar a Classificação de Risco dos pacientes a serem recebidos na unidade, nos moldes do Protocolo de Manchester ou que o ISAC adotar. (MACEIÓ, 2016b).

Fonte: Elaborado pelo autor.

Conforme se percebe acima, tendo por base o Plano de Cargos e Carreiras e os Editais de seleção de trabalhadores das UPAS, verifica-se que o enfermeiro de carreira da Administração Pública municipal desenvolve atividades similares e, por que não dizer, idênticas às daqueles que serão contratados pela ISAC.

¹³⁴ Optou-se pelo enfermeiro como paradigma, em virtude de exercer funções similares tanto nas Unidades de Pronto Atendimento quanto nas demais unidades de saúde no âmbito do Município de Maceió (Tabela 4).

O Estatuto dos Servidores Municipais de Maceió foi instituído pela Lei municipal nº 4.973/2000, sendo pouco modificado ao longo dos seus quase vinte anos, já que ainda mantém os direitos e garantias originais. Já no início desse diploma, em seu art. 4º, verifica-se a jornada de trabalho regra, “que não excederá a seis horas diárias ou trinta horas semanais, ressalvadas exceções previstas nesta lei” (MACEIÓ, 2000). Jornada mais benéfica e condizente com a atualidade que a prevista na CLT, pois, em seu art. 58, em conjunto com o art. 7º da Constituição Federal, prevê jornada diária de oito horas e 44 horas semanais (BRASIL, 1988). O empregado da UPA tem jornada de quarenta horas semanais com escalas de 12 x 36, ou seja, 12 horas de trabalho contínuo para 36 horas de descanso (MACEIÓ, 2016b).

É mais benéfico não só em virtude de questões econômicas ou sociais, mas especialmente por questões de saúde pública, uma vez que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho é tida como uma das medidas profiláticas mais importantes na moderna medicina do trabalho, uma vez que a extensão do trabalho é um elemento decisivo do potencial insalubre de determinadas atividades (GODINHO, 2015, p. 928).

Segundo o art. 24 do Estatuto, em caso de “extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade”, o servidor será colocado em disponibilidade e “perceberá remuneração proporcional ao tempo de serviço até seu adequado aproveitamento em outro cargo” (MACEIÓ, 2000). De outra banda, o empregado da UPA, por ser contratado via CLT, em situações análogas poderá ser dispensado, pois inexistente estabilidade no emprego.

Aliás, esta é a grande diferença entre estatutários e empregados: a garantia no emprego, uma vez que, além da disponibilidade, nos termos do art. 43 do Estatuto e do art. 41 da Constituição Federal, são considerados como “estáveis após três anos de efetivos exercícios os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após ser considerado apto, através de avaliação especial de desempenho, por comissão instituída para essa finalidade”, somente podendo perder o cargo nas hipóteses legais (MACEIÓ, 2000).

Como já analisado, não houve regulamentação do sistema de garantia no emprego da esfera privada trazido pela Constituição Federal em seu art. 7º, I, e o que se considera como substitutivo (FGTS, aviso prévio e garantias provisórias no emprego) não promove uma efetiva estabilidade no emprego a ponto de permitir o exercício das suas funções com independência, a favor da boa prestação dos serviços públicos, tornando tão somente a despedida imotivada um pouco mais onerosa para o empregador com o passar do tempo.

Um tema relevante em caso de atividades que envolvem unidades de saúde, objeto dos Contratos de Gestão, é o adicional de insalubridade, que consiste na parcela remuneratória oriunda de situações que possam atingir a saúde do trabalhador. O Estatuto prevê a sua

incidência sobre o “vencimento do cargo efetivo” no percentual de 20%, consoante o art. 82 (MACEIÓ, 2000), ao passo que a CLT prevê que este adicional incide apenas sobre o salário mínimo, conforme o art. 192 (BRASIL, 1943).

Outro ponto que também tem relevância, já que a Unidade de Pronto Atendimento funciona 24 horas por dia, diz respeito ao adicional noturno previsto no art. 91 do Estatuto, também mais favorável ao trabalhador, pois, além de prever o horário das 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte, mais o cômputo da hora como cinquenta e dois minutos e trinta segundos, ainda prevê um adicional superior, no valor de 25% em desfavor dos 20% previstos pela CLT (MACEIÓ, 2000).

Inexistente na CLT, um importante instrumento de valorização e incentivo à permanência no serviço é o adicional por tempo de serviço ou “anuênio”, que favorece a boa prestação dos serviços públicos porque estes passam a contar com servidores públicos cada vez mais experientes. Previsto no art. 93 do Estatuto, trata-se de um adicional de 1% sobre o vencimento do cargo por ano de efetivo exercício até o limite de 35 anos (MACEIÓ, 2000).

As licenças previstas no Estatuto também são mais benéficas e humanas, contemplando maiores prazos e mais casos, pois se preocupam com questões familiares, particulares, profissionais e educacionais, permitindo uma maior integração do servidor ao ente público. Ao contrário da CLT, que tende a levar em consideração tão só o trabalhador enquanto elemento produtivo, limitando-se aos problemas por ele vivenciados de forma egoística, ignorando até mesmo o seu contexto familiar, conforme se vê abaixo:

Tabela 5 – Comparativo entre as licenças dos Servidores do Município de Maceió e dos Celetistas

Licença	Estatuto de Maceió	CLT
Tratamento de saúde	Depende da perícia médica (arts. 101-105)	Similar (arts. 18 e ss. da Lei nº 8.213/1993)
Gestante, adotante e paternidade	180 dias para gestante 180 dias para adotante ¹³⁵ 20 dias para paternidade (arts. 106-109)	120 dias para gestante e adotante (arts. 392 e 392-A da CLT) 5 dias para paternidade ¹³⁶ (art. 473 da CLT)
Acidente em serviço	Depende da perícia médica (arts. 110-111)	Similar (arts. 18 e ss. da Lei nº 8.213/1993)
Motivo de doença em pessoa da família	Com remuneração por 30 dias, prorrogáveis por mais 30, por doença do cônjuge ou companheiro, pais, filhos, padrasto ou madrasta e enteado ou dependente (art. 113)	Inexiste, salvo por 2 dias para acompanhar a esposa ou companheira em exames e consultas e por 1 dia no ano até 6 anos do filho do empregado (art. 473 da CLT)
Motivo de afastamento do	Por até 3 anos, prorrogáveis por	Inexiste

¹³⁵ O Estatuto prevê noventa dias, no entanto, de acordo com o entendimento do STF, aplica-se a mesma regra da gestante por isonomia.

¹³⁶ É possível ter os mesmos prazos constantes no Estatuto em caso de adesão ao “Programa Empresa Cidadã”, previsto nas Leis 11.770/2008 e 13.257/2016.

cônjuge ou companheiro	igual período, sem remuneração (art. 114)	
Serviço Militar	De acordo com a legislação específica (art. 115)	Similar
Atividade política	Do registro da candidatura até o décimo dia seguinte ao da eleição, tendo direito a remuneração por 3 meses (art. 116)	Inexiste
Capacitação	Após cada 5 anos, poderá solicitar 3 meses com remuneração (art. 117)	Inexiste
Interesses particulares	Por até 3 anos, prorrogáveis por igual período, sem remuneração (art. 118)	Inexiste
Desempenho de mandato classista	Com duração igual ao do mandato, e em caso de reeleição, apenas por mais uma vez (art. 119)	Depende de negociação coletiva (art. 543, § 2º, da CLT)
Qualificação profissional	Por até 4 anos para aperfeiçoamento, especialização, mestrado ou doutorado (art. 120)	Mediante negociação coletiva, o contrato poderá ser suspenso (sem remuneração) de 2 a 5 meses (art. 476-A da CLT)
Casamento e falecimento do cônjuge, companheiro, pais, irmãos, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela	8 dias	3 dias em caso de casamento 2 dias em caso de falecimento No caso do professor, esta licença se estende a 9 dias

Fonte: Elaborado pelo autor.

Outro ponto que distancia os trabalhadores estatutários dos “publicizados” relaciona-se aos benefícios previdenciários, uma vez que aqueles são regidos pelo Regime Próprio da Previdência Social, disciplinado no mesmo Estatuto dos Servidores Municipais de Maceió, nos arts. 207/233, enquanto os “publicizados” seguem o Regime Geral da Previdência Social, em especial através da Lei nº 8.213/1993.

