

RVMD, Brasília, V. 9, nº 2, p. 116-154, Jul-Dez, 2015

A TERCEIRIZAÇÃO, A RESPONSABILIDADE ESTATAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O DESAFIO DA CONCILIAÇÃO*

OUTSOURCING, STATE RESPONSIBILITY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: THE CHALLENGE OF RECONCILING

Marianna Martini Motta Loss**

Jacopo Paffarini***

RESUMO

O presente artigo, por meio do método da revisão bibliográfica e da análise jurisprudencial, destina-se a investigar o tripé formado pela terceirização de serviços, a responsabilidade do Estado e o desenvolvimento sustentável, bem como os desafios da sua conciliação. Para isso, o estudo é dividido em 3 (três) capítulos. O primeiro se destina a analisar a terceirização pela Administração Pública, bem como os eventuais impactos que o Projeto de Lei nº 4.330/04 pode causar na terceirização pelos entes públicos. O segundo expõe o julgamento da ADI nº 1.923-DF e a expõe a consequente (im)possibilidade de terceirização da atividade-fim da Administração Pública. O terceiro e último capítulo se destina à análise da terceirização diante da responsabilidade do Estado e do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Terceirização – Responsabilidade Estatal – Desenvolvimento Sustentável

* Artigo recebido em: 28/10/2015.

Artigo aceito em: 06/11/2015.

** Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED); especialista em Direito Processual Civil pela LFG – Anhanguera; especialista em Direito Público pela PUC/RS; graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS); membro do grupo de pesquisa intitulado “Jurisdição e Democracia”, vinculado à IMED; Procuradora Federal. **E-mail: mottamarianna@hotmail.com**

*** Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Pós-Doutorando em Direito - Imed (Brasil). Mestre em Direito com a colaboração do Centro Tecnológico de Monterrey (Campus Ciudad de México). Bacharel em Direito pela Università degli Studi di Perugia. Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado - Heidelberg (Alemanha). Membro pesquisador do Grupo Internacional de Pesquisa “Corte, Doutrina e Sociedade Inclusiva: o impacto das fontes doutrinárias nas Cortes Superiores”, financiado pelo Ministério de Instrução, das Universidades e Pesquisa (Decreto n. 719/2012). Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado, de titularidade do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, junto ao Curso de Direito da Università degli Studi di Perugia. Coorientador do módulo de Direito Transnacional no curso de Direito Público Comparado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito transnacional, constitucionalismo, direitos humanos, hermenêutica do direito e instituições judiciais.

ABSTRACT

This article, by the method of literature review and case law analysis is intended to investigate the tripod formed by outsourcing services, state responsibility and sustainable development as well as the challenges of reconciliation. For this study is divided into three (3) sections. The first is to analyze the outsourcing by the public authorities as well as any impacts that Bill n° 4.330/04 may have on outsourcing by public entities. The second exposes the judgment of ADI n° 1923-DF and exposes the consequent (im)possibility of outsourcing the core business of public administration. The third and final chapter is intended for analysis of outsourcing in front of the State responsibility and sustainable development.

Keywords: Outsourcing – State Responsibility – Sustainable Development

SUMÁRIO

1. Introdução
2. A terceirização na administração pública: panorama atual e impactos do projeto de lei nº 4.330/04
3. A adi nº 1.923-df e a (im)possibilidade de terceirização de atividade-fim pela administração pública
4. A terceirização diante da responsabilidade do estado e do desenvolvimento sustentável
5. Considerações Finais
6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo promover uma revisão bibliográfica (*law on the books*) da responsabilidade do Estado diante da terceirização de serviços públicos, além de abordar estudos de casos do STF que tenham impacto direto no fenômeno da terceirização. Essa conjugação da teoria com a prática reflete o método americano da *common law* de pesquisa, o qual objetiva analisar o direito tal como praticado nas cortes (*law in action*), que, muitas vezes, não guarda relação com o direito doutrinário e legal.

A pesquisa se justifica na medida em que não há, atualmente, lei específica disciplinando a terceirização, bem como que, no âmbito da Administração Pública, a terceirização de serviços é fenômeno recente, propulsionado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995 e pela imposição de prestação de serviços públicos eficientes, ratificada pelas alterações constitucionais trazidas pela Emenda Constitucional nº 19/98. Por outro lado, a justificativa para a pesquisa também é encontrada na necessidade de o Estado conciliar a terceirização de serviços com sua responsabilidade e a imposição constitucional da promoção do desenvolvimento sustentável.

O problema que ora se apresenta diz respeito ao desafio de como conciliar a relação triangular formada pela terceirização, a responsabilidade estatal e o desenvolvimento sustentável. Para tentar respondê-lo, o trabalho é dividido em 3 (três) capítulos.

O primeiro capítulo se destina a analisar a terceirização pela Administração Pública, em especial a de serviços, bem como os eventuais

impactos que o Projeto de Lei nº 4.330/04 pode vir a surtir na terceirização pelos entes públicos. O segundo expõe o julgamento da ADI nº 1.923-DF e a consequente (im)possibilidade de terceirização da atividade-fim pela Administração Pública. O terceiro e último capítulo analisa a terceirização diante da responsabilidade do Estado e do desenvolvimento sustentável.

Desse modo, contextualizando a terceirização no que diz respeito a serviços, parte-se da hipótese de que a terceirização não exclui a responsabilidade do Estado diante dos trabalhadores empregados das empresas contratadas na medida em que o desenvolvimento tanto estatal quanto privado deve vir pautado pela sustentabilidade, seja ela social, ambiental, ética, econômica ou jurídico-política¹ conforme será delineado a seguir.

