

# CONAP

## 20 Anos da Conap na Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública

Andrea da Rocha Carvalho Gondim  
Ileana Neiva Mousinho  
Elaine Noronha Nassif  
Afonso de Paula Pinheiro Rocha  
Carlos Henrique Pereira Leite  
Organizadores(as)

 MPT | 2023



Andrea da Rocha Carvalho Gondim  
Ileana Neiva Mousinho  
Elaine Noronha Nassif  
Afonso de Paula Pinheiro Rocha  
Carlos Henrique Pereira Leite  
Organizadores(as)

# **CONAP**

## **20 Anos da Conap na Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública**

Brasília  
**MPT**  
2023

**Ministério Público do Trabalho  
Procuradoria-Geral do Trabalho**

*José de Lima Ramos Pereira* - Procurador-Geral do Trabalho

*Maria Aparecida Gugel* - Vice-Procuradora-Geral do Trabalho

*Gláucio Araújo de Oliveira* - Diretor-Geral

**Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho  
na Administração Pública - CONAP**

*Séfora Graciana Cerqueira Char* - Coordenadora Nacional

*Marici Coelho de Barros Pereira* - Vice-Coordenadora Nacional

**Comissão Organizadora:**

*Andrea da Rocha Carvalho Gondim* – Procuradora do Trabalho

*Ileana Neiva Mousinho* – Subprocuradora-Geral do Trabalho

*Elaine Noronha Nassif* - Procuradora do Trabalho

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha* -Procurador do Trabalho

*Carlos Henrique Pereira Leite* - Procurador do Trabalho

**Secretaria de Comunicação Social da PGT - Secom**

*Sebastião Vieira Caixeta* - Secretário de Comunicação Social

*Philippe Gomes Jardim* - Secretário de Comunicação Adjunto

**Arte da Capa**

*Cyrano Vital*

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Gráfica Movimento

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Biblioteca da Procuradoria-Geral do Trabalho)

C743

Conap : 20 anos na promoção da regularidade do trabalho na administração pública / Andrea da Rocha Carvalho Gondim, organizadores(as) ... [et al.]. – Brasília : Ministério Público do Trabalho, 2023.  
371 p.

Inclui notas explicativas e bibliográficas.  
ISBN nº 978-65-89468-35-6 (digital)  
ISBN nº 978-65-89468-36-3 (impresso)

1. Direito do trabalho. 2. Ambiente do trabalho. 3. Administração pública. 4. Contratação pública. 5. Sistema penitenciário. I. Gondim, Andrea da Rocha Carvalho. II. Brasil. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (Conap).

CDDir 341.6

# SUMÁRIO

7

---

## **Prefácio**

José de Lima Ramos Pereira

11

---

## **Mensagem do Primeiro Coordenador da CONAP**

Sebastião Vieira Caixeta

13

---

## **Agradecimentos**

15

---

## **Apresentação**

Andrea da Rocha Carvalho Gondim, Ileana Neiva Mousinho, Elaine Noronha Nassif, Afonso de Paula Pinheiro Rocha e Carlos Henrique Pereira Leite

## **PARTE 1 - MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

23

---

### **1.1. O Meio Ambiente do Trabalho dos Servidores Públicos e a Competência da Justiça do Trabalho à Luz do Artigo 114, I, da Constituição Federal**

Guilherme Guimarães Feliciano e Paulo Lemgruber

39

---

### **1.2. Direitos Humanos, Licença-maternidade Bilateral e Atuação Ministerial – os Novos Desafios do Direito**

Nicodemos Fabrício Maia e Alexsandro Machado Mourão

**67**

---

**1.3. Considerações sobre o Meio Ambiente do Trabalho dos Profissionais de Educação do Setor Público**

Andrea da Rocha Carvalho Gondim

**87**

---

**1.4. Saúde na Saúde: Cuidar de Quem Cuida**

Marcela de Almeida Maia Asfóra

**PARTE 2 – OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E FISCALIZATÓRIAS NAS CONTRATAÇÕES FIRMADAS POR ENTES PÚBLICOS**

**103**

---

**2.1. A Atuação do Ministério Público do Trabalho para a Prevenção de Ilícitos Trabalhistas nos Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados e de Obras. Passado, Presente e Futuro**

Ileana Neiva Mousinho

**129**

---

**2.2. A Responsabilidade Civil-trabalhista Subsidiária do Poder Público Concedente por Direitos Trabalhistas nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos**

Helder Santos Amorim

**161**

---

**2.3. A Organização Social como um Poderoso instrumento para Desvio de Recursos Públicos, Violação de Direitos e Fragilização das Relações de Trabalho**

Leonardo Romano Soares

**185**

---

**2.4. Prestação de Serviços a Terceiros, Intermediação de Mão de Obra e Pejotização**

Tadeu Henrique Lopes da Cunha e Renan Bernardi Kalil

**215**

---

**2.5. Processo Seletivo para Contratações de Pessoal no Sistema S. Uma Semana que Entrou para a História da CONAP**

Viviann Brito Mattos e Carlos Eduardo de Azevedo Lima

**PARTE 3 – TRABALHO NO SISTEMA PRISIONAL**

**237**

---

**3.1. Presídios e Trabalho da Pessoa Privada de Liberdade – Relato de uma Experiência no Ministério Público do Trabalho**

Marici Coelho de Barros Pereira e Ruy Fernando Gomes Leme Cavaleiro

**273**

---

**3.2. Terceirização na Administração Pública – Possibilidade de Terceirização em Atividades Acessórias das Penitenciárias e Panorama de *Compliance*. Proibição da Terceirização das Atividades de Policiais Penais**

Luiza Barreto Braga Fidalgo

**PARTE 4 – NOVAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO**

**291**

---

**4.1. Anti-institucionalismo e Assédio Eleitoral**

Elaine Noronha Nassif

**305**

---

**4.2. A Tendência Universalizante dos Direitos Fundamentais Trabalhistas e o Combate ao *Dumping Social***

Sebastião Vieira Caixeta

**335**

---

**4.3 A Inclusão Social e Produtiva de Catadoras e Catadores de Materiais Recicláveis e o Papel do Ministério Público do Trabalho**

Margaret Mattos de Carvalho

---

**4.4 Impasses nas Prestações de Contas das Organizações Sociais da Saúde e Desafios para Aprimorar o seu Controle**

Élida Graziane Pinto

---

## Prefácio

Em 14 de outubro de 2003, o Ministério Público do Trabalho criou a Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública - CONAP, por meio da Portaria PGT n.º 409, em cumprimento ao dever institucional de garantir o respeito às normas constitucionais trabalhistas e defender os interesses de trabalhadoras e de trabalhadores da Administração Pública Direta e Indireta.

Criada para traçar uma atuação uniforme em temas relacionados ao combate às fraudes trabalhistas na Administração Pública, seu protagonismo ocupou destaque ao trazer como questão prioritária ao MPT a saúde e a segurança do meio ambiente laboral na Administração Pública, em respeito aos 7º, XXII, e 39, § 3º, da Constituição Federal de 1988 e as Convenções n.º 155 e n.º 190, da Organização Internacional do Trabalho, independentemente do regime jurídico adotado - celetista ou estatutário - ao considerar a unidade do complexo público frente aos seus elementos degradantes, de ordem física, mental, virtual e comportamental, os riscos psicossociais e suas repercussões negativas para a vida digna, saudável, hígida e segura do ser humano:, empregada ou empregado; servidor ou servidora; terceirizada ou terceirizado, estagiária ou estagiário.

O mundo do trabalho de hoje sofreu várias reconfigurações ao longo dos 20 anos de vida da CONAP. Os temas de interesse da CONAP foram intensamente transformados nas últimas duas décadas. De modo emblemático, teve forte repercussão para a atuação do MPT o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.395, ao interpretar o inciso I do art. 114 da Constituição Federal de 1988, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/2004: retirou-se da competência da Justiça do Trabalho o julgamento e processamento de feitos que

---

1 CF/1988, Art. 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...].

envolvem relações de trabalho que sejam regidas sob o regime jurídico-administrativo.

Diante desse cenário que se delineava, o MPT permaneceu firme na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis quando se tratou de resguardar a segurança, a higiene e a saúde do meio ambiente do trabalho – uno e indivisível –, na forma cristalizada pela Súmula n.º 736 do Supremo Tribunal Federal: compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores.

As formas como a sociedade foi se organizando, trouxe à CONAP a oportunidade em ressignificar a sua atuação para que o MPT pudesse agir como indutor de políticas públicas, fortalecendo ainda mais saúde da pessoa trabalhadora, com destaque às questões afetas ao assédio moral organizacional, ao incentivo a projetos de empregabilidade das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional, a inclusão socioproductiva de catadores e catadoras de materiais recicláveis, que contribuem para a sustentabilidade do planeta, mas que necessitam das nossas articulações para a sustentabilidade das suas próprias atividades.

Com esse breve panorama, a obra é um presente entregue pela CONAP, em comemoração ao seu próprio aniversário de 20 anos, uma data importante que merecemos festejar: duas décadas de uma existência exitosa e de sucesso, que contempla reflexões em forma de artigos, produzidos por Membras e Membros do Ministério Público do Trabalho e por estudiosos que se debruçaram sobre temas que inquietam os operadores do Direito e que precisam ser estudados, refletidos, compartilhados e debatidos.

As lições aqui contempladas são ensinamentos valiosos que engrandecerão nossa jornada profissional e pessoal, para melhorarmos, cada vez mais, a vida do ser humano trabalhador e a moralidade pública, em prol da progressividade dos direitos humanos, incluindo-se o trabalho decente no âmbito da Administração Pública, frente às

normativas internacionais, aos comandos constitucionais e aos compromissos institucionais que assumimos, inclusive, frente as diretrizes traçadas pela Agenda 2030, da ONU, por meio do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.º 8.

Em nome do Ministério Público do Trabalho agradeço à Subprocuradora-geral do Trabalho Sandra Lia Simón, Procuradora-geral do Trabalho quando da criação da CONAP, ao Subprocurador-geral do Trabalho Sebastião Vieira Caixeta que inaugurou a atuação da CONAP, na condição de Coordenador Nacional, em parceria com a Procuradora Regional do Trabalho Cristiane Kraemer Gehlen Caravieri, que assumiu à época a Vice-Coordenação Nacional, às colegas e aos colegas subsequentes que enriqueceram a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública e enfrentaram temas e desafios que nos impulsionam ao aperfeiçoamento da nossa missão como promotores de direitos humanos.

Às autoras e aos autores deste livro, o nosso muito obrigado por ajudar a contar e construir a história do MPT na luta pela concretização dos valores e dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, pois somente com a nossa união e nosso esforço contínuo construiremos uma sociedade livre, justa, solidária e inclusiva, firme no respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à publicidade e à eficiência.

**JOSÉ DE LIMA RAMOS PEREIRA**

Procurador-Geral do Trabalho



---

# Mensagem do Primeiro Coordenador da CONAP

Tive a honra de ser o primeiro Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (Conap)<sup>1</sup>, tendo a colega Cristiane Kraemer Gehlen Caravieri na função de Vice-Coordenadora Nacional, por convite da querida amiga Sandra Lia Simón, hoje Subprocuradora-geral do Trabalho e então arrojada, revolucionária e profícua Procuradora-Geral do Trabalho, a quem rendo minhas sinceras homenagens.

Criada por intermédio da Portaria PGT n.º 409, de 14 de outubro de 2003, a Conap foi pensada para fazer frente a uma enormidade de desmandos que grassavam no âmbito da Administração Pública em geral, com nepotismo desenfreado, terceirizações ilícitas disseminadas, admissões despudoradas sem concurso público, desvirtuamento de cargos em comissão e de contratações temporárias aos borbotões, desvio de verbas públicas por meio da contratação de empresas, de organizações sociais (OS) e de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPI) de fachada.

Em articulação com a Câmara de Coordenação e Revisão e sob a orientação da Administração Superior do MPT, a Conap está apta, nos termos do seu regimento interno, a definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, em consonância com o princípio da unidade, respeitada a independência funcional; a fomentar a troca de experiências e a discussão sobre a temática da coordenadoria, visando à atuação uniforme e coordenada; a ampliar parcerias com órgãos governamentais e com entidades da sociedade, visando ao fortalecimento e à maior eficácia de sua atuação institucional; a fomentar a promoção de eventos (seminários, reuniões, oficinas), a fim de difundir a atuação Ministerial no combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública; a criar apoio logístico e institu-

---

1 Atualmente intitulada de “Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública”.

cional aos(às) membros(as) que atuam contra as desmandos trabalhistas na Administração.

Nesta data festiva, alusiva aos seus vinte anos, faz-se mister registrar os êxitos do trabalho profícuo realizado pelas Procuradoras e pelos Procuradores na Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública. Mais do que isso, urge o fortalecimento e a definição de novas estratégias para reposicionamento institucional da Coordenadoria para fazer face ao novo quadro de desregulamentação no âmbito público, de disseminação da terceirização, de relativização do princípio do certame público, tudo com vistas à preservação da probidade, à igualdade de acesso aos cargos públicos, à eficiência e à economicidade na prestação dos serviços públicos.

Viva a Conap!

**SEBASTIÃO VIEIRA CAIXETA**

Subprocurador-Geral do Trabalho

---

## Agradecimentos

A CONAP registra um agradecimento especial à Procuradora-Geral do Trabalho à época, Sandra Lia Simón, que assinou o ato de sua criação.

A CONAP também agradece aos Coordenadores Nacionais, relacionados em ordem cronológica, que, em diferentes períodos, contribuíram para o aperfeiçoamento da atuação Institucional:

*Sebastião Vieira Caixeta* 2003 - 2004 (Port. PGT n.º 409/2003)

*Fábio Leal Cardoso* 2004 - 2008 (Port. PGT n.º 80/ 2004)

*Vivian Rodriguez Mattos* 2008 - 2010 (Port. PGT n.º 78/2008)

*Alpiniano do Prado Lopes* 2010 - 2012 (Port. PGT n.º 281/2010)

*Antônio de Oliveira Lima* 2012 - 2013 (Port. PGT n.º 536/2012)

*Marici Coelho de Barros Pereira* 2013 - 2014 (Port. PGT n.º 673/2013)

*Rômulo Barreto de Almeida* 2014 - 2015 (Port. PGT n.º 756/2014)

*Claudio Cordeiro Queiroga Gadelha* 2015 - 2019 (Port. PGT n.º 687/2015)

*Carolina Vieira Mercante* 2019 - 2019 (Port. PGT n.º 21/2019)

*Ana Cristina Desirée B. F. Tostes Ribeiro* 2019 - 2020 (Port. PGT n.º 1.383/2019)

*Ileana Neiva Mousinho* 2020 - 2021 (Port. PGT n.º 1.149/2020)

*Andrea da Rocha Carvalho Gondim* 2021- 2023 (Port. PGT n.º 1.189/2021)

Igualmente, em ordem cronológica de assunção ao cargo, registra-se os agradecimentos às Vice-Coordenadoras e aos Vice-Coordenadores da CONAP:

*Cristiane Kraemer Gehlen Caravieri* 2003 - 2005 (Port. PGT n.º 409/2003)

*Vivian Rodriguez Mattos* 2005 - 2008 (Port. PGT n.º 133/2005)

*Carlos Eduardo de Azevedo Lima* 2008 - 2010 (Port. PGT n.º 156/2008)

*Antônio de Oliveira Lima* 2010 - 2012 (Port. PGT n.º 362/2010)

*Paulo Isan Coimbra da Silva Júnior* 2012 - 2013 (Port. PGT n.º 536/2012)

*Ruy Fernando Gomes Leme Cavaleiro* 2013 - 2015 (Port. PGT n.º 673/2013) e 2015 - 2019 (Port. PGT n.º 687/2015)

*Carolina Vieira Mercante* 2019 - 2019 (Port. PGT n.º 421/2017)

*Afonso de Paula Pinheiro Rocha* 2018 - 2019 (Port. PGT n.º 560/2018)

*Ana Cristina Desirée B. F. Tostes Ribeiro* 2019 - 2019 (Port. PGT n.º 21/2019)

*Ileana Neiva Mousinho* 2019 - 2020 (Port. PGT n.º 1.383/2019) e 2021 -2023 (Port. PGT n.º 1.189/2021)

*Mariana Casagrande* 2020 - 2021 (Port. PGT n.º 1.149/2020)

---

## Apresentação

A Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (CONAP) foi criada em 14/10/2003 (Portaria n.º 409, assinada pela Procuradora Geral do Trabalho, à época, Sandra Lia Simon), considerando o dever constitucional de o Ministério Público do Trabalho (MPT) defender a ordem jurídica, os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988) dos trabalhadores que, sob diversas formas de vínculos, diretos ou indiretos, prestam serviços para a Administração Pública.

Em sua evolução, a CONAP ampliou o seu escopo de atuação, para abranger, também, a promoção da regularidade do trabalho na Administração Pública sob a ótica das políticas públicas de trabalho que devem ser organizadas pelo Poder Público, em especial as relativas à ressocialização das pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional e a de inserção socioeconômica de catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis, vindo a criar dois importantes projetos de atuação nacional nessas áreas.

Assim, incumbe à CONAP articular as ações desenvolvidas nas Procuradorias Regionais do Trabalho em face dos entes da Administração Pública Direta e Indireta, no combate às irregularidades trabalhistas e na promoção de políticas públicas, buscando o intercâmbio com o Conselho Superior do MPT, a Câmara de Coordenação e Revisão, Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Res. n.º 157/2018, do CSMPT), Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) e a Corregedoria em matéria relacionada à sua área de atuação. Os membros e membras titulares e suplentes em cada estado da Federação atuam de maneira articulada com o Procurador-chefe para que seja direcionado o apoio necessário à promoção da regularidade trabalhista na Administração Pública e à promoção do trabalho decente de grupos vulnerabilizados, como as pessoas privadas de liberdade, egressos, catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis.

---

A atuação nacional busca o intercâmbio de experiências e discussões sobre o tema, sugerindo estratégias de atuação institucional, ampliando parcerias com órgãos governamentais e entidades da sociedade civil, visando ao fortalecimento e maior eficácia da atuação institucional, incluindo a promoção de eventos como seminários, reuniões, oficinas, a fim de difundir a atuação ministerial no combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública e providenciar apoio logístico e institucional aos membros (art. 1º do Regimento Interno).

Este livro marca a comemoração destes vinte anos de caminhada da coordenação, conjugando os temas que nortearam seus primeiros passos, como a defesa do concurso público e de processos seletivos para a contratação de pessoal, inclusive no sistema S, como rememoram a Procuradora do Trabalho Vivianne Brito Mattos e o Procurador do Trabalho Carlos Eduardo de Azevedo Lima; a atuação da coordenação na defesa do meio ambiente do trabalho e da saúde dos servidores públicos, além de lançar luzes em temas atuais que desafiam os membros e membras do MPT em sua atuação cotidiana, como a sólida análise do Procurador Regional do Trabalho Nicodemus Maia e do Analista Jurídico do MPT, Alessandro Mourão sobre a licença maternidade bilateral.

Atuações paradigmáticas e atuais são descritas nos artigos do Subprocurador-Geral do Trabalho Sebastião Caixeta sobre o combate ao *dumping* social, da Procuradora do Trabalho Elaine Nacif, sobre o assédio eleitoral, e da Procuradora do Trabalho Andrea Gondim sobre a violência nas escolas, revelando caminhos de atuação e lançando luzes sobre a prevenção dos riscos psicossociais, para preservação da saúde física e mental dos professores.

Importante frisar que, em seu nascedouro, a CONAP combatia irregularidades trabalhistas na Administração Pública, mas com a decisão do STF na ADI 3.395 que considerou que relações jurídico-administrativa são da competência da Justiça Comum, os membros e membras da CONAP ressignificaram a atuação da coordenação para ir além do combate às fraudes nas relações estatutárias na Administração Pública e passaram a promover ações relacionadas à regularidade do meio ambiente de trabalho, pois, no ambiente laboral dos entes públicos, convivem traba-

---

lhadores com diferentes tipos de vínculos com a Administração Pública: servidores públicos estatutários, empregados públicos regidos pela CLT, servidores contratados por tempo determinado (Lei n.º 8.745/1993), trabalhadores prestadores de serviços terceirizados, aprendizes e estagiários. Sobre o tema, a presente obra possui uma seção própria, na qual o Juiz do Trabalho Guilherme Guimarães Feliciano e o advogado Paulo Lemgruber analisam as decisões que sedimentam a atuação do MPT.

O projeto Saúde na Saúde, criado pela CONAP, continua balizado pela preocupação com a exposição permanente dos profissionais de unidades de saúde a agentes biológicos, químicos e físicos capazes de ocasionar acidentes de trabalho, como bem delineado pela Procuradora do Trabalho Marcela Ásfora em seu artigo sobre o tema. Mas a atuação inicial foi alargada, para incluir a investigação dos riscos psicossociais e a contratação de organizações sociais para administrar estabelecimentos de saúde, de cooperativas e de pessoas jurídicas de direito privado para a execução de serviços de saúde. Nesse ponto, os artigos do Promotor de Justiça Leonardo Romano Santana e da Procuradora do Ministério Público de Contas Élide Graziane Pinto, sobre a deturpação do modelo previsto em lei, para as organizações sociais, e dos Procuradores do Trabalho Tadeu Cunha e Renan Kalil, que se debruçam sobre as formas de prestação de serviços a terceiros, intermediação de mão de obra e pejotização, trazem importantes subsídios teóricos e práticos que auxiliam na detecção das fraudes nas contratações.

A atuação propulsora de políticas públicas é verificada em projetos da CONAP e em seção própria na presente obra. A Procuradora do Trabalho, Marici Coelho Pereira e o Procurador do Trabalho Rui Cavalheiro relatam suas experiências de atuação para adequação das condições de trabalho no sistema prisional; e a Procuradora do Trabalho Margaret Mattos escreve sobre a atuação na inserção socioeconômica de catadores e catadoras de materiais recicláveis, auxiliando-os e ao Poder Público na organização em associações e cooperativas e na formalização de contratos administrativos de prestação de serviços regulares e condignamente remunerados.

A Procuradora do Trabalho Luíza Fidalgo, por seu turno, em seu artigo, aborda as contratações terceirizadas no sistema prisional, sob a ótica da diferenciação entre atividades acessórias e atividades que envolvem a segurança na custódia da pessoa privada de liberdades, assim atividades ínsitas ao poder de polícia, cuja terceirização é proibida.

Nessa obra coletiva revela-se, portanto, a atuação da CONAP para a tutela dos trabalhadores na Administração Pública, com vistas a evitar fraudes e, em decorrência dessa atuação, houve natural aproximação com os Tribunais de Contas, sendo relevante citar a assinatura de termo de cooperação com o Instituto Rui Barbosa e com o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, com o objetivo de realizar capacitação dos gestores de contratos para aprimorar a fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados e de obras, para garantir os direitos dos trabalhadores e preservar o meio ambiente do trabalho.

Essa linha de atuação é abordada pela Subprocuradora-Geral do Trabalho Ileana Neiva Mousinho, no artigo sobre a prevenção de ilícitos trabalhistas nos contratos de prestação de serviços terceirizados e de obras, contextualizando passado, presente e futuro da atuação da CONAP e os caminhos que se descortinam para uma atuação mais resolutiva. O Procurador Regional do Trabalho Helder Santos Amorim analisa a responsabilidade civil-trabalhista subsidiária do Poder Público concedente por direitos trabalhistas nos contratos de concessão de serviços públicos, tema que desperta uma necessária atenção.

Atualmente, a CONAP também atua em face da administração pública quando realiza políticas públicas, como se evidencia no Projeto Saúde na Saúde, em defesa da saúde dos profissionais da área da saúde, e o Projeto de Fortalecimento da Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora do SUS (Projeto intercoordenadorias com a CODEMAT), que busca o fortalecimento da política de saúde da pessoa que trabalha no Sistema Único de Saúde, com a implementação da vigilância em saúde do trabalhador e o combate à subnotificação de agravos relacionados ao trabalho. Essa forma de atuação é destacada na feição da CONAP de Coordenadoria com forte atuação na implementação de políticas públicas.

---

Nesse sentido, o colegiado da CONAPA aprovou o Projeto Nacional para Inserção socioeconômica de catadores e catadoras de materiais (Projeto intercoordenadorias com a Coordinfância), estipulando estratégias de atuação para a promoção da inclusão destes trabalhadores, somado ao necessário enfrentamento do trabalho infantil na coleta do lixo e na promoção do trabalho decente (a exemplo das condições de saúde e segurança no trabalho), o que implica a regularização da contratação, pela Administração Pública, das associações e cooperativas de catadores e catadoras de materiais recicláveis, conforme disciplina a Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305/2010) e o Decreto Federal n.º 5.940/2010, objeto de análises no artigo da Procuradora do Trabalho Margaret Mattos, nessa obra coletiva.

A coordenação atua, por fim, em temas relacionados ao assédio moral na Administração Pública Direta e Indireta, sendo relevante mencionar a Nota Técnica do GT de assédio moral na Administração Pública, publicada em 2022, além de criação de grupo, coordenado pelo Procurador do Trabalho Thiago Castro, para tratar a questão da integridade na Administração Pública, realizado a partir de termo de cooperação com o ICMBIO, em dezembro de 2022, e a participação de membras da CONAP, Ileana Neiva Mousinho e Marici Coelho Pereira, no Grupo de Trabalho sobre Compliance Administrativo, instituído pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A CONAP também desenvolve o “Programa de Adequação das Condições de Trabalho no Sistema Prisional”, gerenciado pelos Procuradores do Trabalho Heiler Ivens de Souza Natali (Gerente) e Leonardo Osório Mendonça (Vice-Gerente). Nesse Programa, busca-se a regularização do meio ambiente do trabalho no sistema penitenciário e a promoção da empregabilidade de trabalhadores oriundos do sistema prisional, através do estímulo das políticas de cotas; realiza-se, coordena-se e subsidia-se o planejamento das operações para inspeções no sistema prisional e promove-se a atuação articulada com os parceiros estratégicos externos. Somente no primeiro semestre de 2023 foram instaurados 13 procedimentos preparatórios, 83 inspeções realizadas, 52 estabelecimentos inspecionados; inúmeras reuniões com Secretários de Segurança Pública e

Administração Penitenciária e 934 irregularidades constatadas durante as inspeções.

Este livro ganha, portanto, várias significações, sendo uma forma de comemoração pelas duas décadas de atuação aguerrida dos membros e membras do MPT e de agradecimento especial a todas as pessoas que fizeram parte da composição da CONAP, com o necessário resgate histórico dos desafios enfrentados, da luta cotidiana e dos objetivos que a CONAP se propõe em enfrentar, na busca por instituições públicas eficazes, transparentes e inclusivas, que respeitem os direitos dos trabalhadores e busquem a promoção do trabalho decente, em consonância com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS 16).

Apreciem a leitura, na certeza de ser uma obra envolta no mais alto espírito da defesa dos direitos sociais, revelado pela profícua atuação dos nobres e competentes autores dos artigos aqui reunidos.

**Andrea da Rocha Carvalho Gondim**

Procuradora do Trabalho  
Ex Coordenadora Nacional da CONAP

**Ileana Neiva Mousinho**

Subprocuradora Geral do Trabalho  
Ex Vice-Coordenadora Nacional da CONAP

**Elaine Noronha Nassif**

Procuradora do Trabalho

**Afonso de Paula Pinheiro Rocha**

Procurador do Trabalho

**Carlos Henrique Pereira Leite**

Procurador do Trabalho



**PARTE 1**  
**MEIO AMBIENTE DO**  
**TRABALHO**



# 1.1 O Meio Ambiente do Trabalho dos Servidores Públicos e a Competência da Justiça do Trabalho à Luz do Artigo 114, I, da Constituição Federal

**Guilherme Guimarães Feliciano<sup>1</sup>**  
**Paulo Roberto Lemgruber Ebert<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Em meados da década de 1990, o Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento no sentido de que *“compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”*, que viria a ser consolidado no enunciado de sua Súmula n.º 736.

Desde então, muito se discutiu a respeito da incidência da Súmula n.º 736 do Supremo Tribunal Federal com relação à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações civis públicas a

1 Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor (Universidade de Coimbra), Livre-Docente (Universidade de São Paulo) e Doutor (Universidade de Lisboa, Universidade de São Paulo) em Direito. Juiz do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região). Titular da Cadeira n. 53 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) no biênio 2017-2019. Coordenador-chefe dos Núcleos de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e “Meio Ambiente do Trabalho” (DTBS/USP).

2 Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Advogado. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisas em Meio Ambiente do Trabalho - GPMAT da Faculdade de Direito da USP e pesquisador associado ao Grupo de Pesquisas Constituição, Trabalho e Cidadania da Faculdade de Direito da UnB.

terem por objeto o cumprimento, por parte das instâncias integrantes da Administração Pública, das disposições legais concernentes à higidez do meio ambiente laboral a circundar seus servidores.

A questão ganhou ainda mais fôlego em 2021, quando a Ministra Rosa Weber deferiu monocraticamente medida liminar nos autos da Reclamação n.º 49.516/RO<sup>3</sup>, cujo teor suspendeu a tramitação de Ação Civil Pública no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região a ter por objeto a condenação do Estado de Rondônia à readequação estrutural das dependências da Polícia Civil daquela unidade federativa, em conformidade com as Normas Regulamentares editadas pelo Ministério do Trabalho.

Segundo o entendimento formulado na decisão monocrática em testilha, o prosseguimento daquela Ação Civil Pública nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho estaria, à primeira vista, em dissonância com o que havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.395/DF, cujo teor, em apertadíssima síntese, conferiu ao artigo 114, I, da Carta Magna interpretação conforme à Constituição no sentido de afastar a competência daquele ramo especializado do Poder Judiciário para o processamento e julgamento das controvérsias de ordem laboral a envolver o Poder Público e seus servidores, haja vista a natureza *estatutária* do vínculo mantido entre estes últimos e aquele primeiro<sup>4</sup>.

Posteriormente, a Ministra Rosa Weber acabou por reconsiderar o teor da sobredita decisão e a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da Reclamação, em 13.6.2022, reconheceu a inexistência de identidade material entre o tema em discussão e o objeto discutido nos autos da ADI n.º 3.395/DF.

Não obstante o julgamento em definitivo da Reclamação n.º 49.516/RO na seara jurisdicional, o tema nela discutido ainda suscita reflexões sob o enfoque acadêmico, na medida em que os parâmetros

3 BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO Nº 49.516/RO. RELATORA: Ministra Rosa Weber. 1ª Turma. DJ: 21.6.2022.

4 BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.395/DF. RELATOR: Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. DJ: 1º.7.2020.

---

tradicionalmente utilizados no Direito pátrio para diferenciar os regimes jurídicos dos trabalhadores privados e dos servidores públicos não leva em consideração a estruturação das condições laborais e da organização dos fatores de produção que integram o conceito de meio ambiente do trabalho.

Diante disso, o presente artigo buscará investigar o escopo abrangido pelo regime jurídico próprio dos servidores públicos - que tem justificado até hoje a distinção em relação às regras gerais aplicáveis aos trabalhadores privados, inclusive por ocasião do julgamento da ADI n.º 3.395/DF - bem assim a incidência das diretrizes constitucionais e legais pertinentes à estruturação do meio ambiente do trabalho a circundar os agentes que desempenham seu labor para o Estado.

Ao fim e ao cabo, ter-se-á a exata medida dos fatores que integram o regime jurídico próprio dos servidores públicos e que fundamentaram, nos termos da ADI n.º 3.395/DF, a exclusão destes últimos das regras aplicáveis à generalidade dos trabalhadores, bem assim dos elementos que irmanam estes últimos e os referidos agentes estatais e que são determinantes para a delimitação, em concreto, da competência da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114 da Constituição Federal.

## **1 O REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A RELAÇÃO DE TRABALHO. ESCOPO DA ADI N.º 3.395/DF**

Tradicionalmente, a distinção entre a relação empregatícia tradicional e o vínculo funcional a permear a Administração Pública e os seus servidores reside no regime de direitos e obrigações a que se submetem uns e outros.

Sob tal lógica, enquanto os dois polos da relação empregatícia tradicional (*empregado* e *empregador*) dispõem de certo grau de liberdade e de autonomia para fixar as condições recíprocas de prestação e de contraprestação do labor, os indivíduos submetidos ao vínculo funcional (os *servidores públicos*) se encontram estritamente atados ao regime imposto unilateralmente pelo Estado, ou seja,

---

ao *estatuto* que delimita suas obrigações funcionais, prerrogativas e direitos<sup>5</sup>.

A razão para a prevalência de tal distinção no Direito Administrativo e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consiste no fato de que os servidores públicos, ao contrário dos empregados privados, não apenas personificam a figura do Estado no trato cotidiano com os cidadãos e no desempenho das atividades inerentes à suas respectivas funções, como também lidam com interesses públicos no regular exercício de seus misteres<sup>6</sup>.

Justamente por tal razão, ainda segundo a lógica ora exposta, não haveria espaço, nas relações laborais entabuladas entre o Estado e seus servidores, para a formulação de acordos de vontades entre aquele primeiro e estes últimos, pois a primazia do interesse público, corporificado na figura da Administração Pública, estaria a impor, impreterivelmente, a prevalência dos desígnios coletivos tutelados pelo ente público em tais relações.

Nesse sentido, já asseverava José Antonio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, ao comentar a Constituição Imperial de 1824, que *“os empregados públicos são estabelecidos no interesse do serviço social, e não no seu interesse individual, para manter os direitos dos cidadãos.”*<sup>7</sup>

Foi justamente tal ideário a predominar desde os primórdios do Brasil independente, que serviu de fundamento para o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n.º 3.395/DF, reafirmar a teoria *institucionalista* do vínculo funcional com o Poder Público para subtrair da esfera de competências atribuídas à Justiça do Trabalho pelo artigo 114, I, da Constituição Federal, as controvérsias laborais travadas entre a Administração Pública e seus servido-

---

5 ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 119-120.

6 MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo. Volume II. Das pessoas**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 277-278.

7 BUENO. José Antonio Pimenta. **Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1958, p. 428.

---

res, conforme atesta a transcrição dos trechos pertinentes do voto condutor:

O Sr. Ministro Alexandre de Moraes:

VOTO

[...]

Cabe se desconsiderar qualquer espaço para uma leitura interpretativa do inciso I do art. 114 da Constituição Federal que admita como competente a Justiça do Trabalho para julgamento de causas que alcancem relações jurídicas laborais, figurando em um dos polos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e no outro os seus Servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas autarquias e fundações públicas. As relações laborais entre os Entes federativos e seus Servidores somente são dotadas de juridicidade, aliás, compaginando-se com o entendimento encampado e pacificado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para a expressão ‘relações de trabalho’, acaso observando essas como relações puramente de Direito Administrativo, isto é, como relações decorrentes, não de contrato civil de trabalho, mas de estatuto jurídico específico.

[...]

É à luz do exposto que permanece jurídica a definição adotada pela Decisão cautelar que chancelou a monocrática liminar, proferida nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, no sentido de não tomar por incluído pelo inciso I do art. 114 da Constituição Federal, ‘em seu âmbito material de validade, as relações de natureza jurídico-administrativa dos servidores públicos’ (ADI 3.395 MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Pleno, 5/4/2006), sendo daí cabível a interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto. VOTO, pois, por, conhecendo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395, DAR-LHE PARCIAL PROCEDÊNCIA, confirmando a decisão liminar concedida e fixando, com aplicação de interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, que o disposto no inciso I do art. 114 da Constituição Federal não abrange causas ajuizadas para

discussão de relação jurídico- estatutária entre o Poder Público dos Entes da Federação e seus Servidores.”

Tal orientação, a justificar a manutenção da competência da Justiça Comum (Estadual ou Federal, a depender do caso) para a apreciação das controvérsias relacionadas à prestação laboral dos servidores à Administração Pública ou à contraprestação a eles devida por esta última, já havia sido chancelada pelo Supremo Tribunal Federal em 1992, por ocasião do julgamento da ADI n.º 492/DF, que teve por objeto a impugnação do artigo 240, “d” e “e”, da Lei n.º 8.112, de 11.12.1990<sup>8</sup>.

Naquela ocasião, a exemplo do que ocorreu na ADI n.º 3.395/DF, prevaleceu a tese formulada pelo Ministro Carlos Velloso no sentido de que a distinção existente entre os *empregados privados* e os *servidores públicos* no tocante (i) à fixação das condições para a prestação do labor; (ii) à natureza das atividades desempenhadas por uns e por outros; (iii) aos interesses envolvidos em seus respectivos misteres e (iv) ao caráter *estatutário* – e não *contratual* – do vínculo mantido entre o Estado e os ocupantes de seus cargos, impunha a declaração de inconstitucionalidade dos sobreditos dispositivos legais:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTÁRIOS. C.F., ARTS. 37, 39, 40, 41, 42 E 114. LEI N. 8.112, DE 1990, ART. 240, ALINEAS “D” E “E”. I - SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTÁRIOS: DIREITO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA E À AÇÃO COLETIVA FRENTE À JUSTIÇA DO TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.112/90, ART. 240, ALINEAS “D” E “E”. II - SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTÁRIOS: INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DOS SEUS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA ALINEA “e” DO ART. 240 DA LEI 8.112/90. III - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

[...] VOTO. [...]

8 BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 492/DF. RELATOR: Min. Carlos Velloso. Plenário. DJ: 12.3.1993.

---

O Exmo. Ministro Carlos Velloso. [...]

Trabalhador e servidor público, pois, têm conceito próprio, conceitos diferentes: trabalhador é, de regra, quem trabalha para empregador privado, inclusive os que prestam serviço a empresas públicas, sociedades mistas e entidades estatais que explorem atividade econômica (C.F., art. 173, § 1º). Trabalhador é, de regra, o que mantém relação de emprego, é o empregado, o que tem empregador, e empregador é, em princípio, o ente privado. Porque poderá haver, no serviço público, trabalhadores regidos pela CLT, o poder público, nestes casos, assumirá a condição de empregador. [...]

Sob o ponto de vista legal, portanto, trabalhador é o 'prestador de serviços tutelado', de cujo conceito excluem-se os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio. Posta assim a questão, examinemos a norma matriz da competência da Justiça do Trabalho, que se contém no art. 114 da Constituição:

(...omissis...)

À Justiça do Trabalho compete, pois, conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, incluídos entre estes os entes de direito público externo e interno. Quer dizer, conciliará e julgará os dissídios entre trabalhadores e empregadores. Se, conforme vimos de ver, o conceito de trabalhador não é o mesmo de servidor público, a Justiça do Trabalho não julgará dissídios de servidor público e poder público, mesmo porque poder público não emprega, dado que o regime do servidor público com o poder público é 'o regime de cargo, de funcionário público — não o de emprego', ou 'o regime designado, entre nós, como estatutário.

Da análise do entendimento formulado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão proferido na ADI 3.395/DF que, ao fim e ao cabo, reafirmou o que fora consagrado na ADI n.º 492/DF, observa-se que a interpretação conforme à Constituição ali conferida à expressão "*relação de trabalho*" constante do artigo 114, I, da Lei Maior se limita

---

às controvérsias de natureza *laboral* a envolverem, de um lado, os servidores públicos e, de outro, as pessoas jurídicas de direito público.

Desse modo, apenas as lides que tiverem por objeto a discussão a respeito das prestações e das contraprestações devidas reciprocamente pela Administração Pública e por seus servidores, com previsão nos correspondentes estatutos legais de regência, é que estarão afastadas da esfera de competências atribuídas pelo artigo 114, I, à Justiça do Trabalho.

## **2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A ESTRUTURAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

A limitação semântica conferida pelo Pretório Excelso à expressão “*relação de trabalho*” fixada textualmente no artigo 114, I, da Constituição Federal, não abrange as controvérsias concernentes à estruturação do *meio ambiente de trabalho* a circundar os indivíduos que desempenham suas atividades profissionais nas dependências onde funcionam as pessoas jurídicas de Direito Público.

Com efeito, o direito ao *meio ambiente do trabalho adequado*, a compreender a higidez dos elementos materiais e imateriais condicionantes do bem estar e da qualidade de vida que circundam os indivíduos no desempenho de suas profissões, configura uma garantia assegurada, indistintamente, a qualquer indivíduo alocado em atividades ocupacionais, independentemente da natureza do vínculo por ele mantido com seu(s) tomador(es) de serviços, nos termos dos artigos 200, VIII e 225, *caput*, da Constituição Federal.

Em reforço a tal constatação, é digno de nota que o artigo 7º, XXII, da Constituição Federal assegura à generalidade dos trabalhadores o direito à “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”, de modo que o artigo 39, § 3º, da Carta Magna reafirma expressamente a aplicabilidade do inciso em apreço também para os servidores públicos.

---

De fato, a expressão *meio ambiente* conforma um conceito unitário, pois engloba todos os elementos naturais e artificiais que circundam os seres humanos e que são essenciais para a manutenção de sua integridade física e psíquica. Na precisa definição de Michel Prieur, é ele o “conjunto de fatores que influenciam o meio no qual o homem vive”<sup>9</sup>. Por essa singela razão, as diretrizes principiológicas que norteiam o tema se aplicam de forma plena a todas as subdivisões do meio ambiente (cultural, digital, do trabalho, urbano, rural etc.).

Sendo o *meio ambiente do trabalho*, portanto, uma parte desse amplo conjunto, as questões atinentes à organização das condições de trabalho, à estruturação das dependências funcionais, do mobiliário, do maquinário etc., bem como à gestão de recursos humanos, deverão pautar-se pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na legislação ordinária a respeito do tema.

Desse modo, ante a o caráter unitário do escopo tuitivo inerente ao *meio ambiente do trabalho*, tem-se que presença de um mesmo fator de risco labor-ambiental, em igual medida, para servidores públicos, empregados privados e trabalhadores autônomos que porventura venham a compartilhar idêntico espaço físico, ensejará, para os respectivos indivíduos, o mesmo grau de proteção advinda dos mencionados dispositivos constitucionais, independentemente do caráter estatutário, celetista ou civil dos vínculos por eles mantidos com seus tomadores de serviços.

Para o *meio ambiente do trabalho*, em síntese, a natureza do vínculo funcional e o *status* dos sujeitos coletivos e individuais nas relações jurídicas por eles entabuladas é fator indiferente para fins de imputação das responsabilidades em concreto. O que importa, aqui, é o enquadramento objetivo como *poluidor*, na dicção do artigo 3º, IV, da Lei n.º 6.938, de 1º.8.1981, da “*pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, [que ocasiona], direta ou indiretamente [...] degradação ambiental*”.

---

9 PRIEUR, Michel. **Droit de l´environnement**. 5<sup>e</sup> Édition. Paris: Dalloz, 2004, p. 3.

Uma vez identificados os agentes poluidores – aí incluídas as pessoas jurídicas de direito público -, serão eles instados, nos termos do artigo 14, § 1º, do sobredito diploma legal, “*a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, [independentemente da existência de culpa].*”

Assim, todo aquele que arregimentar trabalhadores sob quaisquer modalidades contratuais ou arranjos jurídicos e tiver por incumbência a delimitação (i) das condições físicas de trabalho; (ii) a fixação das metodologias e da dinâmica inerentes ao desempenho das respectivas atividades e (iii) a gestão da definição e da distribuição das tarefas, será responsável pelo equilíbrio de tais elementos e será, conseqüentemente, considerado *poluidor* caso a tal estruturação resulte na degradação do *meio ambiente laboral* por ele conformado de forma inadequada, de modo a materializar quaisquer das hipóteses delineadas no artigo 3º, III, da Lei n.º 6.938/1981<sup>10</sup>.

Logo, se os “*entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” mencionados textualmente no artigo 114, I, da Constituição Federal, submeterem seus servidores, no curso de uma *relação de trabalho* de natureza estatutária, a riscos potencialmente nocivos à sua integridade psicofísica, se enquadrarão plenamente na figura jurídica do *poluidor*, assim definida no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e no artigo 3º, III e IV, da Lei n.º 6.938/1981.

Uma vez materializada tal hipótese, não se estará diante de uma controvérsia de natureza eminentemente *laboral* estabelecida entre a Administração Pública e seus servidores a ter por objeto a prestação dos serviços ao ente estatal e sua contrapartida que foi subtraída da expressão *relação de trabalho* constante do artigo 114, I, da Carta Magna pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da interpretação conforme à Constituição levada a cabo quando do julgamento da ADI n 3.395/DF.

10 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Responsabilidade civil no meio ambiente do trabalho. Nexa causal, nexa normativo e Teoria da Imputação Objetiva. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2021, P.255-256.

Para fins de tutela do meio ambiente laboral, a interpretação sistemática do artigo 114, I, em conjunto com os artigos 200, VIII, 225, *caput*, e § 3º, da Constituição Federal indica que a expressão “*relação de trabalho*” abarca em seu sentido e alcance, indistintamente, todos os vínculos funcionais porventura mantidos entre tomadores e prestadores de serviços – aí incluídos aqueles entabulados entre o Estado e seus servidores–, pois o cerne da responsabilidade de cariz ambiental reside, justamente, na identificação objetiva da figura do *poluidor* e na imposição, a este último, das prestações específicas e das reparações correspondentes à degradação por ele ocasionadas, independentemente de suas configurações peculiares<sup>11</sup>.

Nesse sentido, bem calha o magistério de Nestor Pedro Sagüés sobre a interpretação sistemática do texto constitucional, quando o referido autor argentino salienta que “*no hay cláusulas solitarias en la Constitución, ya que ella es un todo unitario, que sus normas deben ser comprendidas de manera entrelazada entre si y que el intérprete no debe conferir relevo al sentido de alguno de sus preceptos*”<sup>12</sup>.

É exatamente tal exegese extraída objetivamente da leitura conjunta dos artigos 114, I e 200, VIII e 225, *caput* e § 3º, da Constituição Federal que inspira e justifica a subsistência da Súmula n.º 736 do Supremo Tribunal Federal mesmo após o julgamento da ADI n.º 3.395/DF, ao dispor que “*compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores*”.

Tem-se, portanto, que os casos concretos a envolverem o descumprimento dos dispositivos tutelares do meio ambiente de trabalho por parte da Administração Pública configuram nítidos supostos de *distinguishing* em relação à ADI n.º 3.395/DF, que é conceituado por Teresa Arruda Alvim Wambier e por Bruno Dantas como as situações em que *no se aplica um precedente a um caso porque esse caso apresenta uma*

11 ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito Ambiental do Trabalho**. Mudanças de paradigma na tutela à saúde do trabalhador. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.238.

12 SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La Interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998, p.139.

*peculiaridade qualquer, que justifica o afastamento da regra fixada anteriormente daquele caso, embora o precedente sobreviva.*"<sup>13</sup>.

Justamente com arrimo em tal constatação, o próprio Supremo Tribunal Federal e os Ministros Relatores, por intermédio de decisões monocráticas, vêm rechaçando as reclamações constitucionais que buscam fazer incidir o julgamento proferido nos autos da ADI n.º 3.395/DF às situações concernentes à observância às normas gerais de saúde, segurança e higiene do trabalho por parte dos órgãos da Administração Pública:

RECLAMAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ADI 3.395. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMPRIMENTO DE NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO.

Não há identidade estrita com o decidido na ADI 3.395-MC o debate sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ação civil pública, cujo objetivo é impor a ente público o cumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho (no caso, hospital público no qual trabalham não apenas servidores estatutários, mas também funcionários terceirizados, submetidos à CLT)." (Destacou-se). BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO N.º 20.744/DF. RELATOR: Ministro Luis Roberto Barroso. 1ª Turma. DJ: 24.2.2016.

[...]

Na espécie vertente, a Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região determinou a remessa do procedimento administrativo em foco ao Ministério Público Estadual, ao fundamento de que os guarda-vidas teriam sido contratados por tempo determinado pelo Município de Vitória/ES. Assim, nos termos do que teria sido assentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395, 'trata[ndo-se] de regime especial administrativo, compet[iria] à justiça estadual comum processar e

13 WAMBIER. Teresa Arruda Alvim; DANTAS. Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, p.186.

---

julgar controvérsias entre o Município e seus servidores, ainda que a contratação tenha ocorrido em caráter precário ou desvirtuado” (fl. 98).

Esse entendimento não foi perfilhado pelo Procuradoria-Geral da República, que distinguiu a questão envolvendo o descumprimento de direitos sociais trabalhistas daquela tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395. Nessa linha, realçou: [...] Na espécie, a Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região instaurou inquérito civil público para apurar o descumprimento das normas relativas ao meio ambiente de trabalho dos guarda vidas contratados pelo Município de Vitória. Como se vê, o referido inquérito civil servirá de base para a propositura de ação civil pública a ser ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, com o fim de exigir do Poder Público do Município de Vitória o cumprimento de normas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. De fato, a controvérsia não tem como pano de fundo causa entre a Administração Pública e servidores a ela vinculados, isto é, não se volta a questão em torno de qualquer direito que decorra do regime jurídico administrativo, mas sim, de direito social trabalhista, de alcance coletivo geral, pouco importando a diversidade dos regimes jurídicos dos trabalhadores, uma vez que todos eles estão submetidos às mesmas condições de trabalho (fls. 121-122, grifos nossos). Como apontado pela Procuradoria-Geral da República, a natureza do vínculo jurídico que une os guarda-vidas ao ente público municipal não está em questão naquele procedimento administrativo, que apura irregularidades no meio ambiente de trabalho dos Guarda-Vidas (fl. 8), pelo que inexistiria contrariedade ao que decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF, tampouco óbice à atuação do Ministério Público do Trabalho. (Destacou-se). BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA N.º 2.169/ES. RELATORA: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Decisão monocrática. DJ: 26.9.2013. [...]

Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho ad-

---

ministrativo que se estabelece originalmente. Agravo regimental não provido. Na hipótese, observo que o Juízo reclamado entendeu que a competência para julgar o presente feito seria da Justiça do *Trabalho*.

[...]

A matéria, embora envolva o pagamento de parcela, diz respeito ao *meio ambiente de trabalho* (CF, arts. 225, *caput*, e 200, VIII), inserindo-se na competência da Justiça do *Trabalho*. A hipótese é de incidência de distinguishing que afasta a aplicação da interpretação conferida pelo STF no julgamento da ADI n.º 3.395-6. Isso porque as normas sobre *meio ambiente de trabalho* devem servir para resguardar todos os trabalhadores que exercem suas atividades em um mesmo recinto, sendo irrelevante a qualificação jurídica da relação de *trabalho*. Trata-se de medida que tem por objetivo a saúde e a segurança da coletividade dos trabalhadores que prestam serviço naquele *ambiente de trabalho*, sejam eles inseridos numa relação contratual trabalhista ou submetidos ao regime jurídico administrativo. Dessa forma, não há justificativa jurídica ou fática plausível para cindir o meio ambiente em setores, considerando o regime jurídico de trabalho, sendo competente para decidir sobre a matéria a Justiça do Trabalho, independente da natureza do vínculo jurídico. (Destacou-se) BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.º 43.746/DF. RELATOR: Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática. DJ:8.10.2020.

Resta delimitada, portanto, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as questões relativas à estruturação do meio ambiente laboral dos servidores públicos, haja vista que a matéria em apreço se encontra inserida no âmbito de incidência do artigo 114, I, da Constituição Federal lido em conjunto com os artigos 7º, XXII, 39, § 3º, 200, VIII, e 225, *caput*, da Carta Magna, bem assim à luz do enunciado da Súmula n.º 736 do Supremo Tribunal Federal.

---

## CONCLUSÃO

Ao cabo das assertivas formuladas no presente artigo, é possível concluir que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI n.º 3.395/DF não se aplica às hipóteses em que se discute o descumprimento, por parte da Administração Pública, das exigências normativas concernentes à higidez do *meio ambiente laboral*, porquanto a restrição semântica formulada, àquela ocasião, pelo Pretório Excelso à expressão “*relação de trabalho*” constante do artigo 114, I, da Constituição Federal se limita às controvérsias de caráter eminentemente laboral porventura existentes entre o Estado e seus servidores.

Desse modo, remanesce a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar “*as ações oriundas da relação de trabalho*” entabulada entre a Administração Pública e seus servidores, quando as referidas demandas tiverem por objeto a adequação do *meio ambiente laboral* às condições de saúde, segurança e higiene do trabalho exigidas por lei ou a reparação dos prejuízos eventualmente materializados em decorrência da violação a tais preceitos, podendo o Ministério Público do Trabalho, por conseguinte, instaurar os inquéritos cabíveis sucedidos, quando for o caso, das correspondentes Ações Civis Públicas.



---

## 1.2 Direitos Humanos, Licença-Maternidade Bilateral e Atuação Ministerial: Os Novos Desafios do Direito

Nicodemos Fabrício Maia<sup>1</sup>  
Alexsandro Machado Mourão<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente texto faz uma análise dos direitos garantidos constitucionalmente, em especial a igualdade e o repúdio à discriminação de gênero e por orientação sexual em face do direito à licença-maternidade bilateral, entendida como aquela que deve ser concedida quando duas mães adotam ou tem o filho por procedimento genético. Tal direito encontra fundamento em todo o ordenamento jurídico e cria uma nova situação, a possibilidade de seu deferimento às duas mães, vez que cada uma é destinatária, individualmente, do direito, pois a cada uma se remete um fato gerador, ainda que o mesmo para ambas.

O trabalho aborda ainda a participação do poder judiciário nos julgamentos sob perspectiva de gênero e a atuação do Ministério Público, como agente constitucionalmente definido como guardião do direito e da ordem constitucional, em especial aqueles de relevância social e veiculados, em sua base, nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

- 
- 1 Procurador Regional do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da Sétima Região. Graduado em Direito e Mestre em Sociologia.
  - 2 Chefe da assessoria jurídica do 1º. Ofício na Procuradoria Regional do Trabalho da Sétima Região. Doutor e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará/UECE. Graduado em Direito e Filosofia.

## 1 DOS COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS AO JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao cabo do processo político que findou o período ditatorial e, com a abertura democrática, iniciou-se a formação do novo Estado brasileiro, fundamentado em princípios já reconhecidos no âmbito internacional, mas que se encontravam obstados em sua concreção, vez que se vivia uma ditadura. É nesse panorama de refundação que nasce a nova Constituição, carregada de sentidos e princípios com fortes obrigações ao estado, em uma tentativa de reduzir desigualdades das mais diversas naturezas, como de gênero, de raça e tantas quanto, além de marcar uma busca de políticas públicas que tivessem o condão de diminuir o fosso social que separa as classes sociais e econômicas até hoje.

Uma marca importante desse período de construção da Constituição Federal foi, sem dúvida, a efervescência dos debates públicos após tantos anos de silenciamento. Desses debates um que chama especial atenção é a discussão sobre os direitos das mulheres e qual o seu papel na nova sociedade baseada na democracia e igualdade. E aqui, a igualdade que se descortinava nos debates transcendia a mera formalidade, se firmando como uma igualdade também em seu aspecto material.

E é, nesse panorama constitucional, que vale a lição de Barroso sobre o direito à igualdade:

todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui a igualdade formal – o direito a não ser discriminado arbitrariamente na lei e perante a lei – assim como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários (a igualdade como reconhecimento). É nesse domínio que se colocam temas controvertidos como ação

afirmativa em favor de grupos sociais historicamente discriminados, reconhecimento das uniões homoafetivas, direitos dos deficientes e dos índios, dentre outros;<sup>3</sup>

Era essa a igualdade que os movimentos de mulheres buscavam no processo constituinte, para além da mera formalidade, entendendo a todos e todas como sujeitos de direitos no novo cenário constitucional. Essa luta foi encampada pelas próprias mulheres, que tomaram para si o protagonismo político, abrindo frestas em barreiras até hoje existentes no espaço político. A necessidade de formulação das políticas, a partir das próprias mulheres é condição, inclusive como elemento de autonomia e participação política, se reafirmando como sujeito de direito, em uma perspectiva *habermesiana*:

[...] os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado.<sup>4</sup>

Nesse cenário de lutas por espaço político, as demandas feministas ganham dimensões até então não experimentadas nos ambientes de poder do Brasil, sedimentando assim a ideia de igualdade em suas acepções formal e material. Apesar disso, analisando a participação feminina no legislativo brasileiro na época da constituinte<sup>5</sup> observa-se um déficit numérico, desequilibrando e impossibilitando, desde 1988 o que se percebe hoje como constitucionalismo feminista, que “provocará e confrontará o poder decisório e promoverá a adoção

3 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

4 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

5 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mulheres Constituintes**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/mulher-constituente>.

de novas políticas articulatórias equitativas para o Poder Constituinte, na qual deve considerar homens e mulheres iguais<sup>6</sup>. E o mesmo problema permanece com as barreiras estruturais que reduzem a participação das mulheres na política até os dias de hoje.

Porém, apesar de consolidado no corpo constitucional o conceito de igualdade, que não permite discriminação, se não a positiva, por meio de políticas afirmativas, a realidade social ainda chama a atenção por conta das condições de trabalho em que as mulheres recebem menos pelos mesmos trabalhos desempenhados por homens<sup>7</sup>, além de dupla jornada<sup>8</sup> e outras formas de preconceito estrutural de gênero.

Na esteira dessas lutas que marcaram a transição constitucional que desembocou no estado democrático atual, em construção permanente, frise-se, também outros atores ganharam corpo, além dos movimentos feministas, como o movimento negro e LGBTQIAP+<sup>9</sup>.

Quanto ao movimento LGBTQIAP+ o marco do reconhecimento de direitos, com garantia constitucional, foi o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, que tratavam do casamento igualitário. No referido julgamento conduzido pela relatoria do então ministro Carlos Ayres Brito, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o conceito de entidade familiar da Constituição precisava ser entendido como plural e não limitador, como vazado nas letras do texto. E assim decidiu o Supremo:

“[...] 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA.

6 BAINES, Beverly; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi. **Feminist Constitutionalism: Global Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

7 ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/199919-relat%C3%B3rio-da-oit-aponta-que-mulheres-recebem-20-menos-do-que-homens>.

8 VALOR ECONÔMICO. **Dupla jornada faz mulheres trabalharem 3,1 horas a mais que homens**. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/04/26/dupla-jornada-faz-mulheres-trabalharem-3-1-horas-a-mais-que-homens.ghtml>.

9 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região. **LGBTQIAP+: Você sabe o que essa sigla significa?** Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/465934>.

A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUcionista. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítica-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art.

226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoa do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, verbis: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. [...]”<sup>10</sup>

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal entendeu que não deve ser “excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo”<sup>11</sup>.

Enquanto marco constitucional dos direitos da população LGBTQIAP+ vale ainda destacar a decisão de junho de 2019, também

10 STF. ADPF 132. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe de 14- 10-2011.

11 STF. ADI 5971. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5971, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe de 25-9-2019.

do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup> que reputou inconstitucional a omissão do poder legislativo em criar leis com o objetivo de punir condutas de discriminação por orientação sexual, como explica André Ramos Tavares:

O Congresso Nacional, em inércia legislativa já bem conhecida da sociedade brasileira, que tem ultrapassado os limites do razoável e do reconhecido “tempo político” do Parlamento, deixou de editar lei criminalizando os atos de homofobia e transfobia ou, de maneira geral, atos atentatórios aos direitos e liberdades da comunidade LGBT. Trata-se de imputação necessária, de exemplo de mandado constitucional de criminalização, a fim de tutelar com efetividade os direitos fundamentais de todos, incluindo a comunidade LGBT em suas particularidades e dificuldades históricas.<sup>13</sup>

Assim, com essas linhas, fica claro que o ordenamento jurídico interno, apesar de não resolver o problema em sua totalidade, repudia qualquer possibilidade de discriminação, seja ela por gênero ou seja ela por orientação sexual. Tanto é assim que a igualdade a que a constituição se refere diz respeito a reconhecer as diferenças entre as pessoas, pois que tratar igualmente é entender que a sociedade se faz plural, com respeito e sem discriminação negativa.

Para além desses verdadeiros mandamentos civilizatórios no âmbito do direito interno, há também um vasto arcabouço de documentos internacionais no mesmo sentido, repudiando a discriminação, como os Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPS)<sup>14</sup>, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher<sup>15</sup>, Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Elimi-

12 STF. ADO 26. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção (MI) 4.733. Rel. Ministro Celso de Mello.

13 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18°. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

14 ONU. Organização das Nações Unidas. **Princípios de Empoderamento das Mulheres (WEPS)**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>.

15 BRASIL. **DECRETO N.º 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o

nação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002)<sup>16</sup>, Convenção n.º 103 da OIT<sup>17</sup> e Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho<sup>18</sup>.

Como se todos esses mandamentos não já fossem fortes o suficiente no combate à discriminação, em 14 de março de 2023 o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução tornando obrigatória a observância do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero<sup>19</sup>. Tal protocolo se dirige a todo o poder judiciário e tem como objetivo promover a igualdade nos julgamentos, evitando assim os estereótipos e a discriminação negativa. O referido protocolo retorna ao debate sobre igualdade, para além da mera formalidade e identificando as diferenças como elementos da sociedade, a necessidade de uma igualdade material ou substantiva:

O problema de subempregos, trabalho não pago, estereotipificação e violência de gênero são todos fenômenos que não resultam (apenas) de leis que tratam indivíduos diferentemente, de maneira irracional. São fruto de desigualdades estruturais. Ou seja, o que importa, realmente, não é o fato de alguns grupos serem tratados de maneira diferente, mas, sim, o fato de deterem menos poder e, portanto, ocuparem uma posição inferior. Assim como no caso do racismo recreativo, a concepção de igualdade como diferença de tratamento também se propõe como neutra, mas não é: ela reflete a realidade daqueles que detêm poder e que não encaram problemas relacionados à subordinação.

---

Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm).

- 16 BRASIL. **DECRETO N.º 4.316, DE 30 DE JULHO DE 2002**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm).
- 17 OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 103 - Amparo à Maternidade**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235193/lang--pt/index.html](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.html)
- 18 OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS\\_336958/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/WCMS_336958/lang--pt/index.htm).
- 19 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

Se o problema fosse o tratamento diferenciado irracional entre indivíduos, um princípio da igualdade que demanda o tratamento igualitário bastaria. Mas, se entendemos o problema como sendo a subordinação, essa concepção não basta; precisamos de um princípio voltado a dismantelar hierarquias. Essa formulação da igualdade já existe e se chama igualdade substantiva ou então, antissubordinatória. A utilização do princípio da igualdade é, muitas vezes, associada a grandes demandas constitucionais. Em geral, em ações de controle concentrado, voltadas à declaração de inconstitucionalidade de normas. Sua utilização, entretanto, não se limita à declaração de inconstitucionalidade. É possível aplicar o princípio da igualdade também nas decisões do dia a dia, como ferramenta analítica e guia interpretativo para decisões atentas a gênero.<sup>20</sup>

No mesmo passo, com o declarado objetivo de promoção de direitos humanos e combate a todas as suas formas de violação, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou em 1º de março de 2023 a Recomendação CNMP n. 96/2023<sup>21</sup>. O objetivo do documento é recomendar a todos os órgãos do Ministério Público brasileiro uma especial atenção à proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente o combate a todas as suas formas de violação. Tal norma reforça para o Ministério Público brasileiro, dentro de seu leque de atribuições constitucionais e legais, sua vocação como garantidor dos direitos humanos. Em sua exata dicção, assim se apresenta o documento:

Recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público a observância dos tratados, convenções e protocolos internacionais de direitos humanos, das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte

20 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

21 CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP**. EDIÇÃO Nº 36 | DISPONIBILIZAÇÃO: Terça-feira, 28 de fevereiro de 2023 | PUBLICAÇÃO: Quarta-feira, 1º de março de 2023.

---

Interamericana de Direitos Humanos; e dá outras providências.<sup>22</sup>

Logo, a guarda dos direitos humanos encontrou, no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministério Público como seu agente permanente além de sua incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa maneira, a igualdade, compreendida a partir das diferenças e sua proteção, bem como o repúdio a qualquer forma de discriminação são fundamentos do próprio estado brasileiro, em suas relações internas e externas, como verdadeiro direito e, principalmente, garantia de direitos às pessoas vulnerabilizadas, como mulheres e pessoas LGBTQIAP+.

Ainda, é necessário também para fins do presente texto entender que esses diversos conjuntos de pessoas não se encontram em caixas, estanques, mas sim nos movimentos da sociedade, que na maioria das vezes se forma a partir de mais de uma categoria com dinâmicas e interações que contemplam múltiplas perspectivas e formas diversas de subordinação e desvantagens interdependentes, constituindo assim o que se chama de interseccionalidade. Entender tal conceito se mostra tão necessário que, inclusive, se encontra debatido no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

A ideia de que experiências de opressão de gênero variam de acordo com outras formas de opressão há muito tem sido tratada no Brasil e, nos anos 1990, foi conceitualizada pela academia como interseccionalidade, termo que dialoga com o conceito de discriminação múltipla ou agravada de que trata a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.<sup>23</sup>

---

22 CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **DIÁRIO ELETRÔNICO DO CNMP**. EDIÇÃO Nº 36 | DISPONIBILIZAÇÃO: Terça-feira, 28 de fevereiro de 2023 | PUBLICAÇÃO: Quarta-feira, 1º de março de 2023.

23 CNJ. Conselho Nacional de Justiça (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> e [www.enfam.jus.br](http://www.enfam.jus.br).

---

E, é nessa interseccionalidade representada pelas categorias mulher, mãe e homossexual que se descortina a temática do presente texto em face do direito à licença-maternidade bilateral.

## 2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE BILATERAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É nesse contexto constitucional, marcado pelas garantias internas e externas que emerge as novas conformações familiares, inclusive, com o termo “*Direito das Famílias*” para assinalar a pluralidade de formas, como explica Maria Berenice Dias:

Como a linguagem condiciona o pensamento, é necessário subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Desse modo, a expressão Direito das Famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, tenham a formação que tiver.<sup>24</sup>

As novas formas de famílias, ou simplesmente *Famílias*, como explica a autora, não estão sujeitas a discriminação, sendo destinatárias, em seu conjunto ou individualmente observadas, de todos os direitos a que qualquer pessoa, na mesma condição tenha, incluindo aí a licença-maternidade, que para o seu deferimento não há limitador fora da condição de ser mãe e segurada.

Partindo dessas linhas introdutórias do presente estudo, surge para Estado o desafio de coadunar garantias constitucionais com as novas realidades e, é nesse contexto que se busca defender a possibilidade de licença-maternidade bilateral, ou seja, deferidas a ambas as mães, no mesmo contexto gestacional ou de adoção.

---

24 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Ainda que fosse possível supor que para as novas formas de famílias não há legislação específica, tal argumento não seria suficiente para obstar a percepção da referida licença, pois que o julgador tem em suas mãos, além de todos os instrumentos constitucionais, legislativos e internacionais acima destacados, a função criadora do direito, como explica Dias:

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para a Justiça negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de chancela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprido pelo magistrado, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Como essa atividade legiferante ao caso concreto é determinada pela lei, não há que se falar em ativismo judicial sempre que o juiz decide sem que disponha de previsão legal. Aliás, essa é a sua missão maior, constitui a função criadora da justiça.<sup>25</sup>

Nesse mesmo sentido é a lição do Ministro Luís Roberto Barroso:

[...] A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável

25 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

homoafetiva (i.e., entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual.<sup>26</sup>

Dessa forma, resta claro, conforme todas as determinações constitucionais vistas, que a licença maternidade é direito garantido à mãe que ostenta a condição de segurada, não sendo possível qualquer outro limitador, sob risco de se cair em uma armadilha discriminatória.

A licença-maternidade compõe o rol de proteção legislativa ao trabalho da mulher e foi regulamentada na CLT e garantida como um direito constitucionalmente reconhecido, que tanto é dirigido à trabalhadora quanto ao seu filho, pois que a relação entre mãe e filho e os direitos que se apresentam em tal quadro são indissociáveis.

Do ponto de vista trabalhista, é uma das hipóteses de interrupção do trabalho<sup>27</sup>, porém com a remuneração efetuada pela previdência social. Esse regramento busca proteger a mulher de possíveis ações discriminatórias de seu empregador, que de outro modo teria que arcar com a remuneração. Então, visando proteger a mulher, acertadamente a legislação transferiu o ônus econômico para a previdência social. A licença-maternidade, não está sujeita a limitadores de ordem conceitual, pois que é direito da mãe e o conceito de mãe se impõem como uma realidade fática ou biológico-fática. Na primeira hipótese seriam os casos em que não há a gestação, mas uma das modalidades de adoção. No segundo caso estaríamos diante da maternidade como consequência de um processo biológico de gestação. De qualquer forma, por uma ou outra acepção, o direito da mãe não pode ser mitigado, sendo-lhe conferida a licença-maternidade em sua totalidade.

Assim, pontos relacionados à conformação familiar, orientação sexual ou outros elementos que venham a tangenciar a questão da

26 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

27 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

---

licença-maternidade não devem ser levados em consideração, principalmente como limitadores da percepção do direito.

No presente debate acerca da licença-maternidade para mãe que não gestou, em relação homoafetiva, a interseccionalidade, é um ponto fundamental a ser entendido. Isso porque as realidades de cada marcador de vulnerabilização são diferentes. Assim, muitas vezes o mesmo direito perpassa mais de uma categoria. Como é o caso da licença-maternidade bilateral. Se, por um lado a conquista do direito a licença maternidade é inarredável e uma conquista das mulheres, por outro lado a conquista de igualdade de direitos, das pessoas LGBTQIAP+ também é irrenunciável e impossível a sua não observância.

No debate do presente texto fica claro que negar a condição de mãe a quem é mãe, equivale a negar a igualdade substancial pois estaria discriminando a mulher por ser gay. O direito ao reconhecimento da maternidade é o cerne da questão, a licença é a decorrência lógica desse direito. E, no caso em análise, qual seja a licença-maternidade bilateral, impossível dizer que apenas uma é mãe. Mais impossível ainda nos casos em que há material genético de uma e gestação na barriga da outra. Isso se dá tanto pelo conceito em sua acepção biológica, já que guarda material genético, quanto no conceito social do termo.

Diante do conceito de mãe, que não pode ser retirado da mulher, seja em sua acepção biológica, jurídica ou social não cabe como fundamento para negar a licença-maternidade bilateral, a justificativa de que apenas a uma caberia tal direito, ou mesmo que aos homens não há esse direito bilateral. No primeiro caso seria negar a condição de mãe, no segundo caso seria criar uma falsa impressão de equivalência, pois que na atualidade muito já se discute sobre novas formas de licença-paternidade e sua ampliação.

Para além de todos esses apontamentos, o ordenamento jurídico nacional não deixa outra possibilidade, se não a constitucionalidade e legalidade da licença-maternidade bilateral. Partindo do texto da Cons-

---

tituição Federal, em seu art. 6º, *caput*, são elencados os direitos sociais que delinham as relações:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.<sup>28</sup>

Pela leitura do artigo fica claro que o constituinte guardou especial atenção à maternidade, como direito social, além da proteção à infância, que perfazem uma relação direta, entre um e outro direito. Dada essa proteção ampla qualquer interpretação constitucional envolvendo tais direitos não pode ser restritiva, ao contrário, devem ser amplas.

Na mesma Carta, resta claro que o benefício da licença-maternidade não pode ser restrito à condição de gestante, tanto é assim, que em seu art. 201, inciso II, a proteção é deferida “especialmente” à gestante e não exclusivamente à gestante:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;<sup>29</sup>

E, para não deixar qualquer margem a dúvidas, o art. 203, que trata da assistência social, reforça esse sistema protetivo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

---

28 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 6º. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

29 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 201. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...] <sup>30</sup>

Se não bastassem os artigos acima colacionados, importante também a proteção especial que a maternidade tem no âmbito internacional:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS <sup>31</sup>

[...]

Artigo XXV — 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. **A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais.** Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. **(grifado)**

A proteção à maternidade da trabalhadora não se dirige apenas a ela, mas também ao seu filho. Assim, diante da importância desse instituto, afirma o Ministro Alexandre de Moraes que “A *ratio* dessa norma, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido.” <sup>32</sup>

Outro ponto que merece análise é a titularidade do direito à licença-maternidade, vez que não pode ser negado sob o argumento de que apenas uma das duas mães faria jus a tal benefício previden-

30 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 203. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

31 ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>

32 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

---

ciário. Tal titularidade não pode ser mitigada, como visto acima, dado o caráter especial de proteção que reveste a maternidade, seja no direito pátrio ou internacional. Quanto ao caso em debate, a proteção à maternidade, é direito inerente a quem é mãe, sem qualquer diferenciação, se biológica ou adotiva e reconhecido e documentado pelo Estado. Assim, a certidão de nascimento, que deverá constar as duas mães, não deixará dúvidas de serem ambas titulares do direito a ter a sua maternidade reconhecida e protegida, inclusive com tal condição garantida pelo Estado brasileiro, em documento oficial.

Mais um ponto aqui importante é delinear o vínculo em que foi constituído, seja por adoção ou nos casos em que uma mãe fornece óvulos para gestação na barriga de sua esposa. Se é mãe por ter doado os óvulos e nessa condição estar assentado em registro, ou mãe, na condição de adotante, vez que não gestou e também está assentado no registro. Por uma ótica ou outra, impossível descaracterizar a condição de mãe, inclusive diante da possibilidade de ambas amamentarem sua prole.

Assim, ambas são inegavelmente mães, o que cria o fato gerador para a condição da licença, mesmo que das duas. Como não há na Constituição, como não poderia haver, qualquer impeditivo para uma condição jurídica onde ambas são mães, negar a maternidade a uma delas é impor a discriminação à aquela outra.

Basta entender que se uma delas fosse mãe por adoção, faria jus ao benefício. Mas o fato é que se uma cedeu os óvulos é também mãe biológica, com o direito de criar, amamentar e educar. Ainda, explica Flávio Martins:

O Supremo Tribunal Federal se utilizou da interpretação sistemática, por exemplo, no Recurso Extraordinário 778.889, que versou sobre a equiparação do prazo da licença-adotante ao prazo de licença-gestante. Segundo o STF, “A licença-maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença-gestante quanto a licença-adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade

---

entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. [...]

Maior exemplo encontramos na ADPF 132/RJ, que reconheceu ser família a união homoafetiva, equiparando-a à união estável (embora o texto constitucional mencione apenas a união entre homem e mulher). Segundo o STF, “como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito. [...] Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças.”<sup>33</sup>

Sobre a titularidade do direito debatido, explica André Ramos Tavares:

No art. 6º da Constituição do Brasil, que indica os direitos sociais, não se encontra restrição quanto às pessoas que seriam titulares desses direitos, salvo a titularidade que decorre da própria natureza do direito indicado, como no caso do direito à infância, do direito à proteção da maternidade e da assistência aos desamparados. Salvo tais situações, os demais direitos, como a saúde, a educação e o lazer, não contam com nenhum condicionamento quanto aos beneficiários.<sup>34</sup>

A condição de mãe é irrenunciável, de forma que a proteção a tal condição também o é, como observado nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

---

33 NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

34 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

É interessante notar que o STF ressaltou que a proteção à maternidade, expressa no art. 6º da Constituição da República como direito fundamental, é irrenunciável. Essa premissa embasou a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei trabalhista que sujeitavam o afastamento da mulher grávida ou lactante de atividades insalubres à apresentação, por ela, de atestado de saúde. Proclamou-se que “a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido” (ADI 5.938, DJe de 23-9-2019).<sup>35</sup>

Assim, se a própria titular não pode renunciar e nem a Constituição Federal criou óbice, não pode haver na lei e nem em sua interpretação qualquer forma de impedir o alcance dessa proteção, absolutamente importante.

Negar a licença-maternidade bilateral é negar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana à mãe, pois estaria o estado-juiz discriminando o filho e o privando do convívio garantido e salutar, numa importante fase de sua existência terrenal, por se tratar de uma relação onde há duas mães.

A Constituição não faz qualquer ressalva, ou exclusão à condição de mãe, que é a condição necessária ao deferimento da licença-maternidade. Uma vez que não há qualquer ressalva, essa não pode ser criada por legislador ordinário, pois estaria reduzindo o alcance da proteção estabelecida em norma hierarquicamente superior.

Pensar diferente, ou seja, aceitar que a não evolução da norma, frente às mudanças sociais e novas formas de famílias e parentalidades pode obstar a consecução de direito constitucionalmente garantido é abrir perigoso precedente para a discriminação. Tal negativa, no tema em análise, acarreta negativa da condição de mãe, o que não pode ser permitido no direito.

35 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, Série IDP, 2021.

---

Assim, resta cristalino que na Constituição Federal não há qualquer óbice ao deferimento da licença-maternidade bilateral, na verdade, da leitura sistemática dos dispositivos constitucionais, o deferimento se impõe como medida de proteção integral à criança e à maternidade.

O direito é dúctil, evolui e não involui, e não uma instituição estática, de natureza contemplativa, incapaz de acompanhar a evolução social e, assim, enfrentar os novos desafios e o combate a qualquer tipo de discriminação, sendo essa a sua essência fundamental. Tanto assim o é que a partir de 2002 (Lei n.º 10.421) a lei passou a estender à mãe adotiva o direito a licença maternidade nas mesmas condições que mãe gestante, como visto.

Acerca da dinâmica do direito em relação ao tema em estudo, vale a leitura do texto de Frederico Amado:

Um importante precedente já havia sido aberto no Conselho de Recursos da Previdência Social no dia 28 de agosto de 2012 através da 1ª. Câmara de Julgamento. Isso porque o referido órgão do Ministério da Economia reconheceu o direito a um casal de segurados que mantinham relação homoafetiva que adotaram uma criança. Nesse sentido, colaciona-se notícia extraída do site do extinto Ministério da Previdência Social:

BENEFÍCIOS: Decisão do CRPS concede salário-maternidade para segurado em união homoafetiva. Segurado será informado por carta da decisão do CRPs. 28/08/2012 – 12:26:00 Da Redação (Brasília) – Uma decisão inédita, no âmbito da Previdência Social, marcou o julgamento da 1ª. Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), nesta terça-feira (28). Pela primeira vez, um homem que tem uma união homoafetiva e adotou uma criança terá direito ao salário-maternidade, concedido pelo CRPS. A decisão, unânime entre os conselheiros, foi baseada nas análises da Constituição Brasileira e do Estatuto da Criança e Adolescência (ECA), que garantem o direito da criança aos cuidados da família, e na concessão do benefício pelo INSS a uma segurada que também

---

mantem união homoafetiva. No pleito, o segurado, que mora no Rio Grande do Sul, argumentou que, perante a Constituição, todos são iguais e a não decisão favorável pelo benefício seria um caso de discriminação, por já ter sido favorável para a união entre duas mulheres. Ele participou do julgamento por videoconferência. “Eu e meu companheiro queremos ter o mesmo direito de cuidar de nosso filho, assim como as duas mulheres tiveram. Além disso, os cuidados e atenção são um direito da criança, não meu ou do meu companheiro. Quem sabe com essa decisão outras crianças possam ter o mesmo direito.”

Em 2008, o INSS concedeu o salário-maternidade para um pai solteiro. Neste mês, a Justiça de Campinas (SP) determinou a concessão do salário-maternidade a um pai solteiro, similar ao concedido à mulher. Segundo o presidente do CRPS, Manuel Dantas, o fato do segurado manter uma relação homoafetiva não interferiu no julgamento do caso. O que foi levado em conta é a concessão de salário-maternidade para um homem. A decisão, porém, vale apenas para o caso específico. Para que todos os homens tenham direito, o INSS teria que mudar as normas que regem a concessão do benefício. “Enquanto as normas não forem alteradas, as pessoas precisarão entrar com recursos. Contudo, o CRPS, em suas decisões, reflete o pensamento da sociedade, já que é composto por ela. É uma oportunidade da Previdência Social avançar na legislação e se adequar aos anseios da sociedade”, disse Manuel Dantas. Após a decisão do CRPS, o INSS deverá mandar uma carta comunicando a decisão ao segurado e a concessão do benefício. O salário-maternidade é devido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção”.<sup>36</sup>

---

36 AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

---

Negar o reconhecimento de uma mãe ser mãe, em decorrência de se tratar de uma relação homoafetiva, onde apenas uma delas poderia ostentar tal título é discriminatório e, portanto, atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois ambas possuem o direito básico de amamentação.

Caso exista argumento no sentido de negar a licença-maternidade bilateral, esse deverá, obrigatoriamente, primeiro resolver o desafio de saber se a condição de se tratar de uma relação homoafetiva, notadamente entre duas mulheres, tem o condão de despir uma delas da condição de mãe. Em essência, o debate não trata se há direito a licença-maternidade, mas sim se existe algum limitador a tal direito, o que como visto, não existe nos limites além das balizas constitucionais, do argumento acerca da maternidade bilateral.

Quando se fala em maternidade bilateral, em princípio estamos diante de pelo menos dois pontos de debate que são indissociáveis, a maternidade por via da adoção e a maternidade por reprodução assistida em que uma das mães gesta e a outra doa os óvulos para fecundação, havendo assim, biologicamente, duas mães. Como visto, uma vez que não há diferença entre filhos havidos por adoção e gestação, também não deve haver qualquer tipo de discriminação pelo mesmo motivo em razão da licença. Explicando tal ponto, Maria Berenice Dias, uma das principais pesquisadoras acerca da temática que envolve o direito das famílias, assim leciona:

O advento das técnicas de reprodução assistida acabou com alguns ditados populares. Entre eles: a mãe é sempre certa! A partir da possibilidade de a gravidez ocorrer mediante o uso de material genético de outras pessoas, bem como de a gestação ser levada a termo por alguém que cede o útero – a chamada barriga de aluguel –, mãe não é a que gesta. Pai não é quem cede material genético. No processo reprodutivo das uniões homoafetivas é necessária a utilização de material genético de mais pessoas. Nos casais femininos, vez por outra, o óvulo de uma das parceiras é fecundado in vitro, com sêmen de doador anônimo, o embrião é implantado na outra. Casais masculinos utilizam o

---

sêmen de ambos que, fecundado em laboratório, é implantado no útero de quem vai levar a gestação a termo. E nem buscam, depois do nascimento, identificar quem é o pai biológico. Diante deste leque enorme de possibilidades, o registro do nascimento não pode ser levado a efeito exclusivamente com a apresentação da Declaração de Nascido Vivo (DNV). Afinal, a gestante pode não ser a genitora. Nem quem cedeu o óvulo nem quem levou a gestação a termo desejavam assumir a maternidade. Tais avanços no campo da engenharia genética têm permitido o registro do filho em nome de quem vai assumir a parentalidade. De outro lado, se o projeto parental é de todos os envolvidos no processo reprodutivo assumirem o filho, é possível que o registro seja levado a efeito em nome de todos. O procedimento reprodutivo é regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina e o assento de nascimento do filho havido por técnica de reprodução assistida, pelo Conselho Nacional de Justiça. O registro deve ser inscrito no Livro A e não depende de decisão judicial. Tratando-se de gestação por substituição, apresentado termo de compromisso de quem cedeu o útero, seu nome não será incluído no registro, ainda que conste como mãe na Declaração de Nascido Vivo (DNV). No assento de nascimento de filhos de casais homoafetivos não deve constar referência se a ascendência é paterna ou materna, nem com relação aos avós.

[...]

As profundas alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco. A própria Constituição da República (227 § 6.º) encarregou-se de alargar o conceito de entidade familiar ao não permitir distinções entre filhos, afastando adjetivações relacionadas à origem da filiação. Ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral. Assim, deve-se buscar um conceito plural de paternidade, de maternidade e de parentesco em sentido amplo, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídica terão missões relevantes.

[...]

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. A acessibilidade aos métodos reprodutivos permite a qualquer pessoa realizar o sonho de ter filhos. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo fazer sexo com alguém. Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. ***Ao final, todas tornam-se mães***, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.<sup>37</sup> ***(grifado)***

Por fim, arrematando acerca da justiça do direito à licença-maternidade bilateral, e deixando claro que não se trata de escolha de quem será a “mãe”, em exclusão da outra, registra:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo – DNV, o registro do nascimento pode ser feito no nome de quem desejou o filho. Inclusive, pode acontecer de nenhum deles serem pais biológicos. Quando a técnica procriativa é utilizada por lésbicas, de forma cada vez mais frequente, uma gesta o óvulo da companheira que foi fecundado em laboratório. ***Neste caso, não há que falar em gravidez por substituição, mas em dupla maternidade***, cujo registro pode ser requerido diretamente junto ao Cartório do Registro Civil. ***O Conselho Nacional de Justiça expediu provimento assegurando este direito e vedando aos oficiais do Registro Civil de se negarem a proceder o registro.***<sup>38</sup> ***(grifado)***

E, sobre a licença em análise, assim esclarece a professora:

37 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

38 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

No caso de adoção ou guarda judicial de criança, é devido ao segurado – seja à mulher, seja ao homem – salário-maternidade e benefício previdenciário a ser pago pelo INSS pelo prazo de 120 dias. O prazo da licença adotante não pode ser inferior ao prazo da licença gestante, independentemente da idade da criança adotada. Tanto a adotante como a guardiã fazem jus à licença-maternidade (CLT 392-A) pelo prazo de 120 dias. O mesmo direito é conferido ao empregado (CLT 392-C). A licença-maternidade é prorrogada por 60 dias e a licença-paternidade por 15 dias aos empregados das pessoas jurídicas que aderem ao Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/2008). Injustificadamente, o benefício não pode ser concedido a mais de um segurado, como na hipótese de adoção por um casal de mulheres (CLT 392-A § 5.º). No entanto, a jurisprudência vem se amoldando à realidade da vida. **Nas uniões femininas, em que uma fornece o óvulo que é fecundado e implantado na outra, ambas são mães. E a ambas cabe ser concedida licença-maternidade.**<sup>39</sup> (grifado)

E, esse tem sido o entendimento da jurisprudência:

Licença maternidade. Direito social. Interpretação extensiva da lei. Afastamento do fator biológico. Precedente do STF. Multiparentalidade. Mãe biológica não gestante. Irrelevância. Direito líquido e certo assegurado. Garantia de convivência do infante. [...] Muito embora a redação constitucional se refira à licença à gestante — assim como consta também na legislação municipal — a interpretação que se dá ao texto legal é extensiva, aplicando-se à condição de maternidade, não mais importando o fator biológico e gestacional (RE 778.889/STF — repercussão geral). Diante da evolução do conceito de entidade familiar, a multiparentalidade tornou-se possível, de forma que, quanto à licença maternidade, a concessão do benefício já não comporta mais a vinculação ao fator biológico, nem é vedada aos núcleos familiares homoafetivos multiparentais ou, até mesmo, aos monoparentais, até porque a referida licença é também garantia assegurada ao menor — A multiparentalidade materna não retira da mãe biológica não gestante o direito líquido e

39 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

---

certo de gozar da licença remunerada de cento e vinte dias pelo nascimento dos filhos. A administração pública e, sobretudo o Poder Judiciário precisam ficar atento aos novos conceitos sociais de entidade familiar, adaptando-se a extensão de direitos. (TJMG — RN 10000190509869001, Re. Renato Dresch, j. 20/02/2020). (grifado)

TJSP – LICENÇA MATERNIDADE PELO PERÍODO DE 180 DIAS. CASAL HOMOAFETIVO. MÃE QUE NÃO GESTOU A CRIANÇA. EXTENSÃO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP – RECURSO INOMINADO CÍVEL: 10287947820178260564, RELATOR: EDUARDA MARIA ROMEIRO CORRÊA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/01/2019)

TJSP – AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICENÇA MATERNIDADE. CASAL HOMOAFETIVO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. DIREITO PRÓPRIO DA SEGURADA CUJO FATO GERADOR OCORREU. AQUISIÇÃO DA QUALIDADE DE MÃE. DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE QUE NÃO É EXCEPCIONADO CASO FOSSE FILHO ADOTADO, OU POR NÃO TER SIDO GESTANTE, OU PELO FATO DE OUTRA PESSOA PODER AMAMENTAR O BEBÊ. RECURSO PROVIDO. (TJSP – AGRAVO DE INSTRUMENTO: 20878101820198260000, RELATOR: FERNÃO BORBA FRANCO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 13/08/2019)

Ora, se para mãe adotante é concedido o benefício da licença-maternidade, o que se dirá da mãe que biologicamente contribuiu para gestação de sua esposa e, ainda, carrega consigo a capacidade potencial de amamentar sua prole?

Ainda, não havendo diferença entre mães, ambas têm o direito de gozar da licença-maternidade em igualdade e pensar diferente é criar categorias de mães, com e sem o direito. O não reconhecimento ao direito de dupla licença às mães, sejam adotantes, sejam biológicas é violação direta da constituição e, portanto, também da legalidade.

---

## CONCLUSÕES

Com todas essas considerações sobre o direito analisado e suas implicações, parece bem claro que, na prática, não se trata de um direito individual puramente entendido, que não estaria inscrito na atuação do Ministério Público. Em verdade, o Ministério Público, que tem a sua atuação resguardada por contornos constitucionais, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>40</sup> deve, conforme a citada Recomendação CNMP n. 96/2023, em especial o seu ramo laboralista, empreender esforços para a entrega jurisdicional do direito à licença-maternidade bilateral.

Para além desse dever de guardar a ordem constitucional, os direitos relativos à maternidade, como por exemplo a licença-maternidade, são indissociáveis daqueles referentes à proteção integral da criança, dessa forma, o interesse público que subjaz ao debate se vincula aos direitos dos menores absolutamente incapazes. Assim, julga-se imperiosa a participação do Ministério Público nos feitos dessa natureza, haja vista o que dispõe o art. 178, II, do CPC/2015<sup>41</sup>:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I – interesse público ou social;

II – interesse de incapaz;

III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

No mesmo sentido, são os arts. 202 e 204 do ECA<sup>42</sup>:

---

40 BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 127. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

41 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

42 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível

Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

Art. 204. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Portanto, tão claro quanto é a proteção constitucional e legal deferida à licença-maternidade bilateral é também claro o interesse público no debate, dada a sua relevância social, nos moldes do art. 83 da Lei Complementar n.º 75/1993<sup>43</sup>, o que atrai a atuação do *parquet*, em especial o trabalhista, para a garantia do cumprimento dos mandamentos constitucionais.

---

em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

43 BRASIL. **Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; II - manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção; [...] Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm).

---

## 1.3 Considerações sobre o Meio Ambiente do Trabalho dos Profissionais de Educação do Setor Público.

Andrea da Rocha Carvalho Gondim<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A análise do meio ambiente do trabalho dos profissionais de educação do setor público impõe a contextualização, ainda que breve, do tema violência nas escolas que retornou ao debate após o ataque de um aluno adolescente a uma professora em escola pública estadual de São Paulo, em março de 2023, acarretando sua morte e ferindo outras três professoras. Dez dias após o episódio, novo ataque ocorreu, vitimando quatro crianças em creche privada em Santa Catarina<sup>2</sup>.

Em junho de 2023, a tragédia se repetiu, desta feita no Colégio Estadual Professora Helena Kolody, em Cambé, no norte do Paraná<sup>3</sup>. Desde o ano de 2011, o Brasil registra, no mínimo, treze ataques a creches e escolas, sendo emblemático o caso do massacre na Escola Municipal Tasso da Silveira, em Realengo, no Rio de Janeiro, com doze alunos mortos por um ex-aluno<sup>4</sup>.

---

1 Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Coordenadora Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade na Administração Pública (CONAP). Gerente Nacional do Projeto Estratégico Liberdade no Ar, da CONAETE-MPT. Membro do Grupo de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas do Tribunal Superior do Trabalho.

2 GLOBO. **Ataque a creche em Blumenau: veja quem são as vítimas.** 5 abr. 2023. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/homem-que-matou-4-em-ataque-a-creche-em-blumenau-afirmou-a-policia-que-nao-se-arrepende,c9cec36f447f1bce5f3f71823cce0d21jhwp3bq5.html>. Acesso em: 8 abr.2023.

3 FRAGA, César. Ataque à escola em Cambé, no Paraná, deixa uma morta e um ferido. **Extraclasse.** 19 jun.2023. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/educacao/2023/06/ataque-em-escola-do-parana-deixa-uma-morta-e-um-ferido/>. Acesso em: jun. 2023.

4 G1. **Brasil teve mais de 10 ataques a creches e escolas desde 2011; relembre.** 5 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2023/04/05/>

A sequência de ataques gerou onda de medo na comunidade escolar, em razão da proximidade com a data de 20 de abril, em que ocorreu a tragédia da escola americana de Columbine, no ano de 1999, que culminou com morte de doze pessoas dentre professores e alunos<sup>5</sup>. A maior carnificina ocorreu anos depois, no mesmo mês de abril, na Universidade Virginia Tech, com trinta e um mortos. O fato trouxe pânico na comunidade e o temor de que novos episódios acontecessem no Brasil no mês de abril, motivando realização de investigação em todo o país<sup>6</sup>.

Cada caso de violência tem um contexto desafiador. Em alguns, as vítimas são os professores, enquanto em outros, os alunos. Há situações envolvendo agressor externo ao ambiente escolar, enquanto em outras, um membro da própria comunidade, seja aluno ou ex-aluno. O que não varia neste cenário é o recrudescimento da brutalidade que assusta alunos, pais, professores e demais profissionais envolvidos na educação que temem tanto pela própria segurança, quanto pela do corpo discente.

Embora haja quem defenda, com certa razão, que o ideal é não amplificar o tema, pois as ameaças de novos ataques podem gerar pânico, como o professor Antônio Zuin<sup>7</sup>, a professora Marian Dias afirma que essa postura pode acarretar uma sensação na comunidade escolar de desamparo, uma vez que seu temor foi ignorado pela instituição de ensino<sup>8</sup>.

---

brasil-teve-mais-de-10-ataques-a-creches-e-escolas-desde-2011-relembre.ghml. Acesso em: 8 abr. 2023.

5 CULLEN, Dave. **Columbine**. Darkside Books. 2019.

6 MARTINS, Cid. Pelo menos sete adolescentes são apreendidos por ameaças e planejamento de ataques a escolas. **GZH Seguranças**. 13.04.2023. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2023/04/pelo-menos-sete-adolescentes-sao-apreendidos-por-ameacas-e-planejamento-de-ataques-a-escolas-clgf96vu6000o013v29yqsf7b.html>. Acesso em: 14 abr. 2023.

7 Sobre o tema, o Professor Antônio Zuin publicou **Fúria narcísica entre alunos e professores**: as práticas de cyberbullying e os tabus presentes na profissão de ensinar.

8 MARÇAL, Gabriela. Onda de boatos, ameaças e medo atinge escolas após ataques em SP e SC. **Metrópoles**. 13.04.2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/onda-de-boatos-ameacas-e-medo-atinge-escolas-apos-ataques-em-sp-e-sc>. Acesso em: 16 abr. 2023.

---

O cenário convida à reflexão sobre o meio ambiente do trabalho de profissionais da educação em creches, escolas e universidades públicas, sobretudo em relação à saúde mental destes trabalhadores,

## 1 O DIREITO À SAÚDE E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO DOS PROFISSIONAIS DE EDUCAÇÃO PÚBLICA

A efetiva proteção à dignidade da pessoa humana é uma nota da ordem jurídica constitucional vigente, conforme se depreende dos Arts. 1º, III que para ser minimamente observada impõe o respeito ao direito à saúde, inclusive nas relações sociais que envolvam o exercício da atividade laborativa, de acordo com a dicção dos Arts. 1º IV; 6º, 7º XXII; 39, § 3º; 196 a 198; 200, VIII e 225. Não há vida digna sem tutela à saúde e, seja na perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos que enuncia a todas as pessoas o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar a saúde (Art. 25), ou na Declaração de Estocolmo (1972), que defende a necessidade de se proteger o meio ambiente como forma de tutela da própria espécie humana, o direito à saúde está presente<sup>9</sup>.

A Lei Maior, inspirada por estes ideários, expressamente dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nele inserido o do trabalho, é direito de todos, bem de uso comum essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação, não só para a presente, mas para as futuras gerações (CFRB, Art. 200, VIII, *in fine* c/c Art. 225).

O mais alto padrão de saúde é direito humano fundamental, sendo traduzido pelo princípio universal da “máxima saúde possível”, insculpido no artigo 12.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental. Nesta esteira, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) refletiu nas normas sobre saúde e segurança no trabalho valores centrais, considerando que

---

9 GONDIM, Andrea: Meio ambiente do trabalho: conceito. Aplicações conceituais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães e COSTA, Mariana Benevides da (coord.). **Curso de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: Matrioska Editora. 2021, p. 52.

o trabalho deve ser realizado em um ambiente seguro e sadio, em condições que observem o bem-estar dos trabalhadores e a dignidade humana e, por fim, que ofereça perspectiva de realização, tanto pessoal quanto social<sup>10</sup>.

Buscando garantir ambiente de trabalho adequando, nossa Lei Maior estabeleceu que os trabalhadores urbanos e rurais têm direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, vinculando a Administração Pública, mesmo quando existam em seus quadros apenas servidores estatutários (CRFB, Art. 7º, XXII c/c Art. 39, §3º).

De acordo a Convenção n.º 155 da OIT, o termo saúde contempla fatores físicos e mentais que afetam a saúde e estão relacionados com a segurança no trabalho, e não somente a ausência de doenças, deixando expressa sua aplicação em todas as áreas em que haja trabalhadores empregados, inclusive aos funcionários públicos (Art. 3º, a, b e c). Tamanha é a relevância do tema, que em 10.06.2022, na 110a. Conferência Internacional do Trabalho (CIT) foi aprovada resolução para adicionar aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT) o princípio de um ambiente de trabalho seguro e saudável, de modo que, além das quatro categorias de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho já existentes (liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em relação ao emprego e à ocupação), é reconhecida mais uma categoria, a Segurança e Saúde no Trabalho como integrante dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho<sup>11</sup>.

10 GONDIM, Andrea: Meio ambiente do trabalho: conceito. Aplicações conceituais. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães e COSTA, Mariana Benevides da (coord.). **Curso de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: Matrioska Editora, 2021, p. 53.