Entre as tantas diferenças, destaca-se que os benefícios não estão sujeitos ao teto do regime geral da previdência social, mas sim ao teto remuneratório do próprio ente, o que pode representar uma diferença de rendimentos de mais de seis vezes, a depender do ente para o qual trabalha¹³⁷. No caso em espécie, a diferença pode representar até quase quatro vezes mais para o estatutário. Também não há aplicação do fator previdenciário. No entanto, tais diferenças tendem a sumir com as constantes reformas previdenciárias, que, como visto, intentam aproximar cada vez mais os dois regimes da previdência.

Ademais, a pensão por morte devida aos dependentes é vitalícia no Estatuto, conforme os arts. 222/226 (MACEIÓ, 2000), ao passo que no Regime Geral existe uma tabela progressiva; assim, quanto mais novo for o dependente, mais rápido será o fim da pensão, como

¹³⁷ O máximo que um beneficiário da iniciativa privada pode receber, após a implementação de todos os requisitos, é R\$ 5.645,80, ao passo que o teto do funcionalismo público é R\$ 33.763,00 (BRASIL, 2018). No Município de Maceió, o teto é R\$ 20.000,00 (MACEIÓb). É bem verdade que em todos os casos, com os sistemas de cálculos das previdências cada vez mais agressivos e restritivos, dificilmente se consegue chegar ao valor máximo.

no caso do dependente com menos de 21 anos, que só terá pensão por três anos, somente sendo vitalícia a partir dos 44 anos de idade, nos termos do art. 77 da Lei nº 8.213/1993 (BRASIL, 1993c).

Registre-se ainda outro benefício não assegurado aos trabalhadores da iniciativa privada; trata-se do auxílio funeral, previsto no art. 232 do Estatuto, “devido à família do servidor falecido na atividade ou aposentado, em valor equivalente a três vezes o menor salário praticado no município” (MACEIÓ, 2000).

O Município de Maceió também é dotado de uma lei que regulamenta o Plano de Cargos e Carreiras dos Profissionais da Saúde; trata-se da Lei municipal nº 5.241/2002, alterada pela Lei municipal nº 6.117/2012, que tem por objetivo incentivar a melhoria contínua dos servidores, valorizando os mais experientes e capacitados, que contribuirão com a continuidade da prestação dos serviços públicos, e, em última análise, com a própria melhoria destes serviços.

De acordo com o art. 2º do Plano de Cargos e Carreiras, o enfermeiro se enquadra no “Nível 4”, juntamente com outros profissionais de nível superior da área da saúde, como farmacêutico, fisioterapeuta, odontólogo, nutricionista, entre outros, com carga horária máxima de 30 horas semanais (MACEIÓ, 2002). Como visto, segue a regra geral do Estatuto e apresenta uma jornada mais benéfica que o contrato de trabalho das UPAS, pois estas exigem carga horária semanal de 40 horas.

De acordo com o art. 6º do Plano de Cargos e Carreiras, seu plano é formado por quatro Classes (A, B, C e D); cada classe possui seis Padrões, iniciando-se a carreira na Classe A e Padrão 1, o que corresponde atualmente a uma remuneração básica de R\$ 3.238,31, podendo progredir por titulação e mérito profissional mediante avaliação de desempenho profissional efetuada por uma Comissão Permanente para este fim (MACEIÓ, 2002).

Há também a progressão de um Padrão a cada dois anos em uma determinada Classe. Já a realização de mestrado e doutorado dá direito a progredir para o mesmo Padrão da Classe imediatamente superior, enquanto o curso de Especialização com carga horária mínima de 360 horas dará direito à progressão de quatro Padrões, conforme os arts. 7º, 8º e 9º do Plano (MACEIÓ, 2002).

Com toda esta sistemática, têm-se os seguintes números de acordo com o Portal da Transparência: são 230 enfermeiros entre ativos e inativos, sendo 224 ativos. A menor das remunerações encontradas foi de R\$ 3.335,56; a maior delas chega ao teto, no valor de R\$

20.000,00, e a média ficou em R\$ 8.649,66 (MACEIÓb) ¹³⁸.

Já o enfermeiro “publicizado” não possui uma remuneração tão motivadora, uma vez que se submeteu em 2016 a um processo seletivo para trabalhar quarenta horas semanais em troca de um salário de R\$ 1.800,00 (MACEIÓ, 2016b). Nesta mesma época, o enfermeiro estatutário ingressava na carreira com o salário inicial de R\$ 3.176,33 para uma carga horária de 30 horas (MACEIÓb). Em se considerando o valor hora de trabalho, percebe-se que o enfermeiro “publicizado” recebe R\$ 9,00 (utilizando-se o divisor de 200), enquanto o estatutário percebe R\$ 17,64 (utilizando-se o divisor de 180), ou seja, o enfermeiro privado em 2016 ganhava aproximadamente metade da remuneração de um enfermeiro público em idênticas condições.

Todo este panorama em prejuízo do trabalhador “publicizado” parte do pressuposto de que haverá o integral cumprimento dos direitos contratados, o que nem sempre é realidade. Outro elemento precarizador está na ausência de responsabilidade do Município de Maceió com estes trabalhadores, pois, como visto, os Contratos de Gestão na sua cláusula sétima, em consonância com o atual entendimento jurisprudencial e o da própria Lei das OSs municipais, consagrou a tese da irresponsabilidade administrativa para com os trabalhadores “publicizados”.

Arremata-se de forma estrutural na planilha abaixo, apontando os principais elementos precarizadores do caso concreto:

Tabela 6 – Resumo comparativo entre o enfermeiro estatutário e o “publicizado”

Direito	Estatutário	“publicizado”
Processo seletivo	Concurso público de provas e títulos	Análise de currículo e entrevista
Jornada de trabalho	30 horas semanais	40 horas semanais
Extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade	Posto em disponibilidade com remuneração proporcional	Possibilidade de demissão
Sistema de proteção no emprego	Estabilidade após 3 anos de efetivo exercício	FGTS, aviso prévio proporcional e alguns casos de garantia provisória no emprego
Adicional de insalubridade	Incide sobre a remuneração	Incide sobre o salário mínimo
Adicional noturno	25%	20%
Anuênio	1% por ano de serviço até o limite de 35 anos	Inexiste
Licenças	Maiores prazos e mais casos, sendo mais benéfica e humana	Levam em consideração tão somente o trabalhador enquanto elemento produtivo
Previdência	Regime Próprio	Regime Geral

¹³⁸ Em 21 de setembro de 2012 foi lançado um concurso público para profissionais da área da saúde no Município de Maceió. Havia dez vagas para enfermeiros com jornada de trabalho de 30 horas e remuneração inicial de R\$ 2.506,60. Foram aprovados 55 candidatos em 22 de março de 2013, ou seja, até 22 de março de 2017 havia a possibilidade de convocar os candidatos aprovados, desde que houvesse vagas disponíveis (BRASIL, 2013).

Valor máximo dos benefícios	Teto remuneratório	Teto da previdência
Fator previdenciário	Não	Sim
Pensão por morte	Vitalícia	Provisória, somente vitalícia a partir dos 44 anos do dependente
Auxílio funeral	3 vezes o menor salário do Município	Inexiste
Plano de Cargos e Carreiras	Sim	Inexiste
Remuneração	O dobro do trabalhador “publicizado”	Autonomia da vontade

Fonte: Elaborado pelo autor.

Desta forma, resta demonstrada a precarização horizontal do contrato de trabalho a partir do processo de “publicização” dos serviços públicos, que garante menos direitos ao trabalhador “publicizado” em relação ao servidor estatutário e promove, por consequência, a “celetização” daqueles que exercem funções públicas.

5.3.3 E a precarização vertical?

Dizer que o enfermeiro estatutário está em uma situação melhor que o “publicizado” não significa dizer que todo este processo de “publicização” o deixa imune; ao contrário, todos os servidores públicos do Município de Maceió foram atingidos pelo processo de precarização vertical iniciado com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que propiciou a redução e a flexibilização de diversos direitos e garantias conquistados com a Constituição Federal de 1988.

Tal afirmação se dá em virtude de a Constituição se colocar no “vértice do sistema jurídico do país”, já que suas normas possuem “superioridade” em relação às demais; assim, qualquer alteração em sede constitucional irradia efeitos sobre os entes federativos, pois “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal” (SILVA, 2003, p. 45-56).