2. A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PANORAMA ATUAL E IMPACTOS DO PROJETO DE LEI Nº 4.330/04

Terceirizar², no sentido dado pela doutrina, jurisprudência e legislação atuais, significa a possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa³, podendo envolver tanto a produção de bens quanto a prestação de serviços, como

¹ Divisão quártupla da sustentabilidade tal qual proposta por Juarez Freitas (2012, p. 58).

² Conforme Sérgio Pinto Martins (2001, p. 160), o uso da denominação “terceirização” poderia ser justificado como decorrente da palavra latina *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas, ou seja, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação.

³ A CLT, em seu art. 581, § 2º dispõe que atividade-fim é aquela que caracteriza a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades converjam, exclusivamente em regime de conexão funcional.

ocorre, por exemplo, na contratação de empresas de limpeza e vigilância (MARTINS, 2001, p. 161).

No âmbito da Administração Pública⁴⁵, a terceirização de serviços foi impulsionada pela reforma do Estado, que teve início em 1995 por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, cuja responsabilidade era do Ministério da Reforma do Estado (MARE). Dentre os objetivos da reforma estava a melhora não apenas da organização e pessoal, mas também de suas finanças e de todo o seu sistema institucional-legal a fim de permitir que a relação entre Estado e sociedade civil ocorresse de forma harmoniosa (1995, p. 44).

Essa proposta de transformação do Estado, de meramente burocrático a gerencial (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999, p. 22), esteve atrelada à inserção constitucional da eficiência⁶ no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988⁷ como um dos princípios ao qual a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deveria obedecer. Assim, o agir do administrador público passou a ser pautado pela sujeição tanto à legalidade quanto à impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, o que viria a formar o

⁴ A Administração Pública, em sentido subjetivo, é composta de todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), ao que se denomina de Administração Pública Direta, enquanto que a Administração Indireta do Estado é composta das pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado (DI PIETRO, 2003, p. 61).

⁵ No âmbito federal, o art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, dispõe que a Administração Federal compreende: a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: (a) autarquias; (b) empresas públicas; (c) sociedades de economia mista; e (d) fundações públicas.

⁶ A eficiência foi inserida no *caput* do art. 37 da CF/88 por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

arcabouço jurídico de sua atuação e do qual não poderia desviar-se sob pena de vir a ser responsabilizado.

Desse modo, o Estado, ao prestar seus serviços, deveria atender, dentre outros requisitos, aos critérios da economicidade, celeridade, qualidade e quantidade para que fosse possível aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência administrativa⁸.

Nesse contexto, a terceirização de serviços pela Administração Pública ganhou espaço na medida em que permite a redução de custos diretos (economicidade), além do ganho de produtividade (quantidade) advindo da especialização da empresa contratada e da possibilidade de os colaboradores terceirizados serem facilmente trocados ou substituídos à medida em que não se adequem às características almejadas para o cargo ocupado (qualidade).

Em outras palavras, a execução da terceirização de serviços públicos pela Administração prevaleceu em virtude de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios tendo em vista a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

Atualmente, não há lei específica regulamentando o fenômeno da terceirização no Brasil. No ordenamento jurídico nacional, a possibilidade de

⁸ Hely Lopes Meirelles (1993, p. 90) refere ser a eficiência um dever imposto a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Nesse sentido, Meirelles (1993, p. 90) invoca a eficiência administrativa como “o mais moderno princípio da função administrativa”, que exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Portanto, o dever de eficiência abrangeria não só a produtividade daquele que exerce cargo ou função, mas também a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração (MEIRELLES, 1993, p. 91). Desse modo, ter-se-ia, de um lado, a possibilidade de o ato praticado atingir tanto os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço público, e, de outro, as condições para o seu controle ocorrer na trílice linha: administrativa, econômica e técnica (MEIRELLES, 1993, p. 91). No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2006, p. 337), para quem, “eficiência significa fazer acontecer com racionalidade – o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançado”; e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 103), que refere não se está mais a tratar de um conceito puramente econômico, mas socioeconômico, ou seja, híbrido, na medida em que consiste em “produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes”.

contratação de serviços pelos entes públicos mediante licitação vem prevista no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988⁹, que foi detalhado pela Lei 8.666/93¹⁰. No inciso II do art. 6º da referida Lei, há definição do que se considera serviço passíveis de contratação pela Administração Pública direta e indireta. Serviço, portanto, é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, como, por exemplo, demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Além da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/93, há leis esparsas, anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988, que pincelam a possibilidade de terceirização de serviços pela Administração Pública. São elas as Leis nº 4.320/64¹¹, Lei 5.645/70¹², 7.102/83¹³; 8.987/95¹⁴; 9.472/97¹⁵; e o Decreto-lei nº 200/67¹⁶ e o Decreto nº 2.271/97¹⁷.

⁹ Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁰ Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

¹¹ Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Em que pese não aborde a terceirização propriamente dita, disciplina a questão atinentes às despesas com serviços de terceiros.

¹² Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União, e das autarquias federais e dá outras providências.

¹³ 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.

¹⁴ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹⁵ Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

¹⁶ Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

¹⁷ Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

A fim de dirimir dúvidas e complementar a legislação esparsa, o TST editou o Enunciado nº 331, que dispõe acerca dos contratos de prestação de serviços e sua legalidade, que foi divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 e se aplica tanto à iniciativa privada quanto à Administração Pública direta e indireta.

O citado Enunciado traz que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal fazendo com que o vínculo se forme diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário. Entretanto, não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

No caso específico da Administração Pública, a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta e indireta tendo em vista que se subordinam ao disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988¹⁸, ou seja, requerem a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público.