11 Sobre o tema, as novas Convenções fundamentais serão a Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, 1981 (Nº 155) e a Convenção do Quadro Promocional para a Segurança e Saúde Ocupacional, 2006 (Nº 187 ILO. Conferência Internacional do Trabalho acrescenta segurança e saúde aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 10.Jun.2022. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_848148/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_848148/lang--pt/index.htm). Acesso: maio 2023.

---

A saúde é, portanto, direito constitucionalmente assegurado tanto aos trabalhadores regidos pela CLT quanto àqueles submetidos ao regime estatutário, sendo atribuição do Ministério Público do Trabalho zelar pelo meio ambiente do trabalho, independentemente do regime jurídico. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou a competência da Justiça do Trabalho (Reclamação n. 3.303 e 49.516/RO), adotando a súmula n.º 736: *“Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”*.

A orientação n.º 6 da Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade na Administração Pública (CONAP) reafirma a atribuição do MPT para investigar e ajuizar ações sobre meio ambiente laboral na Administração Pública, destacando que o meio ambiente é uno, o que impõe a aplicação das mesmas regras a todos os trabalhadores diretos e indiretos, que devem gozar de idênticas medidas de proteção o que implica a aplicação de normas sanitárias e regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Previdência (CRFB, Art. 39, § 3º, Lei n.º 8.080/1990 e Art. 4º-C da Lei n.º 6.019/1974).

## **2 OS RISCOS PSICOSSOCIAIS DO TRABALHO E OS PROFISSIONAIS DE EDUCAÇÃO**

Os fatores do local de trabalho que podem ocasionar estresse são chamados de riscos psicossociais, ressaltando o intercâmbio dinâmica entre o meio ambiente do trabalho e os fatores humanos, que podem estar relacionados ao indivíduo, à sociedade e às organizações, interagindo entre si. Desse modo, quando a interação se dá de maneira negativa, pode acarretar distúrbios emocionais, problemas de comportamento, alterações bioquímicas e neuro-hormonal, apresentando riscos adicionais à saúde mental ou física. Em outro diapasão, quando as condições estão em equilíbrio, o trabalho traz sensação de domínio e autoconfiança, aumentando a motivação, capacidade e satisfação, além de melhorar a saúde.

Em vários países instituições nacionais desenvolveram formas para monitorar, avaliar riscos e ferramentas de gestão, e outras iniciativas para ajudar a compreender e prevenir o estresse relacionado com o trabalho:

Entre os modelos de monitoramento, o Copenhagen Psychosocial Questionnaire (COPSOQ) desenvolvido em 1997 pela Centro Nacional de Investigação para o Ambiente de Trabalho da Dinamarca, foi o primeiro a incluir valores de referência de base populacional para avaliar a necessidade de ação e de apoiar o processo de tomada de decisões em medidas preventivas no local de trabalho.

A Confederação Sindical Internacional (CSI) no seu Congresso sobre Resoluções do Trabalho Digno de 2010, chamou as suas organizações membros, parceiros e afiliados para trabalhar com a OIT para fazer campanha para a extensão da proteção social a todos, incluindo a prevenção de exposição a produtos químicos perigosos, riscos psicossociais e lesões e acidentes ocupacionais.

Um programa de trabalho eficaz para prevenir o estresse no trabalho exige a identificação adequada dos riscos psicossociais. A avaliação deve ser feita de forma sistemática e os trabalhadores devem ser convidados a expressar sua preocupação sobre qualquer situação que pode estar causando o estresse no trabalho<sup>12</sup>.

O aumento nos índices de afastamento do trabalho devido aos transtornos mentais fez a OIT frisar a relevância dos fatores psicossociais e sua influência no desencadeamento do estresse relacionado ao trabalho<sup>13</sup>.

12 GONDIM, Andrea. Estresse no local do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5.046, 25 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57130>. Acesso em: 27 jun. 2023.

13 ILO. **Workplace stress: a collective challenge [Internet]**. Geneva: International Labour Organization; 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_466547.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466547.pdf). Acesso em: 3. abr. 2023.

A interação entre ambiente, conteúdo e condições de trabalho, capacidade dos trabalhadores de atender as demandas de trabalho, necessidades e expectativas dos trabalhadores, cultura e fatores pessoais e extra laborais são considerados fatores psicossociais que podem afetar a saúde do indivíduo e seu desempenho e satisfação no trabalho<sup>14</sup>. De acordo com a Convenção n.º 190 da OIT, a violência pode ser, ainda, considerada como um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis ou ameaças de tais comportamentos que se manifestem uma vez ou repetidamente, que tenham por objeto, que causem ou sejam susceptíveis de causar, um dano físico, psicológico, econômico ou sexual, tendo a recomendação n.º 206, item 9 da OIT, mencionando os profissionais do setor de educação como aqueles em que a exposição à violência e ao assédio pode ser mais provável, o que orienta a ordem jurídica nacional, cabendo ao Programa de Gerenciamento de Riscos (NR n. 1 do MTE) identificar os fatores psicossociais do trabalho.

O trabalho deve ser realizado em um ambiente seguro, causando imensa preocupação os recentes ataques ocorridos em instituições de ensino, local próprio para troca de saberes e vivências, o que amplia questões sociais que podem repercutir negativamente na saúde, inclusive na saúde mental dos profissionais de ensino, sendo ultrapassada a preocupação atrelada apenas com os riscos de natureza física. Neste cenário, não é exagero afirmar que os profissionais de educação estão sujeitos aos mais variados fatores que podem ocasionar impacto emocional, especialmente quando baseado no temor de novos ataques, merecendo especial atenção para sua saúde mental, uma das principais preocupações do mundo do trabalho contemporâneo.

Segundo dados da Previdência Social, os transtornos mentais são a terceira causa de afastamentos entre os trabalhadores segurados, responsáveis por mais de 12% da incapacitação. No que diz respeito ao acidente de trabalho ocasionado por transtornos mentais e comportamentais, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças

---

14 ILO. **Psychosocial factors at work: recognition and control [Internet]**. Geneva: International Labour Office; 1986. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1986/86B09\\_301\\_engl.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1986/86B09_301_engl.pdf). Acesso em: 3 abr. 2023.

(CID-10), a distribuição da concessão aponta que as “reações ao stress grave e transtorno de adaptação” (F43) têm uma frequência de 31,05%, os episódios depressivos (F32) de 27,11%, e outros transtornos ansiosos (F41) de 21,10%<sup>15</sup>.

Estima-se que 12 bilhões de dias de trabalho são perdidos a cada ano por causa de depressão e ansiedade, com custo para a economia global de quase 1 trilhão de dólares, de acordo com a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS)<sup>16</sup>. A OMS pela primeira vez recomendou o treinamento de gestores para desenvolverem capacidades para prevenir ambientes de trabalho estressantes e responder aos trabalhadores em sofrimento, alertando que, em 2019, um bilhão de pessoas viviam com transtornos mentais, sendo 15% dos casos de adultos em idade laboral<sup>17</sup>.

Em relação aos professores especificamente, podemos considerar como fatores adicionais a necessidade de utilizarem diversas estratégias de ensino para criar uma atmosfera de aprendizagem e manter a atenção dos alunos sob condições adversas, competindo com a internet e *smartphones*, em contexto histórico de aumento significativo do discurso de ódio e de estímulo à política armamentista. No setor público, os profissionais de educação vivenciam um processo de desvalorização que é multicausal, passando pelo sucateamento proposital de unidades para servir ao projeto de privatização realizado por alguns gestores, não realização de concurso público, desvalorização da carreira, indisciplina, baixos salários, precarização, intensificação do ritmo de trabalho, trabalho *online*, dentre outros. Segundo Geraldina Porto Witter, é preciso considerar o professor quando se analisa a

- 
- 15 BRASIL. **Adoecimento mental e trabalho: a concessão de benefícios por incapacidade relacionados a transtornos mentais e comportamentais entre 2012 e 2016** [Internet]. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, 2017 [citado em 4 jul. 2020]. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2017/04/1%C2%BA-boletim-quadrimestral.pdf>. Acesso em: abr. 2023.
- 16 OPAS. **OMS e OIT fazem chamado para novas medidas de enfrentamento das questões de saúde mental no trabalho**. 28.Setembro.2022. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/28-9-2022-oms-e-oit-fazem-chamado-para-novas-medidas-enfrentamento-das-questoes-saude>. Acesso em: abr. 2023.
- 17 WHO. **World mental health report: Transforming mental health for all**. 16.Junho. 2022. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240049338>. Acesso em: abr. 2023.

relação com os alunos, sendo equivocado pensar que os pais (clientes) sempre tem razão. A autora afirma ser essencial garantir condições motivadoras ao professor, inclusive nas escolas públicas, para manter o estresse em nível 'adequado ao bom desempenho do docente', considerando necessário assegurar condições para autorrealização, com atendimento de necessidades universais (fisiológicas, de segurança, social e pessoal) para que possa contar com profissionais com melhor percepção da realidade, criativos, envolvidos com a solução dos problemas, o que aponta uma tendência de profissionais com maior desempenho e que não apresentam estresse acadêmico- institucional elevado. Por outro lado, alerta para a tendência de consequências negativas quando a escola é fonte de constante frustração, com a impossibilidade de alcançar metas ou objetivos pessoais, ocasionando o estresse e comportamentos negativos como a agressão, absenteísmo, doença, etc<sup>18</sup>.

Como bem pontuado por Geraldina Witter, no ambiente escolar existem aspectos característicos pré-existentes que vinculam a instituição de ensino, como:

*Identidade Pessoal e Profissional* dos docentes e como elas se relacionam em geral com a organização escolar e, em particular, com a escola em que atua. **Isso pede que o diretor conheça o docente com que trabalha de forma técnica-científica. Para tanto, precisa contar com o apoio de um Psicólogo Escolar competente que também o assessorie no planejamento do clima organizacional otimizando o uso das características pessoais.**

*Autonomia Pessoal* é necessária, deve ser estimulada e oferecidas oportunidades para que os docentes atuem com autonomia, responsabilidade, criatividade e criticidade, porém, de acordo com o projeto pedagógico da escola em cuja elaboração devem ter participado. No sistema educacional brasileiro muitas são as barreiras formais e informais en-

18 WITTER, Geraldina Porto. Professor-estresse: análise de produção científica. **Psicol. Esc. Educ.** 7 (1), jun. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-85572003000100004>. Acesso em: 25 mar. 2023.

contradas neste aspecto. **Até mesmo os gestores usufruem de poucas oportunidades reais neste sentido, sendo sufocados pelos procedimentos burocráticos e geradores de índices elevados de estresse tanto para os diretores como para os docentes.** A centralização, a determinação de usos de modelos teóricos e procedimentos específicos reduzem a autonomia em detrimento da qualidade.

*Estrutura organizacional* é um aspecto que deve ser flexível, aberta, dispor de práticas diversificadas e rede de comunicação eficiente. Em escolas particulares, em tese, é mais fácil dispor de modelos administrativos menos burocráticos, modernos e mais facilmente renováveis do que ocorre na escola estatal. No Brasil a estrutura organizacional, com a municipalização do ensino fundamental, poderia alcançar esta condição mais facilmente se tivesse ela própria mais autonomia da estadual.

*Rede de Apoio Social* é uma característica que se espera existir no âmbito escolar **propiciando ao docente a expectativa de ser apoiado nas circunstâncias em que vivencie dificuldades pessoais ou profissionais.** Esta rede deve ser estimulada pela equipe técnica, especialmente no que concerne às habilidades e competências relevantes para o êxito do processo ensino-aprendizagem. Face ao rápido e mutável avanço nas tecnologias educacionais, as condições de formação e de atualização dos docentes precisam ser cuidadas para não gerar estresse negativo alto que vai se evidenciar no contexto da sala de aula. Mas os problemas pessoais, inclusive os de vida privada, precisam também do apoio aqui referido. **Psicólogos escolares, grupos de trabalho e outras possibilidades podem servir neste contexto.**

*Estilo de liderança* é entendido como forma pela qual a chefia direciona ou comanda a escola, inclusa está a liderança natural. **O estilo de liderança espera-se que não gere uma cultura de pressão, punitiva, com exagero de demanda, de regras e de normas.** Novamente, o psicólogo escolar com base na psicologia organizacional ou o psicólogo or-

---

organizacional atuando em projeto escolar específico podem ser de grande valia para os diretores.

*Sistema de recompensa* é um aspecto que deve existir em toda organização para garantir o desenvolvimento pessoal e profissional, a adesão, a organização e o clima adequado. Usualmente, em especial no que concerne ao professor, em todos os níveis, não há realmente, no Brasil, um sistema de recompensas ou reforços. Só o salário é ineficiente para se falar em sistema. No Estado e nas instituições particulares, encontram-se alguns incentivos, mas como tendem a não ocorrer concomitantemente ao desempenho perdem poder como reforçadores potenciais; além disso, tendem a estar associados apenas ao lado financeiro. Como exemplo podem ser lembradas as vantagens de quinquênios, as mudanças salariais decorrentes de obtenção de título (mestre, doutor etc), raramente contingentes. Escapam ao gestor as possibilidades de melhorar estes aspectos e usualmente fazer que sejam reforçados em contiguidade com a resposta. Implanta-se a ineficiência. Todavia, o gestor pode cuidar para que outros reforçadores formem um sistema provendo reconhecimento e outros reforços positivos para os docentes, para o que precisa conhecer o que é realmente reforçador para os professores. **O Psicólogo Escolar pode ajudar aplicando instrumentos específicos para detectar os reforçadores potenciais aplicáveis com êxito provável em cada caso. Isto pode ser de grande valia no planejamento das contingências administrativas e do estabelecimento do sistema de recompensas.**

*Sistema de Gestão de Conflito* é outro aspecto que também deve ser preocupação dos gestores acadêmicos já que, **em situação de conflito, sempre se tem altos níveis de estresse com sérios efeitos no clima da escola, no trabalho com e dos alunos (quanto mais alta a escolaridade, pior o resultado), na liderança etc. É preciso que os conflitos sejam resolvidos com prontidão, justiça (transparente e com regras explícitas) e eficiência.**

*Valorização do Risco* é um cuidado que se precisa ter para assegurar a renovação metodológica, tecnológica, conceitual e outras. Professores que se envolvem em novas propostas, que se renovam, precisam de apoio, de reforço para se manterem inovadores, por terem assumido o risco do progresso. Ao mesmo tempo é preciso cuidar de reforçar sua responsabilidade, criatividade e cuidado ao assumir risco, tendo por lastro o conhecimento científico, e experimentar as inovações dentro dos parâmetros da metodologia científica. Nem sempre estes cuidados são tomados e valorizados. Surgem resultados negativos cuja origem é desconhecida, emerge o estresse e o quadro se complica.

*Símbolos* são itens a serem valorizados como forma de dar maior coesão ao grupo. Isto implica em desenvolver e manter ritos, cerimônias, metáforas, festas informais e a própria história da instituição, de cada escola em particular.

*Valores* da sociedade, da comunidade e da própria escola precisam ser cuidados de modo a não se constituírem em controles repressivos. É importante que os valores contribuam para integrar as pessoas e para aumentar a eficiência do grupo. Estratégias de comportamento devem ser usadas para que ocorram afirmação pessoal e ativismo em favor dos objetivos da escola.

*Diversidade Cultural* – não se pode ignorar que muitas escolas convivem hoje com grande diversidade cultural, o que pode gerar conflitos, inadequações metodológicas, valores divergentes. Isto pede a gestão da diversidade cultural e a formação do docente para lidar com ela, conhecendo tecnologias de ensino compatíveis. Caso contrário, poderá ficar alienado e prejudicar sensivelmente o aluno diferente, ou ficar muito estressado face a sua incompetência para responder adequadamente à situação. **Isto conduz a outra base importante do estresse do docente – o contexto da sala de aula**<sup>19</sup>. [Grifo nosso]

19 WITTER, Geraldina Porto. Professor-estresse: análise de produção científica. **Psicol. Esc. Educ.** 7(1), jun. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-85572003000100004>. Acesso em: 25 mar. 2023.

---

Desse modo, o contexto da sala de aula pode gerar adoecimento no corpo docente, pois é em sala de aula que o professor se encontra com alunos com várias qualidades pessoais distintivas, oriundos de famílias diferentes e finda por enfrentar grandes desafios e contexto de elevada pressão, inclusive com o uso de novas tecnologias, que propiciam a ocorrência de estresse que pode evoluir para uma situação mais grave, sendo importante o gerenciamento do risco e a presença psicólogo escolar e/ou psiquiatra.

Além disso, a ocorrência de ataques e o temor de ataques futuros é uma dificuldade adicional com sérios impactos na saúde mental e impõem a adoção imediata de medidas para garantir a preservação do meio ambiente do trabalho adequado e seguro, com estabelecimento de protocolos para lidar com situações de urgência e com acidentes, incluindo meios adequados para a administração de primeiros socorros, conforme preconiza o Art. 18 da Convenção n.º 155 da OIT, sempre com a cautela de não ceder ao discurso armamentista e de excesso de militarização nas creches, escolas e universidades públicas.

### **3 UNIÃO DE ESFORÇOS PARA O FIM DA VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS E AÇÕES QUE CONTRIBUEM PARA A TUTELA DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

Os recentes episódios de ataques às escolas, impõe de imediato a adoção de um maior controle de portaria para detectar potencial risco à segurança dos alunos e dos profissionais de educação, câmeras, estabelecimento de procedimentos de segurança, rotas de fugas e cursos de primeiros socorros, como medidas imediatas que contribuem para a sensação de segurança. Inclusive já existia lei que dispunha sobre a obrigatoriedade de capacitação em noções básicas de primeiros socorros de professores e funcionários de estabelecimentos de ensino públicos e privados de educação básica e de estabelecimentos de recreação infantil (Lei n.º 13.722/2018).

O professor Antônio Zuin alerta, todavia, que incrementar a segurança armada e adotar um botão de pânico foram insuficientes nos Estados Unidos, ressaltando a importância do papel socializador da escola, com o enfrentamento diuturno de temas como a violência e o *bullying*<sup>20</sup>.

*Um primeiro passo foi dado pela União com a publicação do Decreto Interministerial n.º 11.469/2023, instituindo Grupo de Trabalho para a construção de proposta de políticas de prevenção e enfrentamento da violência nas escolas, composto pelos Ministérios da Justiça e Segurança Pública, Direitos Humanos e da Cidadania, das Comunicações, da Saúde, da Cultura, do Esporte, da Secretaria Nacional de Juventude da Secretaria-Geral da Presidência da República, em razão da necessidade de integração das políticas intersetoriais para o enfrentamento do fenômeno da violência às escolas, impondo a construção de ações imediatas para repressão de novos atos violentos.*

*O Ministério da Educação instituiu grupo de trabalho executivo para o enfrentamento e a prevenção às violências nas escolas e universidades, publicando Recomendações para Proteção e Segurança no Ambiente Escolar, estabelecendo que a efetividade dos programas de prevenção, intervenção e posvenção da violência depende dos esforços colaborativos de toda a comunidade (estudantes, familiares e/ou responsáveis, instituições de ensino e profissionais da educação, profissionais de saúde mental, proteção e assistência social, policiais da ronda escolar, pessoal de resposta a emergências, profissionais de segurança, dentre outros). Para tanto, os gestores, através do conselho escolar, devem reunir estes atores para desenvolver estratégias adaptada ao ambiente educacional e comunitário. Nesse sentido, apresentam diretrizes aos entes federados e à rede de ensino que passam pela “formação continuada de profissionais da educação para combater múltiplas violências e identificar sinais de aproximação de estudantes a grupos extremistas que promovem essas práticas e disseminam o ódio”, além da orientação para ação das redes*

20 MARÇAL, Gabriela. Onda de boatos, ameaças e medo atinge escolas após ataques em SP e SC. **Metrópoles**. 13.04.2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/sao-paulo/onda-de-boatos-ameacas-e-medo-atinge-escolas-apos-ataques-em-sp-e-sc>. Acesso em: 16 abr. 2023.

*de ensino, em consonância com as orientações em nível federal, diálogo contínuo com os serviços públicos de saúde mental e de assistência social, formação da comunidade educacional sobre como lidar com desastres ou traumas. Para as instituições de ensino, recomendam estabelecer diálogos com os serviços de segurança pública locais (polícia militar, civil e guardas municipais); estabelecer guia para ação local, designando os respectivos responsáveis pela execução, promovendo campanha, criando espaços e processos inclusivos de acolhimento nas instituições de ensino, com adequada condição de zeladoria (iluminação, limpeza etc.); fortalecer espaços de gestão democrática para tratar do tema da violência e promover formas de auxiliar a comunidade escolar a se conectar com as instituições de ensino e os profissionais da educação; estabelecer formas de controle parental das redes sociais; incentivar o diálogo contínuo; incrementar as disciplinas voltadas para a promoção da equidade e das diversidades, com foco na educação inclusiva e emancipatória, discutindo violências como misoginia, racismo, capacitismo e outras formas de discriminação; promover e fortalecer a educação inclusiva; estabelecer relação de cooperação com a vizinhança para que permitam o monitoramento conjunto do entorno; estabelecer diálogo contínuo com os serviços públicos de saúde mental e de assistência social; promover atividades culturais, artísticas e esportivas para a comunidade educacional; incentivar a comunidade a relatarem ameaças e atos de violência; promover intervenções em caso de trauma; fornecer orientações sobre onde as vítimas podem buscar suporte a longo prazo<sup>21</sup>.*

*O Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, em parceria com SaferNet Brasil, logo após os ataques, criou um canal exclusivo para recebimento de informações sobre ameaças e ataques contra as escolas, dentro da Operação Escola Segura que se iniciou no dia 6 de abril de 2023.*

*O Ministério da Saúde publicou Nota Técnica n.º 22/2023-DESME/SAES/MS, em que reconhece a complexidade do fenômeno em causa, dando relevo aos cuidados com a saúde mental de alunos e profissionais da educação, orientando que as Coordenações de Saúde Mental*

21 BRASIL. **Recomendações para Proteção e Segurança no Ambiente Escolar.** Ministério da Educação. Abril. 2023.

nos estados, em situação de ocorrência de suspeita ou episódios efetivos de atos de violência contra comunidades escolares, realizem contato direto com as equipes de saúde mental do município de localização da unidade escolar para dar início às ações de acolhimento e cuidado aos alunos, familiares e aos profissionais da escola, com as seguintes modalidades de ações, entre outras, orientação para o funcionamento dos CAPS e/ou Equipes da Atenção Primária nos territórios após situações de violência com ações de suporte ao sofrimento coletivo e estratégias para escuta de trabalhadores, crianças e adolescentes, e familiares afetados pela violência e orientação para apoio às escolas mediante situação do medo instaurado e oferecer, em conjunto com a atenção primária, ações de suporte ao sofrimento coletivo, fortalecer o ambiente escolar; acompanhar casos de sofrimento psíquico de indivíduos e estimular nos ambientes escolares a convivência comunitária baseada no respeito às diferenças e na cultura da paz.

A Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), Tribunal de Contas dos Estados, com o apoio técnico do Instituto Rui Barbosa (IRB) e suporte institucional da Associação Brasileira de Tribunais de Contas dos Municípios (Abracom) e do Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas (CNPTC) realizaram a Operação Educação, fiscalização simultânea realizada por 32 tribunais em 1.088 escolas de todo o país, avaliando questões relacionadas à segurança, prevenção de incêndios, higiene, infraestrutura, refeitórios, bibliotecas, salas de aula e quadras esportivas.<sup>22</sup> A ação, ao fim e ao cabo, contribui para a melhoria do meio ambiente do trabalho, com a adequação das unidades escolares.

Com o objetivo de prevenir violência nas instituições de ensino, no Senado Federal houve a defesa da aprovação do projeto de lei que regulamentamente a atuação das plataformas de redes sociais<sup>23</sup>.

22 PORTAL AZ.24.04.2023. **Tribunal de Contas participa de operação e fiscaliza 40 escolas públicas do PI.** Disponível em: <https://www.portalaz.com.br/noticia/geral/60782/tribunal-de-contas-participa-de-operacao-e-fiscaliza-40-escolas-publicas-do-pi/>. Acesso em: 24 abr. 2023.

23 AGÊNCIA SENADO. **Pacheco pede regulação de redes sociais para combater violência em escolas.** 18 Abr. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg>.

---

*As instituições públicas, cada uma no âmbito de sua atribuição, vem apresentando ações que se comprometem com a cultura da paz e o fortalecimento da saúde do trabalhador, física e mental, promovendo o respeito ao direito à saúde. Infelizmente, não é o bastante. Precisamos cultivar uma cultura de paz, conscientizando a comunidade sobre o quão perigoso é a aproximação da comunidade de discursos neonazistas<sup>24</sup>, que racionalizam a repulsa e o extermínio. Como explica Bauman, a geração que viveu esta experiência diretamente quase desapareceu, mas os aspectos terríveis de nossa civilização que propiciaram o holocausto “ainda fazem parte da nossa vida. Não foram eliminados. Também não o foi, portanto, a possibilidade do Holocausto”<sup>25</sup>.*

Para além da necessidade diuturna de vigilância da democracia e da cultura da paz, em relação ao meio ambiente do trabalho e à tutela à saúde dos profissionais, compreendemos que a gravidade das ofensivas apontam para a necessidade de adoção permanente de: 1) medidas preventivas em relação à saúde e segurança do corpo docente e discente, com campanhas educativas e atenção a qualquer núcleo que dissemine discurso de ódio; 2) estabelecimento de equipe multiprofissional com presença obrigatória de psicólogos e psiquiatras, em todas as unidades de ensino públicas (creches, escolas e universidades) para acompanhamento não apenas de alunos, mas de todas as pessoas envolvidas em atividades laborativas, com a criação de Serviços de Saúde no Trabalho em cada unidade, nos termos do Art. 3º da Convenção n.º 161 da OIT, aptos a identificar e analisar riscos para a saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, diretos e indiretos, presentes nos locais de trabalho, avaliando práticas que afetem a saúde e auxiliando na criação de programas de melhoria das práticas laborais, com organização de serviços de primeiros socorros e de emergência; além de disseminar instruções e formação adequada às funções e capacidades das diferentes categorias de trabalhadores; 3) gestão eficaz dos

---

br/noticias/materias/2023/04/18/pacheco-pede-regulacao-de-redes-sociais-para-combater-violencia-em-escolas . Acesso em: 18 abr. 2023.

24 APPSINDICATO. **Ataques neonazistas nas escolas aumentaram 640% em um ano no Brasil**. 19.Maio.2023. Disponível em: <https://appsindicato.org.br/ataques-neonazistas-nas-escolas-aumentaram-640-em-um-ano-no-brasil/>. Acesso em: maio 2023.

25 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Rio de Janeiro. Zahar: 1998, p. 107.

---

riscos psicossociais, com a participação dos trabalhadores em todo o processo, identificando os perigos e colaborando no desenvolvimento e implementação de medidas preventivas e de controle; 4) realização de rodas de conversas envolvendo a comunidade escolar, com orientações, medidas e práticas concretas voltadas à prevenção, identificação e enfrentamento do discurso de ódio; 5) desenvolvimento de dispositivos de transmissão e de formação em temas de segurança, saúde do trabalho, incluindo os riscos psicossociais, no ingresso e em cursos periódicos; 6) valorização do professor e dos profissionais que atuam em educação; 7) realização de concursos público para provimento de cargos em unidades de ensino, com o correto dimensionamento das equipes. Estas medidas, somadas às citadas nos parágrafos antecedentes podem contribuir com o aprimoramento das condições de trabalho dos profissionais de educação.

Além de medidas dentro das escolas, a ronda escolar e a atuação em rede são fundamentais, unindo profissionais de educação, segurança pública (polícias e bombeiros) e profissionais de saúde, com treinamento específico, protocolo de trabalho e ação que envolva, ainda, diretrizes para ação conjunta em caso de ataque, de modo a resguardar a saúde e integridade física dos alunos e dos profissionais de ensino.

É necessário um esforço conjunto de toda a comunidade para pensar ações efetivas que promovam a cultura da paz nas escolas<sup>26</sup>, zelando pela segurança dos alunos e por um meio ambiente adequado para os alunos e para os profissionais da educação no exercício do labor.

---

26 Os direitos humanos estão estritamente relacionados aos direitos sociais básicos e à dignidade da pessoa humana, com a promoção dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz, com o objetivo de formar uma consciência coletiva para o exercício da cidadania. BRASIL. Ministério da Saúde. **Caderno temático do Programa Saúde na Escola: Promoção da Cultura de Paz e Direitos Humanos** [recurso eletrônico]. Ministério da Saúde, Ministério da Educação. – Brasília: Ministério da Saúde, 2022.

---

## CONCLUSÃO

Os profissionais da rede pública de ensino (creches, escolas e universidades) convivem com cenário de incremento de discursos de ódio e aumento de violência que colaboram com a elevação dos níveis de estresse, inclusive pós-traumático, reverberando como fator que incrementam os riscos psicossociais, sobretudo diante da possibilidade de replicação de ataques às instituições públicas, com nível inferior de segurança quando comparadas às particulares.

Voltar os olhos para a saúde e segurança destes profissionais, tão fundamentais para formar os cidadãos do futuro, deve ser parte de uma política de estado que reconhece o poder transformador da educação.

Desse modo, o presente texto buscou contribuir com uma visão voltada à tutela da saúde dos trabalhadores e trabalhadoras da educação, não apenas do ponto de vista da saúde física, mas também da saúde mental de quem trabalha com o constante temor de novas agressões, reflexo das condições da sociedade brasileira, historicamente desigual e violenta.



---

## 1.4 Saúde Na Saúde: Cuidar de Quem Cuida

Marcela de Almeida Maia Asfóra<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Impressiona verificar que, em muitas situações, o profissional que cuida não é cuidado. A partir dessa percepção foi idealizado o projeto Saúde na Saúde da Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (CONAP).

Observar o ambiente hospitalar, em especial nas unidades de saúde geridas pela Administração Pública, em muitas oportunidades, é observar o não cumprimento das disposições contidas nas normas que versam sobre saúde e segurança do trabalho e, assim, a exposição do trabalhador a riscos contínuos de acidentes de trabalho e desenvolvimento de doenças ocupacionais.

As irregularidades vão desde a não concessão de equipamentos de proteção individual, passando por questões estruturais até ausência do dimensionamento correto das equipes de profissionais.

A atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) apresenta relevância a partir do momento em que busca alterar a realidade, beneficiando os atuais e futuros profissionais que laboram nos nosocômios.

A temática será abordada em 3 tópicos, nos quais serão analisadas a realidade do adoecimento nas unidades de saúde, a atribuição do MPT para atuar no ambiente de trabalho do setor público e o desenvolvimento do Projeto Saúde na Saúde.

---

1 Procuradora do Trabalho. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Docente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.

---

## 1 O EXPRESSIVO NÚMERO DE ACIDENTES DE TRABALHO ENVOLVENDO PROFISSIONAIS DA SAÚDE

O acidente de trabalho pode ser conceituado como o evento que ocorre no desenvolvimento do labor, capaz de provocar lesão corporal leve, moderada ou grave que pode ocasionar a invalidez temporária ou permanente para o desenvolvimento da atividade profissional ou, até mesmo, a morte do(a) trabalhador(a), além das doenças profissionais e do trabalho.

A ocorrência de acidente de trabalho fere este direito fundamental do trabalhador, por violar a integridade física, a incolumidade da saúde ou a própria vida. Por esta razão, um dos principais temas da Organização Internacional do Trabalho(OIT) é o combate aos acidentes laborais.

Há diversos estudos e pesquisas que identificam as atividades e os setores econômicos nos quais há maior número de acidentes de trabalho.

As análises dos dados que informam o quantitativo de acidentes de trabalho e desenvolvimento de doenças ocupacionais indicam as atividades de atendimento hospitalar como o setor com o maior número de notificações emitidas entre os anos de 2012 e 2022.

Informações contidas no *site SmartLab* denotam a ocorrência de 603.631 (seiscentos e três mil, seiscentos e trinta e um) acidentes de trabalho notificados em unidades de saúde no período mencionado, correspondendo a 10% (dez por cento) do total de acidentes de trabalho registrados. Apenas em 2022, foram notificados cerca de 55.700 (cinquenta e cinco mil e setecentos) acidentes de trabalho<sup>2</sup>.

Se o dado é alarmante pela quantidade em termos absolutos, torna-se ainda mais, quando se observa a disparidade para o segundo

---

2 Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=perfilCasosAcidentes>. Acesso em: 8 jun. 2023

setor econômico com maior número de acidentes de trabalho<sup>3</sup>, que registrou, no mesmo período, o total de 216.222 (duzentos e dezesseis mil, duzentos e vinte e dois) acidentes de trabalho.

A maior quantidade de Comunicações de Acidentes de Trabalho foi emitida em razão de acidentes de trabalho sofridos por profissionais que realizam atividades de enfermagem (técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem e enfermeiros, respectivamente), totalizando 468.401 (quatrocentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e um) trabalhadores, equivalente a 9% (nove por cento) dos profissionais que sofreram lesões em função do exercício do labor.

É certo que as atividades desenvolvidas pelos profissionais de saúde os deixam susceptíveis à ocorrência de acidentes de trabalho, como bem explica Stella Silva e outros<sup>4</sup>:

“... O risco de uma infecção por contatos com agentes patológicos e sempre eminente quando o assunto é atividade de saúde. Os profissionais da enfermagem enfrentam diuturnamente essa batalha, pois a sua atividade ocupacional é considerada de risco, em algumas literaturas até de alto risco por envolver a utilização de materiais perfuro cortantes e o manuseio de sangue, fluidos corporais e secreções diversas, o que tona a prática da enfermagem insalubre, requerendo atenção redobrada por parte dos profissionais...”

Contudo, o elevado número de acidentes de trabalho está relacionado, com frequência, à inobservância das disposições contidas nas Normas Regulamentadoras (NRs) emitidas pelo Ministério do Trabalho, em especial ante o descumprimento dos comandos contidos na NR n.º 32, que versa especificamente sobre medidas de saúde e segurança a serem adotadas em ambientes hospitalares.

3 Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados e supermercados.

4 SILVA, Stella Maria Alves da; MARTINS, Nayara Tavares; AOYAMA, Elisângela de Andrade; SOUZA, Rafael Assunção Gomes de Souza. Riscos biológicos relacionados aos acidentes de trabalho com materiais perfurocortantes. **ReBIS** [Internet]. 2020; 2(1):83-8. Disponível em: <https://revistarebis.rebis.com.br/index.php/rebis/article/view/75/69>. Acesso em: 8 jun. 2023

As irregularidades vão desde a não concessão de equipamentos de proteção individual, passando por questões estruturais até ausência do dimensionamento correto das equipes de profissionais. Conclusão alcançada por Emílio Ribeiro e Helena Shimizu, após realização de pesquisa sobre acidentes de trabalho envolvendo profissionais da enfermagem:

“... Outros autores afirmam que este trabalho gera condições insalubres e penosas que produzem danos à saúde humana. Praticamente inexistente preocupação com o trabalhador. É o paradoxo hospitalar: cuidar de enfermos e permitir adoecerem as pessoas que deles cuidam. Afora isso mostram preparo deficiente, falta de treinamento e de capacitação de profissionais, ambientes físicos não adequados, falta de material apropriado em quantidade e qualidade para realizar os procedimentos, ausência de manutenção preventiva de equipamentos, número de trabalhadores aquém do necessário gerando sobrecarga excessiva aos existentes.

[...]

Agravante é a organização do trabalho, a precária infra-estrutura(SIC): falta de EPI em quantidade e qualidade adequadas, falta de materiais de trabalho adequados, e.g., recipiente para descartar perfurocortantes, não-treinamento do pessoal de enfermagem contra acidentes de trabalho

[...]

Confirma-se que a precariedade dos meios e instrumentos e da organização do trabalho nas unidades (falta de manutenção de equipamentos, de salas apropriadas para realizar exames, EPI, conservação e reparo da estrutura física do prédio) contribuem para acidentes de trabalho decorrentes das cargas físicas”<sup>5</sup> (grifo nosso)

No mesmo sentido, Stella Silva alerta que o maior número dos acidentes em Unidades de Tratamento Intensivo seguidos de pronto-

5 RIBEIRO, Emílio José Gonçalves; SHIMIZU, Helena Eri. Acidentes de trabalho com trabalhadores de enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, 2007, set-out; 60(5): 535-40. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/JDQgcX4MJHLjgZW7SGm3Szl/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 8 jun. 2023.

-socorro em grandes hospitais: “Os autores descrevem que o grande número de acidentes com perfuro cortantes nesses setores ocorrem devido à complexidade dos cuidados aos pacientes, ao ritmo intenso de trabalho e, principalmente, devido à falta de profissionais para exercer as atividades...”<sup>6</sup>.

Verificou-se, destarte, a relevância da atuação do órgão ministerial trabalhista no âmbito hospitalar, com o fim de alterar o meio ambiente laboral e, assim, eliminar a ocorrência de acidentes de trabalho.

## 2 ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA ATUAR EM QUESTÕES RELACIONADAS AO AMBIENTE DE TRABALHO DO SERVIDOR PÚBLICO

O direito fundamental ao trabalho digno, conforme leciona Gabriela Delgado<sup>7</sup>, afirma-se como um dos mais relevantes comandos da Constituição Federal.

A defesa do ambiente de trabalho, imprescindível ao trabalho digno, corresponde a um dos temas primordiais da seara laboral, seja a nível internacional, seja a nível nacional, considerando que se trata, em realidade, da defesa da vida, da integridade física e da incolumidade à saúde do trabalhador.

A Convenção n.º 155 da OIT, com vigência nacional a partir de 1993, é cristalina a expor que todo país Membro deve contar com uma “política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho”<sup>8</sup>. Ressalta que a política nacional deverá apresentar como objetivo a prevenção aos acidentes

6 SILVA, Stella Maria Alves da; MARTINS, Nayara Tavares; AOYAMA, Elisângela de Andrade; SOUZA, Rafael Assunção Gomes de Souza. Riscos biológicos relacionados aos acidentes de trabalho com materiais perfurocortantes. **ReBIS** [Internet]. 2020; 2(1):83-8. Disponível em: <https://revistarebis.rebis.com.br/index.php/rebis/article/view/75/69>. Acesso em: 8 jun.2023.

7 DELGADO, Gabriela Neves. Estado democrático de direito e direito fundamental ao trabalho digno. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* (coord.). **Trabalho e Justiça Social: um tributo a Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013. 256 p.

8 Disponível em: [https://ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](https://ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm) . Acesso em: 9 jun. 2023.

---

e aos danos à saúde que podem ocorrer em decorrência do labor, buscando reduzir as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

A Convenção n.º 161 da OIT versa sobre saúde e segurança no trabalho e busca estabelecer o compromisso dos países membros de instituir serviços de saúde no trabalho, assim entendido “serviço investido de funções essencialmente preventivas e encarregado de aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa”<sup>9</sup>.

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, a cidadania e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, inaugura, efetivamente, uma nova ordem jurídica.

Em consonância com essa perspectiva, a Lei Maior apresenta os direitos trabalhistas no rol dos direitos sociais considerados fundamentais e ressalta a valorização do trabalho humano no capítulo destinado à ordem econômica, referendando a relevância do papel do trabalhador como pilar do desenvolvimento econômico-social e da reconstrução da democracia nacional.

É nesse contexto de valorização do trabalhador que emerge a relevância da adequação do meio ambiente laboral às condições de higiene e salubridade, necessárias à garantia de realização do trabalho decente.

Registre-se que todo trabalhador urbano e rural possui o direito à proteção da saúde, da segurança e da higiene, nos termos do art. 7º, inc. XXII c/c art. 39, §3º da Carta Magna, sendo, portanto, irrelevante o vínculo existente entre o obreiro e o tomador de serviço (se celetista ou estatutário), em especial, por este direito fazer parte do patamar civilizatório mínimo.

Destarte, a Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, não se exime da obrigação de observar as normas de saúde

---

9 Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236240/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang--pt/index.htm). Acesso em: 9 jun. 2023.

---

e segurança, mesmo quando existam em seus quadros apenas servidores estatutários.

Esse é o entendimento exarado na Convenção 155 da OIT ao estabelecer no art. 3, alínea “b”, que as disposições contidas no documento são aplicáveis a “[...] todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos”. Segue o mesmo parâmetro a Convenção 161 da OIT ao estabelecer, no art. 3, item 1, que todo “[...] Membro se compromete a instituir, progressivamente, serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores, entre os quais se contam os do setor público [...]”.

É relevante ressaltar, ainda, que considerando que o ambiente laboral é o ambiente no qual o trabalhador(a) passa, muitas vezes, a maior parte do seu dia, observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, conforme disposto no art. 225, *caput*, da Carta Magna de 1988, está umbilicalmente ligado à saúde do trabalhador, ensejando à implementação de meios de prevenção de combate ao acidente de trabalho e desenvolvimento de doenças ocupacionais, independente do vínculo que une o trabalhador ao tomador de serviço.

A Consolidação das Leis Trabalhistas também não se furtou a dever de bem nortear a proteção da saúde e segurança do trabalhador, pontuando, de forma clara, que compete ao empregador e à Administração Direta e Indireta o dever de cumprir as normas de segurança e medicina, inclusive aquelas fixadas pelo Ministério do Trabalho (arts. 157, I e III, e 200 da CLT).

O Ministério Público do Trabalho, na função de defensor da ordem social e dos direitos trabalhistas indisponíveis possui por missão constitucional velar pela observância da legislação laboral no que pertine à garantia do meio ambiente de trabalho hígido e sadio, nos termos do art. 127 da Constituição Federal.

Ressalte-se que a atribuição deste Órgão Ministerial para realizar ações a fim de assegurar o cumprimento das normas pertinentes à proteção da higiene, da segurança e da saúde do trabalhador no

âmbito da Administração Pública encontra-se resguardada na Carta Magna segundo os ditames dos arts. 7º, inc. XXII c/c art. 129, inc. II.

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal(STF) na ADI 3395-6/DF-MC não retirou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações cuja causa de pedir seja a defesa do meio ambiente laboral no âmbito da Administração Pública, não retirando, por conseguinte, a atribuição do *Parquet* Laboral para a defesa de tais direitos.

A Reclamação n.º 3303-1/PI é cristalina nesse sentido:

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, PARA IMPOR AO PODER PÚBLICO PIAUIENSE A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO NO ÂMBITO DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. Alegação de desrespeito ao decidido na ADI 3.395-MC não verificada, porquanto a ação civil pública em foco tem por objeto exigir o cumprimento, pelo Poder Público piauiense, das normas trabalhistas relativas à higiene, segurança e saúde dos trabalhadores. 2. Reclamação improcedente. Prejudicado o agravo regimental interposto. (STF. Reclamação n.º 3303-1/PI. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DJU em 16.05.2008)

A aplicação da Súmula n.º 736<sup>10</sup> do STF referenda a competência da Justiça do Trabalho<sup>11</sup> e a atribuição do Ministério Público do Trabalho<sup>12</sup>.

10 Súmula n.º 736 do STF - Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

11 **EMENTA: SÚMULA Nº 736 DO STF.** Competência da justiça do trabalho. “Compete à justiça do trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”, tal qual a hipótese dos autos. (TRT 3ª R.; ROT 0010537-09.2022.5.03.0056; Quarta Turma; Rel. Des. Paulo Chaves Correa Filho; Julg. 06/06/2023; DEJTMG 09/06/2023; pág. 1.746)

12 **EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS. COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO.** Tratando-se de ação que visa ao cumprimento de normas que asseguram a higidez do local de trabalho, as quais afetam diversos trabalhadores, é da Justiça do Trabalho a competência para apreciar a presente ação, nos termos do art. 114, I, da CF c/c Súmula 736 do STF. **LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.** Legitima-se o Ministério Público

Destarte, torna-se clara a atribuição do Ministério Público do Trabalho para realizar ações no sentido de garantir a higidez e a salubridade do meio ambiente de trabalho no âmbito da Administração Pública, em especial porque a preservação do meio ambiente laboral afigura-se como um direito social (art. 7º, XXII, CF/88) inserido no rol de direitos que compõem o patamar civilizatório mínimo e, nessa condição, a aplicação das normas que tratam da redução dos riscos inerentes à atividade profissional deve ser assegurada a todo e qualquer trabalhador.

Do exposto, verifica-se a relevância da atuação do *Parquet* Laboral, na qualidade de órgão agente e defensor da dignidade humana que flui dos valores sociais do trabalho, em prol da proteção do meio ambiente laboral na Administração Pública, com fulcro no art. 129, inc. II da Lei Maior<sup>13</sup> e arts. 83, inc. III<sup>14</sup> e 84, inc. II<sup>15</sup> da Lei Complementar n.º 75/1993.

### 3 PROJETO SAÚDE NA SAÚDE

Ante o expressivo número de ocorrência de acidentes de trabalho no âmbito das unidades de saúde, em 2011, durante reuniões voltadas à elaboração do planejamento estratégico do Ministério Público do

---

do Trabalho a promoção da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais [...] (TRT 10ª R.; RORSum 0000194-31.2018.5.10.0821; Terceira Turma; Rel. Des. João Luís Rocha Sampaio; DEJTDF 31/05/2022; pág. 1.125)

- 13 **Art. 129, CF/88.** São funções institucionais do Ministério Público: II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.
- 14 **Art. 83, LC 75/93.** Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.
- 15 **Art. 84, LC 75/93.** Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores.

---

Trabalho, os membros titulares e/ou suplentes da CONAP, decidiram pela necessidade de atuação coordenada, em âmbito nacional.

Dentro desta perspectiva, foi desenvolvido o Projeto “Saúde na Saúde” com a finalidade de estabelecer estratégias de atuação do *Parquet* Laboral para combater a não observância da legislação trabalhista pertinente à saúde e à segurança no trabalho e das Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, em especial a NR n.º 32, nas unidades de saúde geridas pela Administração Pública.

O órgão ministerial, através do Projeto Saúde na Saúde, busca que as unidades de saúde públicas realizem gestão comprometida com o resguardo da saúde e da segurança do profissional, atuando para evitar que os agravos aconteçam. Este é o pensamento exarado pela Subprocuradora-geral do Trabalho, Ileana Neiva Mousinho<sup>16</sup>:

A atuação do Ministério Público do Trabalho, pautada em suas atribuições constitucionais, há de buscar, nesses cenários, a máxima efetividade dos direitos fundamentais à saúde e segurança do trabalho mediante a aplicação dos princípios ambientais da prevenção, da precaução e da informação.

Registre-se que, mesmo estando diante de Normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é indiscutível a sua aplicação no ambiente laboral em estabelecimentos públicos. Este é o pensamento exarado por Alpiniano Lopes<sup>17</sup>:

A doutrina e a jurisprudência já se consolidaram quanto à plena aplicação das normas regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego aos celetistas, mesmo que vinculadas à administração pública.

---

16 MOUSINHO, Ileana Neiva. Termo de Ajuste de Conduta em Matéria Ambiental Trabalhista. *In*: SILVA, Cláudia Fernanda Noriler *et al.* (org.). **Meio Ambiente do Trabalho em Foco: estudos em homenagem aos 15 anos da CODEMAT**. Brasília: ESMPU, 2019. p. 285-319.

17 LOPES, Alpiniano do Prado. Atuação do Ministério Público do Trabalho em face da Administração Pública – meio ambiente do trabalho. *In*: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (coord.). **Estudos Aprofundados do MPT**, São Paulo: Jus Podium, 2012, p. 469-484.

Um manual foi elaborado para orientar os Procuradores e as Procuradoras do Trabalho na condução dos procedimentos, contendo informações sobre os principais problemas existentes nas unidades de saúde, *checklist* a ser utilizado no momento das inspeções, medidas a serem adotadas, modelos de Termos de Ajuste de Conduta e de Ação Civil Pública.

Importante ressaltar que o Projeto Saúde na Saúde abrange não apenas os servidores públicos diretamente vinculados à unidade de saúde, mas todos os profissionais que desenvolvem atividade no local, incluindo terceirizados, prestadores de serviço e estagiários, considerando que o ambiente laboral é uno e indivisível e de responsabilidade da tomadora do serviço, conforme expresso no art. 4º-C da Lei n.º 6.019/1974<sup>18</sup>.

Inspeções foram realizadas no Distrito Federal e em diversos Estados do país, confirmando a existência de irregularidades capazes de justificar a existência de níveis elevados de acidentes de trabalho, em especial em razão do manuseio de materiais perfurocortantes, indo, inclusive, ao encontro de estudo realizado por Emílio Ribeiro e Helena Shimizu<sup>19</sup>:

... Constatou-se que os trabalhadores sofreram 76 acidentes de trabalho, dentre quais, 83,95% foram causados por materiais perfurocortantes, 8,64% por quedas, 6,17% por exposições a fluidos biológicos e 1,24% por contusões.

Dentre as irregularidades, destacam-se capacitação insuficiente dos profissionais quanto às medidas de saúde e segurança, a inexistência e/ou não implementação do Programa de Gerenciamento de

---

18 Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço [...].

19 RIBEIRO, Emílio José Gonçalves; SHIMIZU, Helena Eri. Acidentes de trabalho com trabalhadores de enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem**, Brasília, 2007 set-out; 60(5): 535-40. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/JDQgcX4MJHLjgZW7SGm3Szl/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 8 jun. 2023.