Neste contexto, o servidor do Município de Maceió também teve a sua regra da estabilidade e disponibilidade remunerada flexibilizada, sem contar a diminuição de direitos trabalhistas e alterações do regime previdenciário, tornando os regimes, público e privado, cada vez mais similares, tudo proporcionado diretamente pela Constituição Federal.

Druck (2016, p. 38-39) sustenta a existência de um “processo de generalização da precarização de trabalho”, uma vez que, ao desconsiderar a noções de público e privado, passa-se a contar com:

- a) a diminuição do número de funcionários públicos com a sua substituição crescente por funcionários terceirizados e não estatutários; b) a subordinação dos funcionários públicos que ainda permanecem à gestão privada, como é o caso da EBSEH, submetidos a piores condições de trabalho; e c) o crescente número de trabalhadores terceirizados com contratos precários, e, mesmo quando celetistas, sem vínculo permanente ou tendo seus direitos sistematicamente desrespeitados. Dessa maneira,

funcionários públicos estatutários, celetistas, temporários são todos atingidos pela precarização, mesmo que de forma hierarquizada (DRUCK, 2016, p. 38-39).

Com isto, percebe-se que ambas as precarizações se retroalimentam, já que a precarização vertical também deriva da própria precarização horizontal, uma vez que a “publicização” contribui para a paulatina extinção dos servidores públicos, a partir da sua substituição por trabalhadores celetistas contratados por entes privados.

A redução do efetivo de funcionários públicos estatutários, a quebra de direitos, a exemplo das reformas da previdência, a desvalorização salarial, a desqualificação e desmoralização da sua função e a sua submissão a formas de gestão privadas, somadas ao processo de terceirização constituem a força maior de uma ofensiva que tem por objetivo a extinção desse segmento de trabalhadores, pois a sua existência – enquanto força de trabalho vivo – é a única garantia para se manter algum caráter público de bens necessários à reprodução social dos trabalhadores em geral, como saúde e educação. E, por isso, resistem. Sem essa resistência – com greves, manifestações de ruas, fóruns, seminários, debates, congressos, mobilização dos sindicatos e dos movimentos sociais os quais defendem que, sem a existência e a manutenção dos servidores públicos brasileiros, – a maioria da sociedade, constituída pelos segmentos mais pobres, já estaria totalmente destituída de direitos sociais fundamentais, como saúde e educação (DRUCK, 2016, p. 39). (Grifou-se)

Assim, verifica-se que o Município de Maceió, ao transferir a gestão das Unidades de Pronto Atendimento para a iniciativa privada através dos Contratos de Gestão firmados com a organização social ISAC, permitiu a precarização das relações de trabalho, tanto em virtude da contratação de trabalhadores via CLT com direitos e condições flagrantemente inferiores aos estatutários, como também a partir da substituição dos servidores públicos.

5.4 “Publicização”: a terceirização da saúde pública brasileira

Apesar de considerar como de “relevância pública as ações e serviços de saúde” (art. 197) e de ter dado toda a importância a este direito fundamental, a Constituição de 1988 permitiu que a sua execução fosse feita “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Afirma ainda que a assistência à saúde “é livre à iniciativa privada”, podendo “participar de forma complementar do sistema único de saúde”¹³⁹, através de contratos de direito públicos ou convênios, devendo-se dar preferência aos entes filantrópicos e sem fins lucrativos. De outra banda, veda a “destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos” (art. 199) (BRASIL, 1988).

Percebe-se que, mesmo antes da reforma gerencial, o ordenamento jurídico brasileiro já

¹³⁹ A Lei Orgânica do SUS disciplina nos seus arts. 24/26 a participação complementar do sistema público de saúde, que poderá ser transferida para o particular “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área” (BRASIL, 1990a).

contemplava a possibilidade de participação privada no sistema público no saúde. A visão era de que a Constituição havia possibilitado uma transferência parcial, admitindo-se que algumas atividades fossem executadas por entes privados, como as clássicas terceirizações na atividade-meio, e até mesmo alguns serviços técnico-especializados, como exames médicos, pois, neste caso, estaria tão somente transferindo a execução material de algumas atividades e não a gestão como um todo. Esta posição mais restrita se justifica porque “a prestação de um serviço público tem de estar sempre subordinada a um regime jurídico de direito público, ainda que parcialmente”¹⁴⁰ (PIETRO, 2017, p. 287-288).

No entanto, também na área da saúde pública, tem-se revelado bastante forte o intuito privatizador, pela procura de parcerias com a iniciativa privada, que vêm se concretizando por meio de variados instrumentos, como convênios, contratos de gestão, termos de parceria e outras modalidades semelhantes que vão sendo instituídas pela legislação infraconstitucional (PIETRO, 2017, p. 287). (Grifou-se)

Para além de ser um fenômeno isolado no âmbito do Município de Maceió, trata-se de um processo que se coaduna com a realidade brasileira, uma vez que a reforma administrativa permitiu a expansão da privatização da saúde em todo o Brasil a partir das leis que regulamentaram as OSs e OSCIPs, e mais recentemente com a lei da OSC, ampliando as hipóteses de “parcerias” que visam à transferência dos serviços públicos para os particulares sob o argumento de que, por estas entidades não possuírem fins lucrativos, bem como em função da sua finalidade pública, são pessoas de direito público não estatais, o que acabaria por romper com toda a limitação imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro de direito público.

Para Druck (2016, p. 20-21), o Estado vem renunciando à sua responsabilidade social nos serviços públicos de saúde; além disso, celebra relações público-privadas duvidosas mediante vultosas transferências de recursos públicos para estes entes, muitas vezes sem planejamento ou controle, selecionadas com “indicações de pessoalidade, favorecimento e cumplicidade”.

Esta renúncia é confirmada a partir dos dados do IBGE. Em 2014, aproximadamente 88% dos municípios possuíam estabelecimentos de saúde sob sua gestão e 10,7% já se achavam com sua gestão terceirizada; deste total, 43% são administradas por OSs e 5,7% por OSCIPs. Em se tratando de municípios com população acima de 500 mil habitantes, os estabelecimentos terceirizados sob a responsabilidade de OSs chegam a 88% (IBGE, 2014).

A redução de servidores estatutários é outro indício da crescente terceirização. Entre

¹⁴⁰ Pietro (2017, p. 287-288) entende que não seria possível “complementar” o sistema a partir de um contrato que tivesse como objeto a execução do serviço de saúde como um todo, uma vez que o Poder Público não pode transferir a um ente privado toda a administração e execução deste serviço, como um hospital, por exemplo.

1999 e 2014 houve uma redução de 65% para 61,4% de servidores estatutários no Município, aumentando, em contrapartida, de 13,4% para 18,7% os trabalhadores sem vínculo. Já nos Estados, os números se repetem, com um decréscimo de 5,9% de estatutários, em contraposição ao crescimento de 36,2% de trabalhadores sem vínculo.

Em se tratando especificamente de saúde, o quadro do pessoal na saúde dos municípios é distribuído com 58,5% de estatutários, 11,4% de celetistas, 5% de comissionados e 22% de trabalhadores sem vínculo (IBGE, 2014). Para Druck (2016, p. 22), estes números representam a evolução da terceirização, “na qual as OSs têm predominância”, visto que esta forma de contratação é feita, em sua maioria, pelos Estados e Municípios.

O Tribunal de Contas da União (TCU), órgão responsável constitucionalmente pelo controle das despesas dos entes federativos quando houver recursos federais, também percebe que a “terceirização das ações e serviços de saúde é uma medida adotada por um número cada vez maior de entes federativos”, ao passo que o “Poder Público está deixando de gerenciar hospitais, unidades básicas de saúde, equipes de saúde de família e outros serviços” (BRASIL, 2012, p. 65).

Ocorre que, ao contrário do proposto pela reforma gerencial, que enxergou no setor privado a solução de todos os problemas da “ineficiente” máquina administrativa brasileira, esta privatização não está trazendo a tão esperada “eficiência”. Em auditoria realizada em diversos órgãos de saúde estaduais e municipais (Bahia, Salvador, Araucária, Curitiba, São Paulo capital e Estado, Rio de Janeiro e Paraíba), o TCU procurou solucionar as seguintes questões:

- a) O processo decisório de transferência do gerenciamento de serviços de saúde para entidades privadas demonstra que esta é a melhor opção frente à prestação direta do serviço?
- b) O processo de qualificação e seleção da entidade privada é objetivo e garante que seja escolhida a mais apta a prestar o serviço?
- c) A formalização da parceria abrange os critérios necessários para garantir a prestação adequada do serviço e o seu controle?
- d) O controle da execução do contrato garante a devida responsabilização pelos resultados alcançados e a regular aplicação dos recursos? (BRASIL, 2012, p. 1-3). (Grifou-se)

Após a análise das informações fornecidas pela equipe responsável pela auditoria, o ministro relator Walton Alencar Rodrigues restou “convicto que a resposta é negativa para as quatro questões acima”, uma vez que os processos de seleção não apresentaram demonstração de vantagens na opção pelo modelo privado de gestão em termos de economicidade ou produtividade; as seleções não apresentaram critérios objetivos, possuindo diversas falhas e dando azo a favorecimentos e contratação de entidades sem condições adequadas para prestar

serviços públicos (BRASIL, 2012, p. 24-73).