Em relação à responsabilidade do ente público, o Enunciado nº 331 do TST teve modificado seu inciso IV e incluído o inciso V devido ao julgamento da ADC nº 16-DF pelo STF, em que restou assentada a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666, ou seja, a impossibilidade jurídica de transferência consequente e automática dos encargos trabalhistas, fiscais e

¹⁸ Art. 37. (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

comerciais, resultantes da execução do contrato, da empresa contratada à Administração.

Desse modo, ao modificar o Enunciado nº 331, criou condição de possibilidade à responsabilidade subsidiária da Administração Pública, qual seja, a correta fiscalização da execução contratual.

Assim, o inciso IV do referido Enunciado passou a dispor que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços em relação àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Enquanto isso, a inclusão do inciso V ao Enunciado nº 331 traz que os entes da Administração Pública direta e indireta respondem pelas obrigações trabalhistas nas mesmas condições das entidades privadas desde que reste evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações constantes na Lei nº 8.666/93, especialmente no que diz respeito ao dever de fiscalização¹⁹ do cumprimento das obrigações relativas ao encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato por parte da contratada.

Desse modo, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública é decorrente de sua conduta culposa, ou seja, da não fiscalização do contrato, porém não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

¹⁹ O dever de fiscalização da execução do contrato de licitação pelo Poder Público pode ser extraído do art. 27, art. 58, inciso III, e art. 67, todos da Lei 8.666/93.

Dado o panorama atual, cumpre analisar se o Projeto de Lei nº 4.330/04²⁰, que dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes, se e quando aprovado, trará impactos à terceirização pela Administração Pública direta e indireta e quais serão esses impactos.

De antemão, cumpre referir que o § 2º do art. 1º do referido Projeto de Lei exclui a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios do âmbito de sua incidência, bem como estão excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Paralelamente, o Projeto de Lei nº 4.330/04, em seu art. 4º, § 2º, dispõe que o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica do contratante. Significa dizer que, além das atividades-meio, as empresas privadas poderão terceirizar suas atividades-fim, residindo, aqui, a principal diferença entre a iniciativa privada e o setor público em relação à terceirização.

Todavia, no mesmo mês em que a Câmara dos Deputados aprova o Projeto de Lei nº 4.330/04, o STF, após 11 (onze) anos de tramitação, conclui o julgamento da ADI nº 1.923-DF, a qual discute a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual se adentra ao próximo capítulo, cujo intuito é investigar se a decisão proferida pela Suprema Corte nos autos da ADI nº 1.923/DF permite a terceirização de atividades-fim pela Administração Pública.

²⁰ O Projeto de Lei nº 4.330/04 foi aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado para votação em 27.04.2015 conforme informação disponível em <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

3. A ADI Nº 1.923-DF E A (IM)POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A ADI nº 1.923-DF foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista questionando a Lei nº 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a criação do Programa Nacional de Publicização, e o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que é dispensável a licitação 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 gestão²¹.

No julgamento da ADI nº 1.923-DF, ocorrido em 16 de abril de 2015, em sessão plenária, o STF decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por organizações sociais em parceria com o Poder Público desde que a celebração de convênio com tais entidades seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais previstos no *caput* art. 37 da Constituição Federal de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

Significa dizer que as organizações sociais podem prestar serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde, pois não se tratam de atividades exclusivas do Estado, mas de atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade na medida em que a

²¹ “(...) avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 422).

Constituição menciona que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”.

Conforme Marçal Justen Filho (2010, p. 711) e Alexandre Santos de Aragão (2007, p. 181), tais setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, de serviços públicos sociais e se submetem, quanto à titularidade, por força de dispositivos constitucionais – arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da Constituição Federal, ao regime jurídico dos serviços públicos compartilhados ou serviços públicos não privativos ou não exclusivos, podendo tanto o Poder Público quanto a iniciativa privada exercê-los por direito próprio tendo em vista que ambos possuem titularidade.

Portanto, contrariamente ao que ocorre com os serviços públicos privativos, os serviços públicos não privativos podem ser exercidos pelo particular independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, ou seja, sem necessidade de previa concessão ou permissão.

Quando tais atividades são exercidas pelo Poder Público, não há dúvidas de que se revestem da natureza de serviços públicos. Na visão do STF²², do mesmo modo ocorre quando prestadas diretamente pelos particulares, pois, tais serviços, quando prestados pelo particular por direito próprio, continuam configurando serviços públicos, não havendo como se defender a alteração do perfil material da atividade apenas pela mudança do seu executor.

²² ADI nº 1.266. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06.04.2005, DJ 23.09.2005. Disponível em << [<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613347>](http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613347)>>. Acesso em 01 jul. 2015.

Desse modo, as considerações acima relacionadas acerca dos serviços públicos privativos e não privativos tornam inaplicável, ao caso, o *caput* do art. 175 da Constituição Federal, o qual prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Em outras palavras, significa que as organizações sociais, quando dirigidas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, não atuam por força do contrato de gestão ou qualquer outra espécie de delegação, mas por direito próprio previsto constitucionalmente.

Portanto, a Lei nº 9.637/98 não delega serviços públicos, mas institui um sistema de fomento ou de incentivo para que as atividades relativas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, sejam desempenhadas por particulares por meio de colaboração público-privada, instrumentalizada por meio do contrato de gestão.

Assim, o modo de alocação de recursos públicos é tarefa que cabe aos agentes democraticamente eleitos. São eles quem definem a proporção entre a atuação estatal direta e indireta desde que o resultado constitucionalmente estabelecido seja alcançado, que é a prestação de direitos fundamentais sociais.