---

Riscos (PGR), do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e do Plano de Prevenção de Acidentes com Material Perfurocortante, bem como inexistência ou dimensionamento inadequado do Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT).

Foram observados, ainda, problemas relacionados ao dimensionamento das equipes e jornada de trabalho ampliada, situações que aliadas ao estresse do desenvolvimento da atividade e ao cansaço em razão das muitas horas de trabalho, contribuem para a ocorrência de acidentes de trabalho.

Nesse ponto, importante ressaltar que a duração da jornada de trabalho está inserida na qualidade do ambiente de trabalho influenciando nas condições de saúde e segurança do trabalho, de forma que a limitação das horas trabalhadas é essencial para garantir o direito fundamental à saúde do trabalhador, como preconizado por Ileana Neiva Mousinho<sup>20</sup>:

a proibição de prorrogação de jornada de trabalho, em atividades em que há graves riscos de acidentes e doenças de trabalho, ou em atividades em que estatisticamente é alto o número de acidentes e adoecimentos, é medida necessária para conferir-se eficácia ao direito fundamental à saúde do trabalhador.

Da análise dos dados contidos em sistema interno do Ministério Público do Trabalho, observa-se que, em todo o território nacional, entre os anos de 2018 e 2023, foram firmados 182 (cento e oitenta e dois) Termos de Ajuste de Conduta com unidades de saúde geridas pela Administração Pública e ajuizadas 76 (setenta e seis) ações civis públicas e ações de execução com o fim de garantir condições de higiene, salubridade e segurança nos ambientes hospitalares.

No mesmo período, foram instaurados 53 (cinquenta e três) procedimentos promocionais, através dos quais os Membros e as Membras do *Parquet* Laboral atuam na qualidade de agente de transformação

---

20 MOUSINHO, Ileana Neiva. O Ministério Público do Trabalho e a atuação para efetividade do direito fundamental à saúde do trabalhador. *In*: SANTOS, Élisson Miessa dos e CORREIA, Henrique (coord.). **Estudos Aprofundados do MPT**, São Paulo: Jus Podium, 2012, p. 117.

---

social, buscando articular ações com o fim de que políticas públicas sejam desenvolvidas pela Administração Pública visando a promoção da observância das normas de saúde e segurança do trabalho nos nosocômios públicos.

Atualmente, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, há 269 (duzentos e sessenta e nove) procedimentos com investigação<sup>21</sup> em curso vinculados ao Projeto Saúde na Saúde, em que se busca, através da atuação específica voltada a determinada unidade de saúde pública, a adoção de providências no sentido de fazer cumprir os dispositivos constitucionais e legais voltados à proteção da saúde e da integridade física e psíquica dos profissionais que laboram nos estabelecimentos.

Observa-se, destarte, que a atuação do Ministério Público do Trabalho tem alcançado milhares de trabalhadores das unidades de saúde pública, melhorando significativamente o ambiente laboral e contribuindo, sobremaneira, para a redução dos números de acidentes de trabalho em locais onde o profissional que cuida merece e deve ser cuidado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O meio ambiente laboral hígido, sadio e seguro é direito fundamental do(a) trabalhador(a), essencial ao trabalho decente e ao trabalho digno, devendo ser resguardado por todos que exercem gestão sobre os estabelecimentos das unidades de saúde, em especial as geridas pela Administração Pública.

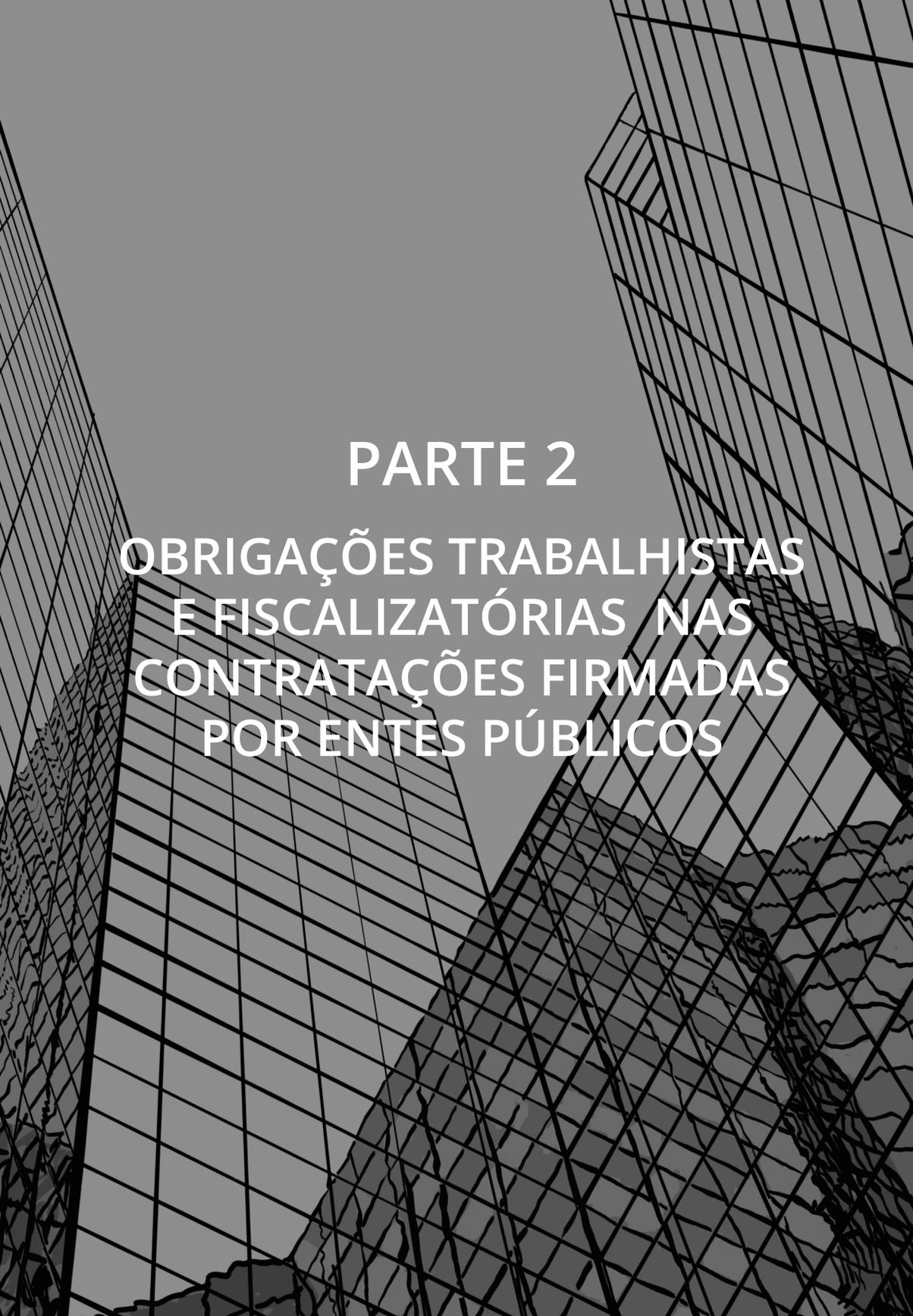
O alarmante número de acidentes de trabalho que vitimam profissionais de saúde reduzirá quando os gestores efetivamente observarem as normas que regulamentam o ambiente laboral forem cumpridas, atentando, também, para os limites jornada de trabalho e para o correto dimensionamento das equipes.

O Ministério Público do Trabalho, enquanto instituição que tem a missão de defender os direitos constitucionais e indisponíveis dos tra-

---

21 Incluindo Notícias de Fato, Procedimentos Preparatórios e Inquéritos Cíveis.

balhadores, atuando de forma coordenada e harmônica em território nacional, através do Projeto Saúde na Saúde, busca cuidar de quem cuida, tornando as unidades de saúde públicas em locais adequados para a execução, de forma segura, das atividades tão relevantes desenvolvidas pelos profissionais de saúde.



**PARTE 2**

**OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS  
E FISCALIZATÓRIAS NAS  
CONTRATAÇÕES FIRMADAS  
POR ENTES PÚBLICOS**



---

## 2.1 A Atuação do Ministério Público do Trabalho para a Prevenção de Ilícitos Trabalhistas nos Contratos de Prestação de Serviços Terceirizados e de Obras. Passado, Presente e Futuro

Ileana Neiva Mousinho<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o aumento do número de contratos de prestação de serviços terceirizados, firmados pela Administração, tem evidenciado um indesejado efeito colateral: a utilização dos referidos contratos, por várias contratadas, para a obtenção de vantagens financeiras indevidas, causando prejuízos aos trabalhadores e à Administração Pública. Práticas ilícitas também têm sido evidenciados nas contratações de empresas de engenharia para realização de obras públicas.

A CONAP – à época chamada Coordenadoria de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – desde o início da sua criação tem atuado para evitar que os trabalhadores sofram prejuízos durante a execução dos contratos de prestação de serviços terceirizados, partindo do pressuposto de que a mera busca da responsabilidade subsidiária não resolve o problema criado pela conduta ilícita das empresas, que fraudam a execução dos contratos, pois é necessária a adoção de medidas de prevenção de fraudes, pela Administração Pública, para que os trabalhadores “terceirizados” recebam a tempo e modo o pagamento das verbas trabalhistas e demais direitos decorrentes dos seus contratos de trabalho.

---

1 Subprocuradora-Geral do Trabalho. Membro da 1ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho. Ex- Coordenadora e ex-Vice-Coordenadora Nacional da CONAP (2019-2023). Mestre em Direito e Desenvolvimento, Universidade Federal do Ceará.

---

Por vários anos, as investigações têm demonstrado como emergem as formas de fraude e corrupção decorrentes da contratação, pelos entes públicos, de empresas prestadoras de serviços terceirizados que cobram, da Administração Pública, o pagamento pela prestação de serviços, sem, todavia, remunerar corretamente os trabalhadores engajados no contrato, sem observar as normas de saúde e segurança do trabalho ou sem empregar o quantitativo de trabalhadores previsto no contrato.

Comprovados os ilícitos trabalhistas, a CONAP/MPT busca uma tutela reparatória, para que os trabalhadores recebam as verbas inadimplidas, sejam elas pagas pela empresa recalcitrante, seja pela Administração Pública, que, ao agir com culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, não garantiu que os empregados recebessem as suas verbas trabalhistas no tempo correto.

A verificação de falha da Administração Pública, na grande maioria dos casos, conduziu a um aprimoramento da atuação da CONAP/MPT, para encetar atuação preventiva e inibitória de novos descumprimentos da legislação trabalhista, pelas contratadas da Administração Pública, mediante mecanismos de melhor registro, por parte dos gestores públicos, das infrações praticadas pelas contratadas, formando-se o embrião de um conjunto de práticas de fiscalização contratual, ao qual, hoje, denomina-se programa de integridade, ou para alguns, simplesmente, *compliance* administrativo.

Verificou-se, assim, no desenvolvimento da atuação da CONAP/MPT, a necessidade de exigir, da Administração Pública, a adoção de medidas prévias à contratação e durante a execução contratual, aptas a evitar a contratação de empresas inidôneas, que buscam se beneficiar de contratos administrativos, utilizando ardis para diminuir os custos trabalhistas. Em outras palavras, passou-se a exigir um melhor planejamento das licitações, detecção dos seus riscos e aprimoramento da fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados, cobrando do administrador público o uso de instrumentos mais refinados de *due diligencie* e *compliance*, ou seja, aprimorando o controle interno dos órgãos públicos.

---

Da primeira fase de atuação da CONAP/MPT são emblemáticas as ações civis públicas mediante as quais se obteve o pagamento de verbas rescisórias de milhares de trabalhadores, a partir de pedidos liminares de bloqueio de pagamentos devidos às contratadas em situação irregular, efetuando-se o pagamento diretamente aos trabalhadores afetados; e, também, a edição do Manual intitulado *Terceirização sem Calote*, com a explicitação dos meios de atuação preventiva para evitar-se que os trabalhadores terceirizados sejam vítimas de empresas inidôneas e da má fiscalização da Administração Pública em relação aos contratos de prestação de serviços que firmou.

A atuação da CONAP/MPT contribuiu para a evolução das normas vigentes de fiscalização de contratos e da jurisprudência dos Tribunais judiciais e de Contas. Contribuiu para a implantação da conta-depósito vinculada nos contratos de prestação de serviços terceirizados, instituto que evoluiu diante da percepção de que necessitava de aperfeiçoamentos, sugeridos pelo Ministério Público do Trabalho, a ponto de obter-se a evolução da facultatividade da instituição da conta-vinculada, para uma situação de obrigatoriedade da criação da conta-vinculada, por força da Instrução Normativa n.º 5, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e, atualmente, a medida estar prevista na Lei n.º 14.133/2021.

Assim, a instituição da conta-depósito vinculada aos contratos de prestação de serviços e o pagamento dos serviços segundo o fato gerador, a organização dos procedimentos de acompanhamento da execução do contrato de prestação de serviços terceirizados, previstos na Instrução Normativa n.º 5, passaram a estar melhor previstos na Lei n.º 14.133/2021, e a atuação da CONAP/MPT também se qualificou para a concretização dos direitos dos trabalhadores terceirizados, mediante a exigência de uma fiscalização dos contratos mais eficiente.

O enquadramento da conduta empresarial nas práticas lesivas à Administração Pública, previstas na Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), também passou a ser objeto de discussão nas reuniões da CONAP/MPT, levando à necessidade de estabelecimento de atuação conjunta com outros ramos do Ministério Público brasileiro, para a

---

identificação dos casos nos quais se deve atuar para prevenir as ocorrências de fraudes na execução contratual e para exigir a criação de programas de integridade na Administração Pública e pelas empresas contratadas, nos termos do Decreto n.º 8.420/2015, posteriormente revogado pelo atual Decreto n.º 11.129/2022.

As atuações preventiva e repressiva complementam-se. Embora o novo paradigma seja a atuação preventiva, fortifica-se a atuação repressiva, concomitantemente, para verificar-se as práticas ilícitas, com apoio nos sistemas de investigação do MPT Digital, como o Spider, e realizar-se a busca patrimonial para obtenção de recursos das empresas para quitação dos débitos trabalhistas inadimplidos. Além disso, persegue-se a responsabilização objetiva da sociedade empresária e a responsabilidade subjetiva dos seus dirigentes, para evitar o processo de retroalimentação das fraudes, mediante o qual os sócios de empresas condenadas constituem outras empresas, nas quais praticam as mesmas fraudes contra os trabalhadores e o patrimônio público.

A junção de esforços, nas frentes repressiva e preventiva, é resultado da percepção inequívoca de que a reparação pecuniária após o término do contrato, ou alguns meses após a data do pagamento da verba trabalhista, não se traduz em justiça para o trabalhador. Por isso, a CONAP/MPT, sem embargo da atuação repressiva, inicia uma nova fase de atuação, marcada pela busca da criação e aplicação de leis, decretos e regulamentos estaduais, distrital e municipais que detalhem o caminho para uma melhor fiscalização dos contratos. Essa nova fase conduz a que a CONAP/MPT fomente o *compliance* administrativo e a adoção pelas empresas de programa de integridade, medida que passou a ser formalmente exigida na Lei n.º 14.133/2021, e atue para o efetivo preenchimento do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas, para impedir a participação, em licitações e contratações públicas, de empresas que não respeitam os direitos trabalhistas.

Nesse contexto, a mudança do nome da CONAP para Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Adminis-

---

tração Pública, coaduna-se com os contornos da atuação atual e futura da Coordenadoria de promoção de ações de integridade pública, com especificidades de cumprimento da legislação trabalhista.

## **1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A atividade administrativa não é um fim em si mesma. Ela é instrumental para a realização de “prestações” que o Estado se comprometeu, constitucionalmente, a “entregar” para os administrados.

Logo, os contratos administrativos são firmados para que a Administração Pública entregue tais prestações aos cidadãos e garanta o funcionamento da estrutura estatal, para continuamente ofertar esses serviços. O Estado não pode prestar os serviços desvinculando-se dos direitos fundamentais, pois tem o dever de ser garantidor da eficácia desses direitos.

Com garantidor da igualdade de direitos entre os cidadãos, o Estado, nos contratos de prestação de serviços, não pode se preocupar, apenas, com a satisfação dos direitos dos cidadãos fruidores dos serviços públicos, mas, também, deve garantir os direitos dos cidadãos que trabalham e auxiliam o Estado na entrega das “prestações” dos serviços públicos, ou seja, seus servidores públicos, os trabalhadores terceirizados, os aprendizes, estagiários e os particulares em colaboração com a Administração Pública.

Por isso, nos contratos administrativos, neles compreendidos os contratos de obras, a dimensão dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados não pode ser olvidada, assim como não podem ser vilipendiados os direitos dos servidores públicos e de outras categorias de trabalhadores, nas respectivas relações estatutárias ou contratuais.

Em suma, sendo o direito administrativo o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplina as atividades administrati-

vas necessárias à realização dos direitos fundamentais<sup>2</sup>, não se pode restringir o seu objeto à realização dos direitos fundamentais, apenas, do cidadão-administrado, fruidor dos direitos à saúde, à educação, à segurança, à legalidade tributária, à organização das cidades e outros. Ao contrário, os direitos fundamentais, como vetores da interpretação das normas administrativas, impõem que a Administração Pública promova o trabalho decente dos trabalhadores “terceirizados” utilizados nos contratos administrativos, mediante a previsão de cláusulas contratuais que garantam as condições de saúde, higiene, segurança e pagamento tempestivo (ambiente de trabalho sadio e qualidade remuneratória).

## **2 O PLANEJAMENTO DAS LICITAÇÕES, A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E OS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL E DO INTERESSE PÚBLICO. DIRETRIZES PARA UMA NOVA ATUAÇÃO DA CONAP/MPT**

O art. 5º da Lei n.º 14.133/2021 determina que, na sua aplicação, deve-se observar os princípios do desenvolvimento nacional sustentável e do interesse público, dentre outros. Assim, o princípio do interesse público, na toada da moderna teoria do direito administrativo, passa a concretizar-se quando, nos contratos administrativos, a tônica não é somente obter o menor preço, mas, também, assegurar o trabalho decente dos trabalhadores envolvidos na prestação de serviços e nas obras.

É óbvio que não atende ao interesse público nem concretiza o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, tentativas da Administração Pública de eximir-se da responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas dos trabalhadores que se engajaram no contrato, não obstante não tenha se desincumbido de uma expedita fiscalização dos contratos.

Não há interesse público realizado, nem há possibilidade de desenvolvimento nacional sustentável, se ano após ano as contratações

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2005, p.1.

públicas deixam um grande número de trabalhadores “terceirizados” com seus direitos fundamentais negados, pois não recebem na data correta o pagamento dos seus salários, não gozam suas férias e são coagidos psicologicamente a concordar com despedidas “por acordo”, iludidos pela frágil promessa de que, se assim procederem, a empresa os aproveitará em outros contratos, quando vencer licitações, ou a empresa que a sucederá, os manterá no mesmo serviço no órgão público.

A aplicação da Lei n.º14.133/2021, ditada pelos princípios do interesse público e do desenvolvimento nacional sustentável, além, é claro, do princípio da legalidade, orienta a atenção do administrador público à fase de planejamento da licitação, para que, no Termo de Referência, haja a inclusão de todas as verbas trabalhistas, ou seja, que o custo referente aos contratos de trabalho seja incluído nas planilhas de custos dos contrato, de acordo com as leis trabalhistas, acordos e convenções coletivas de trabalho, decisões judiciais e termos de ajustamento de conduta<sup>3</sup>.

Na fase de planejamento, deve-se verificar quantos trabalhadores são necessários para a prestação de serviços, de modo a evitar que o subdimensionamento da equipe de trabalho gere riscos psicossociais aos trabalhadores. Deve-se verificar os riscos da atividade e calcular o dispêndio com adicionais de insalubridade e periculosidade, com equipamentos de proteção individual (EPI) e coletiva (EPC), exames médicos e custeio de medidas de vigilância em saúde do trabalhador, que devem estar previstas no Programa de Controle Médico Ocupacional (PCMSO) da empresa contratada.

O Ministério Público do Trabalho, a partir da Lei n.º 14.133/2021 tem muito espaço para atuar na fase de planejamento da licitação, realizando audiências com os órgãos contratantes e com as Controladorias de Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre o planejamento

3 Lei n.º14.133/2021, art. 63, § 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

---

da licitação, para verificar se previram a matriz de alocação de risco e se estão sendo vigilantes na fase de habilitação das contratadas, verificando se têm histórico de inadimplências trabalhistas em outros contratos. O Ministério Público do Trabalho pode, inclusive, recomendar a realização de audiência pública ou de consulta pública sobre a licitação, para que a Administração Pública justifique a necessidade da contratação, apresentando estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, propiciando oportunidade de manifestação de todos os interessados<sup>4</sup>.

Na fase de fiscalização de contratos, a Lei n.º 14.133/2021 traz, também, importantes, mecanismos de controle, como será exposto a seguir. De início, destaca-se que a nova Lei deixa muito claro que, nos contratos de prestação de serviços com uso exclusivo de mão de obra, a Administração Pública deve proibir que um trabalhador seja utilizado em mais de um contrato, concomitantemente.

Logo, essa norma, além de conter uma obrigação de conferência, pelo fiscal do contrato, é, também, uma norma que orienta a atividade de planejamento da Administração Pública. Se o trabalhador somente poderá prestar serviços a apenas um órgão público, por vez, há, em consequência, o dever do órgão contratante, no planejamento da licitação, de considerar todos os custos trabalhistas para composição dos custos da mão de obra no Termo de Referência da licitação.

Na fase de fiscalização dos contratos, durante a execução contratual, aos princípios da legalidade e moralidade somam-se os princípios do interesse público e do desenvolvimento nacional sustentável, de modo a ser exigível uma fiscalização diuturna, eficiente, bem estruturada e documentada dos contratos de prestação de serviços e de obras públicas, com utilização exclusiva de trabalhadores no serviço em prol da Administração Pública contratante.

---

4 Lei n.º 14.133/2021, art. 21 e parágrafo único.

### **3 A ATUAÇÃO PARA MELHORAR A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS E A NOVA LEI N.º 14.133/2021. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DE OBRAS. NOVOS CAMINHOS**

A disposição do art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 de que “Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato” encontra temperamentos na própria lei.

Com efeito, está claro que essa disposição visa evitar que, por falha do contratado, a Administração Pública sofra continuidade na prestação de serviços ou no recebimento de obras, mas não é uma regra absoluta no que se refere à obrigação da contratante de cumprir as obrigações trabalhistas e fiscalizar a execução contratual.

Tanto é assim, que, quanto ao meio ambiente do trabalho, a contratada tem direito de fazer vistoria prévia no ambiente de trabalho, antes do início da prestação de serviços (art. 63, § 4º, da Lei n.º 14.133/2021), e solicitar que a Administração Pública promova adequações no local de trabalho. Nos contratos de obras, a responsabilidade da Administração Pública em não permitir condições inseguras de trabalho se revela no dever da Administração Pública, se permitir subcontratação de parte(s) da obra, exigir da contratada a comprovação da capacidade técnica da subcontratada, ou, até impedir a subcontratação<sup>5</sup>. Há, assim, um dever de controle na realização de obras públicas, em prol do cumprimento dos direitos trabalhistas e à saúde e segurança do trabalho.

Ademais, se no curso da execução contratual, por fato da Administração Pública, a prestação de serviços se tornar impossível, como, por exemplo, ocorreria se, por falta de uma obra estrutural na cozinha de hospital, a permanência dos trabalhadores no local se tornasse um risco, tornando legítimo o direito de recusa<sup>6</sup>, a contratada faz jus

5 Lei n.º 14.133/2021, art. 122, §§ 1 e 2º.

6 NR 1, 1.4.3 O trabalhador poderá interromper suas atividades quando constatar uma situação de trabalho onde, a seu ver, envolva um risco grave e iminente para a sua vida e saúde, informando imediatamente a seu superior hierárquico.

---

ao pagamento contratual, para que os empregados recebam os seus salários.

Desse modo, cabe ao fiscal do contrato, na primeira reunião após a assinatura do contrato, verificar se todas as condições ambientais de trabalho estão adequadas.

Sob outro ângulo, se a inadimplência da contratada em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não impactar a segurança do trabalho, nem a quitação dos débitos trabalhistas, mas for uma inadimplência que impeça a regularização do uso das obras e das edificações, aplica-se o §1º do art. 121, que prevê que as irregularidades da contratada não podem impedir que a Administração Pública se imita na posse das obras e proceda ao seu registro.

Note-se que o §1º do art. 121 ressalva a hipótese prevista no § 2º do mesmo artigo, ou seja, se a inadimplência não se referir apenas a questões regulatórias de obras, mas a irregularidades relativas a obrigações de trato sucessivo relativas aos direitos dos trabalhadores, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas, se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contrato.

Assim, a interpretação correta é que o *caput* do art. 121 prevê uma regra de irresponsabilidade mitigada, com exceções que podem ser resumidas: 1) exceções quanto às obrigações ambientais trabalhistas; 2) exceções quando há culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Para não incorrer em culpa *in eligendo*, a Administração Pública deve demonstrar que avaliou, na fase de habilitação à licitação, se as empresas licitantes têm capacidade econômico-financeira, jurídica, fiscal, técnica, social e trabalhista<sup>7</sup>. Logo, se há esse dever, não há sentido exculpar a Administração Público em determinados tipos de contratos, quando em todos eles há o emprego de trabalho humano.

---

7 Art. 62 da Lei n.º 14.133/2021.

---

O uso do termo “exclusivamente” no art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 tem conduzido à interpretação apressada, segundo a qual, quando a Administração Pública contrata uma construtora, para realizar uma obra, não estaria sujeita aos efeitos da responsabilidade solidária ou subsidiária em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários da contratada.

Ora, os empregados da construtora contratada estão, em regra, alocados com exclusividade no contrato realização de obra, firmando com a Administração Pública. Na prática, quando a Administração Pública contrata a construção de uma ponte, alguns empregados da construtora estão exclusivamente alocados naquele contrato. Logo, o contrato de obras não é incompatível com o regime de dedicação exclusiva de mão de obra e, se for executado com dedicação exclusiva, aplica-se o §2º do art. 121 da Lei nº 14.333/2021.

Assim, quando o § 2º do art. 121 da Lei n.º 14.133/2021 determina que, nos contratos de prestação de serviços, se for comprovada a “falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado”, haverá responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e subsidiária pelos encargos trabalhistas, não está se referindo, apenas, à prestação de serviços que constituem atividades, mas também a serviços que geram um bem material para a Administração Pública, como uma obra pública.

Essa conclusão decorre do art. 5º da Lei n.º 14.133/2021, o qual determina ao intérprete que considere os princípios da racionalidade e do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e contratados administrativos. A sustentabilidade contratual abrange os aspectos ambiental e social. Logo, não há racionalidade possível no sistema jurídico, se a natureza do contrato constituir impedimento à responsabilidade subsidiária da Administração Pública. O ponto que pode fundar a exclusão da responsabilidade subsidiária, salvo a ausência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, é a prestação eventual de serviços dos trabalhadores, nas obras públicas, de forma concomitante à prestação de serviços em outras obras públicas ou privadas.

---

Ao contrário, se o objeto do contrato for a realização de serviços de engenharia, e os trabalhadores estão alocados, no período considerado, com exclusividade no contrato, há responsabilidade solidária e subsidiária da Administração Pública, conforme o tipo de obrigação (ambiental ou patrimonial).

Observe-se que o inciso XVI do art. 6º da Lei n.º 14.133/2021, ao definir os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, estipula que são aqueles cujo *modelo de execução contratual* exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Esses requisitos estão presentes em contratos de obras, salvo se forem serviços eventuais e houver concomitância da prestação de serviços para outros tomadores de serviços, o que dificilmente ocorre em obras públicas. Nos contratos de obras, além dos maiores riscos associados ao objeto da contratação, a sustentabilidade dos contratos, no aspecto social, exige uma atuação da Administração Pública para promover o trabalho decente, e, por conseguinte, não será a espécie de contrato o fator determinante da responsabilidade estatal. Com deflui do art. 6º, XVI, da Lei n.º 14.133/2021, o *modelo de execução*, e não o tipo de contrato, é que define se o contrato é de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra ou não.

Importante lembrar que, em qualquer cadeia de prestação de serviços e de aquisição de bens, há responsabilidade de todos os elos da cadeia e isso decorre das Diretrizes da ONU para empresas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em síntese, foi no sentido de não reconhecer uma responsabilidade automática da Administração Pública, por débitos das contratadas, mas se for demonstrada a conduta administrativa culposa, haverá responsabilidade, por erro na escolha da contratada ou por má fiscalização. De forma coerente com

---

essa decisão, o STF deveria ter decidido que as modalidades contratuais (contrato de obra ou de serviços) não interferem na conclusão sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porque em ambas as modalidades contratuais há prestação de serviços com exclusividade do prestador.

Na norma anterior, e de forma enfática na atual regra do art. 104 da Lei n.º 14.133/2021, está claro que “o regime jurídico *dos contratos* instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de ... fiscalizar sua execução”. Note-se que o dever de fiscalizar está previsto para todos os tipos de contratos, e não se pode cindir esse dever, para estabelecer que, em contratos de obra, o dever de fiscalização contratual abrange apenas a conferência da “metragem da obra” ou da observância às especificações técnicas dos projetos construtivos, e não considerar a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Ademais, o art. 6º, XVII, da Lei n.º 14.133/2021, repise-se, refere-se à modalidade de execução, e não a modalidade de contrato. A modalidade de execução dos contratos de obras, com múltiplas etapas de realização de uma atividade de risco, como é a construção civil, exige uma fiscalização acurada, com vistas a garantir, além do pagamento das verbas trabalhistas, as condições de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado nas dependências dos órgãos públicos ou locais previamente convencionados nos contratos<sup>8</sup>.

Não se deve confundir a existência de um glossário, no art. 6º da Lei n.º 14.133/2021, com o engessamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública a um único de contrato. O que caracteriza a responsabilidade subsidiária é a utilização exclusiva dos serviços dos trabalhadores em prol da Administração Pública, na execução dos contratos, e não o objeto da contratação.

Ademais, o fato das atividades de construção civil envolverem riscos patrimoniais e de segurança exige que a Administração Pública,

---

8 Art. 5º-A, §3º, da Lei n.º 6.019/1974.

---

na fase de habilitação, com vistas a verificar se a contratada tem capacidade econômica e operacional, seja até mais diligente do que nos demais contratos de prestação de serviços sem tantos riscos laborais associados.

A nova Lei n.º 14.133/2021 reforça a necessidade de, nos contratos de obras, haver fiscalização das contratadas, e uma exteriorização dessa conduta está na exigência, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, de implantação, pelas contratadas, de programa de integridade (§4º do art. 25). Ora, os programas de integridade preveem a detecção precoce de fraudes trabalhistas e a adoção de medidas para evitar prejuízos aos empregados. Se a Administração Pública não exige que as construtoras contratadas implementem programa de integridade, exsurge a sua responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Não se desconhece que o Tribunal Superior do Trabalho publicou o Tema Repetitivo n.º 6, excetuando a responsabilidade subsidiária trabalhista do ente público dono da obra.

Essa decisão veio na esteira do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, o panorama jurisprudência atual é de impossibilidade de condenação por responsabilidade subsidiária da Administração Pública direta e indireta quando age como dona da obra, mesmo nos casos de inidoneidade da empresa contratada.

*Data vênia*, essa posição necessita ser mudada, ante os termos da Lei n.º 14.133/2021, pois o dever da Administração Pública de, nas fases de planejamento e realização da licitação, contratar empresa idônea está ainda mais marcado na nova lei do que estava na legislação anterior. Logo, a contratação de empresa inidônea caracteriza a culpa *in eligendo* da Administração Pública e, por aplicação do princípio da racionalidade (art. 5º da Lei n.º 14.133/2021) não há fundamento para exigir-se menos da Administração Pública do que a jurisprudência do TST exige do particular: que siga um procedimento para escolha das contratadas, verificando a sua idoneidade econômica e operacional para realizar a obra, sob pena de reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária.

---

Além da necessidade de uma atuação futura da CONAP/MPT, para adequação da posição da jurisprudência à nova Lei n.º14.133/2021, a Instituição participa das ações da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, e, nesse espaço, compõe o grupo de trabalho da Ação n.º 1/2023, para “Elaborar diagnóstico dos desafios e propor o aperfeiçoamento da governança das obras públicas, no tocante aos projetos, à execução e à prestação de contas, visando transparência e medidas anticorrupção”.

Esse diagnóstico poderá demonstrar o que o MPT já comprovou nos inquéritos civis: do mesmo modo que ocorre nos contratos de prestação de serviços terceirizados, há uma instrumentalização dos contratos de obras públicas para fins ilícitos, com falta de registro dos contratos de trabalho e de pagamento de verbas trabalhistas, com enriquecimento indevido das empresas contratadas. Assim, a atuação futura de CONAP/MPT poderá direcionar-se à exigência de programa de integridade da Administração Pública nos contratos de obras públicas, fortalecendo os controles internos e externos, com benefícios para os trabalhadores da construção civil.

#### **4 A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS E O FALSO DILEMA DA DIFICULDADE DE FISCALIZAR**

Não há dúvidas de que é atribuição da Administração Pública fiscalizar a execução dos contratos de prestação de serviços e de obras que celebrar. Já o determinava a Lei n.º 8.666/1991 e, mais enfática e detalhadamente, determina a Lei n.º 14.133/2021 determina, pois traz inovações quanto ao dever do Administrador Público de planejar-se para a contratação, de elaborar a matriz de riscos e de inserir cláusulas, no edital, para assegurar a escolha de empresas com capacidade econômica<sup>9</sup>.

---

9 Lei n.º14.133/2021, art. 69, § 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

---

A nova Lei, portanto, traz elementos para a identificação de uma culpa *in eligendo* da Administração Pública quando avalia mal os riscos de uma contratação, e elementos concretos para aferir-se quando o fiscal do contrato falhou na fiscalização do contrato.

Isso porque a Lei n.º 14.133/2021 determina que o fiscal do contrato deverá informar aos seus superiores, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua competência (art. 117, § 2º). Logo, se o fiscal do contrato não informar ao superior hierárquico desvios da contratada, que não tenha conseguido corrigir, em tempo hábil, haverá patente deficiência de fiscalização e estará demonstrada a culpa *in vigilando*.

A *mens legis* é tão eloquente quanto à inadmissibilidade de fiscalização deficiente, que prescreve que “o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual” (§ 3º do art. 117).

Além disso, a Lei n.º 14.133/2021, no seu art. 169, que “as contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas”.

---

Logo, diante desse cenário, não há espaço para interpretações de que a fiscalização “por amostragem” é suficiente. A carência de servidores para fazer a fiscalização de contratos não é uma justificativa plausível, pois a Administração Pública deve fazer uso de meios da tecnologia da informação<sup>10</sup> e adotar mecanismos de controle, como a conta vinculada e o pagamento segundo o fato gerador.

A conta vinculada e o pagamento segundo o fato gerador são instrumentos que resguardam o pagamento aos trabalhadores e evitam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, quando corretamente utilizados. Embora alguns entes públicos aleguem a dificuldade de operacionalização da conta vinculada e os seus custos, a prática tem demonstrado uma melhora das fiscalizações a partir do uso da conta vinculada, inclusive em proveito da contratada, pois os valores provisionados lhe são entregues quando verificados os fatos geradores das obrigações trabalhistas.

Com efeito, todas as providências adotadas na fase de planejamento da licitação, como a estipulação de pagamento segundo o fato gerador, o provisionamento de valores na conta vinculada, a exigência de caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas; o condicionamento do pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato são condutas prévias, previstas no edital e no contrato, que facilitam o acompanhamento da execução contratual.

Essas medidas exigem um esforço inicial de organização, mas, depois, a fiscalização contratual flui com mais tranquilidade, e, se a contratada não agir com correção, a Lei n.º 14.133/2021 determina que a Administração Pública efetue diretamente o pagamento das verbas trabalhistas aos trabalhadores, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado (art. 121, § 2º, IV).

Por isso, é importante que a Administração Pública estabeleça que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a

---

10 Na fiscalização de obras há, inclusive, dispositivo específico: art. 19, III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo.

---

ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador. Ocorrido o fato gerador, e feito o pagamento pela contratada, a Administração Pública efetuará o pagamento da fatura de prestação de serviços com muito mais facilidade se os valores já estiverem provisionados na conta vinculada.

Em suma, o argumento de que não se pode fiscalizar tudo, imaginando-se uma pilha de documentos relativos a cada trabalhador, não é o que ocorre, na realidade. Primeiro, atualmente, há os meios de tecnologia da informação para auxiliar o fiscal do contrato. Segundo, se no planejamento da licitação, for inserido no edital que o pagamento das verbas trabalhistas será feito de acordo com o respectivo fato gerador e que a Administração Pública instituirá conta vinculada, a fiscalização contratual fica facilitada e automatizada, além das contratadas terem a facilidade de receber recursos porque eles já foram provisionados pela Administração Pública e esta sacará o valor da caução, fiança ou seguro.

Portanto, há um falso dilema entre facilitar a ação fiscalizatória da Administração Pública e aceitar-se fiscalizações por amostragem. O dilema, baseado em conclusões metajurídicas apressadas, não resiste a uma análise à luz do conjunto de medidas preventivas que, ao longo dos anos, foram sendo construídas nas Instruções Normativas (INs) de 2 a 5, do Ministério do Planejamento, e que culminaram com a recepção dessas medidas na Lei n.º 14.133/2021,

Ademais, não é imputando ao empregado o ônus da prova da má fiscalização contratual, nem considerando que o dever de fiscalizar está cumprido com fiscalizações por amostragem, que aprimorarão os controles internos da Administração Pública. Ao contrário. Essas teses esgrimidas pela Administração Pública podem até ser eficientes para impedir o acesso material à Justiça, pelos trabalhadores terceirizados, e evitar a responsabilidade subsidiária, mas, se acolhidas, são vitórias de Pirro, pois, a longo prazo somente afrouxarão os mecanismos de controle.

---

O avanço que, atualmente, a Administração Pública, tem promovido no sistema de regras de planejamento, licitação, contratação e fiscalização de contratos decorre, em grande medida, da existência de condenações trabalhistas. Diante do volume de condenações, a Administração Pública percebeu a necessidade de aprimorar o seu sistema de controle e estabelecer programas de integridade. Se a responsabilidade subsidiária se torna menos frequente – não por força da melhoria do sistema de controle – mas pela dificuldade de acesso do trabalhador “terceirizado” às informações que precisa para ajuizar a ação – os sistemas de controle tendem a afrouxar, pois o risco diminui. Isso é um fato que o julgador, atento que deve estar às características humanas e de funcionamento das Instituições, deve atentar, para não decidir em prol da fiscalização por amostragem e da irresponsabilidade subsidiária em caso de contratação de obras públicas.

A CONAP/MPT tem alertado, em audiências e eventos jurídicos, que os princípios da nova Lei n.º 14.133/2021 não permitem uma interpretação descolada do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, que prevê a satisfação do interesse de todos. Afastar a responsabilidade subsidiária em processos, à custa de uma tese que dificulta o recebimento das verbas trabalhistas pelos trabalhadores fere aquele princípio e, também, os princípios da moralidade, da legalidade e da racionalidade, que devem nortear a atuação da Administração Pública.

## **5 O ÔNUS DA PROVA. QUESTÃO PROCESSUAL IMBRICADA COM O DIREITO MATERIAL. PROVA DIABÓLICA INADMISSÍVEL**

Ressai da Lei n.º 14.133/2021 que, desde o início da execução contratual, o fiscal de contrato deve verificar se todos os trabalhadores que estão alocados nos contratos de prestação de serviços e de obras têm contratos de trabalho registrados, foram submetidos a exames médicos admissionais ou periódicos, têm condições de saúde para iniciar o trabalho e estão recebendo o pagamento, a tempo e modo, das verbas trabalhistas.

---

A Lei n.º 14.133/2021 determina que “nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I – registro de ponto; II – recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado décimo terceiro salário; III – comprovante de depósito do FGTS; IV – recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; V – recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; VI – recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva (art. 50).

O rol de obrigações trabalhistas a serem fiscalizadas não é taxativo, como se observa pelo uso da expressão “em especial”. Devem ser fiscalizados o cumprimento de obrigações *in natura* (cestas básicas, por exemplo), se foram previstas em convenções coletivas de trabalho.

A Administração Pública deve verificar se as empresas contratadas cumprem as obrigações trabalhistas previstas na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nas leis trabalhistas esparsas, nas normas infralegais, nas Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho (NRs) e nos acordos e convenções coletivas de trabalho, bem como aquelas impostas em sentenças normativas da Justiça do Trabalho e assumidas em Termos de Ajustamento de Conduta (art. 63, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021)

O fiscal do contrato, ao verificar o cumprimento das Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho, deve exigir a apresentação do Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO). Acrescente-se que microempresas podem participar de licitações, mas não podem ser dispensadas de elaborar o PGR e o PCMSO, pois a Administração Pública deve exigir das contratadas a promoção do trabalho decente.

---

Assim, atualmente, a Lei de Licitações e Contratos não deixa dúvidas de que a Administração Pública deve solicitar informações para acompanhar a execução contratual e efetuar os pagamentos às contratadas, e todos os atos devem ser registrados e organizados em um procedimento administrativo de acompanhamento da execução contratual.

Logo, com a entrada em vigor do art. 50 da Lei n.º 14.133/2021, o argumento, que já era indefensável de transferência do ônus da prova para os trabalhadores, torna-se totalmente descolado da previsão legal e dos princípios da Administração Pública.

Note-se que o art. 50 da Lei n.º 14.133/2021 enumera, inclusive, os tipos de documentos que devem ser requisitados às empresas contratadas, embora não feche o rol, com a aposição da expressão “em especial”. Logo, pelo princípio da legalidade, é dever da Administração Pública a fiscalização dos contratos e essa fiscalização somente se prova se for aberto um procedimento de acompanhamento contratual, no qual sejam solicitados e apresentados pela contratada, os documentos enumerados no art. 50 e outros relativos ao meio ambiente do trabalho e obrigações da empresa decorrentes de acordos e convenções coletivas de trabalho, decisões judiciais e termos de ajustamento de conduta

O dever de fiscalizar somente estará cumprido quando todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias estiverem adimplidas pela contratada, e, se não cumpridas, a Administração Pública impuser penalidades e efetuar o pagamento diretamente aos trabalhadores.

Não pode subsistir alegação de fiscalização de contrato eficiente se uma denúncia, por exemplo, chega ao Ministério Público do Trabalho após dois meses de atrasos de salário. A fiscalização dos contratos deve ser diária e mensal, conforme o atributo trabalhista fiscalizado.

Por isso, a fiscalização contratual prevista na Lei n.º 14.133/2021 é uma forma de *due diligence* ou *compliance*, mediante a qual o órgão público efetua uma eficiente fiscalização dos contratos. Ademais, a Lei n.º 14.133/2021 ao se referir aos níveis de controle, determina que

---

haja várias linhas de defesa da Administração Pública, para verificar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelas contratadas, de modo que, por mais esse ângulo, é a Administração Pública quem tem a maior aptidão para a prova de fatos relativos à fiscalização contratual, e não o trabalhador terceirizado.

Assim, diante da interpretação sistemática da Lei n.º 14.1333/2021 a conclusão lógica é que o ônus de provar a boa fiscalização contratual é da Administração Pública, que não pode, igualmente, realizar fiscalização por amostragem, que não é uma forma de fiscalização completa. Embora a Secretaria de Gestão, tenha editado a Instrução Normativa n.º 6/2018, prevendo a fiscalização mensal e por amostragem, a CONAP/MPT sempre buscou melhorar a qualidade das fiscalizações das execuções contratuais, demonstrando que a fiscalização deve ser, obrigatoriamente, diária e completa, ou seja, abrangendo a integridade dos documentos e fatos relativos à execução contratual.

Não há sentido em fiscalização mensal de uso de EPIs, por exemplo, pois é necessário o seu uso diuturno pelos trabalhadores. Assim como é necessário saber se o trabalhador recebeu o vale-transporte no início do mês, e não no mês seguinte, quando já faltou ao trabalho, em prejuízo do seu salário e da qualidade da prestação de serviços.

Ademais, diante do dever legal de conferir os documentos, a falta de controle e de realização de *due diligencie* representaria prevaricação, ou seja, vontade deliberada de não seguir o roteiro legal de requisição de documentos, de retenção de faturas e de pagamento direto aos trabalhadores.

Observe-se que a Lei n.º 14.133/2021, claramente, determina que a Administração Pública instaure procedimento de acompanhamento da execução contratual. Se o gestor público não cumpre esse comando, o qual não admite dúvida interpretativa, dada a sua clareza hialina, como poderá se defender, dizendo que agiu sem dolo?

Portanto, não há como conciliar a omissão de um dever legal com a tese de que o ônus da prova de demonstrar a fiscalização do

---

contrato é do trabalhador reclamante. Ora, além de cometer o ônus da prova à vítima, o que já é um absurdo, trata-se de prova diabólica.

Ao contrário, estabelecer que o ônus da prova é da Administração Pública reforça o seu sistema de controle interno<sup>11</sup>. Assim, em vez de aprovar um Tema de Repercussão Geral (RE 1.298.647/SP), com base em uma suposta necessidade, devido ao grande número de ações trabalhistas propostas na Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal, em harmonia com a defesa da Constituição Federal, deveria decidir em prol dos princípios da legalidade, moralidade, racionalidade e desenvolvimento nacional sustentável.

Acrescente-se que, quanto às contratações de grandes obras e serviços de valores vultosos, as contratadas têm que implementar programas de integridade, o que significa que não há justificativa lógica para admitir-se uma fiscalização por amostragem.

## CONCLUSÃO

A CONAP tem atuado e projeta para o futuro uma atuação ainda mais intensa para reforçar os sistemas de controle da Administração Pública, quanto aos contratos de prestação de serviços e de obras, com vista a estabelecer regras de integridade, como resultados das exigências legais aprovadas em todas as esferas da Administração Pública e exigidas pela nova Lei n.º 14.133/2021.

No parecer exarado nos autos do RE 1.298.647/SP, o Procurador-Geral da República destacou que o tema relativo à distribuição do ônus da prova na fiscalização dos contratos de prestação de serviços terceirizados “conduz à reflexão sobre os parâmetros de *compliance* trabalhista que necessita ter a Administração Pública em seus contratos, bem como ao debate relacionado às diligências que os

---

11 A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos” (art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 14.133/2021).

---

juízos precisam empreender para que reste configurada ou afastada uma obrigação de responsabilização subsidiária”.

Exsurge, ainda, de diversas decisões do Tribunal de Contas da União, que o dever de fiscalização dos contratos não é cumprido com a mera exigência de documentos ou com a simples expedição de notificação à contratada, sem maiores consequências, ou seja, sem aplicação de multa, sem pagamento direto aos empregados terceirizados ou sem rescisão contratual. A boa fiscalização contratual somente estará provada com a análise detalhada dos documentos, e, se eles demonstrarem irregularidades, o administrador público deverá comprovar que, ao descobrir a irregularidade, procedeu ao pagamento diretamente aos empregados terceirizados e reteve valores devidos à empresa, além de, consoante a gradação da falta, aplicar-lhe pena de multa ou de rescisão contratual.

É fundamental que os(as) membros(as) do Ministério Público do Trabalho estimulem a atuação preventiva e uma atuação das controladorias internas dos órgãos contratantes, em parceria com os fiscais dos contratos, para a adoção de medidas impeditivas das fraudes na execução dos contratos e para que a Administração Pública implemente programas de integridade e exija a criação e implementação pelas contratadas, independente do porte do contrato.

Para fins de atuação, entretanto, o(a) membro(a) do Ministério Público do Trabalho deve partir do pressuposto de que a terceirização de serviços deve ser a exceção, não a regra, na Administração Pública brasileira, porque o nosso ordenamento jurídico adotou o princípio da organização funcional da Administração Pública, segundo o qual a administração pública deve ter um corpo funcional organizado e estruturado em carreira, para promoção da continuidade dos seus serviços.

A terceirização de serviços em atividades acessórias ou instrumentais, conquanto permitida, deve ser objeto de fiscalização constante, com vistas a assegurar que as obrigações trabalhistas sejam cumpridas e a Administração Pública utilize as contratações que efetuar – seja de prestações de serviços, seja de obras – para a

promoção do trabalho decente e do desenvolvimento nacional sustentável.

Por isso, defende-se que a CONAP/MPT deve atuar com vistas à incorporação pela Administração Pública, dos princípios previstos no art. 5º da Lei n.º14.133/2021, nas suas decisões, desde a fase de planejamento, perpassando pelas fases de publicação do edital, habilitação e realização do licitação, e na fiscalização da execução contratual, com vistas a reconhecer e resguardar os direitos dos trabalhadores utilizados nas contratações de serviços e de obras, sem distinções, as quais longe de operar em favor da realização daqueles direitos, têm permitido a continuidade do círculo vicioso do corrupção, que tem maculado a realização desses contratos ao longo de décadas.