Apesar dos males que a saúde pública brasileira enfrenta, percebe-se que o modelo de “publicização” adotado também apresenta as mesmas falhas, além de novos problemas oriundos da falta de controle proporcionado pela ausência de um regime jurídico de direito público para estes entes. Entretanto, continuam sendo utilizados pelos diversos entes da federação, a exemplo de Maceió.

Conforme visto, a Justiça do Trabalho não tem uma posição clara sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo adimplemento das verbas trabalhistas nestes casos, mas considerou em um julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, competente para as ações trabalhistas envolvendo o Estado de São Paulo, que a gestão da saúde pública via organizações sociais representava terceirização na atividade-fim, decretando a nulidade de todos os contratos de gestão firmados entre as organizações sociais e o Estado de São Paulo e determinando a troca de trabalhadores “publicizados” por servidores concursados em 37 hospitais e 44 unidades de saúde (BRASIL, 2012, p. 14).

Apesar da decisão da Justiça laboral e de todos os problemas oriundos desta forma de contratação, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, considerou constitucional a Lei nº 9.697/1998, através da ADI nº 1.923, passando a permitir a “publicização” não só nos serviços públicos de saúde, como nos demais serviços públicos não exclusivos, sob o argumento de que “a atuação privada pode ser mais eficiente que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado” (BRASIL, 2015).

Essa decisão avaliza e incentiva a generalização do uso das organizações sociais para todos os serviços públicos no país na forma como vêm ocorrendo, isto é, como constatou o TCU, sem nenhum limite, sem nenhuma regulação, sem nenhum controle, em desrespeito a toda a legislação pertinente, num claro processo de privatização dos serviços públicos e de precarização do funcionalismo e dos trabalhadores que os substituem, como de ‘segunda categoria’, terceirizados numa condição sem direitos, sem vínculos permanentes e sem qualquer critério objetivo de seleção. Na realidade, a decisão do STF pode levar ao fim dos concursos públicos para as áreas sociais do governo, cuja implicação, a médio prazo, será a progressiva extinção do funcionalismo público e, conseqüentemente, da natureza pública dos serviços sociais de que a sociedade necessita e aos quais tem direito (DRUCK, 2016, p. 31). (Grifou-se)

A experiência da terceirização na saúde pública brasileira ocorrida nos últimos vinte anos através das organizações sociais cresceu exponencialmente e deixou de ser complementar, a exemplo de São Paulo, com contratados sem concurso público nem a devida fiscalização da Administração Pública, uma sistemática que concede maior liberdade para esquemas de subcontratação, contribuindo para a precarização das relações de trabalho no serviço público, utilizando-se de patrimônio público sem realizar nenhum investimento social (DRUCK, 2016,

p. 29).

Em síntese [...]: a) a terceirização não prova ser a melhor opção, pois não há estudos sobre a situação nem antes nem depois da contratação das OSs; b) não há controle nem avaliação dos contratos e dos serviços; c) não há participação dos conselhos de saúde ou, quando há, são desconsiderados; d) não há critérios objetivos para a classificação das entidades como organizações sociais; e e) não há controle financeiro no repasse de recursos, o que é agravado pelo fato de a legislação definir que as OSs não precisam fazer licitação para contratar pessoal ou para a compra de bens (DRUCK, 2016, p. 27).

Ademais, verificou-se que os entes privados, além de receber elevados recursos públicos e hospitais em pleno funcionamento, já com toda a clientela, vêm servindo tão somente para intermediar contratos de trabalhadores precarizados, como uma burla à impossibilidade de terceirização da atividade-fim e a outras regras de direito público, como o concurso público. Em especial por permitir que organizações sociais sejam criadas com esta finalidade específica, pois em muitos casos, assumem o serviço público sem possuir nenhuma experiência na área, “o que é ilegal e imoral. É a terceirização da terceirização praticada pelo Poder Público” (DRUCK, 2016, p. 26).

A terceirização do serviço público que vem ocorrendo sob as mais diversas denominações, ampliada pelo processo da “publicização”, “é o meio principal para atacar o coração de um Estado social e democrático: os trabalhadores que constituem o funcionalismo público” (DRUCK, 2016, p. 39).

Todo este processo de precarização vertical e horizontal das relações de trabalho na Administração Pública, promovido pela falta de investimento e valorização dos servidores públicos, a implicar mudança de legislação com redução de direitos, ausência de recomposição salarial e de políticas de qualificação profissional, bem como todas as espécies de terceirização com substituição real destes trabalhadores, traz como efeito a própria precarização do serviço público, acarretando consequências negativas para toda a sociedade brasileira (DRUCK, 2016, p. 18).

6 CONCLUSÃO

A Administração Pública brasileira sofreu diversas alterações em menos de um século: da tentativa de implementação de uma burocracia weberiana, que tinha como principal objetivo acabar com o patrimonialismo a partir da sua profissionalização, até a mais recente reforma gerencial, que pretendia a “eficiência” administrativa através da redução do Estado e do controle dos gastos públicos.

Estas alterações são, em grande medida, impulsionadas pela ordem econômica, uma vez que com o surgimento do Estado Liberal se tinha a crença no “livre mercado” e no “Estado como mau administrador”, razão pela qual sua atuação deveria se restringir tão somente à manutenção da segurança, da ordem e da justiça.

Não tardou para que este sistema proporcionasse exploração econômica e do trabalho. A “crise de 1929” provocou questionamentos deste modelo, que passou a ser substituído pelo Estado Social, com características desenvolvimentista, intervencionista e dirigente, a partir da ampliação das suas funções, visando amenizar as mazelas da sociedade.

Na década de setenta, no entanto, essa solução começa a demonstrar-se limitada devido ao aprofundamento do processo de “financeirização” e aos choques do petróleo. Passou-se mais uma vez a questionar o modelo adotado, desta vez, transformado em Estado Neoliberal, que sustentava ser o intervencionismo estatal o maior responsável pelas crises. Por tal razão, seria necessário promover a sua retirada, garantindo uma maior liberdade do mercado.

No Brasil este processo histórico se deu de modo similar, pois o país possuía uma economia quase exclusivamente agrária, que se baseou no modelo liberal ao desempenhar poucas funções públicas. No entanto, a “crise de 1929” foi decisiva para a instauração de um processo de industrialização visando ao desenvolvimento a partir da substituição das importações, tendo como protagonista o Estado, além das inúmeras funções sociais que o Estado de Bem-Estar Social instaurado passou a desenvolver.

Orientado pelo Consenso de Washington em 1989, o Brasil seguiu o processo de neoliberalização, adotando os preceitos de redução do intervencionismo estatal. A condição para os empréstimos e outros arranjos internacionais passava a ser o equilíbrio fiscal dos países; seria necessário um ajuste entre as receitas e as despesas públicas, sem fazer distinção entre as despesas correntes e as de investimento.

A Administração Pública brasileira foi moldada historicamente com base no patrimonialismo, em que se confundia o patrimônio e funções públicas e privadas, permitindo-se práticas como o clientelismo, o nepotismo, o favorecimento e as perseguições. Isso se deveu,

em parte, ao processo de colonização, uma vez que o Reino de Portugal não fazia distinções entre o patrimônio público e privado do monarca.

O modelo desenvolvimentista instaurado após a “crise de 1929” já não se coadunava com uma administração patrimonialista. Foi necessário promover a sua profissionalização, tendo o governo Vargas optado pela burocracia weberiana, modernizando o Estado com base numa organização racional, adotando a especialização de funções, regulamentos e controle de processos rígidos.

Ocorre que a burocracia não foi implementada conforme previsto, tanto que ao longo do século passado outras reformas foram propostas, como o Plano de Metas e a Reforma Desenvolvimentista, o que implicou uma profunda descentralização e a ampliação considerável do tamanho do Estado.

