“**ESTADO, ORDEM SOCIAL E PRIVATIZAÇÃO - AS TERCEIRIZAÇÕES ILÍCITAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, OSCIPs E DEMAIS ENTIDADES DO “TERCEIRO SETOR””**

**Resenha**

## Identificação do artigo

## O artigo de Tarso Cabral Violin intitulado *“Estado, Ordem Social e Privatização – As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do Terceiro Setor”* foi publicado originalmente no Blog do autor – “Blog do Tarso - ácido, mas sem perder a ternura jamais! Direito Administrativo - Licitações e Contratos Administrativos - Direito do Terceiro Setor Curitiba/PR” e, posteriormente, na Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 1, n. 10, p. 106-118, ago. 2012. Está disponível na Biblioteca Digital da Justiça do Trabalho no sítio eletrônico <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/97290>>.

## Apresentação do artigo

## O autor discute a temática das terceirizações na administração pública com base na sua própria opinião e de outros autores para os quais a Constituição tem um explícito viés social e não neoliberal. Para ele, a Constituição é clara ao responsabilizar o Estado como ator importante - e talvez principal - na questão social, principalmente na educação, saúde e assistência social. A partir dessa premissa, ele se posiciona claramente contrário às terceirizações enviesadas realizadas por órgãos públicos com o objetivo de alterarem o ordenamento jurídico brasileiro no sentido de permitir que o Estado repasse atividades próprias, serviços sociais, para o “terceiro setor”.

## Descrição da estrutura

## Este artigo se inicia com uma rápida introdução, onde o autor aponta a crescente desresponsabilização do Estado Brasileiro na execução direta de atividades sociais, passando esta incumbência para entidades privadas ou do terceiro setor. O desenvolvimento do artigo se desdobra em três partes. Na primeira, ele discute, de forma extensa, a obrigação do Estado Brasileiro na prestação direta dos serviços sociais, com base no que afirma, principalmente, a Constituição Federal. Aqui, ele desce no detalhe de demarcar quando o Estado possui uma responsabilidade exclusiva ou complementar nos mais diversos setores da administração pública. Na segunda parte, o autor discute os casos mais comuns de ilicitude das terceirizações, com destaque para a terceirização de atividades-fim com a burla ao instituto do concurso público. Não há lei expressa que impeça a terceirização da atividade-fim, mas ele afirma que a Justiça estabelece esta condição como presunção relativa de que, nesta situação, haverá fraude aos direitos dos trabalhadores. Na terceira parte, ele especifica as terceirizações por meio das entidades do terceiro setor que são, por princípio legal, organizações sem fins lucrativos. Em resumo, as terceirizações são parcerias, verdadeiros instrumentos criados para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.

**Descrição do conteúdo**

## Para Tarso Cabral Violin, de acordo com a Constituição Cidadã de 1988, o Estado Brasileiro é um Estado de bem-estar social e não um Estado neo-liberal. E faz, logo de partida, uma defesa enfática do Estado de bem-estar social com referências a autores, como Celso Bandeira de Melo. Ele norteia todo o seu artigo tentando responder a seguinte questão: a passagem de responsabilidades sociais do Estado Brasileiro principalmente para entidades do chamado “terceiro setor” é compatível com a Constituição da República?

## Percebe-se, assim, que a Constituição seria a grande referência para a obrigação do Estado na prestação dos serviços sociais, descendo nos detalhes de quando o Estado possui uma responsabilidade exclusiva ou complementar nos mais diversos setores da administração pública. Ele focaliza aqui como esta questão ocorre na saúde, educação, seguridade social, previdência social, assistência social, direitos culturais, meio ambiente, desenvolvimento científico e tecnológico, comunicação social, criança e adolescentes e povos indígenas.

## Recorrendo a autores como Celso Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Afonso da Silva, o autor entende que é permitido que a iniciativa privada preste serviços sociais, que serão fiscalizados e em alguns momentos autorizados pelo Poder Público, mas é obrigatório que o Estado tenha o seu aparelhamento para prestação direta desses serviços. Não tem fundamento jurídico a terceirização que tenha por objeto determinado serviço público como um todo. Assim, não é possível que determinado município repasse toda a gestão da educação ou da saúde pública para entidades do “terceiro setor”, como já está acontecendo pelo país afora.