---

## 2.2 A Responsabilidade Civil-Trabalhista Subsidiária do Poder Público Concedente por Direitos Trabalhistas nos Contratos de Concessão de Serviços Públicos

Helder Santos Amorim<sup>11</sup>

### NOTAS INTRODUTÓRIAS

Cada vez mais comuns na lida forense trabalhista têm sido os pedidos de aplicação de responsabilidade subsidiária trabalhista ao Poder Público concedente por inadimplemento de obrigações laborais pela empresa concessionária empregadora, em contratos extintos de concessão de serviços públicos.

É possível que a maior incidência do tema na atualidade se deva a impactos da pandemia de Covid-19 sobre operações de serviços públicos concedidos, levando a rupturas traumáticas de contratos de concessão por desequilíbrio econômico-financeiro, com consequente inadimplemento de direitos dos(as) trabalhadores(as) envolvidos(as) na execução desses contratos.

Exemplo clássico é o dos contratos de concessão de transporte coletivo urbano e rodoviário, geralmente remunerados por meio de tarifas. Afetadas pela drástica redução de usuários e de receita tarifária no período da pandemia, inúmeras empresas concessionárias do transporte coletivo recorreram a pedidos de revisão contratual, junto ao Poder Público concedente, para retomada do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos<sup>2</sup>.

---

1 Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Procurador Regional do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região (MPT/MG).

2 MIGALHAS. **O reequilíbrio dos contratos de concessão em função da covid-19**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/329025/o-reequilibrio-dos-contratos->

O tema alçou foro de tão ampla importância que, no plano federal, a consultoria jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério da Infraestrutura proferiu parecer pelo enquadramento da pandemia da Covid-19 na categoria da álea Extraordinária, a justificar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a cargo do Poder Público concedente, com base na teoria da imprevisão<sup>3</sup>.

É de se supor que essa solução não tenha sido adotada ou não tenha sido suficiente em inúmeros contratos de concessão, pois, como dito acima, percebe-se um sensível aumento dos casos de contratos de concessão extintos prematuramente, no período pós-pandemia, deixando à deriva imenso número de trabalhadores(as) sem o pagamento de direitos rescisórios e salariais elementares<sup>4</sup>.

Os casos chegam à Justiça do Trabalho geralmente por meio de ações individuais ajuizadas pelos(as) trabalhadores(as) ou de ações coletivas ajuizadas por seus sindicatos em face das empresas concessionárias empregadoras, muitas das quais em estado de absoluta insolvência. São empresas com elevados débitos de FGTS e de contribuições previdenciárias, e sem patrimônio para responder pelo passivo trabalhista, razão pela qual as entidades públicas concedentes são geralmente também demandadas, com vistas ao reconhecimento de sua responsabilidade subsidiária.

Na fundamentação dos pedidos de responsabilidade subsidiária, costuma-se invocar a jurisprudência da Súmula 331, V, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao argumento da *culpa in vigilando* do Poder Público por ausência ou deficiência da fiscalização do contrato

---

-de-concessao-em-funcao-da- covid-19. Acesso em: 21 abr. 2023.

- 3 No Parecer n.º 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU, oferecido como consulta em tese à Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias (SFPP) do Minfra, concluiu-se que a disseminação do SARS-CoV-2, assim como seus efeitos, não poderiam ter sido previstos ou evitados pelas concessionárias exploradoras da infraestrutura de transportes no Brasil, tratando-se, portanto, de risco extraordinário a ser em tese suportado pelo poder concedente. *In*: TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Consultor Jurídico. **Covid-19, estado de incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão**. Acesso em: 21 abr. 2023. Parecer disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2023.
- 4 Essa percepção ocorre na atuação do articulista, na qualidade de Procurador Regional do Trabalho, em ofício do Ministério Público do Trabalho perante o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

---

de concessão. A Justiça do Trabalho tem indeferido esses pedidos de responsabilização subsidiária, com base em jurisprudência do TST que afasta a aplicação da Súmula 331 aos contratos de concessão de serviços públicos.

Não obstante a correção da jurisprudência no ponto em que recusa aplicação aos contratos de concessão da jurisprudência solidificada em torno do fenômeno da *terceirização*, especialmente em face da profunda distinção conceitual entre as figuras, certo é que a responsabilidade do Poder Público por direitos de trabalhadores vinculados a contratos de concessão não se esgota na superfície dessa abordagem, sendo tema merecedor de mais apurada análise jurídico-constitucional.

Nesse aspecto reside a breve reflexão que ora se propõe. Ela se inicia com a abordagem conceitual e legal comparativa dos institutos da concessão de serviços públicos e dos contratos de prestação de serviços firmados pela Administração Pública (a *terceirização* de serviços), a fim de identificar, nos pontos de contato e distanciamento, o adequado caminho de análise à questão da responsabilidade do Poder Público, na condição de concedente de serviço público, por danos causados a terceiros.

Sem pretensão de esgotar o tema, o presente artigo busca oferecer os primeiros elementos de uma reflexão crítico-interpretativa sobre a responsabilidade civil- trabalhista do Poder Público concedente à luz dos vetores constitucionais humanistas de proteção social ao trabalho.

## 1 TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A INAPLICABILIDADE EXTENSIVA DA SÚMULA 331, V, DO TST À CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O Tribunal Superior do Trabalho tem adotado firme entendimento de que a responsabilidade subsidiária do Poder Público prevista na Súmula 331, V, do TST, não se aplica ao contrato de concessão, o qual não se confunde com o contrato de prestação de serviços à Administração Pública, a que se destina o verbete sumulado.

Nessa linha, foi editada a Orientação Jurisprudencial Transitória 66 de sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1):

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.

O entendimento do TST acerca da matéria ilustra-se em julgados da última década, nos seguintes termos:

RECURSO DE REVISTA. SPTRANS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 331, IV, DO TST. -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 – Orientação Jurisprudencial Transitória 66 da SBDI-1. Recurso de Revista conhecido e provido<sup>5</sup>.

5 Tribunal Superior do Trabalho, 6ª Turma. RR 2189-14.2004.5.02.0006. Relator Augusto César Leite de Carvalho. DEJT 18 mai. 2012.

RECURSO DE REVISTA – MUNICÍPIO DE PERUÍBE – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO –

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. Decisão recorrida contrária à jurisprudência pacífica desta Corte Superior, segundo a qual não se aplica a Súmula n.º 331, IV, do TST na hipótese de contrato de concessão de serviço público. Recurso de revista a que se dá provimento<sup>6</sup>.

A posição jurisprudencial parte da diferença conceitual e disciplinar básica existente entre as figuras da concessão de serviços públicos e da contratação de serviços pela Administração Pública.

A concessão de serviços públicos constitui instrumento de *destituição por colaboração*, em que o Estado transfere à iniciativa privada a gestão operacional e a execução material de serviços públicos<sup>7</sup>, encontrando fundamento no art. 175 da Constituição da República, segundo o qual, *“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”*<sup>8</sup>.

O contrato de concessão é um típico contrato administrativo disciplinado pela Lei n. 8.987/1995 (Lei de Concessões), que em seu art. 2º, II, conceitua a *concessão de serviço público* como [...] *“a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”* (sem grifo no original).

6 Tribunal Superior do Trabalho, 5ª Turma. RR-136040-76.2005.5.15.0064, Rel. Min. Kátia Arruda. DEJT08 abr. 2011.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 64-65.

8 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Para evidenciar a natureza e extensão dessa delegação, Maria Sylvia Di Pietro distingue em três níveis as funções inerentes às atividades do serviço público, nessa ordem: (1) a função primeira, mais concreta, de *execução material* de uma prestação;

(2) a função intermediária e mais heterogênea, de *gestão operacional* do serviço, que concerne ao seu modo de funcionamento e a uma parte da sua organização, visando à continuidade do serviço, à logística, à resolução de conflitos (regulação) e também a operações pelo melhor custo e adaptações necessárias à obtenção de produtividade (otimização); e (3) a função mais elevada, de *gestão estratégica ou direção* do serviço público<sup>9</sup>.

Na desestatização de serviço público por concessão, explica a autora, o Estado transfere ao particular concessionário a responsabilidade pela *gestão operacional* (2ª função, intermediária) e pela *execução material* de um serviço público (1ª função, mais concreta). O serviço é transferido em sua integralidade, como uma unidade de produção de certa utilidade aos usuários, permanecendo, no entanto, o Poder Público no exercício da gestão estratégica ou direção do serviço público (3ª função, mais elevada).

O particular concessionário é remunerado por tarifa, quando o serviço é prestado individualmente, *uti singuli* (como na distribuição de energia elétrica, água, telecomunicações e transporte público), ou por preço administrativo, quando prestado *uti universi*, não passível de mensuração individual (como na limpeza pública)<sup>10</sup>.

O contrato de prestação de serviços à Administração Pública, por sua vez, consiste em espécie de contratação pública de uma "*atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse da Administração*"<sup>11</sup>, mediante processo

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. *Ob. Cit.*, p. 240.

10 *Idem*.

11 Nesse sentido, o conceito que a nova Lei de Licitações, Lei n.º 14.133/2021, confere ao serviço objetada contratação de serviços pela Administração Pública.

de licitação, com fundamento no art. 37, XXI, da Constituição<sup>12</sup>. Aqui, a empresa prestadora desenvolve mera execução material da atividade contratada (1ª função, mais concreta), que permanece sob inteira gestão operacional e estratégica da Administração Pública (2ª e 3ª funções).

Essa espécie de contratação é atualmente disciplinada pela Lei n.º 8.666/1993 (Lei de Licitações), ainda parcialmente em vigor, e pela Lei n.º 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), que passou a disciplinar parcialmente a celebração de novos contratos pela Administração Pública, a partir de sua publicação. Vencido o período de transição disciplinar, a nova lei passará a disciplinar exclusiva e integralmente a matéria, a partir de 30/12/2023<sup>13</sup>.

O contrato de prestação de serviços, instrumento da denominada *terceirização*, tem por objeto uma atividade específica de apoio à Administração Pública no exercício de suas competências (matéria regulamentada no âmbito federal pelo Decreto n. 9.507/2018)<sup>14</sup>. Não obstante a interposição da empresa contratada, essa espécie contratual disponibiliza o(a) trabalhador(a) terceirizado(a) para desenvolver atividades administradas pelos órgãos e entes públicos contratantes, configurando, por conseguinte, espécie de intermediação de mão de obra legalmente autorizada.

Diferentemente, no contrato de concessão, sendo o serviço público inteiramente gerido pelo particular concessionário, seus(as) empregados(as) desenvolvem atividades por ela inteiramente adminis-

12 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.

13 Nos termos do art. 193, I e II, da Lei n.º 14.133/2021, a Lei n.º 8.666/1993 teve seus arts. 89 a 108 imediatamente revogados pela lei posterior, e será inteiramente revogada em 30/12/2023. Conforme dispõe o art. 191 da Lei n.º 14.133/2021, até o decurso desse prazo, “a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso”.

14 Consultar: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Decreto n. 9.507/2018: a ameaça da terceirização sem limites na administração pública e nas empresas estatais. **Revista Ltr**: legislação do trabalho, São Paulo, v. 82, n. 11, p. 1.321-1.324, nov. 2018.

tradas<sup>15</sup>. Tanto assim, que a própria empresa concessionária é legalmente autorizada a contratar (terceirizar) atividades de apoio administrativo, nos termos do art. 25, § 1º, da Lei n.º 8.987/1995<sup>16</sup>. Nesse caso, o contrato de terceirização é celebrado entre duas entidades privadas, sendo inteiramente regido pela Lei n.º 6.019/1974 com as alterações inseridas pelas Leis ns. 13.429/2017 e 13.467/2017<sup>17</sup>.

Nessas importantes diferenças conceituais e disciplinares entre a concessão e o contrato de prestação de serviços apoia-se a jurisprudência do TST para não admitir a aplicação extensiva da responsabilidade subsidiária do Poder Público, prevista na Súmula 331, V, do TST, que disciplina o instituto da terceirização, aos casos de inadimplemento de direitos trabalhistas por empresas concessionárias. Afinal, o verbete sumulado não resulta da interpretação de normas que disciplinam a concessão de serviços públicos.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, na verdade, a responsabilidade subsidiária do Poder Público na terceirização deixa de se ancorar na interpretação jurisprudencial da Súmula 331 do TST, pois a matéria passou a ser disciplinada pelo art. 121, § 2º, da Lei n.º 14.133/2021, embora de forma com ela coincidente<sup>18</sup>.

A referida norma incorporou a noção jurisprudencial da Súmula 331 do TST, à luz da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos julgados da ADC 16/DF e do RE 960.931/MG, que tratam da responsabilidade trabalhista do Poder Público na terceirização de serviços. O novo diploma legal prevê a responsabilidade sub-

15 AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público**: análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009, p. 95.

16 Art. 25 [...] § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

17 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ªed. São Paulo: LTr, 2015.

18 Em face das regras de transição disciplinar entre a Lei n.º 8.666/1993 e a Lei n.º 14.133/2021, previstas nos arts. 190 a 193 deste último diploma legal, o art. 121, acima referido, já incide sobre os contratos firmados sob a regência da nova legislação, desde a sua publicação, conforme opção feita pelo ente público contratante, e passará a incidir obrigatoriamente sobre todos os contratos de prestação de serviços celebrados a partir de 1/1/2024, os quais ficarão necessariamente sob a regência da nova legislação.

sidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, *"se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado"*. Prevê o dispositivo:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, *ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo*.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, *a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado [...]* [sem grifos no original].

Como se observa, a nova norma aderiu à tese da responsabilização subsidiária do ente público contratante do serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, desde que demonstrada sua culpa *in vigilando* por ausência ou deficiência da fiscalização contratual, o que pressupõe aplicação da responsabilidade subjetiva.

O art. 14 da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões) remete à aplicação subsidiária da Lei de Licitações quanto ao procedimento licitatório do serviço público objeto da concessão<sup>19</sup>. Em princípio, isso poderia sugerir a possibilidade de aplicação extensiva do dispositivo legal acima transcrito, que prevê a responsabilidade subsidiária, aos contratos de concessão. No entanto, conforme será adiante exposto,

19 Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será *objetode prévia licitação, nos termos da legislação própria* e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (com grifos acrescidos).

essa aplicação extensiva, além de indevida, é desnecessária, dada a existência de uma disciplina jurídico-constitucional própria da responsabilidade do Poder Público e das entidades privadas prestadoras de serviços públicos por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

Trata-se da disciplina prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, e em normas da Lei de Concessões que regulamentam o regime, o objeto, os sujeitos, a forma, os direitos, obrigações e responsabilidades decorrentes dos contratos de concessão.

## **2 O PODER DE CONTROLE ADMINISTRATIVO NO CONTRATO DE CONCESSÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL-TRABALHISTA DO PODER PÚBLICO CONCEDENTE POR DANOS CAUSADOS A DIREITOS DE TERCEIROS. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO**

A não incidência extensiva aos contratos de concessão da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, V, do TST, e agora também prevista no art. 121, § 2º, da Lei n.º 14.122/2021, nem de longe implica ausência de responsabilidade do Poder Público por danos que seus agentes e empresas prestadoras de serviços públicos venham a perpetrar contra direitos de terceiros, entre os quais se encontram os(as) empregados(as) das empresas concessionárias.

A reparação e prevenção de danos a direitos, em especial de direitos fundamentais decorrentes do trabalho, é garantia fundamental inscrita nos arts. 1º, IV, 5º, X, XXIII, XXXV, 7º, 8º, III, e 114 da Constituição da República<sup>20</sup>, normas de direito fundamental que asseguram o valor social do trabalho, os direitos decorrentes da prestação de

20 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa [...].

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

---

trabalho e o pleno acesso ao Poder Judiciário para proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Essas garantias mais se impõem na execução de atividades vinculadas ao desenvolvimento de serviços públicos, voltados que são ao benefício de toda a coletividade, sob intenso poder de controle pelo Poder Público concedente.

Ao transferir ao particular a gestão operacional e a execução material de serviço público, por meio de concessão, o Poder Público concedente mantém a titularidade do serviço, detendo por isso prerrogativas de *jus imperii* para exercer o controle, a fiscalização e adequação do contrato às necessidades da coletividade. Esse controle não se encontra no campo da discricionariedade, mas como reconhece Maçã Justen Filho, constituindo verdadeiro poder-dever:

Destaque-se que a fiscalização apresenta contornos de dever-poder para o Estado. Não se trata de uma faculdade do poder concedente, exercitável apenas se for julgado necessário. O poder concedente não dispõe de liberdade para escolher entre fiscalizar e não fiscalizar. Está jungido ao dever de adotar providências rotineiras, permanentes e contínuas de acompanhamento da atividade do concessionário<sup>21</sup>.

O dever de direção e controle implica para o Poder Público um amplo plexo de deveres-poderes, como o poder de modificação unilateral das cláusulas regulamentares para aperfeiçoamento da atividade e o poder de fiscalização permanente da execução do contrato, o que compreende a fiscalização do cumprimento de obrigações legais e contratuais da empresa concessionária, vinculadas ao contrato.

Para isso, o Poder Público concedente dispõe de rígidos instrumentos de controle, inclusive contábeis, sobre as operações e a capacidade econômica da empresa concessionária, capazes de identificar, prevenir e fazer reparar o inadimplemento sistemático de obrigações vinculadas ao contrato, inclusive as obrigações trabalhistas.

---

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...].

21 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. Paulo: Dialética, 2011, p. 323.

Daí que, no contrato de concessão de serviços públicos, a posição de império da entidade federativa concedente lhe atrai uma mais intensa gama de responsabilidades. Dentre estas, a responsabilidade por danos que a concessionária venha a causar a direitos de terceiros, inclusive aos(as) trabalhadores(as), na execução do serviço.

Trata-se de uma *responsabilidade civil-trabalhista patrimonial, subsidiária e objetiva*, que pressupõe o exercício regular do poder-dever de controle, pelo Poder Público, sobre o contrato de concessão, independentemente, por isso, da demonstração de conduta omissiva ou negligente do poder concedente na fiscalização contratual.

É o que decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º, III e IV; 5º *caput*, X, XXIII e XXXV; 7º, 8º, III; 114, 170 e 193 da Constituição da República; e dos arts. 1º; 2º, II; 3º, 18; 23, VII, VIII; 25; 29, I, II, IV; 31, III, IV; 35, III; e 38, §§ 1º, 3º e 6º da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões), todos sob o influxo interpretativo do art. 37, *caput*, § 6º, da Carta Magna, que assim dispõe:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (grifos acrescidos).

Segundo pacífica doutrina administrativista, amparada em sólida jurisprudência do STF, o referido dispositivo constitucional disciplina a *responsabilidade civil objetiva* do Estado, fundada na *teoria do risco administrativo*, decorrente de condutas comissivas e omissivas de seus agentes, assim também considerados os delegatários de serviços públicos<sup>22</sup>.

22 Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Pleno. ADI 4976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Dje30 out. 2014; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. ARE 663.647-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dje 6 mar. 2012; Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau. Dje 15 ago. 2008; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto. DJ 8 set. 2006; Supremo Tribunal Federal, Plenário. RE 571.969, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dje 18 set. 2014; Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 2 ago. 1996.

---

O dispositivo constitucional não disciplina, portanto, a responsabilidade contratual (inclusive trabalhista) do Poder Público e de empresas prestadoras de serviços públicos, na relação mantida com seus(suas), servidores(as), empregados(as) e fornecedores, tratando especificamente da *responsabilidade civil extracontratual (aquiliana)* desses agentes em face de terceiros.

Os(as) trabalhadores(as) contratados(as) pela empresa concessionária para execução do serviço público, embora a esta ligados por vínculo contratual, não mantém com o Poder Público concedente nenhuma relação obrigacional, figurando, em relação ao Estado, como terceiros alheios à relação contratual de concessão.

É o que expressamente dispõe o art. 31, parágrafo único, da Lei de Concessões, que afasta do regime jurídico de direito público por ela instituído os vínculos contratuais celebrados pela empresa concessionária com terceiros, inclusive, com seus(suas) empregados(as), deixando clara a total ausência de relação jurídico-contratual entre o poder concedente e os *terceiros* vinculados à concessionária:

Parágrafo único. As contratações, *inclusive de mão-de-obra*, feitas pela concessionária são regidas pelas disposições de direito privado e *pela legislação trabalhista*, não se estabelecendo qualquer relação entre os *terceiros contratados pela concessionária* e o poder concedente<sup>23</sup>.

O(a) trabalhador(a) empregado(a) da empresa concessionária é um terceiro estranho ao contrato de concessão, diz a norma, e como tal deve ser tratado.

Por outro lado, a clássica jurisprudência do STF há muito não admite que o intérprete faça distinções excludentes ao vocábulo *terceiro* contido no § 6º do art. 37 da Constituição, admitindo, inclusive, que o Estado repare a vítima, ainda que seja ela servidor(a) público(a),

---

23 Art. 31 [...] Parágrafo único. *As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.*

---

com o qual mantenha relação funcional<sup>24</sup>. O que importa, para o Tribunal Excelso, é a natureza extracontratual da responsabilidade disciplinada pela norma constitucional.

Por conseguinte, à luz do parágrafo único do art. 31 da Lei de Concessões, acima transcrito, o inadimplemento de direitos trabalhistas por empresa concessionária, não implicando a assunção ou transferência da obrigação ou da responsabilidade trabalhista ao Poder Público concedente, mantém o(a) trabalhador(a) titular do direito como um terceiro em relação ao Estado.

Nesse sentido, a violação de direitos laborais desse(a) trabalhador(a), pela empregadora concessionária, ao tempo em que implica para esta responsabilidade contratual, também enseja responsabilidade extracontratual ao Poder Público concedente, caso o contrato de concessão não tenha sido extinto com quitação das obrigações trabalhistas dele derivadas.

É o que se passa a demonstrar.

### **3 PRERROGATIVAS FISCALIZATÓRIAS DO PODER PÚBLICO E A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO**

No bojo do amplo poder de controle exercido pelo Poder Público sobre os contratos de concessão, encontra-se o poder-dever de aferição e fiscalização da capacidade econômica da empresa concessionária e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

---

24 Nesse sentido: “Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do Estado: CF, art. 37, § 6º. *O entendimento do STF é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo ‘terceiro’ contido no § 6º do art. 37 da CF, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não”* (grifo acrescido). Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 28 out. 2005.

---

A Lei de Concessões exige do poder concedente a aferição prévia da capacidade econômica e financeira da empresa concessionária, como critério indispensável à contratação do serviço público, bem como a fiscalização periódica da execução do contrato para aferição da prestação adequada do serviço público. A prestação adequada pressupõe a manutenção da capacidade econômica da empresa e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no curso de sua execução.

Segundo o art. 2º, II, da Lei de Concessões, constitui elemento intrínseco ao conceito de *concessão de serviço público* a delegação de sua prestação a empresa *"que demonstre capacidade para seu desempenho"* [...]. Para isso, diz o art. 18 do diploma legal, o edital de licitação deve conter, entre outros, *"os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal"* (V) e *"os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta"* (IX), tudo com o objetivo de garantir o equilíbrio econômico-contratual.

Por sua vez, dispõe o art. 23 da referida legislação que o contrato de concessão deve prever obrigatoriamente *"a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço"* [...] e as *"penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação"* (Lei n. 8.987/1995, art. 23, VII e VIII). Firmado o contrato, diz o art. 3º, *"as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários"*.

Constitui dever legal do poder concedente, entre outros, segundo o art. 29 da Lei de Concessões, *"regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação"* (I); *"aplicar as penalidades regulamentares e contratuais"* (II) e *"extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato"* (IV).

De outra banda, diz o art. 31, constituem deveres da empresa concessionária *"prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato"* (III) e *"permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras,*

---

*aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis" (V).*

À luz desse quadro normativo, resta evidente o poder-dever do Poder Público concedente de aferir no processo licitatório, de exigir na formalização contratual e de fiscalizar no curso do contrato a capacidade econômica da empresa para bem executar o serviço. Isso compreende o dever de identificar inadimplementos comerciais, trabalhistas, fiscais, previdenciários etc. que, por seu vulto, possam revelar ausência ou perda de capacidade econômica da empresa para satisfazer as obrigações e compromissos indispensáveis à prestação do serviço público, com respeito às normas e aos contratos a ele vinculados, inclusive aos contratos de trabalho.

Consistindo os encargos trabalhistas em despesas indissociáveis da execução do serviço público, necessariamente constantes da planilha de formação do preço da concessão, sob indicadores e parâmetros específicos, constitui poder-dever do Poder Público concedente fiscalizar a regular satisfação desses encargos, como elemento inerente à regular execução do serviço público e à manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, com respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade (Lei n.º 8.987/1995, art. 14; Constituição, art. 37, *caput*).

Vindo o contrato de concessão a ser afetado por alterações supervenientes que inviabilizem o cumprimento das obrigações dele derivadas, tais como a satisfação de direitos trabalhistas, dispõem as partes de mecanismos próprios para preservar o equilíbrio econômico-financeiro contratual inicialmente pactuado.

Maria Sylvia Di Pietro define o equilíbrio econômico-financeiro como “[...] a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração”<sup>25</sup>. Em todo contrato de concessão, afirma Marçal Justen Filho, é obrigatória, como numa operação aritmé-

---

25 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 285.

tica, “a equivalência honesta entre aquilo que é atribuído ao concessionário e aquilo que é dele exigido”<sup>26</sup>. Essa equivalência, a ser mantida em todo o curso contratual, como cláusula imutável, constitui direito intangível das partes, decorrente dos princípios da imprevisão, da boa-fé nas relações contratuais e da segurança jurídica<sup>27</sup>.

Direito garantido pelo art. 37, XXI, da Constituição, e pelos arts. 9º, *caput*; 18, VIII; 23, IV, e art. 29, V, da Lei de Concessões, a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pode ser promovido, segundo Justen Filho, por meio do reajuste contratual, da revisão (ou recomposição) de preços, da redução dos encargos do concessionário, da alteração do prazo contratual, da indenização mediante pagamento com recursos públicos, do subsídio estatal e da ampliação de benefícios externos à concessão<sup>28</sup>.

Conforme visto acima, a pandemia de Covid-19, ao ensejar forte impacto imprevisível sobre a execução de contratos de concessão em curso, foi geralmente aceita como fonte de desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão.

Nessa condição, a pandemia alçou *status* de álea extraordinária, não coberta pelo risco normal da atividade econômica, desafiando a aplicação da teoria da imprevisão como fundamento para revisão contratual, às expensas do Poder Público concedente, para garantir a continuidade da execução contratual<sup>29</sup>.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. p. 548. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 541.

27 *Idem*, p. 818.

28 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. Paulo: Dialética, 2011, p.402-408.

29 Em laboriosa monografia de conclusão do Curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Arthur Wolff Hack articula o tema do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no contexto da pandemia da Covid-19, demonstrando que a jurisprudência do STF inclina-se a proteger o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.733-6/DF, por exemplo, o STF declarou inconstitucional norma do Estado do Espírito Santo que concedia isenção de tarifa de pedágio em rodovias estaduais para motocicletas e concedia desconto de 50% para estudantes sobre o valor do pedágio, por se tratar de norma de iniciativa do Poder Legislativo que frustrou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de pedágio. No Recurso Extraordinário 571.969/DF, o STF reputou devido pela União o pagamento de indenização à Varig S/A, por força

Ademais, no período da pandemia de Covid-19, a Medida Provisória (MP) n. 936/2020, convertida na Lei n.º 14.020/2020, que instituiu o *programa emergencial de manutenção de emprego e renda*, disponibilizou mecanismos de suspensão de contratos de trabalho ou de redução proporcional de jornada e salário, para permitir às empresas a superação das dificuldades impostas pela pandemia, com aplicação de recursos parafiscais do seguro-desemprego<sup>30</sup>.

Com a disponibilização desses mecanismos, restou afastada a possibilidade de invocação do estado de calamidade pública decorrente da pandemia como motivo de *força maior* ou *fato do príncipe* (CLT, art. 486), a isentar o empregador do pagamento de indenização por dispensas praticadas no período.<sup>31</sup>

Por maiores razões, tais excludentes de responsabilidade são inviáveis no âmbito de empresas concessionárias de serviço público, que, além dos mecanismos normais de superação dos impactos da pandemia sobre os contratos de trabalho, acima referidos, destinados a todas as empresas, ainda dispõem da garantia legal de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, diante de imprevistos insuperáveis.

Assim, não constituindo o estado pandêmico motivo de força maior para afastar a responsabilidade trabalhista do empregador,

---

de prejuízos decorrentes de planos econômicos que, dentre outras medidas, adotaram o congelamento de preços e de tarifas para combater a inflação galopante que assolava o Brasil à época, em violação ao equilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato de concessão. Consultar: HACK, Arthur Wolff. **Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Contexto da Pandemia da Covid-19**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientador Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/236417/001138534.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 maio 2023.

30 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-T-DH/article/view/80>. Acesso em: 5 maio 2023.

31 CLT. Art. 486 – No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

---

que constitui a responsabilidade principal, por maiores razões não constitui excludente da responsabilidade patrimonial *subsidiária* do Poder Público concedente, cuja configuração depende apenas da ação danosa ao direito do(a) trabalhador(a), vinculada à execução do contrato de concessão, e do nexo de causalidade entre a ação e o dano.

#### **4 A RESPONSABILIDADE LEGAL DO PODER PÚBLICO CONCEDENTE POR DIREITOS DOS(AS) EMPREGADOS(AS) DA CONCESSIONÁRIA. ART. 38, § 6º, DA LEI DE CONCESSÕES**

O inadimplemento sistemático, pela empresa concessionária, de deveres legais e obrigações contratuais vinculadas ao contrato de concessão, em especial as obrigações trabalhistas, enseja a irregularidade da própria prestação do serviço público, configurando inexecução contratual, por afronta à legalidade e à moralidade administrativa, princípios cardeais do contrato de concessão (Constituição, art. 37, *caput*; Lei n.º 8.987/1995, art. 14).

Além ofender a legalidade e a moralidade administrativas, o inadimplemento de obrigações trabalhistas vinculadas ao contrato de concessão também ofende os princípios constitucionais fundamentais do valor social do trabalho e da dignidade humana do(a) trabalhador(a) (Constituição, art. 1º, III e IV), a valorização do trabalho como princípio da ordem econômica (art. 170) e o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193).

Se o inadimplemento desses deveres e obrigações decorre de incapacidade econômica da empresa concessionária, à violação dos direitos se soma a inação do Poder Público na fiscalização contratual da condição econômica da empresa (arts. 3º; 23, VII e VIII; 29, I, II e IV; 31, III e V). Por maiores razões, o adimplemento sistemático afronta a legalidade do contrato de concessão quando, sendo economicamente capaz, a concessionária se apropria do quinhão da receita tarifária ou administrada, destinada ao pagamento da folha de pessoal. Aqui, a

ausência de fiscalização implica conivência do poder concedente com as violações perpetradas a terceiros e ao erário.

Para o exercício dessa intensa fiscalização contratual, o Poder Público concedente dispõe de prerrogativa de *jus imperii*, tendo pleno "acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da empresa concessionária" (Lei n.º 8.987/1995, art. 30). Tal prerrogativa visa a garantir que o serviço público seja prestado com respeito ao contrato de concessão e aos deveres legais e contratuais derivados do contrato, custeados com recursos públicos.

O exercício da fiscalização contratual pelo Poder Público concedente sujeita-se, por sua vez, ao controle interno do respectivo ente federativo (União, Estado ou Município), bem como ao controle externo exercido pelo respectivo Tribunal ou Conselho de Contas, na forma dos arts. 70, 71 e art. 74, II, da Constituição<sup>32</sup>.

Constatado o inadimplemento de direitos trabalhistas incontroversos vinculados ao contrato de concessão, inclusive daqueles previstos em convenções e acordos coletivos de trabalho, é dever do ente público concedente instaurar procedimento administrativo para averiguação do ilícito, inclusive para averiguar a razão do inadimplemento, à luz da capacidade econômica da concessionária, conferindo-lhe oportunidade para regularização espontânea dos ilícitos, sob pena da aplicação de penalidades administrativas (Lei n.º 8.987/1995, art. 38, § 3º)<sup>33</sup>.

32 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

33 Art. 38 [...] § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais

Não promovida a regularização no prazo concedido, o poder concedente deve aplicar as sanções contratuais cabíveis e até, em caso extremo, declarar a caducidade da concessão<sup>34</sup>. A caducidade consiste na mais grave penalidade passível de aplicação por inexecução contratual, implicando a extinção do contrato de concessão quando esgotadas as possibilidades de solução espontânea de violações legais e contratuais (Lei n.º 8.987/1995, art. 35, III).

Dispõe o art. 38, § 1º, da Lei de Concessões, que a caducidade, com conseqüente extinção do contrato de concessão, pode ser declarada pelo poder concedente, entre outras hipóteses, "*quando a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão*" (II) e "*quando a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido*" (IV).

Nesse ponto, a Lei de Concessões, no § 6º de seu art. 38, disciplina de forma específica a responsabilidade do Poder Público concedente em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos da empresa concessionária com terceiros ou com *seus empregados*. Segundo o enunciado normativo, essa responsabilidade somente ficará afastada quando declarada a caducidade do contrato de concessão:

*§ 6º. Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.*

Da literalidade do enunciado resulta que, enquanto não declarada a caducidade do contrato de concessão (enquanto não rescindido unilateralmente o contrato, como penalidade imposta à empresa concessionária), a entidade pública concedente continua responsável por danos que já foram e que vierem a ser perpetrados pela concessão-

---

referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

34 Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

---

nária a terceiros, inclusive aos(às) empregados(as) envolvidos(as) na execução do contrato de concessão.

A interpretação sistemática desse dispositivo com os demais enunciados concernentes ao dever de controle contratual, por sua vez, conduz à conclusão de que a decretação da caducidade, pondo fim ao contrato de concessão, extingue a responsabilidade do Poder Público por violações a direitos de terceiros *praticadas posteriormente à rescisão unilateral do contrato*. Quanto aos danos perpetrados anteriormente à caducidade, no curso da execução contratual, o Poder Público continua naturalmente responsável, embora de forma subsidiária, por força do disposto nas normas constitucionais de proteção ao trabalho, sob influxo interpretativo do art. 37, § 6º, da Constituição.

Até porque, a norma do § 6º do art. 38 da Lei de Concessões pressupõe que a decretação da caducidade contratual, como medida extrema, implica o esgotamento de todas as medidas de controle que lhe são anteriores, como a aferição dos ilícitos, a notificação cominatória da empresa para regularização e até a reserva de créditos contratuais, quando disponíveis, para satisfazer os débitos derivados do contrato de concessão, de modo a pôr fim às violações jurídicas capazes de ensejar responsabilidade do Poder Público concedente. Não sendo superadas as violações trabalhistas perpetradas no curso do contrato de concessão, por conseguinte, a decretação da caducidade, por si só, não afasta a responsabilidade subsidiária do Poder Público por tais violações.

Essa noção resulta da leitura dos dispositivos constitucionais e legais, acima referidos, à luz da *teoria do risco administrativo*, que orienta a responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Constituição.

## 5 A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA SUBSIDIÁRIA DO PODER PÚBLICO POR DIREITOS TRABALHISTAS VINCULADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO

À luz da teoria do risco administrativo, o Estado será responsabilizado quando, por meio de condutas comissivas ou omissivas, causar danos a terceiros, independentemente de culpa<sup>35</sup>. Para configuração da responsabilidade civil *objetiva* do Estado, segundo a jurisprudência do STF, devem estar presentes, como requisitos mínimos, a existência de um dano; a ação ou omissão administrativa; a ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal<sup>36</sup>.

A transferência da execução do serviço público ao particular, por meio de contrato administrativo de concessão, com exercício da gestão operacional do serviço público pela concessionária, constitui ação administrativa com impacto direto sobre o modelo de gestão

35 A pandemia de Covid-19, conforme visto acima, não configura hipótese de força maior a justificar a exclusão da responsabilidade principal da concessionária empregadora, não se justificando, por maiores razões, o afastamento da responsabilidade subsidiária do Poder público, a quem incumbe o dever de fiscalização contratual.

36 Nesse sentido, o julgado do STF no RE 136.861/SP, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, 11/03/2020: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER ESPECÍFICO DE AGIR.

1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE.

2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

3. [...]

4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”.

5. Recurso extraordinário desprovido (grifos acrescidos). Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 136.861/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Dje 11 mar. 2020.

do trabalho no desenvolvimento dessas atividades. O inadimplemento de direitos trabalhistas, pela concessionária delegatária do serviço público, implicando irregularidade da execução contratual, constitui ação administrativa que enseja dano a direitos dos(as) terceiros(as) trabalhadores(as). Ocorrendo o dano, a Constituição determina que o Poder Público responda objetivamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa.

Sendo o dano perpetrado por particular prestador de serviço público, é natural que o próprio particular seja diretamente responsabilizado. Mas o Estado também responde objetivamente, independentemente de culpa, de forma subsidiária. Trata-se de espécie de responsabilidade objetiva derivada (ou por tabela), uma solução já aplicada pelo STF no julgamento do RE 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, *leading case* do Tema n. 512 de Repercussão Geral, em que o Estado foi considerado responsável subsidiário por irregularidade perpetrada por empresa organizadora de concurso público<sup>37</sup>.

Com base no art. 37, § 6º, da Constituição, a Corte atribuiu responsabilidade primária, direta e objetiva à empresa prestadora do serviço público, "*visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios*", mas considerando a possibilidade de insuficiência patrimonial da empresa para indenizar os prejudicados, o STF reconheceu a *responsabilidade subsidiária* do Estado, conforme se infere do seguinte trecho da ementa do julgado:

[...]

A responsabilidade civil do Estado subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, quando comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pelo particular.

37 Supremo Tribunal Federal, Pleno. RE 662.405/AL, Rel. Min. Luiz Fux, 29 jun. 2020.

A pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público responde de forma primária e objetiva por danos causados a terceiros, visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios.

[...]

Quanto à tese da repercussão geral, voto pela sua consolidação nos seguintes termos: *"O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude"* [grifos acrescentados]<sup>38</sup>.

A situação objeto dessa tese jurídica muito se aproxima do caso em análise, em que o particular concessionário frustra direitos de seus empregados, pois também aqui a ilicitude é praticada pelo particular na qualidade de delegatário do Poder Público, no exercício de um serviço público destinado a toda comunidade.

Em ambas as situações, o exercício do dever de fiscalização pelo poder concedente, embora constitua instrumento eficaz de prevenção e reparação do ilícito, não constitui pressuposto da responsabilidade subsidiária do Estado. O Estado tanto possui instrumentos de fiscalização capazes de evitar/coibir a fraude no concurso público, como para evitar/coibir o inadimplemento trabalhista da empresa concessionária. Mas sendo objetiva, a responsabilidade subsidiária do Estado deriva da responsabilidade principal, do particular prestador do serviço público, não se sujeitando a prévia averiguação de culpa por ausência ou falha na fiscalização.

No caso do inadimplemento de direitos trabalhistas, a responsabilidade trabalhista da empresa concessionária exsurge do inadimplemento de prestações laborais. Trata-se, portanto, de responsabilidade contratual, em que a culpa é presumida do fato do inadimplemento (presunção relativa), o que lhe confere certa objetividade<sup>39</sup>. Reconhe-

38 *Idem.*

39 A responsabilidade contratual tem previsão no art. 389 do Código Civil, segundo o qual, *"não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atuali-*

---

cida essa responsabilidade trabalhista principal, dela decorre automaticamente a *responsabilidade subsidiária extracontratual* do Poder Público.

A esse respeito, dispõe o art. 25 da Lei de Concessões que incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, "*cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade*".

Portanto, a fiscalização exercida pelo poder concedente não altera a responsabilidade da concessionária por violações a direitos dos(as) trabalhadores(as) vinculados à prestação do serviço público. Como uma via de mão dupla, essa Fiscalização também não atenua nem afasta a *responsabilidade subsidiária patrimonial* do Poder Público pela satisfação das obrigações devidas aos(as) trabalhadores(as).

Em se tratando de *responsabilidade subsidiária objetiva*, não há que se aferir *culpa in vigilando* do Estado por omissão ou falha fiscalizatória, como ocorre na terceirização de serviços (Lei n.º 14.133/2021, art. 121, § 2º), sendo suficiente o nexo de causalidade entre a ação administrativa (a execução irregular do contrato de concessão) e o dano (o inadimplemento trabalhista), salvo quando o inadimplemento decorre de caso fortuito ou força maior.

A responsabilidade subsidiária objetiva do Poder Público por danos causados pelo particular delegatário de serviço público é noção

---

*zação monetária [...]*", não respondendo por caso fortuito ou de força maior, "*se expressamente não se houver por eles responsabilizado*" (art. 393 do CCB). Como bem acentua Maria Cristina de Almeida Bacarim, a culpa contratual difere-se da extracontratual, porque tem uma "conotação objetiva", determinada pelo fato do inadimplemento ou do adimplemento imperfeito, sendo, portanto, uma culpa presumida (presunção relativa), passível de elisão por caso fortuito ou força maior, salvo expressa previsão contratual. Por isso, em geral, na responsabilidade contratual, será muito útil indagar a respeito dos deveres anexos ao contrato, também chamados deveres jurídicos laterais, instrumentais ou acessórios, os quais podem estar previstos expressamente no contrato ou simplesmente decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil). Em outras palavras, são deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses presentes em quaisquer negócios jurídicos, em maior ou menor grau. Consultar: BACARIM, Maria Cristina de Almeida. **Responsabilidade civil contratual e extracontratual**: a culpa e a responsabilidade civil contratual. Tribunal de Justiça de São Paulo – EPM: obras Jurídicas. Disponível em: rc3.pdf (tjsp.jus.br). Acesso em: 9 maio 2023.

que se assenta, pois, na *teoria do risco administrativo*, a qual, por sua vez, remete ao conceito de *justiça comutativa*. Segundo a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles, sendo iguais todos os indivíduos em direitos e obrigações, a repartição dos encargos públicos deve recair sobre todos os que auferem os benefícios:

“A responsabilidade da Administração pelos danos da obra pública ao particular surge do só fato lesivo da construção, sem necessidade de se comprovar a culpa do Poder Público ou de agentes e auxiliares, bastando que o lesado demonstre o nexo causal entre a obra e o dano suportado. Essa orientação assenta na justiça comutativa, que ordena se repartam os ônus entre todos aqueles que auferem os benefícios da Administração. Se a obra pública é realizada no interesse da coletividade, justo e jurídico é que a própria coletividade, através do erário público, repare o dano individual causado pela construção. É o princípio da ‘repartição dos encargos públicos, ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas’ que CAIO TÁCITO assinala dentre as tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado”<sup>40</sup>.

Nesse sentido, também Rui Stoco, para quem a teoria do risco administrativo tem por fundamento a igualdade de direitos, a fim de que se restabeleça o equilíbrio rompido, com base na justiça comutativa:

Assim, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa<sup>41</sup>.

Assim, afastada a necessidade de demonstração de culpa do poder concedente por débitos trabalhistas deixados pela empresa

40 MEIRELES, Hely Lopes. A responsabilidade civil decorrente da obra pública. *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 62, out-dez, 1960, p. 17.

41 STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.1.125.

---

concessionária, à luz da teoria do risco administrativo a responsabilidade subsidiária do Poder Público decorre automaticamente do fato do inadimplemento.

Trata-se, por fim, de *responsabilidade subsidiária civil-trabalhista*, no sentido de sua vocação jurídico-funcional para conferir a maior efetividade possível à satisfação dos direitos fundamentais dos(as) trabalhadores(as), quando a responsabilidade trabalhista do empregador não é suficiente para garantir essa efetividade, em sua fonte obrigacional primeira, que é a relação de emprego<sup>42</sup>.

## CONCLUSÃO

Não obstante o acerto da jurisprudência do TST quanto à inaplicabilidade da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331, V, aos contratos de concessão, dada a marcante diferença conceitual e disciplinar entre o contrato de concessão e o contrato de prestação de serviços à Administração Pública (terceirização), a que se refere o verbete sumular, isso, por si só, não esgota o tema da responsabilidade do Poder Público por direitos trabalhistas nos contratos de concessão.

A reparação e prevenção de danos a direitos, em especial de direitos fundamentais decorrentes do trabalho, é garantia fundamental inscrita nos arts. 1º, IV, 5º, X, XXIII, XXXV, 7º, 8º, III, e 114 da Constituição da República, normas de direito fundamental que asseguram o valor social do trabalho, os direitos decorrentes da prestação de trabalho e o pleno acesso ao Poder Judiciário para proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a direito. Tais garantias mais se impõem na execução de atividades vinculadas ao desenvolvimento de serviços públicos, voltados que são ao benefício de toda a coletividade, sob intenso poder de controle pelo Poder Público concedente.

No contrato de concessão, o Poder Público exerce intenso poder de controle administrativo, dispondo de um amplo plexo de deveres-

---

42 AMORIM, Helder Santos. **Terceirização externa**: a responsabilidade da cadeia produtiva pelo direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2023, p. 304.

---

-poderes, como o de aferição e fiscalização da capacidade econômica da empresa concessionária e de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; o de modificação unilateral das cláusulas regulamentares para aperfeiçoamento do serviço; e o de fiscalização permanente da execução do contrato, o que compreende a verificação do cumprimento de obrigações legais e contratuais da empresa concessionária, vinculadas ao contrato.

Para isso, o Poder Público concedente dispõe de rígidos instrumentos de legais controle, inclusive contábeis, sobre as operações e a capacidade econômica da empresa concessionária, capazes de identificar, prevenir e fazer reparar o inadimplemento sistemático de obrigações vinculadas ao contrato, inclusive as obrigações trabalhistas.

Dáí que, no contrato de concessão de serviços públicos a posição de império da entidade federativa concedente lhe atrai uma mais intensa gama de responsabilidades.

Consistindo os encargos trabalhistas em despesas indissociáveis da execução do serviço público, necessariamente constantes da planilha de formação do preço da concessão, sob indicadores e parâmetros específicos, constitui poder-dever da Entidade pública concedente fiscalizar o regular cumprimento das respectivas obrigações trabalhistas, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa (Constituição, art. 37, *caput*; Lei n.º 8.987/1995, art. 14).

O inadimplemento sistemático, pela empresa concessionária, de deveres legais e obrigações contratuais vinculadas ao contrato de concessão, em especial as obrigações trabalhistas, enseja a irregularidade da própria prestação do serviço público, configurando inexecução contratual. Além ofender a legalidade e a moralidade administrativas, o inadimplemento afronta os princípios constitucionais fundamentais do valor social do trabalho e da dignidade humana do(a) trabalhador(a) (Constituição, art. 1º, III e IV), a valorização do trabalho como princípio da ordem econômica (art. 170) e o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193).

---

A Lei de Concessões, no § 6º de seu art. 38, disciplina de forma específica a responsabilidade do Poder Público concedente em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos da empresa concessionária com terceiros ou com “*seus empregados*”. Segundo esse enunciado, enquanto não declarada a caducidade do contrato de concessão (rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, como penalidade por irregularidade contratual), a entidade pública concedente continua responsável por danos que já foram ou que vierem a ser perpetrados pela concessionária a terceiros, inclusive aos(às) empregados(as) envolvidos(as) na execução do contrato de concessão.

Essa responsabilidade funda-se nas normas constitucionais e legais de proteção ao trabalho sob influxo do art. 37, § 6º, da Constituição, que disciplina a *responsabilidade civil do Estado*, fundada na *teoria do risco administrativo*.

Segundo a teoria do risco administrativo, o Estado e as empresas prestadoras de serviços públicos são objetivamente responsáveis quando, por meio de condutas comissivas ou omissivas, causar danos a terceiros, independentemente de culpa.

A transferência da execução do serviço público ao particular, por meio de contrato administrativo de concessão, com exercício da gestão operacional do serviço público pela concessionária, constitui ação administrativa com impacto direto sobre o modelo de gestão do trabalho no desenvolvimento dessas atividades. O inadimplemento de direitos trabalhistas, pela concessionária delegatária do serviço público, implicando irregularidade da execução contratual, constitui ação administrativa que enseja dano a direitos dos(as) terceiros(as) trabalhadores(as). Ocorrendo o dano, a Constituição determina que o Poder Público responda objetivamente perante o terceiro lesado, independentemente de culpa.

Sendo o dano perpetrado por prestador de serviço público, é natural que o próprio prestador seja diretamente responsabilizado. Mas o Estado também responde objetivamente, independentemente de culpa, de forma subsidiária, solução já adotada pelo STF em caso

---

de fraude em concurso público praticada por empresa prestadora de serviço público.

Trata-se de *responsabilidade subsidiária civil-trabalhista*, no sentido de sua vocação jurídico-funcional para conferir a maior efetividade possível à satisfação dos direitos fundamentais dos(as) trabalhadores(as), quando a responsabilidade trabalhista do empregador não é suficiente para garantir essa efetividade, em sua fonte obrigacional primeira, que é a relação de emprego

Portanto, embora não seja de plano aplicável aos contratos de concessão de serviços públicos a responsabilidade subsidiária do Poder Público prevista na Súmula 331, V, do TST, destinada aos contratos de prestação de serviços à Administração Pública (terceirização), o inadimplemento de direitos trabalhistas vinculados ao contrato de concessão desafia a *responsabilidade civil objetiva e subsidiária* do Poder Público concedente.