A Constituição Federal de 1988 manteve a concepção de um Estado desenvolvimentista, protecionista e keynesiano. Estabeleceu um extenso conjunto de direitos e garantias fundamentais, que seriam materializados a partir de diversos serviços públicos realizados pelo Estado.

No entanto, verificou-se que durante a década de noventa essas garantias passaram a ser contraditadas pelo discurso da promoção de novas reformas, desta vez seguindo os moldes estipulados pelos países desenvolvidos, mediante a contenção de despesas cada vez mais agressiva. A Administração Pública foi reformulada a partir da substituição do modelo burocrático de intervenção estatal por um modelo orientado pela “eficiência”.

Essa reforma gerencial buscou introduzir elementos da administração de empresas na gestão da coisa pública. O Estado Empresarial perseguia, em especial, dois objetivos: o ajuste fiscal, por meio da redução das despesas públicas, e a mudança institucional, a partir de uma maior descentralização da Administração Pública.

Ocorre que, assim como as demais, a reforma gerencial falhou, pois além de não ter se preocupado com as questões sociais, não houve a necessária transformação da cultura patrimonialista que permeia a máquina administrativa brasileira. Tampouco procurou resolver o problema da burocracia como o excesso de formalismos e regulamentos, voltando-se para o ajuste fiscal como a única solução da Administração.

Desta forma, constatou-se que o Brasil falhou na implementação das duas grandes reformas administrativas. Atualmente, vive-se no contexto de uma Administração Pública parcialmente burocrática e gerencial, sem ter superado os elementos inerentes ao patrimonialismo.

Apesar dessa constatação, no plano teórico/normativo vive-se sob a égide do

gerencialismo. Iniciado através do PDRAE em 1995 e constitucionalizado com a Emenda Constitucional nº 19/1998, consagrou a “eficiência” como um dos princípios fundamentais da Administração Pública. Esta passou a adotar o critério de custo-benefício em seus atos, desconsiderando a questão da utilidade da ação do Estado, o que traz como consequência alterações em conceitos de democracia e de reconhecimento dos direitos sociais. Incorporou-se a noção de “governança”, na medida em que passou a exercer o seu poder de forma indireta, através de “parcerias” com os mais diversos entes privados.

Não se nega que a “eficiência” é um relevante guia para a escolha das políticas públicas, afinal, não se pode ignorar que a sociedade precisa de “mais gastando menos”, considerando tal princípio como uma faceta da “boa administração”. No entanto, o conceito adotado pela reforma gerencial não pode ser visto de forma isolada, a dispensar a análise de elementos morais e políticos, sob pena de inviabilizar direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e, até mesmo, a própria melhoria dos serviços públicos, que deveria ser o principal fator a ser considerado pelas reformas administrativas.

Averiguou-se ainda que a Emenda Constitucional nº 19/1988 promoveu uma profunda alteração na Constituição Federal. Passou a considerar o servidor público como o grande “vilão”, responsável pelo excesso das despesas públicas e pela ineficiência dos serviços públicos, iniciando um processo de precarização vertical das relações de trabalho na Administração Pública.

Esse processo é caracterizado pelas mudanças das normas constitucionais que parametrizavam os estatutos dos servidores públicos, atingindo-os diretamente com a diminuição dos seus direitos e garantias que funcionavam não só como proteção pessoal, mas, antes de tudo, para o regular e independente exercício das funções públicas.

De início, tentou-se permitir um regime dual na Administração Pública, quebrando a isonomia ao possibilitar que um mesmo ente contrate diretamente trabalhadores sob o regime estatutário e/ou celetista; no entanto, por questões formais, esta norma foi suspensa pela Suprema Corte, retornando a obrigatoriedade de um regime jurídico único, o estatutário.

A estabilidade foi flexibilizada ao permitir mais hipóteses de demissão do servidor estável, antes somente permitida através de processo administrativo disciplinar ou de processo judicial, agora também por meio de avaliações periódicas de desempenho e para a contenção de despesas. Da mesma forma, a disponibilidade remunerada, que era integral, passou a contar com uma remuneração proporcional ao tempo de serviço.

No tocante à precarização vertical, ainda houve redução dos direitos trabalhistas, mediante a exclusão da proteção constitucional das atividades penosas, insalubres e perigosas

e a instauração de uma disciplina mais rígida sobre vencimentos, além da precarização do sistema previdenciário, ao manter cada vez mais próximo o regime próprio dos servidores do regime geral da previdência social.

Para alcançar os objetivos da reforma, foi importante distinguir os serviços públicos exclusivos do Estado, ou seja, aqueles que somente poderiam por ele ser exercidos, daqueles não exclusivos, que podem ser executados em conjunto com a atuação da iniciativa privada, como a saúde e a educação.

Foi montado todo um esforço retórico para justificar a “necessidade” da transferência das principais atribuições do Estado à iniciativa privada, com base na “flexibilidade” inerente ao setor privado, na “democracia participativa”, nas “parcerias com a sociedade”, na “administração consensual”, sem deixar de considerar a “eficiência” que supostamente seria obtida, tudo porque o ordenamento jurídico não permitia, nem a sociedade aceitava bem a terceirização da atividade-fim na Administração Pública.

Adotou-se o modelo da transferência dos serviços públicos não exclusivos para entes do terceiro setor. Trata-se do que Bresser-Pereira chamou de “publicização”, sob a justificativa de que estes entes, por não possuírem fins lucrativos, se enquadrariam como “entes públicos não estatais”, sendo melhores que o Estado, já que este se mostrava ineficiente, e também mais adequado que o mercado, uma vez que o lucro não seria o critério para a condução destes serviços.

Em verdade, constatou-se mais uma forma de privatização das atividades estatais, utilizando-se da retórica para torná-la mais palatável à sociedade, uma vez que não se trataria de “contratos”, mas sim de “parcerias” com entidades que não visam ao lucro, o que atenderia ao moderno conceito de democracia participativa.

Na final da década de noventa foram criadas as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999), o que legitimaria a transferência dos serviços públicos para as entidades do terceiro setor na esfera federal, trazendo consigo grandes discussões no tocante à não aplicação do regime jurídico de direito público nestes serviços, pois não se fazia licitação visando à contratação destas entidades, além de não se realizar concursos públicos e privar os seus trabalhadores dos direitos e garantias inerentes aos servidores públicos, tudo em desrespeito aos princípios da Administração Pública constantes na Constituição Federal.

Em 2014 foi promulgada a Lei nº 13.019, criando as organizações da sociedade civil por causa das críticas oriundas de uma legislação que permitia as mais variadas fraudes no terceiro setor. Esta lei tem como mérito exigir um procedimento seletivo da organização para a

realização da parceria, no entanto, não extinguiu as OSs e OSCIPs, ficando ao arbítrio do gestor público a escolha de qual modalidade melhor se ajusta à “parceria” buscada.

De todos os modelos, percebeu-se que as organizações sociais foram a grande opção da reforma gerencial na privatização dos serviços públicos, uma vez que possui um grande diferencial, pois não se trata apenas de uma parceria com a transferência de recursos públicos para exercer uma atividade complementar à do Estado; trata-se de uma verdadeira substituição dele, porquanto permite, para além dos recursos, a transferência da gestão, bens e servidores públicos a uma entidade privada, com todas as características e a normatização inerentes a este setor.

Neste contexto, tendo em vista a ausência de permissão constitucional para a total transferência de um serviço público ao setor privado, foi proposta a ADI nº 1.923/DF. O STF considerou a “publicização” constitucional, permitindo a consolidação do Estado Empresarial no Brasil, o que contribuiu com a mercantilização dos serviços públicos.

Ocorreu o que se convencionou chamar de precarização horizontal das relações de trabalho na Administração Pública, uma vez os serviços públicos passam a ser exercidos por trabalhadores regidos pela legislação trabalhista privada, que é inferior à dos servidores públicos, porquanto dotados de diversas garantias e direitos estabelecidos pela Constituição Federal.

Ademais, a “publicização”, junto à concessão de serviços públicos, representou uma ampliação da terceirização no setor público, já que o ordenamento jurídico pátrio somente permitiu a terceirização nas atividades-meio, ou seja, aquelas ligadas a atividades materiais ou complementares, como limpeza, conservação e outras semelhantes.