Consequentemente, após a formalização do contrato de gestão, a Administração Pública promove o fomento por meio da cessão de recursos, bens e pessoal do Estado para as entidades da sociedade civil. Todavia, para que sejam efetivamente prestados os serviços públicos à sociedade, o Poder Público regula o contrato de gestão por meio da inclusão de direcionamentos à atuação do particular, ou seja, o contrato de gestão deverá conter metas e

resultados a serem alcançados pelo particular, mitigando o princípio da livre iniciativa.

Dessa forma, o STF entendeu que, quando da edição da Lei 9.637/98, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, porém apenas optou, validamente, por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres por meio do fomento e da regulação. A lógica utilizada é de que a atuação privada é mais eficiente do que a pública em determinadas searas em virtude de ser mais ágil e flexível e menos burocrática.

No que tange ao dever constitucional de licitar, previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, o STF já o afastou de antemão em virtude de que o contrato celebrado entre o Poder Público e as organizações sociais não se configura como contratação no sentido próprio do termo, mas, sim, como convênio, pois não se visualiza, na relação entre o Estado e as organizações sociais, contraposição de interesses, feição comutativa e intuito de lucro (JUSTEN FILHO, 2010, p. 428).

Consequentemente, por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, que é restrito ao âmbito das contratações. Entretanto, isso não significa que a celebração de contratos de gestão fique imune à incidência dos princípios constitucionais norteadores do administrador público, ou seja, a Administração deve observar, ao formalizar tais convênios, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição, os quais são decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano.

Ainda, o STF, no julgamento da ADI nº 1.923-DF, refere que a dispensa de licitação instituída no inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 tem uma finalidade denominada doutrinariamente de função regulatória da licitação, por meio da qual a licitação passa a ser vista também como mecanismo indutor de certas práticas sociais benéficas (JUSTEN FILHO, 2010, p. 493).

Desse modo, por maioria, o Plenário do STF julgou parcialmente procedente o pedido veiculado na ADI nº 1923-DF apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do

regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

Impende observar que, no caso específico do julgamento da ADI nº 1.923-DF, a decisão do Supremo Tribunal não aponta no sentido da possibilidade de terceirização de atividades-fim pelo Estado. Muito pelo contrário. O STF, quando expõe e fundamenta sua decisão, demonstra que os serviços prestados indiretamente pelo Poder Público, por meio das organizações sociais, em que pese sejam atividades-fim do Estado, não se tratam de serviços públicos exclusivos, ou seja, são passíveis de serem prestados tanto pelo Estado quanto pela sociedade civil organizada.

Prova do que foi referido são os arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225 da Constituição Federal de 1988, que preveem respectivamente que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”; “o ensino é livre à iniciativa privada”, desde que atendidas algumas condições; “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; “é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um” observados determinados requisitos; “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”; “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”.

Assim, no que diz respeito à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, não cabe somente ao Estado, mas também a sociedade o dever de promover referidos direitos fundamentais sociais. O Estado, por sua vez, pode atuar de duas formas: ou de modo direto ou indireto e, nesta hipótese, se vale das sociedades civis sem fins lucrativos como parceiras na busca e concretização do bem comum. Em contrapartida, as organizações sociais se fazem de Estado na prestação de direitos e os alcançam à sociedade independentemente de contraprestação remuneratória.

Portanto, além de não se visualizar a terceirização de atividades-fim do Estado no julgamento da ADI nº 1.923-DF em virtude da não observância dos requisitos próprios a um contrato administrativo nos convênios firmados entre o Poder Público e as entidades civis, também é possível repeli-la em razão de que terceirização requer licitação, o que não se verifica nos contratos de gestão em razão da dispensa prevista no inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.66/93.

Todavia, repita-se, isso não significa dizer que, quando da celebração do convênio entre o Estado e a organização social, não há necessidade de serem observados os princípios que norteiam a Administração Pública, especialmente os previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Ainda, ao formalizar um contrato de gestão, o Estado regula a atividade da entidade civil, fazendo com que prevaleça o princípio da supremacia do interesse público em detrimento da livre iniciativa. Diferentemente ocorre em um contrato de terceirização, no qual o Estado não tem o poder de regular a atividade da terceirizada, mas tão-somente de fiscalizá-la no que tange à execução do contrato e as obrigações daí decorrentes.

Também não se pode deixar de ressaltar que terceirização, tal qual proposta no âmbito do Poder Público, somente é permitida no que tange à atividade-meio do Estado, e não à atividade-fim, razão por que se restringe às atividades de conservação, limpeza, copeiragem, digitalização, recepção e vigilância, por exemplo, nos termos referidos pelo Enunciado nº 331 do TST, que atualmente rege a terceirização pelo Poder Público ao lado de leis esparsas.

Por outro lado, não é passível de ser ignorado o fato de que, apesar de as organizações sociais serem fomentadas com verbas públicas, poderão vir a terceirizar suas atividades. Isso não implica dizer que terão que terceirizar mediante licitação. Todavia, o poder de contratação das organizações sociais não é ilimitado na medida em que não ficam imunes à observância de princípios que regem a Administração Pública, especialmente no que diz respeito à moralidade, publicidade e eficiência.