É o que decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º, III e IV; 5º *caput*, X, XXIII e XXXV; 7º, 8º, III; 114, 170 e 193 da Constituição da República; e dos arts. 1º; 2º, II; 3º, 18; 23, VII, VIII; 25; 29, I, II, IV; 31, III, IV; 35, III; e 38, §§ 1º, 3º e 6º da Lei n.º8.987/1995 (Lei de Concessões), todos sob o influxo interpretativo do art. 37, *caput*, § 6º, da Carta Magna.



---

## 2.3 A Organização Social como um Poderoso Instrumento para Desvio de Recursos Públicos, Violação de Direitos e Fragilização das Relações de Trabalho

Leonardo Romano Soares<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A organização social é instrumento poderoso e disseminado de corrupção, malversação de recursos públicos, fragilização de serviços públicos e precarização das relações do trabalho.

Não era para ser assim. A figura foi pensada para amparar parceria do estado com a sociedade para execução de serviços de índole não econômica<sup>2</sup>. Substitui o antigo convênio. Tinha por escopo prover fomento estatal a atividades particulares de relevância pública, de titularidade de pessoas jurídicas privadas não pertencentes à administração direta, sem fins lucrativos, através de contrato de gestão. A doutrina mais atual e abalizada insere esse tipo de ajuste no gênero dos módulos convencionais de cooperação<sup>3</sup>. O modelo federal introduzido pela Lei n.º 9.637/1998 tinha esse objetivo (cooperação público-privada para fomento). O Supremo Tribunal Federal validou esse modelo considerando justamente esse objetivo.

---

1 Promotor de justiça do Ministério Público de São Paulo. Mestre e doutor em direito do estado pela USP.

2 Por “índole não econômica” se faz referência às atividades que, embora possam, por sua natureza e características, ser exploradas empresarialmente, com cobrança pelas utilidades ofertadas e fruídas pelos indivíduos, não o é, na prática, por opção legal ou da própria administração. É o caso, por exemplo, dos serviços públicos de educação básica e saúde, ofertados gratuitamente à população. Sobre essa questão, discutida em relação ao contrato de concessão de serviços públicos, conferir as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto.

3 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 240.

---

Entretanto, ao incorporarem a figura da organização social, estados e municípios deturparam o espírito da lei federal. Transformaram o instituto em mecanismo de delegação de serviços públicos não econômicos, sob o pretexto de firmarem parceria colaborativa com o terceiro setor. Fizeram isso para fugir das amarras do regime jurídico de direito público aplicável à administração pública, especialmente do regramento da responsabilidade fiscal quanto a gastos com pessoal próprio.

A fragilização do patrimônio público e a precarização das relações laborais é decorrência do artifício central que alicerça o modelo tal como aplicado pelos entes subnacionais: o desvirtuamento total do controle social e estatal sobre a gestão privada dos recursos públicos.

O objetivo deste artigo é demonstrar brevemente o que deu errado com as organizações sociais e sugerir caminhos para aprimorar o controle estatal e social sobre o patrimônio público, e sobre as relações de trabalho que orbitam em torno do contrato de gestão.

## **1 O QUE DEU ERRADO COM AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS?**

A organização social é qualificação atribuída a pessoa jurídica privada sem fins lucrativos (associações, fundações) para permitir que o estado celebre contrato para fomentar a atividade particular que exercem, por conta dos benefícios públicos daí advindos.

Esse sempre foi o escopo do modelo das organizações sociais introduzido em nível federal. É obra de Luiz Carlos Bresser-Pereira, que, na qualidade de Ministro da Administração e Reforma do Estado na década de 1990 do século XX, buscou inspiração em modelos exitosos de outros países.

Porém, essa arquitetura foi originalmente pensada de modo tal que a organização social seria, de fato e de direito, uma empreitada comum, uma espécie de sociedade cogérée pelo estado e pela

---

sociedade civil, surgindo daí uma benéfica sinergia em prol do desenvolvimento de serviços concebidos como “públicos não-estatais”.<sup>4</sup>

A garantia dada pelo legislador federal de que a relação jurídica teria real índole de parceria e não teria finalidade lucrativa era estrutural e orgânica: a entidade gestora dos serviços teria conselho de administração formado tanto por agentes públicos, quanto por pessoas da sociedade civil, ou seja, composição paritária do seu mais elevado núcleo decisório. Isso, em tese, garantiria a participação direta e fiscalização efetiva e democrática da sociedade civil em um serviço antes tido como exclusivamente estatal e que, em verdade, deveria passar a ser considerado serviço “público”. Busca-se dar efetividade ao princípio republicano, considerando e tratando as atividades essenciais à coletividade como coisa de todos.

Isso caiu por terra quando estados e municípios reproduziram a Lei n.º 9.637/1998 nos seus ordenamentos. Ao invés de utilizar o instituto para fomento de atividade de titularidade privada, empregaram-no para delegar serviços públicos à iniciativa privada. Em acréscimo, abandonaram a exigência de que o conselho de administração tenha composição paritária. A um só tempo, caiu o objetivo da lei e a garantia fundamental de proteção aos recursos públicos.

Como o objetivo era fomentar, a simplicidade de regramento da Lei n.º 9.637/1998 era justificável, já que a atividade desempenhada era privada e desenvolvida por pessoa privada. Logo, não há sentido aplicar o regime jurídico da administração pública, senão naquilo que diz respeito ao controle para a garantir a boa aplicação dos recursos públicos.

Basta observar qualquer contrato de gestão da área da saúde para se verificar que se trata de delegação, porque se transfere a própria responsabilidade direta pela execução da atividade pública. Transfere-se a própria gestão, característica fundamental dos contratos de concessão de serviço público, como explica Vitor Rhein Schirato: “[...] o

---

4 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 235-250.

elemento essencial que define o regime de uma concessão de serviço público é a transferência para o concessionário das capacidades de gestão e organização do serviço concedido, assumindo o concessionário os riscos inerentes a essa gestão e a essa organização<sup>5</sup>.

Os contratos celebrados são de longo prazo, envolvem a transferência de serviços públicos complexos, custeados por vultosas quantias do orçamento público transferidas, e contam com a cessão de bens públicos e servidores públicos.

O vulto desses ajustes é, na essência e na complexidade, equiparável ao das concessões de serviços públicos. Porém, ao contrário destas, não contam com regras jurídicas de fonte legal para sua disciplina em aspectos fundamentais (licitação, requisitos do contrato, duração, fiscalização, monitoramento, sanções, responsabilidades). As leis estaduais e municipais são enxutas e genéricas, não apresentando soluções mínimas para o regramento seguro e satisfatório desses contratos.

Aqui, não se reverberam críticas – infundadas e ultrapassadas – no sentido da inviabilidade de delegar serviços públicos não econômicos à iniciativa privada<sup>6</sup>A delegação é constitucionalmente admissível. O problema é fazê-lo sob regime jurídico inadequado e sob o pretexto de desempenhar outra atividade pública que tem disciplina jurídica e propósitos distintos (fomento).

Ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.923/DF, o STF validou o corpo da Lei n. 9.637/1998 tendo em mira o seu espírito (fomento à iniciativa privada). Porém, apenas o corpo foi aproveitado por estados e municípios, que mataram o espírito. Por isso, a disciplina dos contratos é insegura. Segundo o STF, aplicam-se os princípios da administração *no que couber*. Ninguém sabe quando e como cabem de fato, porque princípios não são aplicáveis como regras.

5 SCHIRATO, Vitor Rhein Schirato. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 188.

6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 218-225.

---

O problema aumenta um degrau quando se percebe que tribunais judiciais e de contas acolhem o acórdão paradigma do STF para as organizações sociais, aplicando-o, agora, para validar o que não foi validado pelo STF: o espírito real dos contratos de gestão, que é de delegação de serviços públicos.

Mais frequentes (porque mais lucrativos), os contratos de gestão na área da saúde são validados tanto com amparo no acórdão da ADIN 1.923/DF, quanto no art. 199, §1º, da CF. Este último dispositivo é lido às avessas, porque nele se busca a sustentação da legitimidade de relações de parceria com a iniciativa privada para transferência de serviços públicos, quando, claramente, a regra autoriza a integração de serviços particulares ao SUS para suprir suas deficiências.

Sob o duplo pretexto de que a gestão é privada e o controle é, primordialmente, de resultados (controle esse que faria mais sentido se a relação fosse de fomento), não se fiscaliza adequadamente o emprego dos recursos públicos. A organização social é tratada como sociedade empresária concessionária de serviços públicos; o repasse de dinheiro público é tratado como tarifa (que, nas concessões, incorpora-se ao patrimônio privado).

Como nas concessões de índole econômica, o estado se abstém de interferir na gestão privada do serviço. A preocupação real é se o serviço é prestado, se as metas são atingidas, pouco importando como. A prestação de contas é formalmente exigida, sendo analisada como um fardo incômodo imposto pela lei, da mesma forma como se verifica o emprego de singela subvenção repassada à associação de bairro que atende algumas dezenas de pessoas.

## 2 INCENTIVOS PERVERSOS CRIAM A ASSOCIAÇÃO LUCRATIVA

Leis copiadas por estados e municípios mantiveram a forma original, mas foram aplicadas matando o espírito. O Supremo Tribunal Federal **validou** o espírito ao analisar a forma. Paradoxalmente, administração pública e tribunais passaram a celebrar e a legitimar

---

contratos de gestão de espírito desnaturado, suscitando a chancela dada pela Corte Suprema.

Há uma conjunção de fatores negativos que tornam o modelo da organização social disfuncional e nocivo: delegação onde deveria haver fomento, ausência de sólida disciplina legal e demissão do dever estatal de exercer controle adequado e efetivo.

A institucionalização e disseminação dessas disfunções criou os incentivos perversos para o surgimento de uma espécie nova de pessoa jurídica: a associação de fins lucrativos. Não está arrolada no Código Civil, mas existe no mundo real. É uma figura que nasceu justamente quando estados e municípios resolveram utilizar o contrato de gestão para delegar serviços públicos, promovendo, com isso, o desligamento do patrimônio público do regime jurídico que o protege.

A associação com fins lucrativos não é aquela que gera excedentes financeiros reaplicados na própria atividade-fim. É sociedade empresária travestida de associação. É criada para o fim de obter lucros; contratualiza com o poder público e executa o contrato de gestão para esse fim. Ao cabo, embolsa e distribui os lucros, seja licitamente (segundo a 'licitude' instituída pelo modelo disfuncional), seja por meios escusos.

A cobiça é justificável, já que o estado viu no contrato de gestão uma forma de se livrar das amarras do regime jurídico de pessoal, bens e serviços de sua titularidade. Onde pode delegar, delega. Só no estado de São Paulo, organizações sociais gerenciaram, em 2021, R\$ 33 bilhões em recursos públicos, mais de 80% deles destinados à saúde<sup>7</sup>

Organizações sociais são associações lucrativas porque criadas para desempenhar atividade empresarial. Tanto que a) possuem objeto social amplo (para transitar por qualquer atividade pública passível de ser contratualizada), b) não contam com vínculo de identidade entre

---

7 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Relatório** – Ação Conjunta TCESP/ Ministério Público-SP/MPC-SP – Organizações do Terceiro Setor. Disponível em: <https://tce.sp.gov.br/6524-tcesp-mpc-e-mpsp-realizam-acao-conjunta-para-fiscalizar-terceiro-setor>. Acesso em: 20 mar. 2023.

associados, baseado em princípios e valores (unem-se por interesses patrimoniais), c) agregam grupos circunstanciais de pessoas, que formam e pertencem ao quadro social de várias associações, ingressando e saindo dele com anormal frequência (ao sabor do interesse de ocasião), d) tem sedes meramente formais (em salas comerciais, escritórios de advocacia e contabilidade), e) contam com 'filiais' em várias cidades do país, sem vínculo de pertencimento com a localidade, f) participam sistematicamente de vários chamamentos públicos, de vários entes distintos, g) executam simultaneamente vários contratos de gestão com objetos distintos em várias localidades, h) associados, familiares e interpostas pessoas ('laranjas') integram quadros societários de empresas que prestam serviços para a organização social, em cumprimento dos contratos de gestão.

À luz desses e de outros indícios que se conjugam, é difícil sustentar que se esteja diante de verdadeiras associações destinadas a satisfazer móvel não econômico, como previsto no art. 53 do Código Civil. Os benefícios econômicos emergentes do contrato de gestão são um convite, um forte incentivo à corrupção, à precarização da qualidade dos serviços públicos e à fragilização das relações do trabalho. É o que se demonstra e discute a seguir.

### 3 LIBERDADE DESVIGIADA ONDE DEVERIA HAVER FISCALIZAÇÃO

Na concessão de serviços públicos econômicos, há uma diferença entre a organização do serviço e a gestão empresarial para sua exploração. A organização tem disciplina específica e mais intensa, caracterizada por normas de direito público, constantes do bloco regulamentar do contrato, garantindo a satisfação do interesse público. A gestão empresarial, traduzida como organização interna, é livre de restrições e limitações da concessão, seguindo normas de direito privado<sup>8</sup>.

A diferença (entre organização do serviço e gestão empresarial) e a solução disciplinar que a embasa fazem sentido, porque, na

8 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.181.

---

concessão, o preço (tarifa) é embolsado pelo concessionário, passando a integrar seu patrimônio. Já no contrato de gestão em que delegado serviço público, o fato de a verba orçamentária (e o imóvel, o equipamento, o servidor) transferida não integrar o patrimônio da organização social exige que se dê conta da forma exata com que o recurso público é utilizado. É lição antiga de direito administrativo, aplicável aos vetustos convênios e, agora, aos contratos de gestão<sup>9</sup>.

Se a concessionária tem gestão eficiente, reduzindo custos por força de medidas administrativas racionais, como a incorporação de inovações tecnológicas que reduzem seus custos, maximiza seus lucros. Se a organização social, gerindo múltiplos contratos de gestão com distintos entes públicos, resolve obter maior eficiência na sua gestão administrativa interna através de medidas de compartilhamento de custos, temos um problema.

O gestor público (por má-fé ou incompreensão) trata a delegação como se fosse uma concessão de índole econômica e, por isso, afasta a administração pública da execução do serviço, tratando o repasse da subvenção e dos demais bens como se fosse preço que se integra ao patrimônio da entidade. Sob o pretexto de não interferir na gestão empresarial, não verifica como o recurso público é realmente utilizado. O controle público sobre o contrato de gestão é (des)estruturado com base nessa ideia incorreta.

Essa concepção distorcida sobre a forma como o contrato deve ser fiscalizado se exterioriza por meio de atitudes que conduzem à severa fragilização do sistema de tutela do patrimônio público e das relações de trabalho, tornando muito difícil ou quase impossível o controle do interesse público e social, seja pela administração, seja pelo controle ministerial e de contas, seja pelo controle social.

Impede-se intencionalmente o controle. Se ele existe, é debilitado, limitado, impedido de ser desempenhado; se não existe ou já é frágil, nada se faz para corrigir essa situação (ou tudo se faz para mantê-la assim). A consequência desse comportamento deliberado é visível:

---

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.243.

---

servidores responsáveis pelo controle sem preparo, destreinados, sem recursos, sem autonomia, pressionados; atribuição da fiscalização a políticos ou comissionados; ausência de ações de monitoramento e fiscalização *in loco*; ausência de procedimentos e métodos para balizar a fiscalização; não realização de análise de risco com critérios claros para amparar a fiscalização; prestação de contas meramente formal e burocrática, baseada na análise de documentos fornecidos pela própria entidade; ausência de análise criteriosa de custos praticados e da eficiência da gestão dos recursos repassados; não acompanhamento de processos seletivos da entidade; não exigência de transparência ativa; não verificação de nepotismo.

Há um entrosamento perfeito entre a desestruturação administrativa que impede o controle e a opacidade quase que completa em que opera a organização social em determinadas situações e locais. Sob o argumento de que a gestão é privada e, por isso, segue a lógica privada, deriva-se a conclusão (falaciosa) de que é da própria natureza do ajuste que a associação privada tenha ampla margem de liberdade de atuação. Como consequência desse raciocínio tortuoso, por indução, o poder público estaria impedido de interferir indevidamente na gestão do serviço.

Isso serve de pretexto insidioso para que o estado se demita do dever fundamental de controle, não o exercendo de fato, seja pelo intencional impedimento da realização de medidas fiscalizadoras efetivas, seja incapacitando a estrutura administrativa incumbida do controle.

A consequência imediata disso é o solapamento do fundamento constitucional do sistema de tutela do patrimônio público, concebido justamente para garantir que os recursos públicos, sob o influxo do princípio republicano, concretizem o interesse público. As consequências reflexas e últimas são a lesão sistemática dos direitos fundamentais que os serviços públicos delegados objetivam satisfazer (dos usuários dos serviços) e a precarização das relações de trabalho.

As parcerias de fomento entre estado e organizações da sociedade civil são regidas pela Lei n.º 13.019/2014 (Lei das Parcerias

---

Voluntárias). Como o objetivo é incentivar atividades privadas de relevância pública, o pressuposto fundamental para a concessão de medidas de fomento é que essas atividades possuam, concretamente, os atributos qualificadores necessários para merecer o apoio estatal. Investigam-se os predicados de algo que existe concretamente (um projeto, uma atividade, um serviço) e possui valor pelas utilidades fruídas ou fruíveis pela coletividade.

Aliás, se o contrato de gestão realmente tivesse a intenção de promover fomento, estaria sob a égide desta lei. Alertados por suas bases acerca da possível perda dos “benefícios” trazidos com a liberdade do modelo da organização social disfuncional, o Congresso Nacional tratou de afastar o contrato de gestão da incidência da Lei das Parcerias Voluntárias (ver art. 3º III, da Lei n.º 13.019/2014, com a redação dada pela Lei n.º 13.204/2015).

Apesar de as leis das organizações sociais mencionarem que a relação é de fomento, isso não faz sentido em se tratando de delegação de serviço público, porque a administração pública não está incentivando algo que a organização faz originalmente, como atividade própria e cujos atributos intrínsecos e singulares geram valor para a sociedade. Está pagando para que ela execute um serviço de sua titularidade.

Sem o contrato de gestão, a organização social (na quase totalidade das vezes) não existe. É uma sala de escritório, um CNPJ ativo, um pedaço de papel, sem vínculo algum com a comunidade em que se insere. É uma entidade que se esforça para caçar oportunidades de negócios, e não o fruto da comunhão desinteressada de esforços para gerar benefícios públicos em determinado setor. Sem um contrato de gestão, ela é um parasita dormente aguardando um hospedeiro.

Essa característica das organizações sociais é sintoma claro da forma disfuncional como o modelo foi institucionalizado no Brasil. Não importa quem sejam e o que façam, justamente porque não são nada, não fazem nada, e não constroem coisa alguma (há exceções, que não abalam a regra). Extintos os contratos de gestão que as irrigam, colapsam.

São prestadoras de serviços que oferecem o melhor preço em um chamamento público no qual se analisa a proposta financeira como critério de escolha preponderante (inclusive porque entes públicos mais simples sequer contam com pessoal qualificado para fazer análises de objetos mais elaborados nas áreas de saúde, educação, esporte, tecnologia, meio ambiente etc.).

Sendo pessoas ocas, sem atributos distintivos, a pessoalidade do contrato de gestão, ou seja, a consideração dos atributos pessoais da contratada como pressupostos para a execução do serviço, é uma ficção. Essa feição das organizações sociais se associa à liberdade desviada, institucionalizada pelo modelo disfuncional, para estruturar o mecanismo extrativista e lesivo: a organização social frequentemente não presta o serviço diretamente, com pessoal próprio; ela transfere a execução do objeto para terceiros. Há total ou parcial subcontratação, sob a qual não se tem controle algum.

Como o regramento legal dos contratos de gestão é paupérrimo, não há regras quanto à subcontratação. Às vezes, o regramento do chamamento público faz alusão à aplicação da Lei de Licitações, mas não há clareza acerca de como aplicar essas regras, talhadas para contratos de escopo econômico, não para parcerias de caráter não lucrativo. Querendo, o poder público pode simplesmente afastar as regras do art. 122 da Lei n.º 14.133/2021, inclusive a regra moralizadora constante do seu parágrafo terceiro.<sup>10</sup>

Como consequência, a organização social constitui a face externa, visível e conhecida que se vincula ao poder público e sobre a qual pesa uma abstrata e frágil (e frequentemente inútil) sujeição a responsabilização patrimonial caso as coisas deem errado (e sempre dão!).

---

10 Art. 122. [...] § 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

---

É a ponta do iceberg, a décima parte de um colosso submerso, profundo, desconhecido e inacessível. São esses nove décimos não visíveis que escapam da transparência e do controle, que justificam o sucesso do modelo e a sua defesa encarniçada por ambos os polos do contrato de gestão.

Livre para executar o serviço da forma que bem entende e não tendo estrutura própria e prévia para executá-lo, a organização social opera como um centro de gestão de contratos com terceiros. Seu pessoal próprio é o essencial para realizar esse trabalho de gerenciamento. Não prestam diretamente o serviço. Quem o faz são terceiros, normalmente empresários e sociedades empresárias cujos responsáveis são ligados a políticos ou aos dirigentes da própria entidade.

Se a gestão é de hospital, contrata-se empresa que forneça mão-de-obra de profissionais da saúde, para diagnósticos por imagem, para exames laboratoriais, para serviços de manutenção, para limpeza e segurança, para cozinha, lavanderia etc.

Alguns postos-chave são ocupados por pessoal próprio (diretorias, chefias, coordenadorias), ligados aos dirigentes da organização (se não forem os próprios).

As atividades não submetidas a terceirização são desempenhadas por pessoal recrutado por processo seletivo, habitualmente fraudado e sujeito a interferências políticas dirigidas pela lógica do nepotismo e do patrimonialismo.

Planos de trabalho contam com planilhas de custos previamente superfaturadas para que os excedentes sejam apropriados. O escoamento desse dinheiro são os contratos com terceiros, superfaturados ou simplesmente não executados na quantidade e qualidade indicadas no contrato.

Aliada à ampliação artificial e fraudulenta da receita, há o expediente de interferir na despesa. Tendo a liberdade desviada como potente catalizadora, cortam-se custos onde é possível, especialmente os associados a medidas regulatórias, já que a fiscalização primária do

estado inexistente ou é falha. Assim, não há dimensionamento adequado de equipes para dar conta do trabalho, não há controle eficaz de jornada, prejudicando o atendimento à população por ausência de profissionais, jornadas de trabalho não são respeitadas, não há fornecimento de equipamentos de proteção individual suficientes e de qualidade, faltam insumos, equipamentos e materiais para a atividade-fim, a “pejotização” fraudulenta grassa. A terceirização, o trabalho temporário e o próprio estágio são expedientes de que a organização social lança mão fartamente, às raias do abuso, para cortar custos.

Quando a organização social só quer obter lucro e, em conluio com terceiros, estabelece relações jurídicas desenhadas para isso, a hierarquia é instrumento que foge à finalidade da organização e disciplina do trabalho interno para se desnaturar em ferramenta de opressão, de intimidação, de repressão, de perseguição e silenciamento de trabalhadores, evitando que denunciem malfeitos, impedindo a fiscalização e a transparência ativa<sup>11</sup>. Eis aí o caldo nutritivo do assédio moral, individual e coletivo.

Como a própria administração não sabe (ou prefere não saber) realmente o que acontece nas entranhas da gestão privada do serviço público, o controle externo do Ministério Público e do Tribunal de Contas só consegue atuar quando as ilegalidades já foram cometidas e produziram seus efeitos nefastos. Sua atuação, portanto, é inexoravelmente repressiva e, por isso, fatalmente inútil. Depois de anos discutindo as ilegalidades (no plano do controle de contas ou no plano jurisdicional), não tem utilidade alguma declarar nulo contrato já extinto e não se consegue recuperar dinheiro público desviado ou mal empregado. A entidade, que já era oca, se desintegra e se dispersa no ar como fumaça.

---

11 Segundo verificação efetuada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de 67 organizações do terceiro setor fiscalizadas, que celebraram contratos de gestão com o poder público, praticamente 70% não deram evidências de cumprimento da Lei n. 12.527/2011. Não foi possível verificar o cumprimento da lei em 4% dessas entidades por falta de disponibilização de informações (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relatório – Ação Conjunta TCESP/Ministério Público-SP/MPC-SP – Organizações do Terceiro Setor. Disponível em: <https://tce.sp.gov.br/6524-tcesp-mpc-e-mpsp-realizamacao-conjunta-para-fiscalizar-terceiro-setor>. Acesso em: 20 mar. 2023.)

---

A seguir, apresentam-se argumentos teóricos e medidas práticas possíveis para reagir a essa conjuntura desfavorável criada pela subversão da ideia original da organização social.

#### **4 EM BUSCA DO CONTROLE PERDIDO**

Há soluções possíveis para recobrar o controle perdido. Elas envolvem duas dimensões relacionadas entre si: a) mudança da teoria jurídica que explica o fenômeno da organização social e interpreta a ordem jurídica para dela extrair soluções disciplinares; b) mudança na forma como o controle externo (Ministério Público, Tribunais de Contas, Judiciário) enfrenta as vicissitudes do modelo da organização social.

Teoricamente, é preciso abandonar a ideia de que contratos de gestão são relações de simples fomento. Ela é equivocada, porque descolada da realidade. Como não explica o fenômeno como ele é, não permite que se interprete o direito de modo a dele extrair a disciplina jurídica mais adequada.

Contratos de gestão envolvem delegação de serviço público não econômico a entidades sem fins lucrativos. Partindo dessa constatação empírica (e não abstrata), induzem-se algumas conclusões. A primeira delas é que o serviço público deve ser delegado a quem demonstre melhor capacidade de exercê-lo, inclusive com igual ou maior eficiência que o poder público (sob pena de violação do princípio da eficiência).

Organizações sociais ocas, que não têm estrutura própria, que não têm pessoal próprio, que claramente serão meros centros de gestão de contratos alheios, intermediárias de mão-de-obra, não podem contratar com o poder público. São inidôneas, porque sem capacitação técnica e operacional. Não se trata de experiência anterior, que muitas têm por gerirem dezenas de contratos simultaneamente; é a demonstração de que possuem condições estruturais de realizar a atividade pública, o que se exterioriza pela existência de um núcleo estável, próprio, suficiente para executar o objeto.

---

A Lei n.º 13.014/2019 (Lei das Parcerias Voluntárias) exige essa comprovação como condição prévia para a celebração e formalização da parceria (art. 35, III). A norma deve ser aplicada aos contratos de gestão analogicamente, pois ele se insere no gênero dos módulos convencionais de cooperação (mesma razão, mesma solução).

A norma que exige a comprovação da adequada capacidade deriva do princípio da eficiência, já que não tem sentido conceder serviço público a quem não tem condições de desempenhá-lo, pondo em risco a sua prestação. Ela se faz presente na Lei n.º 8.987/1995 (concessão e permissão de serviços públicos econômicos), como se extrai dos arts. 2º, II, III, IV, 18, V, 27, §1º, I.

É justamente a capacidade técnica que vai impedir contratos de gestão, sobretudo da área da saúde, em que a organização social não tem pessoal próprio e vai contratar empresa privada para prestar diretamente os serviços que constituem o núcleo do ajuste. Ela funcionará na prática como mera intermediária, o que constitui ilegal transferência da execução do serviço. Além disso, fica demonstrado que a solução da delegação do serviço para organização social, nesse caso, é ineficiente, porque antieconômica, na medida em que a intermediação desempenhada pela entidade aumenta custos ao invés de diminuí-los. Essa situação deve ser reputada ilegal por cortes de contas e tribunais.

A essa conclusão não se pode opor o argumento de que a gestão é privada e, como tal, se rege pelo direito privado, que confere autonomia à entidade para desempenhar a atividade segundo melhor lhe aprouver (a liberdade de organização interna). Além do evidente caráter antieconômico na contratação em que a organização social é mera intermediadora, a terceirização de atividades essenciais que concretizam o objeto do contrato (em relação ao estado, a “quarteirização”) descaracteriza a pessoalidade, configurando transferência fraudulenta da delegação. Portanto, ainda que pessoas privadas possam terceirizar quaisquer atividades que desejem (algo autorizado pela lei), o objeto do contrato de gestão não admite terceirização das atividades direta e substancialmente relacionadas ao seu escopo, porque isso é vedado pelo direito público (viola a eficiência e a pessoalidade).

---

Frequentemente, a investigação efetuada pelo Ministério Público é reativa, ou seja, é deflagrada diante da existência de indícios de ilegalidades específicas já ocorridas. Essas ilegalidades podem ser sintomas do problema aqui discutido. Incumbe ao Ministério Público não apenas enfrentar a consequência negativa (equipes mal dimensionadas, falta de equipamentos de proteção individual, ausência de controle de jornadas, não recolhimento de verbas fundiárias ou previdenciárias), mas adotar o caminho contrário, utilizando a questão evidenciada para chegar à sua causa: a transferência fraudulenta da delegação.

Essa investigação “reversa” deve buscar elementos concretos que demonstrem que a organização social é mera intermediária: não tendo pessoal próprio ligado diretamente à execução do serviço (algo facilmente constatável pelo exame dos bancos de dados da RAIS e CAGED), tendo contratado empresa prestadora de mão-de-obra para todas as atividades-fim que compreendem o escopo do contrato, estará constatada a fraude. A organização social será pessoa oca que gerencia contratos com terceiros. Não foi contratada para gerenciar contratos com terceiras pessoas; foi contratada para prestar diretamente o serviço.

É possível prevenir a contratação de organizações sociais inidôneas (tecnicamente incapacitadas) examinando o processo administrativo de chamamento público. O Ministério Público pode recomendar ao gestor público que aprimore as regras do processo para proibir a transferência da execução do serviço, impedindo sobretudo a terceirização de mão-de-obra.

Também é possível exigir maior rigor nos estudos econômico-financeiros que subsidiam a decisão pela delegação do serviço. A delegação não é a única opção à disposição do gestor para desincumbir-se da execução do serviço. Além da parceria com entidade do terceiro setor, existe a possibilidade de contratar serviços de sociedade empresária para suprir as deficiências e insuficiências do serviço próprio. A natureza do serviço e o custo inerente a cada opção é que devem ser avaliados. Isso significa que não é suficientemente motivada a decisão da autoridade pública que simplesmente resolve

---

delegar o serviço adotando o modelo da organização social, sem antes estudar e prever os impactos financeiros de outras opções. Cumpre ao Ministério Público exigir motivação suficiente, o que implica cobrar a realização de avaliação adequada quanto à economicidade e vantajosidade de cada opção disponível.

Outro aspecto teórico decorrente da constatação de que o contrato de gestão envolve delegação de serviço a entidade não lucrativa é justamente a inviabilidade de o poder público se demitir de fiscalizar a gestão do serviço e a organização interna da organização social (a gestão empresarial), sob o pretexto de que essa gestão e essa organização estão sob disciplina privada e são de responsabilidade de entidade privada (como se fosse sociedade empresária concessionária de serviço público explorado economicamente).

Os recursos financeiros não são repassados a título de preço. Os demais recursos repassados não se integram ao patrimônio da organização social. Logo, não basta receber passivamente documentos que indiquem que o serviço está sendo prestado e as metas, atingidas; é preciso escrutinar a fundo como os recursos estão sendo gastos e explorados. O caráter público do recurso evoca o princípio republicano para determinar a magnitude e a intensidade do controle público e social.

A adequação do controle também deve ser feita pelo Ministério Público. Trata-se de investigação de caráter estrutural e preventivo. Desenvolve-se por meio de inquérito civil em que são colhidas informações acerca de todos os aspectos relevantes relacionados à estrutura e modo de funcionamento do controle estatal. Basicamente, são três as dimensões que devem ser examinadas: existência do controle (órgãos competentes, arcabouço normativo, procedimentos), suficiência do controle (pessoal estável, em número suficiente, treinado, capacitado, autônomo; recursos materiais suficientes; dotação orçamentária adequada), efetividade do controle (demonstração de que o trabalho gera resultados, através de exame de contas tempestivo e eficaz, medidas de monitoramento, vistorias no local, cobrança de irregularidades, aplicação de sanções, glosa de despesas etc).

---

A exigência de controle baseia-se no princípio republicano (onde há coisa pública, aí haverá fiscalização para que seu emprego satisfaça o interesse coletivo). A exigência de controle adequado e efetivo baseia-se no princípio da proporcionalidade, que é derivação do princípio da eficiência.

A investigação ministerial sobre a qualidade do controle vai buscar elementos concretos sobre como ele está estruturado. Índícios de ausência, insuficiência ou inefetividade derivam de achados como ausência de órgão ou agente de controle, controlador ocupante de cargo em comissão ou mesmo cargo político, sem qualificação, sem instrução, sem recursos materiais e orçamentários, sem disciplina normativa a respaldar as medidas de fiscalização, que não realiza monitoramento e visitas, com atraso na análise das prestações de contas, que exerce outras atividades concomitantes (às vezes incompatíveis com a fiscalização do contrato).

É contra essa situação que o Ministério Público deve se ocupar. Ela representa desestrutura orgânica que viola o princípio republicano por impedir ou fragilizar o controle sobre a coisa pública. É omissão caracterizadora de estado de coisas inconstitucional, que assim deve ser reconhecida pelas cortes de contas e tribunais, impedindo a continuidade da delegação ou exigindo implementação de controle adequado.

Tanto os tribunais de contas como os tribunais judiciais têm amparo teórico e ferramental apropriado para dar respostas adequadas de forma absolutamente respeitosa à ordem jurídica posta, à discricionariedade do gestor e à autonomia do particular. Isso porque a inexistência, insuficiência, ineficiência e inefetividade do controle interno, capazes de prejudicar a fiscalização do patrimônio público gerido pela entidade privada, são ilegalidades como outras quaisquer, que agridem diretamente o princípio republicano.

Reconhecida essa agressão, as cortes de contas podem julgar o contrato irregular por reconhecer o inadimplemento da obrigação (poder-dever) da administração pública de executar fiscalização condigna.

---

Já os órgãos jurisdicionais têm diante de si dois caminhos viáveis. Caso se demande a correção da falha (obrigação de fazer), solucionam a lide estabelecendo as diretrizes gerais pelas quais deve guiar-se o administrador, sem efetivamente indicar a solução concreta mais adequada. Essa ficará a cargo da administração pública, respeitando-se a discricionariedade do administrador. Caso se demande a proibição de realização de ato (obrigação de não fazer), como o chamamento público, a celebração do contrato ou a sua renovação, a proibição perdura até que a falha seja corrigida, ficando a escolha da solução adequada novamente a cargo do administrador. A ação civil pública é o instrumento por excelência para veicular tais demandas, mas também se mostra manejável a ação popular, se respeitados os seus limites legais de cabimento.

O raciocínio fundamental a estribar a decisão (de contas ou jurisdicional) é o seguinte: à vista de provas concretas apontando para proteção insuficiente do patrimônio público, de direitos fundamentais dos usuários dos serviços ou dos direitos dos trabalhadores, por omissão da administração pública quanto ao controle do contrato de gestão (em algum dos três níveis nos quais opera), há ilegalidade que deve ser enfrentada, declarando-se a ocorrência do estado de coisas inconstitucional para impedir que ajuste potencialmente lesivo venha a lume ou continue a ser executado, ou para impor a correção da falha.

Não sendo imposta determinada solução, quando há leque de opções, nenhum dos caminhos ofende a discricionariedade do gestor público.

O princípio da proporcionalidade vai dirigir tanto as providências impostas pelo controle externo sobre a administração pública, como a adequação das soluções por ela adotadas em cada caso concreto. É o vulto do objeto contratado (em termos temporais, de complexidade do objeto, de movimentação financeira, patrimonial e de pessoal) que vai determinar a magnitude quantitativa e qualitativa das providências que serão impostas e das soluções que serão implantadas pelo administrador.

---

Quanto à estrutura do controle: agentes públicos em número suficiente, ocupantes de cargos efetivos, com atribuição adequada e autonomia de ação; recursos materiais suficientes; procedimentos claros. Quanto ao funcionamento do controle: agentes públicos permanentemente instalados nas dependências das unidades sob gestão privada exercendo auditoria contínua dos vários aspectos relevantes; constante fiscalização *in loco*; avaliação amostral de contratos mais sensíveis (de escopo abstrato, envolvendo pessoas ligadas aos gestores da entidade); investigação permanente de conflitos de interesse e nepotismo; acompanhamento e participação direta nos processos seletivos para recrutamento de pessoal; periódica pesquisa de satisfação dos usuários; exigência de mecanismos internos de integridade por parte da OS; exigência contínua de divulgação das informações relevantes do contrato na internet e sempre que houver demanda.

Os parâmetros de qualidade utilizados para avaliar a estrutura e o funcionamento real do controle não são abstratos, mas fornecidos pela própria administração pública (serviços semelhantes executados com recursos próprios), pelas boas práticas do mercado para o mesmo tipo de serviço executado, por órgãos públicos de fiscalização do trabalho, por autarquias profissionais e até pelo conhecimento científico consagrado acerca da administração pública. Nesse ponto, dado o caráter complexo, estrutural e preventivo da investigação ministerial, é imprescindível que haja articulação institucional para que se tenha sucesso no enfrentamento dos problemas, sobretudo entre cortes de contas, órgãos de fiscalização, autarquias profissionais e os vários ramos do Ministério Público brasileiro.

Por fim, cabe ao Ministério Público instar o poder público a robustecer o controle social em relação às relações mantidas com organizações sociais. Isso se dá em duas frentes: divulgação dos dados essenciais no seu próprio portal de transparência e exigência de que as organizações sociais divulguem todas as informações relevantes sobre os contratos nos seus próprios sites, algo exigido pela Lei n.º 12.527/2011 (art. 2º). Para dar cabo dessa tarefa, o Ministério Público pode recomendar a edição de normas internas disciplinado-

---

ras da transparência ativa a ser praticada pelas entidades ou mesmo ingressar com ação civil pública com pedido de obrigação de fazer.

## CONCLUSÃO

Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas e a própria Administração Pública precisam se conscientizar do problema: a estrutura jurídica e a finalidade original da organização social foram capturadas e indevidamente utilizadas para delegar serviços, e não para fomentar atividade privada. Como o modelo não foi arquitetado para isso, criou-se uma situação anômala de concessão de serviços públicos não econômicos sem uma base normativa sólida, coesa, racional, estruturada principalmente por regras de fonte legal.

É preciso reconhecer que isso promoveu um descolamento entre o patrimônio público sob gestão privada e o regime jurídico de direito público que o disciplina e protege. A solidez e sistematicidade desse regime foi substituída por uma disciplina jurídica pouco coesa, de difícil identificação, interpretação e aplicação, já que agrega princípios, normas contratuais, regras esparsas de normas nacionais gerais, diretrizes de cortes de contas e julgados isolados.

A produção jurídica científica para dar conta de parcerias de colaboração mútua (os antigos convênios) não serve para compreender a organização social e os vínculos que mantém com o estado. O acórdão da ADIN 1923/DF fala de coisa totalmente diversa daquilo que é praticado na realidade. Acentuando (e aproveitando) a fragilidade disciplinar, o poder público se demite do controle sob o pretexto de que a gestão do serviço é privada.

A constatação desse contexto é fundamental para planejar a reação corretiva. Como demonstrado, essa reação envolve extrair do direito soluções aderentes à realidade. Implica parar de ignorar a realidade, abandonar conceitos abstratos e doutrinas impertinentes, e examinar o contrato de gestão para identificar o que ele realmente é e ao que efetivamente se destina: é contrato de concessão destinado a

---

delegar serviços públicos não econômicos a pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

O novo instrumental teórico corretivo é simples, mas poderoso: a delegação é possível, desde que feita a entidades que tenham capacitação técnica demonstrada (o que não se confunde com experiência prévia derivada da gestão de outros contratos). Entidades ocas, existentes apenas no papel, meras intermediadoras de mão-de-obra, meros centros de gestão de contratos com terceiros, não são idôneas; são fraudulentas. Assim devem ser reconhecidas. Contratos de gestão firmados com elas são inválidos, porque antieconômicos (violada a eficiência), porque implicam transferência da delegação, porque quebram a pessoalidade, desnaturando a parceria. Devem ser invalidados.

O Ministério Público brasileiro deve examinar a natureza de cada contrato de gestão para verificar sua idoneidade. A investigação por meio de inquérito civil examina a forma como o serviço é prestado pela organização social, identificando se há terceirização maciça das atividades diretamente relacionadas ao objeto da delegação, caso em que o contrato será inválido pelas razões acima expostas.

O sucesso no enfrentamento dos problemas decorrentes do modelo disfuncional passa inexoravelmente por atuação preventiva e de índole estrutural. Significa robustecer instituições para prevenir problemas futuros. Por isso, a investigação civil do Ministério Público tem objeto distinto do habitual e mira outros fins. Ao invés de corrigir os sintomas (problemas pontuais), parte em busca das causas, ou seja, a desestrutura do controle estatal e social sobre o contrato. Toma esses sintomas como indícios dessa desestrutura e visa corrigi-las. O controle estatal deve existir, ser adequadamente dimensionado e efetivamente funcionar. As três dimensões são analisadas. Controle inexistente ou insuficiente são motivo para impedir a celebração de novos contratos de gestão, até que corrigidas as falhas. Controles inefetivos precisam ser robustecidos. A questão é de legalidade. Não há invasão à esfera de discricionariedade do gestor, porque os critérios do controle de boa qualidade e as opções corretivas são definidos pelo

---

próprio gestor. O que se exige é que saia da omissão configuradora de estado de coisas inconstitucional.

O Ministério Público vai exigir que o gestor indique e implemente as medidas corretivas, em prazo razoável. O correto dimensionamento do controle é regido pela ideia de proporcionalidade: o porte do controle está em função do porte da delegação promovida.

Em síntese, para garantir o efetivo respeito, pelo poder público e pela entidade, aos direitos assegurados na Constituição, é preciso investigar se o poder público está estruturado para bem desempenhar a missão de controle e se essa estrutura realmente funciona na prática, identificando falhas e exigindo sua correção para que o recurso público gerido pelo particular realmente destine-se à consecução do interesse público. Esse é o caminho para efetivar a promessa constitucional de plena satisfação da pluralidade de direitos fundamentais que dependem de serviços públicos essenciais providos pelo estado por via da delegação à iniciativa privada.



---

## 2.4 Prestação de Serviços a Terceiros, Intermediação de Mão de Obra e Pejotização

Tadeu Henrique Lopes da Cunha<sup>1</sup>  
Renan Bernardi Kalil<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

No Brasil, pode-se atribuir a abertura à terceirização a um conjunto de atos normativos e posições jurisprudenciais, que foram variando com o tempo<sup>3</sup>. Esse fenômeno remonta ao final dos anos 1960, no âmbito público, com o Decreto-lei n.º 200/1967, e a Lei n.º 5.645/1970, e na esfera privada, com o Decreto-lei n.º 1.034/1969, e, especialmente, com as Leis n.º 6.019/1974, e n.º 7.102/1983, normas jurídicas editadas sob a égide da Constituição Federal de 1967. Ou seja, foi o Poder Público quem deu início ao processo de terceirização de determinadas atividades, que não se reputavam como atividades de planejamento, coordenação, supervisão e controle da Administração Pública (artigo 10, § 7º, do Decreto-lei n.º 200/1967).

---

1 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Trabalho. Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) do Ministério Público do Trabalho.

2 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Trabalho. Vice-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) do Ministério Público do Trabalho.

3 Para um estudo mais aprofundado sobre a evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização no Brasil, ver: CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. **Terceirização e seus efeitos sobre os direitos do trabalhador no ordenamento jurídico brasileiro**. 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 42-106.

No âmbito da Justiça do Trabalho, os principais entendimentos consolidados pelo TST foram as Súmulas n<sup>os</sup> 256<sup>4</sup> e 331<sup>5</sup>.

Em relação aos limites da terceirização, a jurisprudência do TST foi gradativamente reconhecendo a sua possibilidade de terceirização de atividades, chegando a entender pela impossibilidade somente nas denominadas “atividades-fim” das empresas tomadoras de serviços.

A intermediação de mão de obra, contudo, não seria possível, mesmo nas “atividades-fim”, porquanto é feita a ressalva ao final do item III da Súmula n.º 331: desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. E o que significaria haver pessoalidade e subordinação em relação ao tomador? Significaria que a situação seria, na verdade, uma intermediação de mão de obra e não uma terceirização.

Isto porque a empresa supostamente prestadora de serviços, ao não ter o poder diretivo funcionaria como mera fornecedora de mão de obra, figurando formalmente como empregadora. Explicitando-se: a empresa prestadora de serviços contrataria formalmente os trabalhadores; os trabalhadores seriam formalmente (porque assim registrados) empregados da empresa prestadora de serviços; mas, na

---

4 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.º 6.019, de 03.01.1974, e n.º 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

5 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE  
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 n.º 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20.06.1983) 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.

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 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

---

prática, ficariam subordinados à empresa tomadora dos serviços, que exerceria o poder diretivo sobre suas atividades.

Além disto, haveria a pessoalidade, que é outro elemento da relação de emprego; os outros elementos também estariam presentes (trabalho por pessoa física, com onerosidade e não eventualidade); logo, estariam presentes os requisitos da relação de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços (artigos 2º, 3º e 442 da CLT), o que atrairia a aplicação do artigo 9º da CLT (fraude à relação de emprego) e o conseqüente reconhecimento do vínculo de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços.

Entretanto, o entendimento contido no item III da aludida Súmula, ao trazer as atividades com possibilidade de terceirização, acabou excluindo o que se convencionou denominar de “atividade-fim” da empresa tomadora de serviços. Aliás, a construção histórica da Súmula deixou isto bem claro, porquanto a origem da terceirização tinha a motivação de fazer com que a empresa tomadora de serviços focasse em sua atividade nuclear, principal ou finalística e transferisse a execução das demais atividades a outras empresas, especializadas, o que garantiria maior eficiência ao processo produtivo.

A evolução jurisprudencial na aplicação do verbete foi no sentido de vedar a terceirização da atividade-fim por presumir, de modo absoluto (presunção *iuris et de iure*), que ela seria, por si só, ilícita, possivelmente entendendo que a empresa tomadora de serviços continuaria com o poder diretivo por se tratar de atividade fundamental para o desenvolvimento do seu objetivo societário.

Assim, o simples fato de se terceirizar a atividade-fim já seria, de plano, independentemente de aferição do modo como seria realizada a atividade, uma conduta ilícita.

Todavia, após as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da ADPF 324 e do RE 958.252, além das alterações legislativas (Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017), a presunção absoluta de ilicitude da terceirização da atividade-fim ficou superada na maior parte das atividades econômicas. Na maior parte (e não em todas as atividades),

---

passou-se a admitir a terceirização da atividade-fim da empresa tomadora (ou contratante) dos serviços.

Diz-se na maior parte, porquanto existem situações em que a terceirização da atividade-fim é ilegal, como no caso dos tripulantes a bordo de aeronave (Lei n.º 13.475/2017) e quando o tomador dos serviços for órgão público (porquanto tal situação configuraria afronta ao concurso público, regra de caráter constitucional).

Afora tais situações, a terceirização de atividade-fim acabou sendo possibilitada pelas Leis n.ºs 13.429/2017 e 13.467/2017, incluindo alterações na Lei n.º 6.019/1974, e pela jurisprudência do E. STF, quando do julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.

O que estas leis e a jurisprudência do STF alteraram então? Elas alteraram a concepção de que toda terceirização de atividade-fim é ilícita. Afastaram a presunção absoluta de ilicitude pelo simples fato de a terceirização envolver atividade-fim.

Ou seja, não se pode mais dizer, de antemão, sem qualquer aferição acerca do modo como se desenvolve a execução da atividade terceirizada, que ela é uma fraude à relação de emprego, uma intermediação de mão de obra, enfim, que ela é ilícita.

É necessário, para a configuração da ilicitude, verificar o modo como se dá a execução da atividade terceirizada e, a partir daí, constatar se é, de fato, uma terceirização (prestação de serviços a terceiros, na terminologia da nova legislação) ou se é uma intermediação de mão de obra (e, portanto, uma situação de fraude à relação de emprego), logo, ilícita, salvo no caso de trabalho temporário.

Sendo assim, percebe-se que a legislação e a jurisprudência foram, ao longo do tempo, expandindo a possibilidade de utilização da prestação de serviços a terceiros por empresas. Nesse sentido, o presente artigo apresenta um estudo sobre a prestação de serviços a terceiros (ou terceirização) em contraponto com a intermediação de mão de obra, bem como a distinção dessa figura diante da “pejotização”.

---

Adverte-se que, para os fins deste artigo, utilizar-se-á a expressão “prestação de serviços a terceiros”, introduzida no país pela Lei n.º 13.467/2017 como sinônimo de “terceirização”.

## **1 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS X INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA**

A diferenciação entre a prestação de serviços a terceiros e a intermediação de mão de obra ficou ainda mais nítida a partir das Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017, que incluíram alterações na Lei n.º 6.019/1974.

Logo no art. 1º vem o âmbito material de aplicação da lei: “As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei”.