Ainda que se sustente a constitucionalidade da “reforma trabalhista” no tocante à autorização da terceirização na atividade-fim, esta lei se aplica tão somente à iniciativa privada, ficando o setor público limitado aos casos de terceirização na atividade-meio, “publicização” e concessão de serviços públicos, todas enquadradas como espécies da terceirização na Administração Pública.

Desta forma, a terceirização é uma das faces da precarização das relações de trabalho, uma vez que eleva o conceito de empregado como “mercadoria”, pois, em geral, os terceirizados possuem salários inferiores, maiores jornadas de trabalho, piores índices de acidente de trabalho, rotatividade no emprego mais elevada, entre tantas outras situações que evidenciam um tratamento bem inferior ao daquele que é contratado diretamente.

Esta precarização permite que trabalhadores desempenhem as mesmas funções públicas, mas submetidos a regimes de trabalho distintos, já que o terceirizado está sujeito à CLT, regime

flexível que autoriza dispensas e alterações contratuais arbitrárias, ao passo que o servidor público conta com a proteção de um estatuto, além das diversas normas constitucionais, o que traz uma maior independência ao exercício da sua função.

Verificou-se ainda que a terceirização viola o acesso igualitário aos cargos e empregos públicos, pois, tendo em vista que se trata de uma contratação realizada entre a empresa contratada pelo Poder Público e o empregado, não há necessidade de realização de concurso público, logo as contratações podem ser realizadas com base em critérios pessoais, o que pode configurar um resgate do patrimonialismo.

Ao permitir a liberdade de escolha na contratação, contribui para o fim dos concursos públicos, e, com isto, retira a possibilidade de os cidadãos encontrarem no Estado uma possibilidade de carreira. Por consequência, também é a porta de entrada do processo de “celetização”, na medida em que deixam de ser contratados mediante o regular procedimento de seleção, para serem regidos inteiramente pelo direito privado, restando ao inteiro arbítrio dos gestores.

Outro elemento precarizador é que nas relações de trabalho entre agentes públicos e o Estado, a responsabilidade pelo vínculo é inteiramente deste. Apesar do entendimento de que responderia de forma subsidiária pelo inadimplemento da empresa terceirizada para com o seu trabalhador, a ADC nº 16/DF estabeleceu que a Administração Pública só responderia em caso de falha na fiscalização do contrato ou na escolha do contratado.

Em 2017, na análise do RE 760.931/DF, o STF ratificou a vedação da transferência automática de responsabilidade à Administração Pública contratante e transferiu para o trabalhador terceirizado o ônus da demonstração da falha inequívoca na escolha da empresa e fiscalização do contrato, o que, na prática, impossibilitará a sua responsabilização, deixando o empregado à mercê da saúde financeira da empresa terceirizada.

Apesar desses efeitos, verificou-se que a “publicização” foi um instrumento utilizado pelos municípios para realizar diversas “parcerias”, inclusive no âmbito da saúde. Enquanto no âmbito estadual e federal existe uma relação de coordenação e apoio, são os municípios, em especial, que fazem a gestão e a execução deste serviço público, porquanto o ordenamento jurídico pátrio deu ênfase à municipalização da saúde. A mesma lei permite a complementação do sistema pelos particulares.

O Município de Maceió não possui um único hospital público, mas inaugurou duas Unidades de Pronto Atendimento com a atribuição de promover atenção médica de nível intermediário. Optou pela execução indireta da prestação destes serviços públicos, que passariam a ser desenvolvidas por entes do terceiro do setor.

Para tanto, foi necessário ter uma regulamentação local que desse suporte à escolha realizada. Aprovada em 2014, a Lei municipal nº 6.304 possui semelhança com o regulamento das organizações sociais em âmbito federal e autorizou o processo de “publicização” neste Município. Por exigência dessa lei, foi realizado um processo seletivo que culminou com a contratação da organização social Instituto Saúde e Cidadania para as duas UPAS.

Ao manter viva a herança deixada pela reforma gerencial da década de noventa, os Contratos de Gestão celebrados permitiram a transferência da gestão dos serviços, dos bens e dos recursos públicos necessários; de outro lado, proibiram a cessão de servidores e empregados públicos, o que não impediu a precarização horizontal das relações de trabalho.

De início, percebeu-se que não houve concurso público para a contratação dos seus trabalhadores, mas sim um processo seletivo com base em entrevistas e análise de currículos, o que viola os princípios da moralidade, impessoalidade e da objetividade administrativa, permitindo a ampliação do processo de “celetização” ao autorizar trabalhadores regidos unicamente pelo direito privado, bem inferior ao regime jurídico dos servidores públicos do Município em exame.

Ademais, na análise comparativa entre o enfermeiro de carreira do Município de Maceió e o enfermeiro da UPA, chegou-se à conclusão de que, não obstante terem as mesmas atribuições e exercerem funções públicas, o regime de trabalho do empregado “publicizado” é comprovadamente inferior, desde a sua jornada até os seus rendimentos.

No entanto, os servidores públicos municipais de Maceió não ficaram alheios à precarização vertical, afinal, a alteração na estabilidade, na disponibilidade remunerada, no regime previdenciário e a redução de direitos em geral foram proporcionadas pela Constituição Federal, impactando diretamente os servidores públicos de todos os entes federativos em virtude da sua supremacia sobre toda a ordem jurídica.

É fato que as precarizações se retroalimentam, já que a precarização vertical também deriva da precarização horizontal, pois a ampliação da terceirização contribui com a paulatina extinção dos servidores públicos a partir da sua substituição por trabalhadores celetistas contratados por entes privados.

Neste contexto, para além de ser um fenômeno isolado no âmbito do Município de Maceió, trata-se de um fenômeno que se coaduna com a realidade brasileira, uma vez que a reforma administrativa permitiu a expansão da privatização da saúde em todo o Brasil através da ampliação da terceirização promovida com a “publicização”.

As reformas administrativas estão longe do seu fim; novas fórmulas de terceirização irão surgir, afinal, costuma-se transferir para o funcionalismo público a responsabilidade dos

problemas inerentes à deficiente máquina estatal brasileira, sem perceber que esta precarização das relações de trabalho tem como consequência a precarização do próprio serviço público, por ser exercido por empregados flexíveis, sem as garantias inerentes ao desenvolvimento da sua função de forma impessoal e independente.

A “eficiência” é um norte a ser seguido visando à melhoria dos serviços públicos. Buscar o melhor com a redução das despesas é orientação a ser adotada no combate aos privilégios e abusos dos servidores públicos, mas não pode servir como discurso para reduzir os direitos sociais e as garantias conquistadas ao longo da sua história.

Percebe-se, por fim, que apesar do discurso convincente das reformas administrativas, mais importante do que ignorar os problemas do Estado ao transferir para o particular as suas atribuições, é tratar os seus problemas a partir de uma nova reforma da Administração Pública que promova um maior controle das despesas e priorize a mudança institucional, buscando o desempenho mediante a eliminação da carga patrimonialista, sempre visando à qualidade dos serviços públicos e à efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto, deve-se descartar as experiências que não refletem a realidade brasileira, promovendo uma reforma administrativa equilibrada que viabilize os ajustes fiscais necessários para tornar sustentável um projeto de retomada do crescimento, através de uma ampliação da participação democrática, mas sem nunca deixar de levar em consideração aquele que é o principal ator para levar a cabo tais mudanças, o servidor público, mediante a garantia de seus direitos sociais fundamentais e o desenvolvimento de suas funções públicas de forma impessoal e independente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Carlos Carneiro de. **Terceiro setor**: história e gestão de organizações. São Paulo: Summus, 2006.

ALAGOAS. **UPAs de Maceió atendem mais de 271 mil pessoas**. Junho de 2017. Disponível em: <<http://www.saude.al.gov.br/2017/06/26/governo-investe-nas-upas-de-maceio-e-atende-mais-de-271-mil-pessoas/>>. Acesso em 19 de nov. de 2017.

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?**: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**: lições de filosofia do Direito e do Estado. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.); SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-904.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Terceirização – aspectos polêmicos. *In* **A efetividade do direito e processo do trabalho**. Maurício Godinho Delgado *et. al.* (coords.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BATISTA, Paulo Nogueira. O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. **Caderno da Dívida Externa**, n. 69, PEDEX, São Paulo: Peres, 1994.

BAVA, Silvio Caccia. Convulsões sociais. **Le monde diplomatique Brasil**. Março, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Boletim de Ciências Econômicas**. Vol. 48 (2005). Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24875/1/BoletimXLVIII_Artigo1.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 mar. 2017.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100010>.