Atualmente, a dúvida reside em saber se o Projeto de Lei nº 4.330/04, quando aprovado, será aplicado às organizações sociais. Pela interpretação literal, conclui-se que não, pois o referido Projeto dispõe, em seu art. 1º, § 1º, que será aplicado às empresas privadas. No caso, organizações sociais, em que pese sejam pessoas jurídicas de direito privado, não são empresas²³,

²³ O novo Código Civil brasileiro, a exemplo do Código Civil italiano, não fixa o conceito de empresa, mas somente o de empresário no art. 966 e seguintes e o define como quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excluindo do conceito quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. Todavia, da análise dos dispositivos legais, pode-se deduzir que o novo Código Civil nacional adotou a teoria da empresa de Asquini em detrimento da teoria dos atos de comércio, de origem francesa, pois adota como critério de identificação do empresário a forma de organização dos fatores de produção (capital, trabalho, insumos e tecnologia) para o exercício da atividade econômica com o intuito de produzir e circular bens ou serviços. Em outras palavras, na teoria da empresa, a discussão repousa sobre a forma, ou seja, na existência ou não de estrutura empresarial, em que o empreendedor exerce a atividade econômica (COELHO, 2003).

razão por que estariam excluídas do espectro de incidência do Projeto nº 4.330/04.

Esclarecido o que é a terceirização, a quem se aplica e em que medida se aplica, bem como as inovações trazidas pelo Projeto de Lei nº 4.330/04 e suas possíveis influências no âmbito da Administração Pública, além da análise do julgamento da ADI nº 1.923-DF e a conclusão de que não se trata de hipótese de terceirização de atividade-fim pelo Estado, cumpre averiguar se o Estado possui responsabilidade e qual é ela diante do fenômeno da terceirização e da necessidade de assegurar o desenvolvimento sustentável, motivo pelo qual se passa ao terceiro capítulo deste trabalho, em que o foco será como conciliar essa relação triangular.

4. A TERCEIRIZAÇÃO DIANTE DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A responsabilidade do Estado na terceirização de serviços públicos está diretamente relacionada ao amadurecimento da ideia de desenvolvimento sustentável, surgida no seio da sociedade industrial²⁴. A busca constante por inovação, característica da sociedade industrial e inerente ao capitalismo, que é um sistema aberto e dinâmico, além de estimulador do desenvolvimento contínuo (GRIMONE, 2012, p. 54), foi um dos fatores que apontou a necessidade de, um lado, ser trabalhada a ideia da sustentabilidade do desenvolvimento e, em contrapartida, a responsabilidade estatal.

²⁴ Dahrendorf (1977, p. 120-122), ao criticar o conceito de sociedade industrial utilizado por sociólogos na segunda metade do século XX, elenca quatro características utilizadas para definir a sociedade industrial, as quais repudia. A primeira refere-se à igualdade baseada na crença de que a revolução industrial eliminou as desigualdades sociais. A segunda, à massificação da sociedade, emergindo a classe média. A terceira, à liberdade na medida em que o indivíduo não se encontra preso à sua posição social. A quarta e última aponta no sentido do desaparecimento do domínio do homem sobre o homem, ou seja, não há mais a separação entre os de cima e os de baixo.

Até então, as sociedades predecessoras, denominadas de pré-industriais, não trabalhavam com a ideia de inovação e, por conseguinte, de desenvolvimento, pois tinham como norte o preenchimento do imaginário por meio da repetição dos eventos sociais a fim de gerar estabilidade e segurança à sociedade (GRIMONE, 2012, p. 54).

Portanto, a quebra de paradigma está na produção, ou seja, quando passa da forma de círculo (sociedade pré-industrial) e assume a forma de linha reta rumo ao infinito (sociedade industrial) (GRIMONE, 2012, p. 54). Os eventos, que antes eram previsíveis e repetíveis, passam a ser incertos e desconhecidos à medida em que a inovação cresce.

Assim, inovação, desenvolvimento e crescimento andavam de mãos dadas. Todavia, estavam atrelados a critérios estritamente econômicos. Prova disso é que para aferir o nível de desenvolvimento de determinada sociedade, os economistas lançaram o PIB (Produto Interno Bruto) como critério de mensuração *per capita*, composto exclusivamente de indicadores econômicos. Não havia, portanto, como se avaliar se o desenvolvimento estava beneficiando apenas uma parcela da sociedade ou todo o seu conjunto.

Como substituto ao PIB, a ONU desenvolveu o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). O argumento era de que o PIB se destinava a analisar apenas critérios econômicos deixando à margem de averiguação indicadores sociais. A ideia era de que o novo índice de medição do desenvolvimento de um determinado país (IDH) pudesse dar condições mais fidedignas do nível de desenvolvimento de uma determinada comunidade²⁵,

²⁵ Em relação aos indicadores que compõem a forma de cálculo do PIB, Henderson (2007, p. 40) os critica na medida em que refere que eles demonstram uma contabilidade irreal, pois fazem com que a globalização tal qual posta tenha uma boa aparência ao ser ignorado o desgaste dos recursos naturais e

sem que estivesse atrelado a uma cesta de indicadores estritamente econômica.

Nesse contexto, o desenvolvimento econômico era uma meta a ser alcançada, e não um direito (GRIMONE, 2012, p. 56). O desenvolvimento enquanto direito somente foi consolidado pela primeira vez na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, aprovada em 1981²⁶.

No plano internacional, há menção ao direito ao desenvolvimento também na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, de 1986, prevendo, em seu art. 2º, que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”. Na sequência, mais precisamente em 1987, a ONU, por meio da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, patrocinou o Relatório Bruntland, apresentado pela sua então presidente, G. Harlem Bruntland, sob o título de “Nosso Futuro Comum, o qual contém menção às premissas que compõem o conceito de desenvolvimento sustentável, considerado como aquele que satisfaz as

feito o desconto dos riscos futuros. A autora propõe ir além das limitadas ferramentas de medição econômica que são utilizadas de modo a desenvolver uma abordagem mais sofisticada para entender o sistema global que está sendo criado. A proposta de Henderson é a adoção de novas métricas multidisciplinares para medir a qualidade de vida, que devem complementar os atuais sistemas de PIB das contas nacionais para registrar contabilmente o capital social e humano, os ativos ecológicos e o trabalho não-pago, bem como incluir o orçamento de ativos de modo a contabilizar a infraestrutura, a saúde, o ambiente e a cultura e outros investimentos públicos ao invés de serem contabilizados como despesas no PIB, o que acaba causando déficits orçamentários e superestimativa da inflação.