Em suma, a lei traz quatro expressões distintas, devendo significar que tratam de situações diferentes: empresa de trabalho temporário; empresa de prestação de serviços; respectivas tomadoras de serviço; e contratante.

Com efeito, a Lei Complementar (LC) n.º 95/1998, prevê, em seu artigo 11, inciso II, alínea “b”, que, para fins de precisão, deve-se utilizar os mesmos termos quando se quer expressar a mesma ideia, devendo-se evitar o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico.

Nesse contexto, pode-se dizer que a prestação de serviços não se confunde com o trabalho temporário. A lei, inclusive, distinguiu a denominação das partes destes contratos.

Além disto, verifica-se que o trabalho temporário é definido no artigo 2º como sendo aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de

---

substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

No artigo 4º a lei define a empresa de trabalho temporário como sendo a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

Uma análise dos dois dispositivos em conjunto é necessária. Quando se pensa em trabalho temporário tem-se em mente uma pessoa física cujo trabalho é necessitado por uma empresa específica (tomadora) e que se vale de uma empresa de trabalho temporário (empregadora da citada pessoa física) para colocar à sua disposição (da empresa tomadora, no caso) aquela mão de obra.

O trabalho temporário é, assim, uma situação de intermediação de mão de obra, situação em que uma empresa coloca empregados seus à disposição de outra. No caso, os trabalhadores, apesar de ficarem subordinados à empresa tomadora dos serviços, permanecerão vinculados à empresa de trabalho temporário. É uma situação excepcional, em que se admite que empregados de uma empresa fiquem subordinados a outra. Por este motivo, a legislação somente autoriza que isto ocorra em algumas situações, e, ainda assim, de modo provisório.

As situações em que a lei permite esta intermediação de mão de obra são as previstas no aludido artigo 2º: atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Além disto, a lei prevê um prazo máximo para a contratação: 180 dias, prorrogáveis por mais 90 (artigo 10, §§ 1º e 2º).

Aliás, o regulamento da Lei n.º 6.019/1974 (Decreto n.º 10.060/2019) deixa claro que o trabalho temporário é diferente da prestação de serviços a terceiros:

Art. 2º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se trabalho temporário aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de

uma empresa tomadora de serviços ou cliente, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Parágrafo único. O trabalho temporário não se confunde com a prestação de serviços a terceiros, de que trata o art. 4º-A da Lei n.º 6.019, de 1974.

Ao lado do trabalho temporário que, como visto, é uma situação excepcional de intermediação de mão de obra permitida pela legislação, está prevista a prestação de serviços a terceiros, que com a primeira não se confunde.

Com efeito, o conceito de prestação de serviços a terceiros está previsto no artigo 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.

Dessa forma, os elementos da prestação de serviços a terceiros, abordados a seguir, são: a) a transferência de execução de atividades à empresa prestadora, como objeto contratual; b) empresa prestadora de serviços e a sua autonomia na execução da atividade, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) a capacidade econômica compatível com a execução.

### 1.1 Transferência da execução da atividade à prestadora de serviços

O primeiro elemento, definidor do próprio caráter da prestação de serviços, é a transferência de alguma atividade para que seja executada pela empresa contratada (ou prestadora de serviços). “Atividade pode ser definida como conjunto de tarefas que compõem partes de de-

---

terminado processo de produção ou de serviços, formando um novo negócio”<sup>6</sup>.

Aliás, é esse o motivo historicamente atribuído à opção pela externalização da produção: transferir a execução de determinada atividade a outra empresa, especializada naquele tipo de serviço / produção, passando a contratante a focar em seu núcleo de atividades ou, em outros termos, em seu *core business*.

Portanto, a transferência da execução da atividade há de ser efetiva e não aparente, não podendo ser uma forma de mascarar o controle sobre o processo produtivo pela contratante, que caracterizaria o seu poder diretivo, e, portanto, a subordinação da mão de obra à contratante, perfazendo, então, mera intermediação de mão de obra.

Logo, é importante aferir o modo como se dá a transferência da execução da atividade, ressaltando-se que na prestação de serviços a terceiros, diferentemente da intermediação de mão de obra (sendo o trabalho temporário a única modalidade lícita), o que importa é a “atividade” e não o trabalhador que a executa. O foco, então, há de ser a “atividade” e não a pessoa física que realiza o trabalho.

Em contraponto, no trabalho temporário (única modalidade lícita de intermediação de mão de obra) o enfoque recai sobre o “trabalhador”, que fica à disposição da empresa tomadora dos serviços, para atender necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Então, é caso de mero fornecimento de mão de obra<sup>7</sup>.

Pode-se dizer, então, que a prestação de serviços diz respeito à especialização e descentralização das atividades, ao passo que o fornecimento de mão de obra é uma exceção à regra da contratação direta de trabalhadores (artigos 2º e 3º da CLT), ao regime geral de emprego<sup>8</sup>.

---

6 SOUZA, Geraldo Emediato *et alii*. **Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas**: análise face à nova regulamentação. Brasília/DF: Gráfica Movimento, 2017, p. 12.

7 Id. *Ibid.*, p. 13.

8 Id. *Ibid.*, p. 13-14.

---

Deste modo, não se pode falar em prestação de serviços, quando estiverem preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa contratada (ou prestadora de serviços) com a contratante (ou tomadora), mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, somente possível na modalidade de trabalho temporário. Fora desta modalidade é ilegal, violando o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é uma mercadoria” (Declaração de Filadélfia, 1944)<sup>9</sup>.

Neste caso, então, de intermediação de mão de obra travestida de prestação de serviços, aplica-se o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Destarte, deve-se considerar nulo o contrato de prestação de serviços a terceiros e reconhecer o vínculo empregatício do obreiro diretamente com a empresa contratante (ou tomadora dos serviços).

Alguns elementos identificadores do mero fornecimento de mão de obra, além da constatação da subordinação, inclusive nas suas mais modernas dimensões, assim como da pessoalidade, podem ser destacados: a) prevalência do elemento humano no contrato; b) os meios de produção e “*know-how*”; e c) a autonomia na prestação de serviços<sup>10</sup>.

### 1.1.1 *Prevalência do elemento humano no contrato*

Alguns aspectos, seja por expressa previsão no contrato de prestação de serviços a terceiros, seja por ocorrência durante a sua execução, podem apontar para a prevalência do elemento humano, desfigurando a ideia de transferência da execução da atividade e recaindo o foco da contratação na pessoa física do obreiro, de modo a configurar a intermediação de mão de obra.

---

9 Id. *Ibid.*, p. 14.

10 Id. *Ibid.*, p. 15-16.

---

Assim, por exemplo, se o contrato tiver cláusula que trate da identificação dos trabalhadores que deverão prestar o serviço (portanto, empregados formais da empresa contratada – prestadora dos serviços), assim como da quantidade e de cargos a serem ocupados por eles, estar-se-á diante de intermediação ou fornecimento de mão de obra<sup>11</sup>.

Isto porque, conforme menção anterior, na verdadeira prestação de serviço o que importa é a realização da atividade, pouco importando ao tomador quem serão os trabalhadores a efetivamente executarem as tarefas pertinentes.

Também se pode configurar prevalência do elemento humano quando houver a exigência ou até a previsão da prestação de horas extras pelos empregados da contratada (ou prestadora dos serviços). Inclusive, há contratos em que se prevê que, neste caso, a tomadora (ou contratante) deve pagar um valor maior do que o valor contratado. Em uma verdadeira prestação de serviços o risco da atividade é do prestador e não do tomador, não havendo que se falar em pagamento a maior neste caso<sup>12</sup>.

Mais um elemento que indica a prevalência do elemento humano é a continuidade do trabalhador trabalhando quando do fim de um contrato com determinada empresa prestadora de serviços e contratação de outra empresa. “Acontecendo isso, ficará provada a pessoalidade e a subordinação desses trabalhadores, já que ficará provado que o conhecimento dos trabalhadores é mais importante do que qualquer “savoir-faire” empresarial, sendo indispensáveis, então, esses trabalhadores para a estrutura da empresa”<sup>13</sup>.

---

11 Id. *Ibid.*, p. 15.

12 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização como intermediação de mão de obra**. Edição do autor. Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-como-intermediac3a7c3a3o-de-mc3a3o-de-obra.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021, p. 105.

13 Id. *Ibid.*, p. 106.

---

### 1.1.2 Meios de produção e “know-how”

Além disto, para a execução da atividade deve a empresa contratada (ou prestadora de serviços) possuir os meios de produção necessários para a realização da atividade. Se, ao contrário, a empresa contratada utilizar-se dos meios materiais fornecidos pela empresa contratante, haverá fortíssimo indício de mera intermediação de mão de obra.

Não se deve confundir meios de produção com ferramentas.

Meios de produção são o capital investido em máquinas, estruturas e tecnologias, sendo que ferramentas são instrumentos da realização de trabalho, mais simples, que podem ser inclusive de propriedade dos trabalhadores. Em todo caso, não poderá a empresa tomadora de serviços fornecer os meios de produção ou as ferramentas, o que descaracterizará a prestação de serviços<sup>14</sup>.

Por exemplo, se uma empresa *externaliza* o serviço de transporte, isto significa que transferirá a execução de toda a atividade (de transporte) para a contratada (ou prestadora dos serviços). Caso a contratante (ou tomadora dos serviços) celebre um contrato de prestação de serviços a terceiros com esta atividade (transporte, seja de pessoal, seja para serviço), mas que forneça os meios de transporte (ônibus, carros, motos etc.) para a empresa contratada, isso indica claramente que o que interessa para a empresa contratante (ou tomadora dos serviços) é o trabalho pessoal dos empregados da contratada (ou prestadora dos serviços), que somente serão colocados para a apropriação de seu trabalho pela tomadora.

Ou seja, aqui não há transferência da execução da atividade, mas tão-somente a transferência dos vínculos de emprego dos trabalhadores, que terão vínculos formais de emprego com a empresa contratada (ou prestadora dos serviços). Deste modo, há efetiva intermediação de mão de obra e não prestação de serviços a terceiros.

---

14 SOUZA, Geraldo Emediato (*et ali*). *op. cit.*, p. 15.

---

Além dos meios de produção, a contratada (ou prestadora de serviços) deve ter *"know-how"*, ou especialização, que é a capacidade técnica em realizar o serviço contratado. Se a empresa contratante (ou tomadora dos serviços) expedir instruções, diretas ou indiretas, para a execução dos serviços, isto será forte indício de descaracterização do contrato de prestação de serviços, podendo configurar mera intermediação de mão de obra<sup>15</sup>.

Outro ponto que indica a inexistência de *"know-how"*, ou especialização, ou capacidade técnica ocorre quando uma empresa realiza diversos serviços das mais distintas espécies. "Ora, a empresa que terceiriza serviços de limpeza, portaria, manutenção, "telemarketing", departamento de pessoal etc., na verdade não é especializada em nada, indicando somente realizar a colocação de pessoal em outras empresas, lucrando com trabalho alheio. Nada mais é do que uma agência de colocação de pessoal, que obtém seu lucro alugando pessoas para prestação de trabalho a outras empresas"<sup>16</sup>.

Aliás, neste ponto, até como forma de ratificar esta necessidade de especialização, *"know-how"* ou capacidade técnica, a Lei n.º 6.019/1974 prevê que o contrato deve ter objeto e o serviço realizado (na realidade dos fatos) não pode ser diferente do contratado (daquele que consta formalmente no contrato).

Com efeito, vide os dispositivos:

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

---

15 Id. *Ibid.*, p. 15.

16 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *op. cit.*, p. 102.

- 
- I - qualificação das partes;
  - II - especificação do serviço a ser prestado;
  - III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
  - IV - valor.

Veja que o contrato há de ter um objeto (deve-se indicar exatamente o serviço a ser realizado). A execução do contrato deverá ser no atendimento de seu objeto (ou seja, do serviço contratado). Havendo utilização diversa, para serviço distinto, por exemplo, então há descumprimento da lei e configuração de intermediação de mão de obra.

No caso, poder-se-á aferir uma ou mais de uma destas situações: prevalência do elemento humano no contrato (o que interessa à contratante é o trabalhador, independentemente do tipo de atividade – serviço – realizada); falta de meios de produção (a contratada pode ter meios de produção para o serviço contratado, mas não para o serviço efetivamente executado); falta de especialização, “*know-how*” ou capacidade técnica (se a contratada foi procurada para executar determinado serviço, é de se presumir sua especialização e não em outro serviço); falta de autonomia na execução da atividade – serviço (a direção dos serviços pode estar ocorrendo por parte da contratante, que se vale dos empregados da contratada).

## 1.2 Autonomia na prestação de serviços

A análise conjunta dos artigos 4<sup>a</sup>-A (que define a prestação de serviços) e 5<sup>o</sup>-A, *caput*, que identifica como contratante a “pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços”, extrai-se, em primeiro plano, o caráter contratual da relação entre as entidades tomadora e prestadora do serviço<sup>17</sup>.

---

17 SOUZA, Geraldo Emediato (*et alii*). Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas: análise face à nova regulamentação, *op. cit.*, p. 17.

Dessa premissa acerca da natureza contratual da relação pode-se depreender o sentido de alteridade da empresa contratada, devendo ser uma unidade distinta da contratante, inclusive com identidade formal e material específica. Enfim, “uma pessoa jurídica diferente, dotada de organização e interesses próprios, desvinculados dos interesses empresariais da empresa contratante”<sup>18</sup>.

Nesse contexto, a lei, no seu artigo 4º-B, exige, como requisito de funcionamento, das empresas prestadoras de serviços, que tenham determinado capital social mínimo, além de outros aspectos, como inscrição no CNPJ e registro na Junta Comercial. Isto significa que a norma jurídica exige da empresa contratada “autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa desvinculada da empresa contratante”<sup>19</sup>.

A questão da autonomia da empresa contratada fica ainda mais nítida quando conjugada com o requisito da transferência da execução da atividade da contratante para ela (contratada). A real transferência da execução da atividade implica a “alteração do controle operacional sobre a atividade contratada, com substituição da empresa contratante pela empresa contratada no exercício desse comando”<sup>20</sup>.

Assim, a empresa contratante será beneficiária ou credora do resultado da atividade contratada e realizada pela contratada, ao passo que esta última executará tal atividade de acordo com sua metodologia, gerenciamento de sua mão de obra, enfim, com o poder diretivo sobre os empregados para atingir a finalidade contratual: entregar o resultado da atividade realizada. Assim, a empresa contratada deverá exercer total controle sobre o processo produtivo.

Portanto, não havendo efetiva transferência sobre o controle do processo produtivo, ou seja, sem a empresa contratada tenha o real poder diretivo na execução da atividade, “não se pode em autêntica prestação de serviço, mas sim em mera intermediação ou fornecimen-

18 SOUZA, Geraldo Emediato (*et alii*). *op. cit.*, p. 17.

19 Id. *Ibid.*, p. 17.

20 Id. *Ibid.*, p. 18.

---

to de mão de obra, porquanto nesta hipótese se verifica tão somente uma transferência de vínculos formais de emprego”, em fraude ao regime geral de emprego protegido (artigo 9º da CLT)<sup>21</sup>.

Com efeito, essa autonomia, que é requisito da prestação de serviços, significa que a realização das atividades deva ocorrer sob direção exclusiva da empresa prestadora e nos limites do contrato de prestação de serviço.

A direção exclusiva do processo produtivo representa o próprio poder diretivo da empresa contratada. Se não tiver o poder diretivo não será a empregadora, até porque o poder diretivo é o outro lado da moeda da subordinação.

De fato, se quem detém o poder diretivo é a empresa contratante é em relação a ela que haverá subordinação e, portanto, o vínculo de emprego deverá ser reconhecido com ela e não com a empresa contratada. Daí o sentido de que a empresa contratada tenha de ter autonomia para executar a atividade contratada. Neste sentido, inclusive, vale citar o art. 4º-A, § 1º, da Lei n.º 6.019/1974, com redação dada pela Lei n.º 13.429/2017: “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

O dispositivo acima deixa bem claro que quem deve ter o poder diretivo é a empresa contratada.

Além disto, a atividade deve ser executada nos limites do contrato, o que significa que não se pode realizar atividade estranha ao contrato, tal como previsto no já aludido art. 5º-A, § 1º (é vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços), porquanto isto também afrontaria a própria autonomia da empresa contratada, que, no caso, teria “colocado” seus trabalhadores à disposição da empresa contratante para “executar outras atividades”.

---

21 Id. Ibid., p. 18-19.

---

Logo, estar-se-ia diante de uma intermediação de mão de obra e não de prestação de serviços a terceiros.

Deste modo, não pode a contratante imiscuir-se na gestão do trabalho, que há de ser realizada pela contratada.

Se o poder diretivo deve ser da empresa contratada resta claro que a subordinação dos trabalhadores terceirizados deverá ser em relação a ela e não à contratante. Neste contexto, é possível aferir a subordinação a partir da verificação de um conjunto de indícios<sup>22</sup>:

- O fato de o trabalhador da empresa contratada utilizar uniforme, crachá ou instrumentos de trabalho (como veículos) contendo o nome e/ou o logotipo da empresa contratante de serviços;
- A exigência por parte da empresa contratante de que o trabalhador utilize uniformes ou veículos de determinados modelos ou cores, ou ainda, quanto ao tempo máximo de uso do veículo a ser utilizado;
- A determinação por parte da empresa contratante de que o serviço seja feito pelos trabalhadores quando entende que não foi prestado a contento;
- O estabelecimento pela empresa contratante da forma como os trabalhadores devem se apresentar ou se comportar durante a execução dos serviços, inclusive quanto à sua aparência (por exemplo, corte de cabelo e de barba), por meio de circulares, manuais ou regulamentos;
- O fato de o trabalhador participar de treinamentos, inclusive com a aplicação de provas e o estabelecimento de notas mínimas, por exigência da empresa contratante, a qual pode ministrá-

---

22 Adaptado do material de apresentação de: PORTO, Lorena Vasconcelos. A apresentação foi realizada no dia 27 de setembro de 2018, na sede da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP). Sobre a técnica do conjunto de indícios, inclusive com abordagem de direito comparado, vide: PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de emprego**: desconstrução, reconstrução e universalização do conceito jurídico. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008, p. 53-56.

-los diretamente ou determinar, por exemplo, o conteúdo programático, a formatação, o material didático, a carga horária e os capacitadores desses treinamentos;

- A participação dos trabalhadores da empresa contratada, juntamente com os empregados diretos da empresa contratante, em cursos ministrados por essa última, inclusive de reciclagem;
- O fato de o trabalhador ter que utilizar, na execução de suas tarefas, programas, softwares, sistemas informáticos, plataformas digitais ou formulários (físicos ou eletrônicos) disponibilizados pela empresa contratante;
- O fato de o trabalhador ter que observar, na execução de suas tarefas, cartilhas, códigos de conduta, ordens de serviços ou regulamentos empresariais da própria empresa contratante ou por ela elaborados para a empresa contratada;
- A existência de controle do serviço prestado pelos trabalhadores por meio de centrais de atendimento (telefônicas ou em sítios eletrônicos), mantidas pela empresa contratante, diretamente ou por meio de outras empresas contratadas para esta finalidade, com o recebimento, por exemplo, de avaliações quanto à qualidade do serviço, reclamações e sugestões;
- A exigência por parte da empresa contratante de serviços do desligamento ou substituição do trabalhador terceirizado em virtude de algum aspecto relacionado ao serviço por ele prestado;
- A participação direta da empresa contratante (por exemplo, por meio do estabelecimento de padrões ou de consultas) nas decisões relacionadas ao processo seletivo e à admissão, substituição ou desligamento dos trabalhadores terceirizados;
- A exigência por parte da empresa contratante de que os serviços sejam prestados pelos

---

trabalhadores necessariamente de determinada maneira, ou em determinados locais ou horários;

- A exigência por parte da empresa contratante de que a nova empresa contratada mantenha os mesmos trabalhadores que já lhe prestavam serviços por meio da empresa contratada anteriormente;
- A existência de especificações por parte da empresa contratante acerca da formação profissional, qualificação ou outras características pessoais que os trabalhadores devam possuir;
- A realização de reuniões com os trabalhadores conduzidas por empregados ou representantes da empresa contratante, para tratar, por exemplo, de procedimentos administrativos e operacionais, rotinas, mudanças na política empresarial ou de novas parcerias, inclusive com a presença conjunta de empregados diretos da empresa contratante;
- A adoção pela empresa contratante de comunicados escritos dirigidos aos trabalhadores, os quais podem ser afixados no quadro de avisos da empresa, entregues pessoalmente ou encaminhados por correio eletrônico, inclusive com o esclarecimento de eventuais dúvidas dos trabalhadores;
- A atuação de empregados da empresa contratante como controladores finais das tarefas desempenhadas pelos trabalhadores da empresa contratada, inclusive por meio da criação de uma equipe específica de supervisores pela empresa contratante para controlar o resultado do trabalho executado por aqueles.

### 1.3 Capacidade econômica compatível com a prestação de serviços

O último requisito do contrato de prestação de serviços a terceiros concerne à exigência de capacidade econômica compatível

---

com a execução da atividade por parte da empresa contratada (art. 4º-A da Lei n.º 6.019/1974).

Pode-se conceituar a capacidade econômica no seguinte sentido<sup>23</sup>:

Capacidade econômica diz respeito à disponibilidade de ativos capazes de se remunerar, no exercício da atividade produtiva, constituindo a totalidade das riquezas disponíveis, suficientes ao cumprimento das obrigações contraídas. Exige a norma que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.

É importante frisar, por oportuno, que a capacidade econômica não é medida pelo capital social, mas sim pelo patrimônio líquido. O capital social constitui o fundo patrimonial inicial da pessoa jurídica, sendo utilizado apenas para viabilizar o início da vida econômica da sociedade, sendo estático e, muitas vezes, não é nem mesmo alterado no curso da atividade empresarial<sup>24</sup>.

É possível, portanto, que uma empresa inicie suas atividades com pequeno valor de capital social, mas que aufera grandes rendimentos no decurso do tempo, apresentando patrimônio líquido muito superior ao valor do capital social. O oposto também pode ocorrer, caso uma empresa passe por dificuldades financeiras e tenha patrimônio líquido inferior ao capital social.

Ou seja, no primeiro caso, a empresa terá capacidade econômica de arcar com compromissos financeiros superiores ao valor do capital social e, no segundo, não terá capacidade econômica de arcar nem mesmo com compromissos financeiros em montante igual ao do capital social. Logo, o capital social não pode ser a medida utilizada

---

23 SOUZA, Geraldo Emediato (*et alii*). *op. cit.*, p. 23-24.

24 *Id. Ibid.*, p. 25.

---

como parâmetro para aferir a capacidade econômica compatível com a execução do contrato de prestação de serviços a terceiros.

Já o patrimônio líquido resulta da diferença entre valores ativos (dinheiro, imóveis, créditos etc.) e passivos (dívidas de financiamentos, débitos comerciais, encargos trabalhistas, tributários etc.) da pessoa jurídica. Se o ativo for superior ao passivo, a sociedade terá um patrimônio líquido positivo; se inferior, terá um patrimônio líquido negativo<sup>25</sup>.

Desse modo, a previsão do artigo 4º-B, da Lei n.º 6.019/1974, com redação dada pela Lei n.º 13.429/2017, relativa ao capital social, constitui mero requisito de funcionamento das empresas prestadoras de serviços, não sendo sinônimo de capacidade econômica compatível com a execução dos serviços<sup>26</sup>.

A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmem à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional, para inibir a entrada, no mercado de prestação de serviços a terceiros, de pessoas jurídicas que não possuam condições financeiras mínimas para tanto. Trata-se, deste modo, de exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço, como condição para seu funcionamento<sup>27</sup>.

Nesse contexto, cabe à empresa contratante aferir, no ato de contratação, se a empresa contratada tem a capacidade econômica compatível com a execução do contrato a ser firmado, dispondo de “patrimônio suficiente para fazer face aos compromissos decorrentes da execução do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas”<sup>28</sup>.

Além disto, a capacidade econômica para execução do contrato já depende, em primeira medida, do preço do serviço fixado no contrato. Neste contexto, o preço do serviço deve basear-se em planilha de custos condizente com a realidade do contrato. Sendo o preço inexe-

---

25 Id. *Ibid.* p. 25.

26 Id. *Ibid.*, p. 24.

27 Id. *Ibid.*, p. 27.

28 Id. *Ibid.*, p. 28.

---

quível, é evidente a participação da empresa contratante no descumprimento da exigência legal de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, porque lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores, inclusive trabalhistas, da empresa contratada.

Neste caso, poderá ser configurada a falta de capacidade econômica e, pois, a caracterização de mera intermediação de mão de obra como fraude à relação de emprego<sup>29</sup>.

Outro fato que macula o requisito da capacidade econômica, independentemente do preço contratado, é a contratação de empresa sabidamente inidônea. Por exemplo: se a empresa contratada é devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço<sup>30</sup>.

Nessas hipóteses, portanto, de evidente inobservância da empresa contratante quanto ao disposto no *caput* do art. 4º-A, a contratação de empresa prestadora sem capacidade econômica compatível com a execução do contrato configurar-se-á, na verdade, mera intermediação de mão de obra<sup>31</sup>.

É possível, contudo, que a empresa contratante afira, no ato de contratação, a capacidade econômica da empresa contratada e se entenda que ela é compatível com a execução do contrato a ser celebrado. Porém, durante a execução contratual, há a perda de tal capacidade econômica.

Deste modo, cabe à empresa contratante acompanhar a presença deste requisito, de modo continuado, porquanto se trata de um contrato de trato sucessivo, ou seja, cujo cumprimento se prolonga no tempo e é feito por meio de atos reiterados.

---

29 Id. *Ibid.*, p. 29-30.

30 Id. *Ibid.*, p. 30.

31 Id. *Ibid.*, p. 31.

Caso haja a perda de capacidade econômica de modo superveniente à celebração contratual, logo, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato<sup>32</sup>, ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer<sup>33,34</sup>.

Se não incorrer em tais medidas, a contratante corre o risco de ver desfigurada a prestação de serviços por perda de um dos requisitos do contrato, resultando em intermediação de mão de obra<sup>35</sup>.

Por outro lado, é possível que o inadimplemento decorra de fator alheio à capacidade econômica da prestadora, hipótese em que, mantido incólume o contrato de prestação de serviço, deve a contratante responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas<sup>36</sup>, nos termos do § 5º do art. 5º-A da Lei n.º 6.019/1974.

## 2 “PEJOTIZAÇÃO”

A “pejotização” é uma fraude à relação de emprego. Trata-se da contratação de trabalhador subordinado como sócio ou titular de pessoa jurídica, como forma de mascarar o vínculo empregatício a partir da celebração de um contrato de trabalho autônomo do ponto de vista formal. Essa é a razão da criação do termo para denominar o fenômeno: o uso de uma pessoa jurídica para contratar um ser humano que, na realidade, é um empregado<sup>37</sup>.

Destacamos que as Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017, que alteraram a Lei n.º 6.019/1974, não legalizaram essa prática. Ainda que

32 Art. 475, CC: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

33 Art. 477, CC: Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

34 SOUZA, Geraldo Emediato (*et ali*). **Prestação de serviços a terceiros e figuras assemelhadas**: análise face à nova regulamentação, cit., p. 31.

35 Id. *Ibid.*, p. 31-32.

36 Id. *Ibid.*, p. 32-33.

37 Id. *Ibid.*, p. 139.

---

o § 2º do art. 4º-A da Lei n.º 6.019/1974 afaste o vínculo de emprego entre os sócios das empresas prestadoras de serviços e a empresa contratante, é fundamental analisar esse dispositivo com as demais alterações introduzidas na Lei n.º 6.019/1974.

O contrato de prestação de serviços a terceiros, para estar em conformidade com legislação, exige, como já mencionado, três elementos: a) a transferência de execução de atividades à empresa prestadora, como objeto contratual; b) empresa prestadora de serviços e a sua autonomia na execução da atividade, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) a capacidade econômica compatível com a execução. Nenhum desses requisitos está presente na “pejotização”.

Não há transferência da atividade, pois o trabalhador é contratado para a prestação de serviços pessoais e subordinado (o que inclui o previsto no § único do art. 6º da CLT) à contratante, sendo inserido no processo produtivo dessa. Não estamos diante de uma situação em que a contratante pretende transferir a execução de um serviço, mas contratar força de trabalho<sup>38</sup>.

Não existe autonomia na execução da atividade, dado que o trabalhador não detém capacidade de auto-organização e de gestão da atividade contratada. Não se trata de um caso em que o sócio ou o titular da pessoa jurídica tem os meios para gerenciar os trabalhos, uma vez que o poder de direção é exercido pela contratante<sup>39</sup>.

Não se verifica a capacidade econômica compatível com a execução do serviço contratado, uma vez que a contratada não é uma empresa com estrutura funcional para a prestação de serviços, o que é exigido pelo art. 5º-A da Lei n.º 6.019/1974, mas uma pessoa que somente é capaz de oferecer a sua força de trabalho à contratante<sup>40</sup>.

É verdade que o sócio ou o titular de pessoa jurídica pode executar diretamente a atividade contratada. Contudo, isso deve ocorrer no âmbito do exercício da atividade empresarial, o que

---

38 Id. Ibid., p. 139-140.

39 Id. Ibid., p. 138-139.

40 Id. Ibid., p. 141-142.

---

pressupõe o desenvolvimento de atividade econômica organizada, em que se assumem os seus riscos, assim como se auferem os lucros<sup>41</sup>.

Finalmente, apontamos indícios comuns que apontam para a fraude promovida em casos de “pejotização”: a) equipamentos e instrumentos, abrangendo sistemas e bancos de dados, usados pelos contratados são da contratante; b) a receita obtida pelo contratado advém apenas da contratante; c) os custos da atividade são arcados pela contratante; d) os trabalhadores contratados recebem uma remuneração fixa mensal em conformidade com as horas trabalhadas; e) o controle operacional e administrativo da atividade contratada é exercido pela contratante<sup>42</sup>.

## 2.1 Repercussões sobre o erário

Em estudo denominado “O fenômeno da ‘pejotização’ e a motivação tributária”, elaborado pela Receita Federal do Brasil em abril de 2016, verifica-se a busca de identificar a motivação tributária para a disseminação da prática de constituição de empresas prestadoras de serviço.

No referido estudo, a Receita Federal do Brasil aponta que “é possível identificar e estimar a redução indevida da carga tributária e a assimetria que gera em relação aos demais trabalhadores, especificamente em relação ao imposto sobre a renda e à contribuição previdenciária”<sup>43</sup>.

O documento ainda aponta a incongruência em prever uma tributação semelhante entre uma empresa que organiza os meios de produção e uma empresa formada por um único sócio que presta serviços. De acordo com os autores,

---

41 Id. *Ibid.*, p. 142-143.

42 Id. *Ibid.*, p. 146.

43 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **O fenômeno da “pejotização” e a motivação tributária**. Abril, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal%22/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/pejotizacao.pdf/view>. Acesso em: 21 mar. 2022, p. 3.

---

não há como conceber que o modelo de tributos que incide sobre uma sociedade empresária normal, que possui empregados, instalações, máquinas e equipamentos, intangíveis (v.g. marca, *know-how*) e carteira de clientes, seja também adequado a pessoa jurídica cujo único sócio é o prestador do serviço, sem agregar qualquer outro fator na produção<sup>44</sup>.

A menor carga de tributos que incide na contratação de pessoas jurídicas, ainda que inapropriada, é o maior motivador para a sua adoção. Nesse sentido, “o fenômeno da pejetização pode ser explicado com base na vantagem fiscal obtida com a contratação de serviços intelectuais por intermédio de pessoas jurídicas, ainda que seja economicamente inapropriado considerar essa relação como típica entre empresas”<sup>45</sup>.

Com o objetivo de demonstrar a motivação tributária no uso da “pejetização”, a Receita Federal fez uma comparação, levando a incidência dos tributos, entre a contratação de trabalhadores por meio da legislação trabalhista (CLT), de serviços por meio de empresas com empregados, instalações, equipamentos, tributada com base no lucro presumido e de serviços por meio uma empresa “pejetizada” tributada com base no lucro presumido. A análise levou em consideração somente os tributos pagos pelo prestador de serviços.

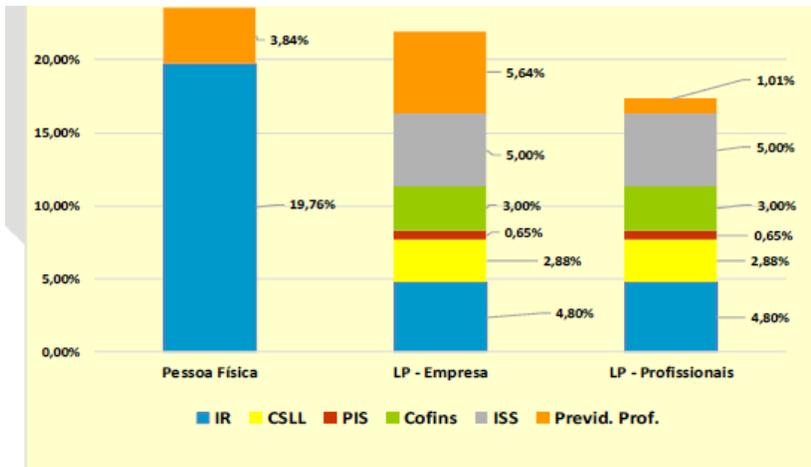
Tendo em vista um rendimento anual total de R\$ 360.000,00, o trabalhador contratado via CLT arca com 19,76% a título de imposto de renda (IRPF) e 3,84% de contribuição previdenciária. No caso da empresa “pejetizada”, paga-se 4,80% a título de imposto de renda (IRPJ) e 1,01% de contribuição previdenciária. Ou seja, o trabalhador celetista para 4,11 vezes mais que o pejetizado a título de imposto de renda e 3,8 vezes a mais em relação à contribuição previdenciária<sup>46</sup>.

---

44 Id. *Ibid.*, p. 6.

45 Id. *Ibid.*, p. 6.

46 Id. *Ibid.*, p. 7.



Para rendimento mensal de R\$ 30.000,00, o empregado contratado por meio da CLT arca com 23,60% em tributos federais. O trabalhador contratado por meio de pessoa jurídica deve recolher 17,34%, ou seja, 6,26% a menos que o celetista. Ao examinar a incidência tributária entre pessoa física, empresa e “pejotizado”, a Receita Federal afirma que “a distorção ocorre na comparação entre a pessoa física, contratada como empregado, e o profissional intelectual que presta o mesmo serviço como pessoa jurídica”<sup>47</sup>.

As incongruências também ocorrem quando se analisa os gastos do tomador de serviços. Quando há a contratação por meio da legislação trabalhista, é devido o recolhimento da contribuição previdenciária patronal (20%), encargos do sistema S e do RAT (3%), depósito do FGTS (8%) e pagamento de direitos trabalhistas, tais como férias e décimo terceiro salário. Caso ocorra a contratação do trabalhador por meio de pessoa jurídica, a Receita Federal estima que há redução de custos em aproximadamente 31%<sup>48</sup>.

Não é por outro motivo que a conclusão do documento indica que

47 Id. Ibid., p. 8.

48 Id. Ibid., p. 9.

essa vantagem tributária, potencializada pela significativa redução no custo final do serviço contratado, torna mais favorável a contratação por intermédio da pessoa jurídica. Esse desequilíbrio financeiro, decorrente da discrepância na incidência do ônus tributário, pode ser diagnosticado como a principal, senão a única motivação para a larga utilização desse mecanismo entre os profissionais intelectuais das atividades regulamentadas, coincidentemente os trabalhadores de maior nível de renda<sup>49</sup>.

Diante desse cenário, é relevante examinar o contexto do mercado de trabalho. No primeiro trimestre de 2016, pouco antes da elaboração do referido estudo da Receita Federal, os empregados no setor privado com carteira de trabalho assinada totalizavam 35.577.000 (39,22% da força de trabalho). Os trabalhadores por conta própria com CNPJ eram 4.540.000 (5%) e os sem CNPJ, 18.178.000 (20,04%)<sup>50</sup>. No último levantamento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua trimestral, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os empregados do setor privado com carteira de trabalho assinada diminuíram numericamente (34.875.000) e percentualmente (36,60%), ao passo que os trabalhadores por conta própria com CNPJ aumentaram sob ambas perspectivas (6.223.000 e 6,53%). Os trabalhadores por conta própria sem CNPJ aumentaram numericamente (19.061.000) e ficaram estáveis percentualmente (20%)<sup>51</sup>.

Tabela 6464 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência - Total, coeficiente de variação, variações percentuais e absolutas em relação ao trimestre anterior e ao mesmo trimestre do ano anterior, e média anual - por posição na ocupação e categoria do emprego no trabalho principal

Variável - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência (MI pessoas)

Brasil

Trimestre x Posição na ocupação e categoria do emprego no trabalho principal

1º trimestre 2016							1º trimestre 2022								
Total	Empregado	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - com carteira de trabalho assinada	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - sem carteira de trabalho assinada	Conta própria	Conta própria com CNPJ	Conta própria sem CNPJ	Total	Empregado	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - com carteira de trabalho assinada	Empregado no setor privado, exclusive trabalhador doméstico - sem carteira de trabalho assinada	Conta própria	Conta própria com CNPJ	Conta própria sem CNPJ
90.708	62.237	45.481	35.577	9.904	22.719	4.540	18.178	95.275	63.961	47.091	34.875	12.216	25.283	6.223	19.061

Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral

49 Id. Ibid.

50 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral**: Tabela 6464. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6464>. Acesso em: 18 jul. 2022.

51 Id. Ibid.

---

É possível indicar que, ao menos em parte, o aumento do número de trabalhadores por conta própria, especialmente com CNPJ, se deu em razão da ampliação legalmente admitida para o uso dessa categoria por meio da aprovação das Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017. Da mesma forma, é possível apontar que ocorreram perdas na arrecadação estatal, tendo em vista o crescimento de trabalhadores por conta própria com CNPJ, a redução de trabalhadores contratados via CLT e o estudo elaborado pela Receita Federal do Brasil acima mencionado.

## CONCLUSÃO

A prestação de serviços a terceiros e intermediação de mão de obra não devem ser tratadas como fenômenos semelhantes. As alterações promovidas pelas Leis n.ºs 13.429/2017 e 13.467/2017 permitem elucidar as diferenças entre ambas.

Essas novas leis permitiram a terceirização para quaisquer atividades das empresas e previram requisitos para a configuração da prestação de serviços a terceiros: a) transferência da execução da atividade à prestadora de serviços; b) autonomia da empresa prestadora de serviços; e c) capacidade econômica da empresa contratada, compatível com a execução do contrato.

A transferência da execução da atividade implica que todo o conjunto operacional que envolve a realização da atividade deve ser da empresa prestadora de serviços, que deverá possuir os meios de produção necessários, recursos humanos, especialização e capacidade técnica para a concretização da atividade que lhe fora transferida.

Além disto, para que ela, de fato, realize a atividade nestes moldes, deverá gozar de autonomia formal, administrativa, operacional, possuindo o poder diretivo sobre as tarefas realizadas pelos trabalhadores, e, por este motivo, a subordinação deverá ocorrer para com a empresa prestadora de serviços.

O último requisito é a capacidade econômica compatível com a execução do contrato, o que não se confunde com a mera observância

---

do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, III, para funcionamento da empresa de prestação de serviço. A capacidade econômica diz respeito à situação econômica positiva da empresa para cumprir todos os compromissos decorrentes da execução do contrato (obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade).

A capacidade econômica deve ser aferida pela empresa contratante e estar presente no ato da contratação e no curso da execução contratual. A postura negligente da empresa contratante, seja no ato de contratação (culpa *in eligendo*), seja durante a execução contratual (culpa *in vigilando*), conduz ao afastamento da prestação de serviço e ao reconhecimento de vínculos diretos de emprego (CLT, art. 9º);

De qualquer modo, a ausência de qualquer dos requisitos da prestação de serviços a terceiros configura a intermediação de mão de obra, prática ilícita, salvo no caso de trabalho temporário, fazendo incidir o disposto no art. 9º da CLT, com a declaração de nulidade da contratação, devendo-se reconhecer o vínculo de emprego de forma direta entre os trabalhadores e a empresa contratante.

Deste modo, a nova legislação não liberou a intermediação de mão de obra (salvo no caso de trabalho temporário) ou qualquer hipótese de fraude à relação de emprego (como a “pejotização”), restando hígidos os artigos 2º e 3º (com as definições de empregado e empregador e traçando os contornos da relação de emprego) e 9º da CLT (que considera nulos, de pleno direito, os atos voltados a impedir, desvirtuar ou fraudar uma relação de emprego).

Todos esses aspectos devem ser considerados tanto nas contratações feitas no setor privado, como no setor público, seja pela Administração Pública Direta, ou pelas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que, além de terem de se reger por todas as regras anteriormente mencionadas, ainda se submetem aos princípios da Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, logo, esperando-se dela maior prudência e cautela na contratação de serviços.

O Ministério Público do Trabalho deve atuar no combate às fraudes à relação de emprego, incluindo os contratos de prestação de serviços formalizados pelo setor público, atentando-se a todos os aspectos anteriormente abordados, adotando as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis quando da constatação de ilicitudes.

---

## 2.5 Processo Seletivo para Contratações de Pessoal no “Sistema S”: Uma Semana que Entrou para a História da Conap

Viviann Brito Mattos<sup>1</sup>

Carlos Eduardo de Azevedo Lima<sup>2</sup>

Façamos das antigas memórias  
As grandes armas da esperança  
E tiremos das doces lembranças  
A matéria-prima para novas histórias!  
(Lucas Ferreira)

### INTRODUÇÃO

Em de 14 de outubro de 2003, pela pena da então Procuradora Geral do Trabalho, Sandra Lia Simón, por meio da Portaria n.º 409/2003, nascia a Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública, atualmente conhecida como Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (CONAP).

A CONAP tinha entre seus objetivos estabelecer, em nível nacional, estratégias coordenadas e integradas de atuação institucio-

---

1 Procuradora Regional do Trabalho (MPT/SP). Coordenadora Nacional da CONAP de 2008-2010 e Vice Coordenadora Nacional da CONAP de 2005-2008. Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito do Estado pela Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP/SP).

2 Procurador do Trabalho na Paraíba (MPT/PB). Vice Coordenador Nacional da CONAP de 2008-2010. Procurador-Chefe do MPT/PB no biênio 2017/2019. Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) nos biênios 2012/2014 e 2014/2016. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

---

nal, uniformizando procedimentos destinados a coibir ações da administração pública que violem interesses coletivos dos trabalhadores, assim como buscar o relacionamento e a atuação conjunta com outras instituições nas matérias afetas às suas atribuições.

Ao longo de seus 20 (vinte) anos de existência, a CONAP passou por uma “montanha russa” de acontecimentos, que foi desde a emoção por sua criação, os estudos para sua capacidade de atuação, passando pela festejada ampliação da competência da Justiça do Trabalho, com a edição da Emenda Constitucional (EC) nº. 45 e seu contraponto substanciado na limitação por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 3395, à busca por campos de ação, até chegar à vitória com a conquista de novos espaços, como a promoção do trabalho dos presos e egressos do sistema prisional, e a confirmação de temas de atuação que, por um tempo, pareciam que seriam perdidos, como meio ambiente de trabalho e assédio no âmbito da administração pública.

Se esses 20 (vinte) anos se referissem a um casamento, seriam de comemoração das bodas de porcelana, que, de acordo com a cultura popular, tem uma das principais interpretações associadas à resistência - ação ou efeito de não ceder ou sucumbir, como sabido -, substantivo abstrato que diz muito sobre a história da CONAP.

A história trabalha com duas categorias de tempo: o cronológico e o histórico. O primeiro consiste na sucessão irreversível dos meses, anos e séculos, isto é, o tempo determinado pelos calendários, pelo relógio, dias e noites; ao passo em que segundo refere-se ao tempo estabelecido pelos acontecimentos históricos, marcado pelas continuidades e rupturas, eventos de pequena ou de longa duração que diferencia cada fase da existência de uma determinada sociedade.

Não se pode olvidar, porém, que o tempo cronológico e o tempo histórico, apesar de distintos, complementam-se e coexistem, sendo essa coexistência necessária para a formação e a compreensão da consciência histórica, que tem a memória e a própria história como suportes básicos.

---

A memória trata das lembranças que um indivíduo carrega de suas vivências particulares, sem qualquer tipo de metodologia ou mesmo uma crítica estritamente racional do período em análise; a história, por sua vez, consiste no registro de fenômenos humanos, sociais e naturais, que ocuparam maior lugar na memória dos homens, sujeitos a critérios metodológicos.

É por intermédio da memória que se mostra possível a reconstrução que conduz às temporalidades atinentes ao passado, ao presente e ao futuro, de modo que, justamente por tal contexto, a memória funciona não apenas como uma fonte, mas também conduzindo à capacidade de (re)significar o mundo e o sujeito. (RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas: Editora da UNICAMP, 2012, p. 105)

Há de se reconhecer, portanto, que preservar a memória institucional, por meio de registros de erros e acertos, consiste em uma forma de fortalecer as bases de uma instituição, pois ajuda a entender o presente e a planejar ações futuras.

E, neste sentido, não faltam à CONAP inúmeros registros históricos de projetos exitosos e de boas práticas regionais, assim como aqueles casos em que o Ministério Público do Trabalho não conseguiu necessariamente fazer valer sua tese no Judiciário, mas que, nem de longe, significaram um desacerto no projeto ou mesmo uma derrota. Afinal, vencer nem sempre é ganhar, pois a sabedoria está no uso prático da inteligência em fazer acontecer e nas marcas que deixam para o futuro.

Foi exatamente o que aconteceu no caso de atuação coordenada que ficou conhecida à época como “SEMANA S”, a qual uniu 24 (vinte quatro) Procuradorias Regionais do Trabalho na defesa de garantias de critérios objetivos nas contratações de pessoal realizadas pelas entidades integrantes do denominado “Sistema S”.

A simples análise das fontes documentais da “SEMANA S”, sobretudo o acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), datado de 19/11/2014, em sede de repercussão geral (tema 569), poderia

---

conduzir a uma falsa conclusão de que a “SEMANA S” não teria tido qualquer significado especial ou que, supostamente, não teria passado de um evento imprestável como marco histórico por não representar ou constituir ruptura da realidade até então existente.

Não foi esta, todavia, a realidade, até porque, e isso há de ser destacado, para a moderna historiografia, fontes documentais não falam por si mesmas, não podendo ser reduzidas a abstrações, cabendo ao historiador interrogá-las, de forma crítica, a partir do contexto e vivências do tempo cronológico em que o evento ocorreu, uma vez que é a singularidade dessas experiências que constitui o substrato da marca do tempo.

Isso porque, como se sabe, as fontes documentais não simbolizam todo o passado ou revelam o passado tal como ocorreu, limitando-se a veicular apenas representações sobre o passado, de acordo com o pensamento do escritor e as injunções do tempo que sobre ele opera.

Tendo em vista essa concepção de história, propomo-nos a revisitar a “SEMANA S”, sob a ótica do MPT e a atuação dos(as) integrantes dessa relevante instituição estatal, para analisá-la dentro do contexto e vivências daquele tempo cronológico, a fim de demonstrar seu importante papel na quebra dos paradigmas institucionais vigentes à época.

O objetivo deste artigo, portanto, consiste em relembrar a “SEMANA S”, entender o que ela foi e representou, seus antecedentes, suas consequências e, sobretudo, sua contribuição para o aprimoramento da atuação do MPT e os resultados obtidos a partir de tal atuação em prol da sociedade, bem como para o funcionamento da CONAP e demais Coordenadorias Nacionais Temáticas, visando ao auxílio e à ampliação do que se pode melhor compreender acerca da história da CONAP e sua (re)construção na atualidade.

Para tanto, utilizaremos o método de pesquisa descritivo, valendo-nos do relato de experiência, com uso de observações subjetivas

---

(sentimentos/impressões) e objetivas (observação dos registros), com a exposição dos problemas observados e os resultados obtidos.

## **1 CARACTERÍSTICAS DA CONAP NOS SEUS PRIMEIROS ANOS**

Em 1999, atento à necessidade de instituir metas de atuação, o MPT elegeu cinco temas que considerava prioritários: erradicação do trabalho infantil e regularização do trabalho do adolescente; erradicação do trabalho forçado; preservação da saúde e segurança do trabalhador; combate a todas as formas de discriminação no trabalho; e formalização dos contratos de trabalho.

Com olhos postos no cumprimento dessas metas, em 2000, fora criada a primeira coordenadoria nacional pelo então Procurador Geral do Trabalho, Guilherme Mastrichi Basso, qual seja, a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente – COORDINFÂNCIA, com o objetivo de “uniformização de procedimento das Procuradorias Regionais, intercâmbio de informações, criação de Grupos Móveis”, além de outras atividades (Portaria PGT n.º 299, de 10 de novembro de 2000).

Em 2002, outras duas coordenadorias nacionais foram criadas: a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – CONAETE (Portaria n. 231, de 12 setembro de 2002) e a Coordenadoria de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho - COORDI-GUALDADE (Portaria n. 273, de 28 de outubro de 2002).