BIAVASCHI, Magda Barros. DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações** – Revista de Ciências Sociais / publicação do Departamento de Ciências Sociais, Centro de Ciências Humanas, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124-141, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais,

democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLONDIAUX, Loïc. *El nuevo Espíritu de la Democracia: Actualidade de la democracia participativa. Traducción de Mónica Cristina Padró*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Daniel Allan Miranda. Regime jurídico das contratações nas organizações sociais: entre os avanços e retrocessos legais e jurisprudenciais. *In Direito Administrativo Transformador*. Fábio Lins de Lessa Carvalho (coord.). Curitiba: Juruá, 2017a.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Externalização produtiva: subcontratação e terceirização. Como não precarizar? Necessária aplicação do princípio da igualdade. *In Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas*. Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (coords.). São Paulo: LTr, 2017b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1º mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. Decreto-lei n. 1.034, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre medidas de segurança para Instituições Bancárias, Caixas Econômicas e Cooperativas de Créditos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 dez. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1034.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 jun. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 29 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993a. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993b. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 dez. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745cons.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1993c. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

_____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília. 18 de agosto de 1995a. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18AGO1995.pdf#page=25>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Ministério da Administração Federal e Forma do Estado – MARE (1995b). **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, novembro de 1995.

_____. Decreto n. 2.271, de 7 de julho de 1997a. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 8 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília. 7 de fevereiro de 1997b. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07FEV1997.pdf#page=11>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 19 (1998a). Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 jul. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998b. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 mai. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 24 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-1/DF**. Partido dos Trabalhadores, Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Vellozo. DJe de 19 dez. 2000.

_____. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Projeto de Lei n. 1.621, de 12 de julho de 2007a. Dispõe sobre as relações de trabalho em atos de terceirização e na prestação de serviços a terceiros no setor privado e nas sociedades de economia mista. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=382CA59CFBB7DB5832858CEB61B70AFC.proposicoesWebExterno1?codteor=483435&filename=PL+162>

1/2007>. Acesso em: 15 mai. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Responsabilidade subsidiária do município - inaplicabilidade da Súmula 331 do TST - ausência de contrato de prestação de serviços - organização da sociedade civil de interesse público - termo de parceria. Acórdão em recurso de revista em reclamação trabalhista n. 108500-25.2005.5.06.0122. Relator: José de Barros Lavenhagen (4ª Turma). DEJT, 10 out. 2007b. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20108500-25.2005.5.06.0122&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAW12AAT&dataPublicacao=10/08/2007&localPublicacao=DJ&query=oscip%20and%20responsabilidade>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Convênio firmado entre município e associação de direito privado. Programas na área de saúde. Existência de responsabilidade subsidiária. Aplicabilidade da Súmula nº 331 do TST. Acórdão em recurso de revista em reclamação trabalhista n. 4100-02.2006.5.08.0014. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva (2ª Turma). DEJT, 22 mai. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%204100-02.2006.5.08.0014&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQ7zAAX&dataPublicacao=22/05/2009&localPublicacao=DEJT&query=oscip%20and%20responsabilidade>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF**. Governador do Direito Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe de 9 set. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria Operacional**, TC 018. 739/2012-1. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20131129/ac_3239_47_13_p.doc>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Universidade Federal de Alagoas – UFAL. **COPEVE**. Maceió, AL. Concurso Público de provas e títulos com 191 vagas em trinta cargos de nível superior da Secretaria Municipal de Saúde de Maceió: março de 2013. Disponível em: <<http://www.copeve.ufal.br/index.php?opcao=concurso&idConcurso=2455786>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

_____. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014a. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1º ago. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Unidade de Pronto Atendimento**. UPA. Brasília, DF, 2014b. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o->

ministerio/principal/secretarias/454-sas-raiz/dab/upa/11-upa/9667-documento-prioritario>
Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF**. Partidos dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe de 5 mar. 2015.

_____. Atividade Legislativa. **Senado Federal**. Brasília. 2016a. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

_____. Projeto de Emenda Constitucional n. 287, de 05 de dezembro de 2016b. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria - Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI - I, SBDI - I Transitória, SBDI - II e SDC), Precedentes Normativos** [recurso eletrônico] – Brasília: Impressão e acabamento: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2016c.

_____. Lei Complementar n. 159, de 19 de maio de 2017a. Institui o Regime de Recuperação dos Estados e do Distrito Federal e altera as Leis Complementares nº 101, de 04 de maio de 2000, e nº 156, de 28 de dezembro de 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 mai. 2017. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp159.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. Ministério Público do Trabalho. **MPT pede veto e não descarta entrar com ação contra reforma trabalhista**. Jul, 2017b. Disponível em:
<[_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931/DF**. União e Priscila Medeiros Nunes, Evolution Administradora de Serviços Terceirizada Ltda. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe de 11 set. 2017c.](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/d670af6e-0f53-4c3b-8302-60ba09afd62e!/ut/p/z1/rVHLbsIwEPwVOORo7ebLhGNAVRSiBBBqSXypnBe4JU4gVlv-vqbqIUCI7m1XM6OdGWCQAZP8Q-y5Ep3kR73njL6aITrRfIVxGK89DDZm8hSFprVAD3Y_gHTjROF8i7FP1xpA_SCKZ2uMViawcf4LMGCIVL06QN72ysCBH_mkqiei7c-1HLiB-jyRnRKI4IOBffWQN7Qm2Lg2cUq7IL6NFqFYcJzxpqJWfRXtS1FB_hB6d8_11QTemAA1n435jB33FzCikesfvFtBOP4L2z-aWt6LXncr3k4nFugCOqnqLwXZ_zWg1a1zskj2-mmuDkTIpoPsiWrfPre-fSHvTZoSvIw-g-n0G5RSclY!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em 24 de out. de 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 760.931/DF**. União e Priscila Medeiros Nunes, Evolution Administradora de Serviços Terceirizada Ltda. Relatora: Ministra Rosa Weber. Informativos nº 852, 853, 854, 859 e 862. Mar. 2017d. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 16 mai.

2017.

_____. Ministério da Fazenda. **Benefícios**: índice de reajuste para segurados que recebem acima do mínimo é de 2,07% em 2018. De 18 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018/>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

_____ a. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____ b. Ministério do Planejamento. **Unidades de Pronto Atendimento em Alagoas**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/upa-unidade-de-pronto-atendimento/al>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. *In* Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.). **Brasil**: um século de transformações. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. O surgimento do Estado republicano. **Lua Nova**, nº 62, 2004: 131-150. Trabalho apresentado no III Simpósio Internacional sobre Justiça. Porto Alegre, 1-5 de setembro de 2003.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2. ed. Brasília: ENAP, 2011.

_____. Teoria novo-desenvolvimentista: uma síntese. *In* **Cadernos do Desenvolvimento**. v. 11, n. 9. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2016.

CANO, Wilson. **Introdução à economia**: uma abordagem crítica. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Unesp, 2007.

_____. **Soberania e política econômica na América Latina**. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

_____. **(Des)Industrialização e (Sub)Desenvolvimento**. Texto para Discussão. IE/Unicamp, Campinas, n. 244, set. 2014.

CAMPOS, André Gambier. **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil**: novas evidências para o debate. Brasília: Ipea, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Graciliano Ramos e a administração pública**: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Igualdade, discriminação e concurso público**: análise dos requisitos de acesso aos cargos públicos no Brasil. Maceió: Viva Editora, 2014.

_____. **Principiologia do concurso público**: elementos para a formação de uma teoria geral. Maceió: Edufal, 2015.

_____. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: Edufal, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Rodrigo Batista de. **Eficácia, eficiência e efetividade na Administração Pública**. XXX Encontro ANPAD. Rio de Janeiro: 11 set. 2006.

CUT. **Terceirização e desenvolvimento**: uma conta que não fecha – dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A Análise Econômica de Posner e a Ideia de Estado de Direito em Luhmann**: Breves Considerações Críticas. 2013. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2013.

DIEESE. **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. São Paulo: Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, 2017.

DRUCK, Maria da Graça. A terceirização na saúde pública: formas diversas de precarização do trabalho. **Trab. educ. saúde**, Rio de Janeiro, v. 14, supl. 1, p. 15-43, nov. 2016.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462016000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 8 mar. 2017.

FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2013.