²⁶ Art. 20º 1. Todo o povo tem direito à existência. Todo o povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu.

Art. 22º 1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do património comum da humanidade. 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.

Art. 24º Todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento.

necessidades presentes, mas sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

Consequentemente, o Relatório Bruntland gerou reflexos na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, pois se constata, em diversos dispositivos constitucionais, referências ao dever de promoção do desenvolvimento sustentável. Constitucionalmente, observa-se menção ao desenvolvimento sustentável no preâmbulo como valor; como objetivo no art. 3º e como regra e/ou princípio nos demais dispositivos: § 1º do art. 174 – da ordem econômica: planejamento do desenvolvimento equilibrado; art. 192 – o sistema financeiro deve desenvolver o desenvolvimento equilibrado; art. 205 – pleno desenvolvimento da pessoa; art. 218 – desenvolvimento científico e tecnológico com o dever implícito de observar os limites ecológicos; art. 219 – desenvolvimento cultural e socioeconômico. Aliados a esses exemplos, tem-se o inciso VI do art. 170, que prevê a defesa do meio ambiente como regente da atividade econômica, a requerer tratamento diferenciado conforme impacto ambiental de produtos e serviços, determinando a precificação da inércia e a internalização dos custos ambientais.

Ainda, não se pode olvidar do disposto no art. 225 da Constituição Federal, o qual assegura a todos o 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.

Analisando-se os dispositivos constitucionais, é possível depreender-se o conceito de desenvolvimento sustentável em *terrae brasiliis*, de cunho

nitidamente instrumental e antropocêntrico, alicerçado na ecologia rasa²⁷, ou seja, “significa manter/conservar para utilizar, explorar prudentemente para drenar os recursos naturais. Para evitar a escassez ecológica. O ponto de referência, único em si mesmo, é o ser humano” (LOURENÇO; OLIVEIRA, 2013, p. 378)²⁸.

Além do exposto, verifica-se que a Constituição Federal não esgota o conceito de desenvolvimento sustentável em razão de que o vincula a critérios econômicos e ao meio ambiente (mitigado), não incluindo a sustentabilidade ética e social, por exemplo. Isso impacta diretamente quando se aborda a responsabilidade estatal diante da terceirização, pois do modo como colocada a sustentabilidade constitucionalmente, o desenvolvimento sustentável deixa desprotegidas questões atinentes ao meio ambiente laboral, que envolvem tanto os aspectos físicos quanto os morais da relação de emprego.

Na medida em que a terceirização surgiu como uma das medidas a serem adotadas a fim de modernizar, desburocratizar e dotar de eficiência o Estado, emerge dúvida acerca da sustentabilidade dessa nova prática. Em outras palavras, questiona-se se a terceirização pelo Estado é capaz de

²⁷ “É antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos com situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de “uso”, à natureza. A ecologia profunda não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida.” (CAPRA, 1996, p. 24-25).

²⁸ As correntes que se preocupam com a relação homem-natureza de modo a tratá-los de modo recíproco, e não antagônico, dividem-se em duas de maior importância: uma conhecida como *deep ecology* ou ecologia profunda, conforme termo cunhado em 1972 pelo filósofo norueguês Arne Ness, e a outra denominada como ecologia rasa ou antropocêntrica mitigada (GRIMONE, 2012, p. 48). Enquanto aquela acredita que animais e vegetais possuem direitos que devem ser respeitados e que podem ser opostos ao ser humano, esta defende a ideia de que o homem respeitar a natureza, porém não reconhece os animais e os vegetais como sujeitos de direito detentores de direitos intrínsecos (GRIMONE, 2012, p. 48). Do art. 225 da Constituição Federal de 1988, depreende-se a adoção de um antropocentrismo alargado (LEITE, 2004, p. 55), também denominado mitigado ou reduzido na medida em que admite a existência de deveres humanos, ainda que indiretos, no que tange à natureza bem como a responsabilização dos humanos pelos recursos naturais frente às gerações futuras.

sustentar ambiental, ética, econômica, social e juridicamente o desenvolvimento?

No que tange à terceirização de atividades-meio do Estado, parece não haver divergência de que, economicamente, a terceirização se sustenta na medida em que diminui os gastos com efetivação de servidores por meio de concurso público e, conseqüentemente, enxuga a máquina estatal pela diminuição dos recursos gastos com folha de pagamento²⁹. Ao mesmo tempo, promove economia de recursos públicos e imprime agilidade e celeridade na execução de determinadas atividades, ditas acessórias ao funcionamento do aparelho estatal, que passam a ser exercidas pelas empresas contratadas e especializadas na execução desses serviços.

Paralelamente, a própria legislação prevê mecanismos de responsabilização do Estado caso a empresa contratada não arque com questões econômico-financeiras em relação a seus empregados e o Estado deixe de fiscalizá-la como são as disposições constantes nos parágrafos do art. 71 da Lei 8.666 conjugados com o Enunciado n° 331 do TST.