## Os casos mais comuns de ilicitude das terceirizações são discutidos pelo autor, com destaque para a terceirização de atividades-fim da administração pública com a burla ao instituto do concurso público. Aqui, ele recorre, sobretudo, aos ensinamentos de Dora Maria de Oliveira Ramos. Para ela, tanto no âmbito privado quanto na Administração Pública, é possível a contratação de serviços ligados à atividade-meio do tomador do serviço, sendo ilícita a simples locação de mão-de-obra, com a existência de pessoalidade e subordinação direta à empresa tomadora do serviço, assim como também é contrário ao ordenamento jurídico a terceirização de atividades-fim.

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

## Tarso Cabral Violin dedica a última parte do seu trabalho para tratar especificamente das terceirizações por meio das entidades do terceiro setor, tomando como referências autores como Gustavo Justino de Oliveira, Fernando Borges Mânica e Walter Claudius Rothenburg. Para esses autores, as OSCIPS e as OSs devem atuar de forma distinta do Poder Público, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas por aquelas organizações, impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.

## Análise crítica

## Sentimos, de saída, um forte viés ideológico quando o autor faz uma defesa enfática do Estado de bem-estar social, afirmando, categoricamente, que o Brasil não é um Estado neo-liberal, de acordo com a Constituição de 88. Podemos até concordar com Tarso Cabral Violin, mas acreditamos que para ser um artigo científico, seria necessário um aprofundamento maior nessa questão bastante controversa. Por outro lado, não observamos uma relação muito estreita, como deveria ser, entre esse ponto de partida e as questões levantadas depois, quando ele condena as formas ilícitas de terceirizações pela administração pública. Acreditamos que ele deveria ser mais detalhado nessa relação.

## Como se trata de um artigo escrito em 2012, podemos afirmar que ele já apresenta alguns claros sinais de desatualização. Neste ano em curso, por exemplo, tivemos a aprovação da Lei 13.429/17, mais conhecida como a Lei das Terceirizações e quem tem levantado muitas controvérsias. No meio jurídico, há quem defenda sua inaplicabilidade na administração pública. Temos ainda a Instrução Normativa 05 (a IN 05), e esta sim, normatiza e modifica muitos instrumentos de gestão e fiscalização dos contratos oriundos do processo de terceirização pelo poder público. Essas normas recentes é que tem atraído os especialistas para um amplo debate neste ano em curso. Evidentemente que o artigo de Tarso Cabral Violin não tem como entrar nesse debate.

## Por fim, eu tinha a expectativa de encontrar questões mais específicas sobre a terceirização entre o setor público e as instituições do terceiro setor, já que isto estava, inclusive no título do artigo. No entanto, percebi que, praticamente, não existem no artigo diferenças fundamentais nesses contratos em comparação com as empresas privadas. Sabemos de uma certa onda de terceirizações com empresas do terceiro setor, principalmente na área da saúde pelas prefeituras, e que existe uma legislação específica em relação aos convênios entre o poder público e o terceiro setor, a lei 9.637/98 dos contratos de gestão com as organizações sociais, e a 9.790/99 com as OSCIPs. Acredito que deveria haver uma discussão mais profunda em relação a estas normas legais. De qualquer forma, percebemos que o foco maior do artigo era a defesa do instituto do concurso público.

## Identificação do autor

Tarso Cabral Violin é mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo da Universidade Positivo. Coordenador e Professor da Especialização em Direito do Terceiro Setor da Universidade Positivo. Autor do livro “Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica” (editora Fórum). Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Terceiro Setor (Fórum). Diretor Jurídico da CELEPAR - Companhia de Informática do Paraná. Advogado e Consultor Jurídico em Licitações e Contratos Administrativos, Direito Administrativo e Direito do Terceiro Setor.