_____. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa Garcia. Terceirização de serviços na Administração Pública: limitações e consequências jurídicas. **In Terceirização de serviços e direitos sociais trabalhistas**. Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Rúbia Zanotelli de Alvarenga (coords.). São Paulo: LTr, 2017.

G1. **Maceió é a última colocada no IDH das metrópoles, diz pesquisa.** De 01 mar. 2015. Disponível em: <<http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia-old.php?c=397834&e=1>>. Acesso em 16 de nov. de 2017.

_____. **Justiça condena Oscip Tocqueville a pagar R\$ 8 mi em dívidas trabalhistas.** De 08 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2014/08/justica-condena-oscip-tocqueville-pagar-r-8-mi-em-dividas-trabalhistas.html>>. Acesso em 12 de mar. de 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Rodrigo Gameiro; MADEIRO, Gustavo. Uma crítica à (des)centralização administrativa a partir do contexto coronelista. *In: XXXV Encontro da Associação Nacional de Cursos de Pós-Graduação em Administração - ENANPAD, 2011, Rio de Janeiro. Anais do XXXV Encontro da Associação Nacional de Cursos de Pós-Graduação em Administração - ENANPAD, 2011.*

GURGEL, Claudio Roberto Marques; JORDÃO, Claudia da Silva; OLIVEIRA JUNIOR, Temístocles Murilo. **Reforma do Estado e cidadania: experiências e uma proposta de intervenção democrática.** XXXVII Encontro ANPAD. Rio de Janeiro: 11 set. 2013.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações.** São Paulo: Edições Loyola. 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Assistências da saúde: assistência médico-sanitária 2009.** Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv46754.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2017.

_____. **Estimativas da População 2017.** Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/al/maceio/panorama>>. Acesso em 16 de novembro de 2017.

_____. **Perfil dos Estados e dos Municípios Brasileiros, 2014.** Pesquisa de Informações Básicas Estaduais e Pesquisa de Informações Básicas Municipais (Munic), Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Mapa das Organizações da Sociedade Civil.** Disponível em: <<https://mapaosoc.ipea.gov.br/index.html>>. Acesso em 17 de novembro de 2017.

ISAC. **Instituto Saúde e Cidadania.** Disponível em: <<http://www.isac.org.br>>. Acesso em 16 nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=1077&l=pt>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; MARIANO, Cynara Monteiro. **PEC nº 287**: privatização da previdência social, misoginia e negação do direito ao futuro. *In* O golpe de 2016 e a reforma da previdência. Giorgi, Fernanda *et. al.* (org.). Bauru: Praxis, 2017.

MACEIÓ. Lei nº 4.973 de 31 de março de 2000. Institui o Estatuto dos Servidores Municipais de Maceió. Disponível em: <<http://camarademaceio.al.gov.br/leis/>>. Acesso em 20 de out. de 2017.

_____. Lei nº 5.241, de 07 de novembro de 2002. Institui o Plano de Cargos e Carreiras dos Profissionais da Saúde do Município de Maceió. Disponível em: <<http://camarademaceio.al.gov.br/uploads/09/07/image5133.pdf>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

_____. Lei nº 6.054, de 27 de setembro de 2011. Dispõe sobre a contratação de excepcional interesse público. Disponível em: <<http://camarademaceio.al.gov.br/leis/>>. Acesso em 20 de out. de 2017.

_____. Lei nº 6.304, de 26 de fevereiro de 2014a. Dispõe sobre o programa municipal de organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/admin/documento/2014/02/Diario_Oficial_27_02_14_PDF.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2017.

_____. Decreto nº 7.966 de 07 de outubro de 2014b. Regulamenta a lei municipal no 6304, de 26 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre o programa municipal de organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/lelosecom/documento/2014/10/Diario_Oficial_08_10_14_PDF-1.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

_____. Portal da Transparência. Edital de Seleção nº 01/2014 UPA Trapiche da Barra. 2014c. Disponível em: <<http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/admin/documento/2015/01/EDITAL-DE-SELEÇÃO-001.2014-TRAPICHE-DA-BARRA1.pdf>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

_____. Portal da Transparência. Edital de Seleção nº 02/2014 UPA Benedito Bentes. 2014d. Disponível em: <<http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/admin/documento/2015/01/EDITAL-DE-SELEÇÃO-002.2014-BENEDITOS-BENTES.pdf>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

_____. Lei nº 6.584, de 23 de dezembro de 2016a. Estima a receita e fixa a despesa do Município de Maceió para o exercício financeiro de 2017. Disponível em:

<http://ssmfwebsvr.smf.maceio.al.gov.br/transparencia/servlet/apgetdocdownload?01+-+LEI+Nº.+6.584%2C+de+23+de+dezembro+de+2016..pdf,%2Fusr%2Fshare%2Fglassfish3%2Fglassfish%2Fdomains%2Fdomain1%2Fapplications%2Ftransparencia%2FPublicTempStorage%2Flei_6.584_loa_20178557154.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

_____. Decreto nº 8.398 de 09 de março de 2017. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo de cargos em comissão e das funções gratificadas da secretaria municipal de saúde - SMS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/pdf/2017/03/Diario_Oficial_10_03_17_PDF.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

_____. Diário Oficial do Município de Maceió. Ano XVIII, Nº 4718 de 10 de abril de 2015a. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/lelosecom/documento/2015/04/Diario_Oficial_10_04_15_PDF.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

_____. Diário Oficial do Município de Maceió. Ano XVIII, Nº 4801 de 12 de agosto de 2015b. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/lelosecom/documento/2015/08/Diario_Oficial_12_08_15_PDF.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

_____. Diário Oficial do Município de Maceió. Ano XIX, Nº 4988 de 25 de maio de 2016b. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/leyvsonsecom/pdf/2016/05/Diario_Oficial_25_05_16_PDF.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

_____ a. Secretaria Municipal de Saúde. Institucional. Disponível em: <<http://www.maceio.al.gov.br/sms/institucional/>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

_____ b. Portal da Transparência. Disponível em: <<http://www.transparencia.maceio.al.gov.br>>. Acesso em 23 de fevereiro de 2018.

MAEDA, Patrícia. **A Era dos zero direitos**: trabalho decente, terceirização e contrato zero hora. São Paulo: LTr, 2017.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, abr. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8051/6841>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. **O servidor público e a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. Malheiros: São Paulo,

1997.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **O capital**: crítica da economia política. Livro III: o processo global da produção capitalista. Tomo 2 Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública**: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo. *E-book*. São Paulo: Atlas, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Guilherme; ROSSI, Pedro. Da austeridade ao desmonte: dois anos da maior crise da história. *Le monde diplomatique Brasil*. Março, 2017.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 165-196, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44371>>. Acesso em: 23 mai. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44371>.

MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro Setor da Administração Pública - Organizações Sociais – Contrato de gestão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 309-320, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46914>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**: emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Novas tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro. *In Revista brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out./dez. 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A disponibilidade remunerada dos servidores públicos à luz da Constituição de 1988**. In Revista de Informação Legislativa: Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.

_____. Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988. In **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **Declaração da ONU sobre direito ao desenvolvimento completa 30 anos**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/declaracao-da-onu-sobre-direito-ao-desenvolvimento-completa-30-anos-video/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor**. 2. ed. rev e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHO, José Antonio Gomes de. **Reforma do Aparelho do Estado: Limites do Gerencialismo frente ao Patrimonialismo**. O&S. V.5. Nº 12, Maio/Agosto de 1998.

PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro Setor e Direitos Humanos**. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípio do direito do trabalho**. 3. ed. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudência**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

SANTOS, Luiz Alberto. **Reforma Administrativa no Contexto da Democracia: a PEC no 173/95, suas implicações e adequação ao Estado brasileiro**. Brasília, DIAP e Akro Advice Editorial, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **ADI 1923: legitimação e ampliação da terceirização no setor público**. Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital. São Paulo, abril 2015. Disponível em: < https://grupodepesquisatrabalhoecapital.wordpress.com/2015/04/22/adi-1923-legitimacao-e-ampliacao-da-terceirizacao-no-setor-publico/#_ftn2>. Acesso em: 10 ago. 2017.

THE WORLD BANK. Data. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Terceiro Setor: entre a liberdade e o controle.** Salvador: Juspodium, 2013.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

UN – United Nations. **Handbook on non-profit institutions in the System of National Accounts.** New York: United Nations Publication, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. **Revista do TST**, Brasília, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia.** 3. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

WHO. World Health Organization. **Constitution of WHO.** Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em: 8 nov. 2017.