Interessante notar que a Lei n° 8.666/93, em seu art. 3°³⁰, preconiza o dever estatal de promover licitações sustentáveis³¹, ou seja, a necessidade de

²⁹ O § 1° do art. 18 da LC n° 101/2000 estabelece que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como "Outras Despesas de Pessoal". "O intuito do referido dispositivo é evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de ladear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso." (ADI 2.238-MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, julgamento em 9.8.2007, Plenário, DJE de 12.9.2008). A fim de interpretar o § 1° do art. 18 da LC n° 101/2000, a LDO n° 9.995/2000 esclareceu que não se considera como substituição de servidores e empregados públicos os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que simultaneamente sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade e não sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

³⁰ Art. 3° 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

observância, pelo Estado, do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da promoção do desenvolvimento sustentável. Todavia, não foi alterado o procedimento licitatório, que continua sujeito aos mesmos procedimentos e regras, mas o conceito de vantajosidade e os objetivos a serem perseguidos (CARVALHO, 2012, p. 5). Ocorre que, ao fazer tais previsões, a Lei nº 8.666/93 demonstra claramente sua filiação a critérios de cunho estritamente econômico sem adentrar em questões mais amplas relativas à “deep ecology”³².

Todavia, no que tange à sustentabilidade ambiental, a terceirização ainda carece de normatização, em que pese o trabalho decente também integrar a qualidade de vida digna e ser sinal de desenvolvimento de uma sociedade, sobretudo em tempos de neoliberalismo marcado pelo aumento da precarização do trabalho, do enxugamento programado das empresas, e dos trabalhos informal, infantil e escravo, conforme assevera Gisela Maria Bester e Damian Giomára Bester (2013, p. 2566).

Imagine-se um caso em que o Poder Público terceiriza suas atividades-meio à empresa contratada, que cumpriu fielmente os requisitos previstos no edital de licitação. Todavia, a empresa vencedora carece de um sadio ambiente laboral na medida em que pratica assédio moral em relação a seus

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)

³¹ São aquelas que priorizam a compra de produtos que atendem critérios de sustentabilidade, como facilidade para reciclagem, vida útil mais longa, geração de menos resíduos em sua utilização, e menor consumo de matéria-prima e energia. Para isso, é considerado todo o ciclo de fabricação do produto, da extração da matéria-prima até o descarte (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2010, Disponível em << <http://antigo.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=6694>>>).

³² A plataforma de princípios básicos sobre os quais se apoia a teoria ecológica profunda foi desenvolvida por Naess e Sessions e tem como norte as ideias de autorrealização e igualdade biocêntrica ou ecológica. Dentre os princípios sobre os quais se apoia a ecologia profunda, interessa a este estudo está relacionado à mudança ideológica, que consiste basicamente em uma nova percepção sobre a qualidade de vida e não na promoção de padrões de vida cada vez mais altos (LOURENÇO; OLIVEIRA; 2012, p. 311).

funcionários. Pergunta-se: o Estado pode ser responsabilizado por tal conduta? Observa-se que, para questões que carecem de mensuração ou de fiscalização eficiente, a legislação ainda é omissa.

Assim, pode-se referir que em se tratando de sustentabilidade ambiental, ética, social e jurídico-política, a legislação relativa à terceirização, principalmente a praticada pelo Estado, deixa a desejar em virtude de ainda não ter sido desenvolvida uma política capaz de conduzir todas as ações estatais a partir de valores éticos que visem a integrar todos os protagonistas da terceirização: Estado, empresas, trabalhadores, comunidade local, administradores públicos.

Por conseguinte, tem-se deixado à míngua a efetivação do direito fundamental à boa Administração Pública, o qual requer uma Administração Pública eficiente e eficaz, que seja proporcional cumpridora de seus deveres mediante a prática de atos com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas (FREITAS, 2009, p. 22).

Freitas (2009, p. 22) refere que ao direito fundamental à boa administração corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de direitos, regras e princípios constitucionais que a regem. Desse modo, o direito fundamental à boa Administração Pública, para ser satisfeito, requer a observância do somatório dos seguintes direitos subjetivos públicos: o direito à administração pública transparente; o direito à administração pública dialógica; o direito à administração pública imparcial; o direito à administração pública proba; o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas

eficiente), pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição (FREITAS, 2009, p. 22-23).

Entretanto, não efetivando o dever fundamental de prestar uma boa Administração Pública, o Estado corre o risco de, ao licitar a prestação de atividades-meio, contratar empresa que descumpra as leis trabalhistas no que diz respeito a aspectos não tangíveis. O risco se agrava quando aprovado o Projeto de Lei nº 4.330/04, pois as empresas privadas poderão terceirizar suas atividades-fim. Nesse caso, poderá ocorrer de o Estado, ao contratar determinada empresa para lhe fornecer certo produto, vir a comprar o produto fornecido pela terceirizada dessa empresa, que efetua sua produção em condições laborais precárias.

Frente ao exposto, em que pese seja inegável os avanços que o Estado conseguiu em termos de desburocratização e eficiência da máquina pública alcançados, em grande parte, pela prática da terceirização, verifica-se, ainda, a existência de lacunas jurídicas em relação a esse fenômeno, que podem ter sido deixadas desabrigadas propositalmente.

Entretanto, na medida em que cresce o desabrigo jurídico-político do trabalhador, aumenta proporcionalmente a irresponsabilidade estatal e, conseqüentemente, sua ineficiência, posto que não é medida apenas pela quantidade e celeridade do serviço público prestado, mas pela qualidade presente na prestação desse serviço.

5. Considerações Finais

Ao final deste trabalho, é possível depreender-se que a terceirização é prática adotada no âmbito estatal de modo mais veemente a partir da

publicação e promoção do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995) e se destina às atividades estatais acessórias, ou seja, aquelas que não implicam exercício de prerrogativas de poder.

Todavia, ao terceirizar o Estado não fica imune a responsabilidades, podendo vir a ser responsabilizado caso se constate que foi omissivo no seu dever de fiscalização e, neste caso, responderá subsidiariamente perante o trabalhador terceirizado por questões atinentes a débitos trabalhistas, fiscais e previdenciários da empresa contratada.

Em que pese o Projeto de Lei nº 4.330/04 esteja na iminência de ser aprovado, os termos dispostos nele não permitem inferir a possibilidade de o Estado terceirizar suas atividades-fim. Todavia, ainda não há respostas acerca da responsabilização estatal quando da contratação de empresas que terceirizam suas atividades-fim, principalmente no que diz respeito às condições laborais do empregado terceirizado.

A terceirização de atividades-fim pelo Estado também não é possível de ser deduzida do julgamento da ADI nº 1.923-DF, eis que, quando dos convênios firmados com organizações sociais, mediante contratos de gestão, o Estado não terceiriza suas atividades-fim, mas compartilha a promoção de atividades que não são sua exclusividade como é o caso de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde. Nesses casos, além o Estado não firmar contratos nos termos jurídicos propriamente ditos, também não está obrigado a licitar sendo constitucional o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, que prevê a dispensa de licitação nesses casos, e inaplicável o disposto no art. 175 da Constituição Federal.

Por outro lado, apesar de ser dado ao Estado terceirizar, quando ele assim o faz, não fica intocável no que diz respeito a responsabilidades. Em que pese a legislação prever a responsabilidade estatal econômica, não traz soluções a questões atinentes à sua responsabilidade ética, ambiental e social, por exemplo.

Desse modo, na medida em que a relação triangular que ora se apresenta requerer a presença da terceirização, da responsabilidade estatal e do desenvolvimento sustentável, na prática o que se verifica é a incompletude desse triângulo, eis que a responsabilidade estatal está afeita a critérios econômico-financeiros, assim como a sustentabilidade do desenvolvimento.

A solução preconizada requer uma mudança de paradigmas capaz de situar o Estado não no âmbito da ecologia rasa, como vem ocorrendo, mas no patamar da ecologia profunda, capaz de promover o reencontro entre a terceirização, o Estado e a sustentabilidade apontando rumo a índices de qualidade de vida, e não de promoção de padrões de vida cada vez mais altos e irrealistas, e, para isso, o trabalhador terceirizado deverá vir a integrar a relação Estado-empresa não juridicamente, eis que impossível pela linearidade da relação que se apresenta, mas ética, ambiental e socialmente.

6. Referências

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. Distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização. Disponível em <<
<http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/24.pdf>>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

BESTER, Gisela Maria; DAMIAN, Giomára Bester. Contratações públicas sustentáveis no Brasil a partir da regulamentação do art. 3º da Lei 8.666/93: o desenvolvimento nacional sustentável no âmbito da Administração Pública Federal. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 4, p. 2533-2575, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 2.271**, de 7 jul. 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200**, de 25 fev. 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *In: 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: 24 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 mai. 1943. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 mai. 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 4.320**, de 17 mar. 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 5.645**, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e

dá outras providências. Disponível em <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.102/83**, de 20 jun. 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7102.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.666/93**, de 21 jun. 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 25 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.987/95**, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.472/97**, de 16 jul. 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 27 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.637**, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9637.htm>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.995**, de 25 jul. 2000. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração da lei orçamentária de 2001 e dá outras providências. Disponível em << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9995.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, nov. 1995. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CCsQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.bresserpereira.org.br%2Fdocuments%2Fmare%2Fplanodiretor%2Fplanodiretor.pdf&ei=CtEAVfzENeWxsASa6YKQCA&usg=AFQjCNHBmQ3-eUzlwFdZkRxWoOH0ak51aQ>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Logística e Tecnologia da Informação. **Planejamento apresenta “licitação verde” em conferência latino-**

americana. Disponível em <<
<http://antigo.planejamento.gov.br/conteudo.asp?p=noticia&ler=6694>>>. Acesso
em: 9 jul. 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.330**, de 2004. Disponível em
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. STF. **ADC nº 16-DF**. Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno,
julgado em 03.12.2010, DJ 09.09.2011. Disponível em <<
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>>.
Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. STF. **ADI nº 1.266**. Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado
em 06.04.2005, DJ 23.09.2005. Disponível em <<
<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1613347>
>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

BRASIL. STF. **ADI nº 1.923-DF**. Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno,
julgado em 05.05.2015. Disponível em
<<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

BRASIL. STF. **ADI nº 2.238-MC**. Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em
9.8.2007, Plenário, DJE de 12.9.2008. Disponível em <<

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1651>>>. Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. TST. **Enunciado 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 31.05.2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=1507>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARVALHO, Juliane Erthal de. Licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento para a promoção do desenvolvimento sustentável. In: **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 66, ago. 2012. Disponível em <<
<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=66&artigo=678&l=pt>>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer destinado ao Instituto Brasileiro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil**. São Paulo: 2003.

Disponível em << <http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/parecerfabio.htm>>>.

Acesso em: 6 jul. 2015.

COMISSÃO BRUNDTLAND. **O Nosso Futuro Comum**. Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DAHRENDORF, Ralph. Sociologia e sociedade industrial. In FORACCHI, Marialice e MARTINS, José de Souza (orgs.). **Sociologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRIMONE, Marcos Ângelo. **O conceito jurídico de direito sustentável no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

HENDERSON, Hazel. **Além da globalização**. Modelando uma economia global sustentável. São Paulo: Cultrix, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Sustentabilidade; economia verde; direito dos animais; ecologia profunda; algumas considerações. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), nº 1.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Sustentabilidade insustentável? *In: Nilton Cesar Flores. (Org.). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces*. 1. ed. Campinas: Millennium, 2012, v. 1.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Sistema africano de proteção dos direitos humanos. **Carta africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos**. 1981. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.