Um passo necessário à implementação prática das metas de atuação consistiu no processo de interiorização do MPT, com a instalação dos quatro primeiros Ofícios (Bauru-SP, Palmas-TO, Maringá-PR e Uberlândia-MG), inserindo-se em tal contexto de viabilizar a interiorização a remessa ao Congresso Nacional, em outubro de 2001, de projeto de lei que culminou com a criação de 100 Ofícios (atualmente Procuradorias do Trabalho nos Municípios - PTMs) e 300 novos cargos de Pro-

---

curadores do Trabalho, aprovados pela Lei n.º 10.771, de dezembro de 2003.

Cerca de 2 (dois) meses após sua posse como Procuradora Geral do Trabalho (agosto/2003), Sandra Lia Simón, após fazer uma consulta ao Colégio de Procuradores, assinava as portarias que davam origem a outras 04 (quatro) coordenadorias nacionais, com dois acréscimos naquelas metas de 1999: as irregularidades trabalhistas na Administração Pública, levando à criação da CONAP, e a exploração do trabalho portuário e aquaviário, que, por sua vez, ensejou a criação da CONATPA.

Importante observar que as coordenadorias nacionais foram criadas para funcionar, inicialmente, como uma espécie de *"longa manus"* da Procuradoria Geral do Trabalho (PGT), visando a subsidiá-la acerca da posição institucional majoritária dos membros em temas considerados caros à instituição e harmonizar, em nível nacional, as ações desenvolvidas no âmbito da instituição sobre a matéria.

O primeiro coordenador nacional da CONAP foi o atualmente Procurador Regional do Trabalho Sebastião Vieira Caixeta (PRT-10), ao lado de sua vice coordenadora, a Procuradora Regional do Trabalho Cristiane Kraemer Gehlen Caravier (PRT-12), que conduziram o processo de elaboração, deliberação e aprovação do Regimento Interno da CONAP (RI-CONAP) na 1ª reunião nacional da coordenadoria (Boletim n. 107, de 30 de março de 2004).

Eram realizadas reuniões nacionais semestralmente, buscando conhecer quantitativamente as atuações finalística sobre o tema e alcançar uma ação articulada com as chefias e demais membros e servidores da unidade de lotação, de forma a direcionar todos os esforços, sejam locais ou nacionais, no combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública, sem prejuízo das demais atribuições da instituição.

A CONAP mantinha uma grande integração com a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Emprego, atual Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de

Trabalho – CONAFRET, devido à proximidade de matérias, recebendo, algumas vezes, consultas de outras coordenadorias sobre temas afins.

Vale lembrar que, nos primeiros anos de sua existência, temas relacionados ao meio ambiente do trabalho, discriminação, assédio ou trabalho infantil na administração pública não eram considerados como afetos a CONAP e sim às outras coordenadorias, de acordo com suas respectivas especificidades.

Os dados sobre a atuação na área tema da coordenadoria eram coletados em cada Procuradoria Regional do Trabalho (PRT) para a confecção de um relatório semestral nacional. E, com as informações constantes nos relatórios regionais, eram montadas comissões de estudo, deliberadas orientações e definidas estratégias de atuação.

Não havia, à época, um banco de dados ou mesmo uma forma de controle digital nacional, sendo as informações colhidas de forma artesanal, conforme tabelas aprovadas em reunião nacional, a exemplo daquela aprovada na 6ª reunião nacional da coordenadoria.

Um grande complicador no trabalho de coleta de dados à época consistia, reconheça-se, na falta de um temário nacional unificado, que somente veio a existir com a edição da Resolução n.º 76, de 24 de abril de 2008, que contou com a participação de todas as coordenadorias nacionais para sua elaboração.

Quanto às especificidades das matérias relacionadas à CONAP, importante se faz destacar que, conquanto como órgão interveniente o MPT sempre tenha atuado nas relações envolvendo o Poder Público nos casos submetidos à Justiça do Trabalho, na condição de órgão agente muito havia a ser estudado para entender o campo de atuação no combate às irregularidades trabalhistas na administração pública, seus limites e os tipos de fraudes e irregularidades.

A construção de uma cultura de combate às irregularidades trabalhistas fora, ademais, reforçada com o advento da denominada “Reforma do Judiciário”, que ampliou a competência da Justiça

---

do Trabalho, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nada obstante tal cenário, com a ADIn n. 3.395, cuja liminar em sede de cautelar fora concedida pelo STF para limitar a abrangência da competência da Justiça do Trabalho nos casos envolvendo a administração pública, suscitou-se uma série de dúvidas acerca da própria legitimidade do MPT nesta seara, passando a coordenadoria atuar em interlocução com a Coordenadoria de Recursos Judiciais (CRJ).

Foi um período de bastante turbulência, com uma série de reclamações constitucionais (Rcl) em face da atuação do MPT no combate às irregularidades trabalhistas na administração pública – sendo relevante destacar que a decisão liminar concedida na ADI n. 3395 não era tão restritiva à competência da Justiça do Trabalho, mas tais restrições foram aumentando exponencialmente a partir de decisões monocráticas proferidas ao longo do tempo em sede de reclamações, com decisões proferidas por ministros(as) da Suprema Corte levando à suspensão do trâmite de ações no âmbito da Justiça do Trabalho, inclusive, em alguns casos, de investigações conduzidas pelo MPT.

Nem mesmo a atribuição do MPT conseguiu ficar afastada dos conflitos de atribuição, a exemplo do que fora suscitado pelo Ministério Público Federal (MPF) perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF na atuação em face dos conselhos de fiscalização profissional, que acabou decidido no sentido de sugerir a atuação conjunta entre o MPT e o MPF, bem como a elaboração de TAC conjunto entre os 2 ramos do Ministério Público da União (MPU).

Essa mesma atuação do MPT em face dos conselhos de fiscalização profissional veio a ser também objeto de reclamação ajuizada pelo Conselho Federal de Farmácia perante o STF (Rcl 2886), que, a partir de decisão de 05/09/2005, não foi conhecida.

A centralização de esforços na defesa da competência da Justiça do Trabalho nas relações de trabalho com a administração pública e, conseqüente legitimidade do MPT para tais atuações, não paralisou, porém, as atividades dos integrantes da coordenadoria, especialmente

---

em relação a matérias situadas no limbo entre a decisão do STF e a EC 45/2004.

Na medida em que novas reuniões iam sendo realizadas, assuntos mais complexos e inovadores iam surgindo, os quais dependiam de construção teórica, pois não havia, em muitos casos, doutrina específica sobre o tema e muito menos jurisprudência, sem perder de vistas os limites da competência da Justiça do Trabalho então definidos liminarmente pelo STF.

A ausência e as irregularidades no concurso público eram uma preocupação constante e foram o mote de várias atuações e estudos, como o concurso no caso de conselhos de fiscalização profissional, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (1ª reunião nacional); trabalho voluntário na contratação temporária de policiais militares (2ª reunião nacional); terceirização na saúde pública: OCIPs - contratação por gestão de hospital/escola (6ª reunião nacional); concurso público no “Sistema S” (6ª reunião nacional), entre várias outras atuações emblemáticas gestadas no âmbito da coordenadoria.

Esse cuidado com o concurso público e, na essência, com critérios objetivos na contratação de pessoal no âmbito da administração pública, motivou diversas atuações dos membros da CONAP, tendo como consequência direta o aumento proporcional de reclamações no STF, que, durante anos, oscilava enormemente, ora estendendo a limitação da Justiça do Trabalho para além do decidido na liminar da ADIn, ora abrindo margem para atuação do MPT em outros pontos vinculados a tal campo.

Contudo, há de se reconhecer que as atuações, ainda que bastante consistentes e com êxitos, eram, nada obstante a existência da coordenadoria, dependentes de ações isoladas de membros, dada a interpretação que se dava à aplicação do princípio da independência funcional, muitas vezes sem conciliá-lo com o princípio da unidade institucional.

---

Em artigo publicado na revista da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), sobre o planejamento estratégico, Lopes fez um registro que bem retratava o MPT e seus desafios à época:

O Ministério Público, se pudesse ser observado externamente, poderia perfeitamente ser descrito como um grande arquipélago, onde cada ilha é representada por um membro que se sente e se porta como se fosse a própria instituição. Ao longo dos últimos vinte anos, o princípio da unidade foi quase totalmente olvidado e a independência funcional se tornou um megaprincípio. Foi tão expandido que em certos momentos extrapolou seus verdadeiros lindes, chegando a ser deturpado. Sob outro aspecto, sem qualquer planejamento institucional, navegávamos totalmente sem rumo certo.

O grande desafio do Ministério Público brasileiro atualmente é, sem perder sua essência, vencer a cultura do individualismo e do voluntarismo empírico, transformando a instituição em verdadeira organização cujo objetivo maior é servir à sociedade com efetividade, eficiência e transparência. Não podemos mais nos contentar com o trabalho meramente reativo às denúncias e atomizado, pois essa fórmula já exauriu sua capacidade de produzir resultados, é preciso buscar novos rumos e partir para um sistema de gestão planejada, profissional e eficiente. (LOPES, Otavio Brito. O planejamento estratégico do Ministério Público do Trabalho como pressuposto para uma gestão estratégica capaz de concretizar o princípio da Eficiência. REV. MPT — BRASÍLIA, ANO XX — N. 39 — MARÇO 2010)

Essas dificuldades, importante que se destaque, já vinham recebendo a devida atenção por parte da CONAP, na busca por uma atuação coordenada em prestígio ao princípio da unidade.

Sem embargos de as deliberações da coordenadoria terem caráter meramente orientativo em um primeiro momento, como forma de promover estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, a CONAP, paulatinamente, passou a adotar uma postura proativa, oficiando às PRTs de todo o Brasil para provocar

---

a atuação do MPT em relação às matérias que eram objeto de deliberação no âmbito da coordenadoria.

Entendia-se, assim, que aguardar o recebimento de denúncias externas não era mais a única opção para atuação dos membros da CONAP. Havia de se buscar medidas concretas voltadas para colocar em prática as deliberações da coordenadoria, refletindo tais deliberações, de forma direta, na atuação do MPT, de maneira efetiva.

Nesse primeiro momento, a coordenadoria limitava-se a oficial e a acompanhar o desenvolvimento da atuação finalística por meio dos já mencionados relatórios regionais semestrais. Ainda não havia um projeto específico que viesse a propiciar uma mais efetiva vinculação da teoria com a prática.

Por isso, nessa fase inicial, mesmo quando era intimada, em cumprimento ao disposto na Resolução n.º 69/2007, de algum arquivamento de representação que, originalmente, havia sido instaurada a partir do encaminhamento decorrente das deliberações do colegiado da coordenadoria, não era interposto recurso administrativo por parte da coordenação nacional, em respeito ao princípio da independência funcional. Eventualmente, a Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) e o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT) consultavam a coordenadoria sobre seus temas, sendo que, nos termos do art. 14, § 1º RI-CONAP, a manifestação restringia-se a informar a existência de deliberações e orientações da CONAP, transcrevendo-as (Ata da 6ª reunião nacional).

Com o tempo, a CONAP passou por um processo de evolução quanto ao enfrentamento dessas questões e, de forma pioneira, criou oportunidades de atuação, e mesmo sabendo dos riscos quanto ao mérito de sua tese, colocou em prática um projeto previamente estruturado, proativo e concentrando, que ficou conhecido como “SEMANA S”.

A “SEMANA S” consistiu em uma grande operação coordenada, realizada de modo uniforme e concentrado em todo o país, com início em 21 de agosto de 2008 e que teve por objetivo promover a regularização na contratação de pessoal nas entidades integrantes do deno-

---

minado “Sistema S”, de acordo com a deliberação da coordenadoria e com o apoio da CCR na sua função de revisão do exercício funcional na instituição.

Embora a definição de metas e estratégias de ação, bem como a interlocução com outros órgãos fossem comuns em todas as coordenadorias, foi a primeira vez em que uma coordenadoria nacional saiu de sua “zona de conforto” de instância deliberativa para atuar, de maneira proativa, praticando ações com uma comunhão de objetivos e finalidades, conciliando independência individual e propósitos institucionais coletivos.

## **2 PROJETO “SEMANA S”**

Quando do julgamento do Mandado de Segurança 21.797/2001 o STF definiu que a admissão de pessoal nos conselhos de fiscalização profissional deveria ser precedida por concurso público, ainda que realizado de forma simplificada, e, com isto, abriu uma série de questionamento em relação a outras entidades.

Um desses questionamentos envolveu as entidades integrantes do “Sistema S”, a exemplo do SESI (Serviço Social da Indústria) e o SESC (Serviço Social do Comércio), destinados à assistência social a empregados dos setores industrial e comercial, respectivamente; o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) e o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), destinados à formação profissional e educação para o trabalho, também com vistas, respectivamente, à indústria e ao comércio; o SEBRAE (Serviços Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), que se destina à execução de programas de auxílio e orientação a empresas de pequeno porte; o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural; SEST (Serviço Social do Transporte) e o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), que têm por escopo fins idênticos aos antes referidos, dirigidos especificamente aos serviços de transporte, seja como empresa, seja como trabalhador autônomo; entre outros.

---

O tema foi pautado para discussão na 6ª reunião nacional, realizada no mês de setembro de 2006, sendo constituída uma comissão de estudos para o tema, integrada pelos Procuradores do Trabalho Alpiniano do Prado Lopes, então coordenador regional da CONAP na 18ª Região (Goiás), e Carlos Eduardo de Azevedo Lima, que era o coordenador regional na 13ª Região (Paraíba).

A nota técnica apresentada pela comissão de estudos, intitulada “Concurso Público e o Sistema S” foi apresentada na 7ª reunião nacional, em abril de 2007, que, em apertada síntese, ressaltou que, apesar de se reconhecer tratarem-se tais entidades de pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública nem direta nem tampouco indireta, considerando o fato de gerirem recursos públicos, estariam submetidas, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar o seu correto emprego, inclusive quanto à observância dos princípios que regem a Administração Pública, aí abrangida a contratação de pessoal (cujas remunerações são pagas com os já mencionados recursos públicos geridos por tais entidades), definidos no art. 37 da Constituição Federal, seguindo a evolução de entendimento no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Eis a conclusão da nota técnica:

Ex POSITIS, conclui-se ser indubitável a obrigatoriedade da realização, por parte das entidades que compõem o denominado “Sistema S”, de processo seletivo dotado de critérios objetivos, respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública quando da contratação de pessoal por parte das mencionadas entidades, sob pena de serem nulas tais contratações, sem olvidar da responsabilização daqueles que tenham concorrido para concretização da irregularidade, conforme previsto no § 2º do art. 37 da Constituição Federal.

[...]

Conforme já fora supra aduzido, se ao realizarem despesas com recursos públicos, as pessoas jurídicas de direito privado precisam observar o que prescreve a Lei de Licitações, mostra-se lógico concluir que, ao contratar trabalhadores que serão

---

pagos com recursos públicos, as entidades privadas, sejam elas quais forem, também precisarão observar a obrigatoriedade de prévio certame. [...]"

A nota técnica foi aprovada por unanimidade no colegiado da CONAP (formado, como cediço, por representantes de todas as Procuradorias Regionais do Trabalho e, também das Procuradorias do Trabalho localizadas em capitais, como forma de abranger representações de todas as Unidades Federativas), convertendo-se na Orientação n. 32, com a seguinte redação:

Orientação n. 32: Concurso Público e Sistema "S". As pessoas jurídicas de direito privado integrantes do Sistema "S" que utilizam recursos públicos, via contribuições de natureza parafiscal, submetem-se aos princípios constitucionais que regem a administração pública, inclusive em relação à necessidade de contratação de pessoal, por meio de concurso público.

Na mesma reunião nacional, fora ainda definido que a coordenação nacional da CONAP iria formular representação dirigida a todas as PRTs, provocando a atuação do MPT em relação à matéria, bem como oficiaria ao TCU, para obtenção de cópia de todas as decisões que rejeitaram contas de entes do Sistema "S" em razão de contratação irregular.

Em seguida, na 8ª reunião nacional, conquanto o "Sistema S" não tenha sido definido como meta da CONAP, fora apontado como um dos temas de relevância naquele momento (item 5 da ata).

Posteriormente, na 9ª reunião nacional foi definido o plano de ação em relação à execução de estratégias quanto à exigibilidade de concurso público no "Sistema S", com especificação do papel da coordenação, coordenadores e membros e os meios necessários para colocar em prática as ações.

Nesse sentido, restou delineado o ajuizamento coordenado de Ações Cíveis Públicas em face de todas as entidades regionais integrantes do "Sistema S", em todo o Brasil, de acordo com modelo previa-

---

mente elaborado por integrantes da CONAP, visando à regularização do quadro de pessoal de tais entidades.

Fora, assim, instituído o “DIA S”, que seria a data para o ajuizamento simultâneo e conjunto de todas essas ações - 21 de agosto de 2008 -, que serviria, inclusive, como marco para a exigibilidade do processo seletivo, com critérios efetivamente objetivos, para admissão de pessoal no âmbito das entidades do denominado “Sistema S”.

Estabeleceu-se ainda que a CONAP, por seus coordenadores nacionais, deveria atuar em relação aos arquivamentos que porventura viessem a ser propostos nas Regionais com base em posicionamento eventualmente divergente em relação ao deliberado pela coordenadoria, inclusive com a interposição de recursos em todas as matérias de interesse, na defesa de decisão colegiada já tomada e em prol do princípio da unidade.

Naquela ocasião, o representante da CCR-MPT presente à reunião, o Subprocurador Geral do Trabalho Rogério Rodriguez, ressaltou seu entendimento no sentido de que, como os feitos seriam instaurados como decorrência de deliberação unânime de uma coordenadoria nacional, “não vislumbrava como razoável o arquivamento de tais feitos, tendo em vista a inegável afronta ao princípio da unidade do Ministério Público”.

Como não havia precedentes sobre a possibilidade de recurso administrativo por parte dos coordenadores nacionais, acolhendo sugestão do mencionado Subprocurador Geral do Trabalho, foi realizada uma consulta formal à CCR-MPT acerca da possibilidade de recurso, bem como de redistribuição dos feitos dos Procuradores que não concordassem com a deliberação da coordenadoria, como forma de conciliar, a um só tempo, os princípios da unidade e da independência funcional.

Mesmo enquanto ainda se aguardava a resposta da CCR quanto à consulta formulada, foram interpostos vários recursos administrativos, pelos coordenadores nacionais da CONAP, em face dos arquivamentos, tendo sido tais recursos acolhidos pela CCR, permitindo que

---

a atuação em face do “Sistema S” ocorresse nas 24 (vinte e quatro) Regionais, com início na data planejada.

Desse modo, conforme deliberado, o MPT, no dia 21 de agosto de 2008, deu início ao movimento nacional de regularização de contratações no “Sistema S”. Somente naquela quinta (21/08), 55 ações civis públicas foram ajuizadas em 13 Estados: São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia, Pará, Paraná, Santa Catarina, Paraíba, Rondônia, Espírito Santo, Sergipe, Piauí e Mato Grosso do Sul. Nos dias que se seguiram, o número de ações aumentou, com a adesão de outros Estados.

A “SEMANA S” repercutiu amplamente na imprensa e foi alvo de intensa controvérsia no Judiciário, sendo que, das cerca das 24 Ações Civis Públicas ajuizadas e que vieram a ser julgadas até o final de 2008, metade foi favorável à tese defendida pelo MPT, a outra metade acolhendo argumentos dos serviços sociais autônomos.

A polêmica levou ao tema ao TST e, posteriormente, ao STF, com reconhecimento de repercussão geral no RE 789874 (MPT x SEST), de relatoria do Ministro Teori Zavascki.

A decisão do Pleno da Suprema Corte (DJe de 19/11/2014), proferida 6 (seis) anos após a “SEMANA S”, pôs fim a controvérsia, com efeito vinculante:

Tese 569: Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S” não estão submetidos à exigência de concurso público para contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. (Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015)

No entanto, se, por um lado, negou provimento ao Recurso Extraordinário (REx) do MPT, que serviu de “*leading case*”, acabou, de certa forma, por acolher, ainda que parcialmente, a tese defendida pela CONAP, uma vez que, apesar de ter restado explicitada a ausência de imposição normativa de observância obrigatória dos princípios gerais

---

da Administração Pública na contratação de pessoal pelas entidades integrantes do “Sistema S”, enfatizou que:

a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema “S” aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição, não exime essas entidades de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Essa exigência constitui requisito de legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social. Justamente em virtude disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade fiscalizatória, exercer controle sobre a manutenção desse padrão de legitimidade, determinando, se for o caso, as providências necessárias para coibir eventuais distorções ou irregularidades.

O acórdão reforçou também a relevância da fiscalização pelo TCU e a força de suas decisões quanto à observância dos princípios constitucionais que devem seguir a utilização dos recursos públicos, independentemente de serem estes geridos por entidades não integrantes da administração pública direta ou indireta, o que se coaduna, ressalte-se, com a tese defendida pelo MPT nessa atuação coordenada. Garantiu-se, pois, também nesse aspecto, a transparência e lisura que deve cercar a utilização de tais recursos, inclusive para contratação de pessoal com eles pagos.

Um outro aspecto importante que merece destaque consiste no fato de que o acórdão esvaziou alguns pontos de defesa das entidades integrantes do “Sistema S” em ações individuais, como a inaplicabilidade das prerrogativas da Fazenda Pública e a possibilidade de reconhecimento de vínculo, tendo também consubstanciado o entendimento no sentido de que, no caso das entidades do “Sistema S”, o exame da conduta culposa do tomador do serviço para a responsabilização pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços no constitui, a rigor, um requisito necessário, aplicando-se, em tais casos, a responsabilidade subsidiária de forma objetiva, nos termos do item IV da referida Súmula n.º 331 do TST (RR 1149-90.2010.5.03.0060).

---

No âmbito interno do MPT, por sua vez, a “SEMANA S” representou a adoção de um modelo de proativo e não meramente reativo de atuação. Representou, também, uma antecipação da implementação de ações estratégicas, para o cumprimento de metas, que viriam a ser adotadas alguns anos depois na atuação institucional, conferindo aquela atuação pioneira uma maior consistência – com aplicação prática – ao princípio da unidade, sendo tido como norte para organização institucional e sem deixar de observar o princípio da independência funcional, compatibilizando a coexistência e o respeito a ambos os princípios, tão relevantes para a atuação do Ministério Público.

Com essa visão, garante-se que se evite a ocorrência de episódios em que o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público poderia, em alguns casos, levar a atuações institucionais assimétricas e tidas pela sociedade como incoerentes caso não se atente, dentro do possível, para parâmetros uniformes de atuação.

Essa atuação, portanto, garantiu, no âmbito do MPT, um pioneirismo em termos de integração institucional, com o alinhamento de posicionamentos, pensamentos e ideias em prol do interesse social, tendo por escopo conferir uma atuação ministerial cada vez mais eficiente e eficaz.

Nesse contexto, entende-se que a “SEMANA S” representou uma experiência exitosa de integração e estratégia efetiva para a resolução de demandas, consubstanciando ganho de eficiência decorrente dessa atuação institucional concertada, em moldes que não se verificavam no MPT até aquele momento.

Conseguiu-se, assim, evitar atuações dissonantes em relação a matéria acerca da qual havia posicionamento institucional firmado em colegiado de coordenadoria nacional, tendo também evidenciado, pública e amplamente, o entendimento da instituição sobre o tema ali tratado, representando uma relevante forma de diálogo com a sociedade.

---

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história como um todo carrega uma essência extremamente peculiar, por refletir não apenas o objeto, que é universal e isento de carga emocional, como também o sujeito, que, por ser particular, suprime a isenção de subjetividade das fontes.

Assim, por mais que a história se faça com vestígios e documentos, as fontes não falam por si mesmas, não podendo ser reduzida a meras abstrações, descoladas de um determinado contexto e das memórias.

Desse modo, a partir da análise da história analisada pelo ângulo da memória, pensa-se o vivido em direção a uma resignificação do que se passou a partir dos olhos do presente.

Nesse contexto, vale lembrar que a “SEMANA S” aconteceu em um contexto em que se discutiam eventuais interpretações do alcance da garantia da independência funcional do Ministério Público como uma espécie de “liberdade total” de atuação, o que poderia ocasionar, muitas vezes, até mesmo claras contradições em atuações uniformes da própria instituição. Por outro lado, buscava-se, institucionalmente, uma forma de integrar a independência funcional com a unidade, no que foi exitosa a experiência ora referida.

De fato, com um plano estratégico referente ao enfrentamento de um problema específico, a “SEMANA S” resultou em considerável coesão interna, mostrando ser possível, efetivamente, a adoção de política de atuação institucional coerente e uniforme, sem qualquer resquício de afronta à independência funcional nem tampouco ao princípio do promotor natural.

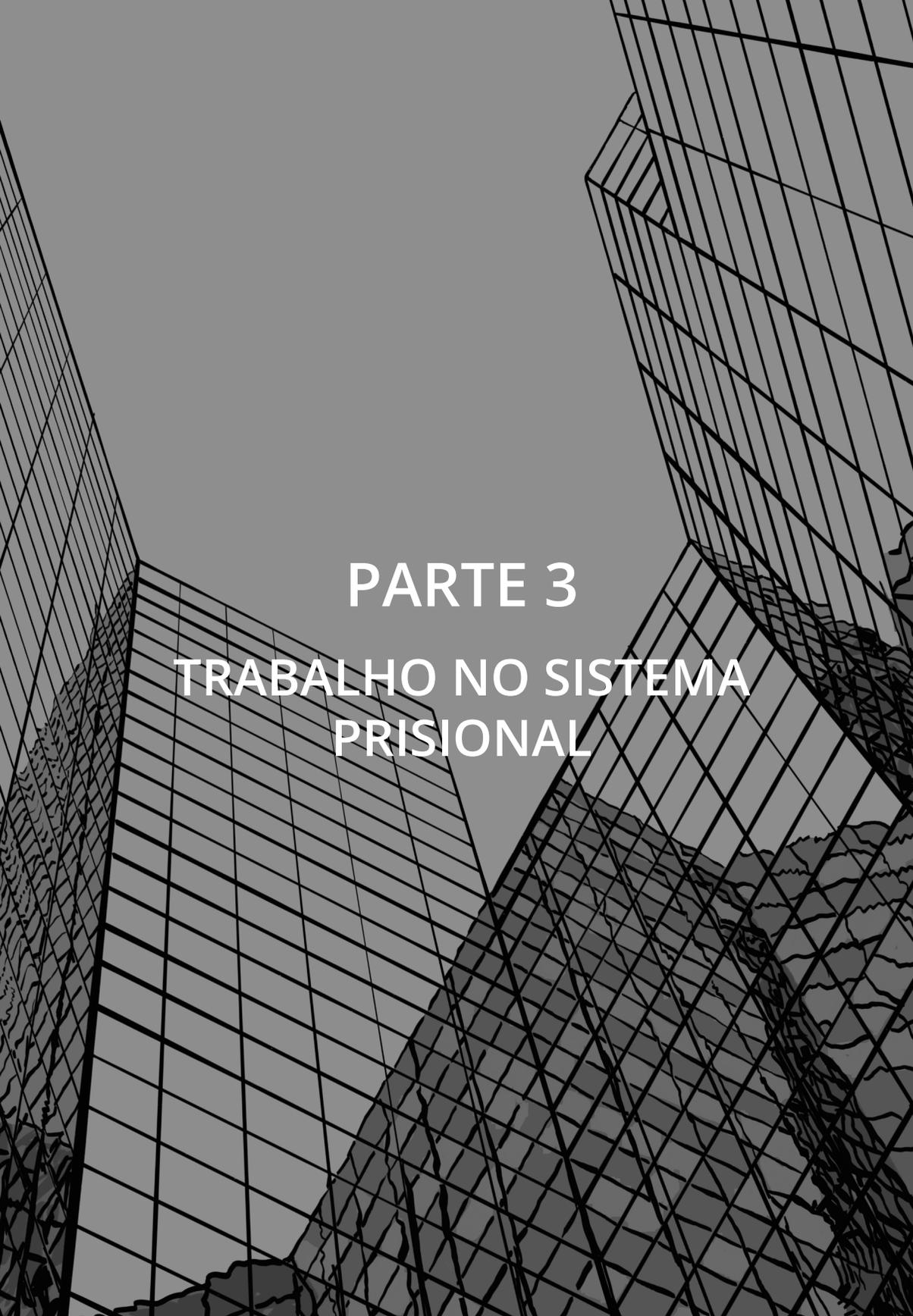
Resta inegável, portanto, o reconhecimento do pioneirismo da forma de atuação da “SEMANA S”, na medida em que trouxe, de maneira concreta e efetiva, possíveis parâmetros de coabitação harmônica entre a independência funcional do MPT e o princípio da unidade institucional, além de uma forma diferenciada de ação que conferiu efi-

---

ciência e transparência a tal atuação específica, dando vida, assim, ao embrião do que viria a ser uma atuação institucional por projetos.

Não bastasse isso, e para além do resultado verificado no julgamento da tese pelo Judiciário, constatou-se que, a despeito de conclusões extraídas das decisões judiciais, fato é que tal atuação do MPT também contribuiu, inquestionavelmente, para o fortalecimento da exigibilidade de critérios mais rigorosos no uso de recursos públicos por entidades integrantes do denominado “Sistema S”, independentemente de sua personalidade jurídica de direito privado e de não integrarem a administração pública, estendendo-se tal exigibilidade para a imprescindibilidade de processos seletivos com critérios efetivamente objetivos – ainda que não se venha a chama-los de “concurso público” ou algo do tipo – para a contratação do pessoal que integra os quadros de tais entidades.

Conclui-se, portanto, terem sido de fato bastante exitosos os resultados, tanto internos quanto externos, obtidos a partir da experiência de atuação concatenada, com medidas adotadas em todas as Procuradorias Regionais do Trabalho do país e que, com base em deliberação do colegiado da CONAP, deu ensejo à histórica “SEMANA S”.



**PARTE 3**  
**TRABALHO NO SISTEMA**  
**PRISIONAL**



---

## 3.1 Presídios e o Trabalho da Pessoa Privada de Liberdade - Relato de uma Experiência no Ministério Público do Trabalho

Marici Coelho de Barros Pereira<sup>1</sup>  
Ruy Fernando Gomes Leme Cavalheiro<sup>2</sup>

### APRESENTAÇÃO

O Grupo de Trabalho (GT) Presídios foi constituído no Ministério Público do Trabalho, no âmbito **da Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública – CONAP**, no início do ano de 2014, por iniciativa dos subscritores deste artigo, Procuradores do Trabalho Marici Coelho de Barros Pereira e Ruy Fernando Gomes Leme Cavalheiro, respectivamente Coordenadora Nacional e Vice Coordenador Nacional da CONAP. O GT foi aprovado na gestão do então Procurador Geral do Trabalho **Luís Antônio Camargo de Melo**, que o apoiou e incentivou em todos os aspectos.

No início do ano de 2014, o Brasil passou por um momento crítico de violência envolvendo as condições dos presídios e dos presos, o que chocou todo o país, do que foi exemplo o ocorrido no presídio de Pedrinhas, em São Luís/MA, com cenas de violência dentro e fora das unidades, inclusive nas ruas de São Luís, praticadas por integrantes de facções criminosas. Assim, a CONAP entendeu ser o momento de constituir um grupo de trabalho para analisar as unidades prisionais e propor atuações mais específicas, bem como para auxiliar os colegas que investigavam presídios, servindo de norte para o trabalho de todos os membros do MPT.

---

1 Procuradora do Trabalho.

2 Procurador do Trabalho, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

O GT teve como escopo inicial o de analisar a questão dos presídios, vista sob três ângulos distintos: o **meio ambiente do trabalho** nas unidades prisionais, a **terceirização de mão de obra** e o **trabalho dos presos**. No decorrer dos trabalhos também se entendeu necessária uma análise das unidades de acolhimento de adolescentes em conflito com a lei.

O Grupo foi integrado pelos então Coordenadores **Marici Coelho de B. Pereira** e **Ruy Fernando Gomes Leme Cavalheiro**, e pelos valorosos colegas **Ricardo José Macedo de Britto Pereira** – representante da PGT na CONAP, **Virgínia de Azevedo Neves** – da PRT16 (Maranhão), **Sandoval Alves da Silva** – da PRT8 (Pará), **Larissa Serrat Cremonini** – da PRT15 (Campinas), **Renata Coelho** – da PRT10 (Distrito Federal), e **Anderson de Mello Machado** – da PRT14 (Rondônia). Posteriormente foi integrado pelos sucessivos Coordenadores Nacionais da CONAP, **Rômulo Barreto de Almeida** e **Cláudio Queiroga Gadelha**, até a entrega de seu Relatório Final em maio de 2016.

A sistemática da realização dos trabalhos consistiu em diligências de inspeção e visitas a unidades prisionais (de ofício ou por solicitação de colegas que investigavam presídios), reuniões de seus membros, estudos, participação no grupo Estratégia Nacional de Humanização da Execução Penal – ENASEP, do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, reuniões com o DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, contatos com Promotores de Justiça e Conselheiros do CNJ e do CNMP envolvidos com a temática, bem como participação em evento sobre o trabalho do preso realizado pelo DEPEN no ano de 2014.

## 1 JUSTIFICATIVAS PARA A CRIAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO

O MPT atua em relação ao trabalho nas unidades prisionais e nas unidades de acolhimento de adolescentes em conflito com a lei, tanto como **órgão interveniente** nas ações trabalhistas, quanto conduzindo

---

do investigações e procedimentos promocionais e ajuizando ações judiciais sobre o tema, na qualidade de **órgão agente**.

Considerando o momento crítico nas unidades prisionais em todo o país, a Coordenação da CONAP expediu Ofícios a todas as Procuradorias Regionais solicitando a instauração de procedimentos (investigativos ou promocionais), onde ainda não tivesse atuação, para maior efetividade do trabalho do MPT, com foco nas questões coletivas de maior interesse para a instituição e para a sociedade, com as seguintes justificativas:

- a) Em relação ao **meio ambiente do trabalho** havia o direito coletivo dos trabalhadores (servidores e terceirizados), dos detentos e das demais pessoas que transitam pelas unidades prisionais – advogados, defensores, profissionais de saúde, educadores, visitantes, etc. - à preservação à vida e proteção da saúde e segurança.
- b) Quanto à **regularidade da mão de obra**, sempre houve o interesse público de prover os cargos de servidores por meio de concurso público, e o interesse coletivo dos interessados em concorrer a essas vagas, além do interesse coletivo dos trabalhadores terceirizados em não se ativarem em funções para as quais não estão preparados e que os expõem a riscos, como as atividades de agentes penitenciários ou vigilantes de unidades prisionais.
- c) No que tange ao **trabalho dos presos**, havia o interesse público na ressocialização plena dos presos e na observância, pela Administração Pública, das normas de proteção dos direitos trabalhistas dos presos, garantidos pela Constituição Federal, pela CLT e outras normas. Finalmente, havia o direito difuso e coletivo dos integrantes das categorias profissionais à preservação de seus postos de trabalho e de suas atividades sindicais diante do trabalho desenvolvido pelos presos.

- d) Deste modo, havendo competência da Justiça do Trabalho em todas as matérias acima, existiam justificativas e o interesse na constituição do GT para aprimorar as atividades do Ministério Público do Trabalho, quer na condição de órgão agente, como na de órgão interveniente.

## 2 DAS ATIVIDADES DO GT

### 2.1 Visitas a Unidades Prisionais

Foram realizadas as seguintes visitas em unidades prisionais, por membros do GT e por alguns colegas envolvidos nas respectivas investigações:

1ª - Inspeção do Complexo de Pedrinhas, em São Luís/Maranhão, em janeiro de 2014 (logo após tal inspeção, foi elaborado RELATÓRIO DE INSPEÇÃO, pelo GT, e ajuizada ação civil pública em face do Estado do Maranhão e de sua Governadora, à época);

2ª - Visita a duas unidades (masculina e feminina) de acolhimento do modelo APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, em Itaúna/MG, em abril de 2014;

3ª - Visita ao Complexo da Papuda em Brasília/DF, em agosto de 2014;

4ª - Visita ao Presídio Industrial de Joinville/SC, em setembro de 2014, acompanhando visita do Conselheiro Alexandre Saliba, do CNMP e presidente da ENASEP;

5ª - Visita ao Presídio Central de Porto Alegre e ao Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, ambas em Porto Alegre/RS, em dezembro de 2014;

6ª - Visita à Penitenciária Feminina de Cariacica e à Penitenciária Estadual de Vila Velha/ES, em julho de 2015; e

---

7ª – Inspeção à base e alojamentos dos agentes penitenciários do Estado de São Paulo, no COREMETRO, nas dependências da Penitenciária de Santana em São Paulo – SP, em agosto de 2015, acompanhando a Procuradora do Trabalho Ana Elisa Alves Brito Segatti, por ocasião de diligência no IC n. 001579.2014.02.000/0.

## 2.2 Da Participação na ENASEP- CNMP

O GT teve participação no grupo Estratégia Nacional de Humanização da Execução Penal – ENASEP, do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, presidido pelo Conselheiro Alexandre Saliba, com realização de reuniões para tratar do trabalho do preso.

## 2.3 Atuação com o DEPEN/Ministério da Justiça

O GT participou de reuniões com o DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, para tratar do tema “trabalho do preso”, especialmente analisando as propostas do Euro-social – Programa Para La Cohesión Social em América Latina, mantido pela Comissão Europeia da União Europeia, contidas no documento “Reglas regionales para la inserción sociolaboral de las personas privadas de libertad y liberadas”.

O GT ainda participou, com exposição, no II Seminário Nacional pelo Trabalho nas Prisões, realizado em Brasília entre 18 e 20.11.2014.

# **3 DAS INSTITUIÇÕES PARA ADOLESCENTES – NORMAS APLICÁVEIS, SAÚDE, SEGURANÇA E TRABALHO DOS INTERNOS E DOS PROFISSIONAIS QUE OS ASSISTEM**

As unidades em questão, embora não tenham o mesmo caráter dos presídios e penitenciárias, são instituições que abrigam adolescentes em conflito com a lei penal e que, por isso, possuem também um caráter punitivo e normas de segurança peculiares que lhes são aplicadas. São unidades que funcionam em regime de internação, com

---

restrição de liberdade e direitos e com exercício do Poder de Polícia pelo Estado, mas com normas e objetivos diferentes das unidades para adultos.

Tais instituições, muitas vezes, são o primeiro cerceio de liberdade, mas nem sempre o último, iniciando um ciclo infelizmente pernicioso que, a depender das condições de tratamento e acompanhamento dos adolescentes, acabam sendo o prenúncio ou até o estímulo para novas condutas ilícitas e a futura reclusão em unidades penitenciárias na vida adulta. Compreender, então, as regras que se aplicam a tais instituições e suas particularidades, bem como o perfil dos internos e a estrutura existente, parecia ser fundamental para o GT.

A análise primou por dados nacionais e fixou como parâmetro de regramento e funcionamento o modelo adotado pelo Estado de São Paulo, onde se concentrava a maior parte dessas instituições.

### 3.1 A Realidade das Instituições para Adolescentes que cumprem Medidas Socioeducativas

Sabe-se que o 2005 foi um marco na regulamentação e reformulação das instituições para adolescentes. Naquele ano, apenas no primeiro semestre, 35 rebeliões já haviam sido registradas só no Estado de São Paulo. Eram rebeliões com adolescentes encapuzados, violência, queima de colchões, lutas sangrentas e mortes de agentes do Estado. As instituições eram superlotadas de jovens que dali saíam para novos crimes, sem qualquer tratamento especializado e sem caráter educativo ou ressocializador.

A pressão social, os prejuízos com os motins e a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo mobilizaram as mudanças. A principal meta era transformar institutos correicionais - para os então chamados “jovens delinquentes” ou “menores infratores” - em instituições socioeducativas para adolescentes em conflito com a lei.

Para tanto, não bastava um novo regramento no papel, mas sim mudanças de fato: a descentralização das unidades, a solução para a

---

superlotação, a contratação e aperfeiçoamento constante de profissionais que garantissem a aplicação das normas especiais de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Assim, em 2006, a antiga e problemática FEBEM tornou-se a Fundação Casa (Centro Atendimento Socioeducativo ao Adolescente), gerida pelo Estado de São Paulo e com estatuto próprio criado para cumprir as normas do ECA e o Plano SINASE (Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo). Existiam no país, à época, 448 unidades socioeducativas, das quais cerca de 140 estavam no Estado de São Paulo.

Havia no Brasil cerca de 100.000 jovens cumprindo algum tipo de medida socioeducativa, cerca de 1/5 em regime fechado de internação. A maior parte por furtos e tráfico de drogas, cometidos por jovens em situação de vulnerabilidade social. A imensa maioria era do sexo masculino, na faixa dos 12 a 18 anos.

O GT verificou que o número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas aumentava a cada ano, e que as unidades de internação padeciam dos mesmos males de presídios da população adulta, como por exemplo: problemas relacionados à saúde e segurança dos adolescentes e dos próprios trabalhadores das unidades; contratos de terceirização fraudulenta que foram objeto de ações civis públicas do MPT; desvio de verbas e superlotação, matérias objeto de ações do MP Estadual; baixo número de profissionais e baixo valor dos salários, aliados à falta de capacitação e aperfeiçoamento; práticas de violência e de assédio sobre os adolescentes e sobre os profissionais das unidades; em alguns casos, inexistência de separação dos adolescentes por tipo de infração, idade e compleição física; ausência de preservação do caráter pedagógico e social da medida aplicada; ausência de garantia de internação na localidade onde residiam os pais; falta de acompanhamento familiar; não aplicação do direito de serem ouvidos a todo momento ao longo do processo e internação.

### 3.2 O Caminho a ser trilhado

---

Distanciar tais unidades de internação das unidades prisionais era um objetivo a ser concretizado. Humanizar os ambientes era ainda uma meta longe de ser cumprida. Fazer com que o período da medida não fosse mera penalidade - ou transcurso de tempo até a próxima infração - e sim período de educação, aprimoramento, resgate de dignidade, tratamento e acompanhamento era uma realidade que o Brasil não conquistara. Trabalhar em tais unidades era considerado um demérito, algo que os profissionais não desejavam em seus currículos, pelo que se viu nas pesquisas realizadas. Era também um enorme risco à saúde e segurança.

A gestão de tais unidades é um sério problema no Brasil. Contratos irregulares, desvio de verbas, terceirização, precarização, sempre foram expressões em voga. Nas unidades para adolescentes havia gestão totalmente pública em suas três esferas – federal, estadual e municipal – ou gestão compartilhada, a qual vinha sendo incentivada pelos Governos, com parcerias com instituições civis, como era o caso do Estado de São Paulo, onde cerca de 32 unidades já eram geridas em parcerias com entidades da sociedade civil, como a Pastoral do Menor. Houve também municipalização das medidas em regime aberto, como a liberdade assistida gerida pelas Prefeituras.

O viés religioso - presente em entidades eleitas para a gestão compartilhada, como a Pastoral do Menor - também foi objeto de avaliação do GT. Isso porque a vinculação religiosa poderia implicar no cerceio de direitos dos adolescentes a praticarem sua própria fé e poderia denotar algum tipo de pessoalidade ou interesses outros na escolha da forma de gestão e das entidades parceiras.

A tendência do que se pesquisou, além da gestão compartilhada, era a de contratar terceiros para os serviços especializados como psicologia, pedagogia, saúde, aulas de artes e música, por exemplo, considerados os serviços que dão o tom mais humano ao programa desenvolvido e ao Plano Individual de Atendimento que cada unidade deve estabelecer.

Os supostos pontos positivos da gestão compartilhada, no que diz respeito ao atendimento do caráter socioeducativo das unidades,

---

mereceu reflexão dos membros do GT. Isso porque não havia dúvida que os interesses dos adolescentes deviam ser privilegiados, bem como o interesse social de que os mesmos fossem tratados e cuidados de forma a se tornarem pessoas saudáveis, física e emocionalmente. Todavia, não se podia olvidar das normas que regem a Administração Pública e dos princípios constitucionais a ela atinentes.

O GT verificou que o MPT atuava fortemente em face dos problemas em tais instituições, em algumas Regionais. Por exemplo, em face da FUNCASA, apenas na PRT 15 já tinham sido instaurados 129 procedimentos até a conclusão dos trabalhos do GT. Além disso, houve a assinatura de 5 Termos de Ajuste de Conduta (TACs) e ajuizadas 6 ações civis públicas.

### 3.3 Normas e Estrutura de Controle. Programas de Aprendizagem

É cediço que se aplicavam às unidades para adolescentes as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Plano Nacional SINASE, os Estatutos das Fundações ou das Autarquias Estaduais, bem como as normas constitucionais, administrativas, sanitárias e trabalhistas aplicáveis às unidades prisionais.

Eram órgãos de controle das unidades socioeducativas em âmbito federal: o CONANDA, a CGU, o Congresso Nacional, o TCU, e o Sistema de Justiça. No âmbito estadual: o Executivo, o Legislativo, o Sistema de Justiça, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e as organizações de sociedade civil. Nos municípios, o CMDCA, Executivo e Legislativo Municipal, CCM, CT e entidades da sociedade civil.

O MPT, além de ter atuação em face de tais unidades e seus gestores, começou a estimular programas de aprendizagem para adolescentes que cumpriam medidas socioeducativas, através de medidas propostas pela COORDINFANCIA, coordenadoria do MPT que interagiu com o GT em diversos momentos, e que na época era coordenada pelo atuante colega Rafael Dias Marques.

---

Em seu relatório final, o GT anexou documentos relativos à pesquisa de dados, normas, notícias e ações existentes em face de unidades socioeducativas para adolescentes, assim como fotos que espelhavam uma parte da realidade<sup>3</sup>.

## 4 TRABALHO NAS UNIDADES PRISIONAIS

### 4.1 Meio Ambiente do Trabalho nas Unidades Prisionais

A CONAP sempre defendeu a competência da Justiça do Trabalho e a atribuição do Ministério Público do Trabalho nas questões relacionadas ao meio ambiente do trabalho na Administração Pública. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3395-6/DF-MC, foi reconhecida, de modo expresse, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações cuja causa de pedir seja a defesa do meio ambiente laboral no âmbito da Administração Pública. A Reclamação n.º 3303-1/PI é exemplo da aplicação deste entendimento.

Independentemente do vínculo que os trabalhadores das unidades prisionais tenham com a Administração Pública, a unidade prisional é um local de realização de trabalho, e, assim, sujeita às regras de proteção do meio ambiente laboral.

No caso das unidades em que se realize trabalho dos internos - quer seja trabalho voltado à conservação ou funcionamento das unidades, quer seja laborterapia ou trabalho em oficinas geridas por terceiros, - a observância às regras de saúde e de segurança se torna ainda mais necessária, na medida em que o desenvolvimento de atividades produtivas submete as unidades aos regramentos específicos da legislação, em especial às Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho, visando à proteção dos internos e dos trabalhadores da unidade prisional.

---

3 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; CREMONINI, Larissa Serrat de Oliveira; COELHO, Renata; CAVALHEIRO, Ruy F. G. L. **Relatório Final do Grupo de Trabalho do Preso.** Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública – Conap – Ministério Público do Trabalho. 2016.

---

Dessa forma, o GT analisou as peculiaridades tanto do meio ambiente em sentido amplo, quanto do exercício de atividades laborais pelos internos.

As unidades prisionais têm estruturas complexas que tratam de diversas atividades humanas distintas. Há cozinhas, refeitórios, almoxarifados, administração, bibliotecas, coleta, estocagem e descarte de resíduos sólidos, alojamentos, guaritas, serviços de saúde, serviços educacionais etc. E cada atividade desenvolvida exige a adequação ambiental própria, nos termos das NRs e das normas da Anvisa e ABNT, dentre outras, quando aplicáveis.

A manutenção das unidades prisionais exige, igualmente, a observância das regras de segurança quanto às edificações, iluminação, ergonomia, arejamento, uniformes, equipamentos de proteção, salubridade etc.

Na inspeção nas unidades prisionais de Pedrinhas, em São Luís/MA, o GT identificou diversos problemas graves, como alojamentos inadequados, instalações sanitárias sujas e impróprias para uso, mofo e infiltrações nas paredes, instalações elétricas inadequadas e com risco.

Na inspeção dos alojamentos e base de operações dos agentes penitenciários em São Paulo foram também identificadas instalações sanitárias e elétricas inadequadas, refeitório em desacordo com as normas regulamentares, dentre outros problemas.

Em relação aos EPIs dos agentes penitenciários e dos terceirizados, foi observado que os coletes à prova de balas não eram pessoais, sendo utilizadas placas ou os próprios coletes por mais de um trabalhador, o que além de não ser higiênico e propiciar a propagação de doenças de pele ou eventuais pragas, ainda colocava em risco os que vestiam coletes de tamanhos diferentes, pela sua inutilidade em proteger os trabalhadores de projéteis.

Também foram observadas placas de coletes vencidas, com rasgos em suas costuras, dentre outras irregularidades que foram constatadas em diversas unidades do país.

#### 4.1.1 *Da Saúde e Segurança do Trabalho do Preso*

Em unidades visitadas nas quais se desenvolvia algum tipo de trabalho em oficinas foi verificada a completa inobservância das normas de proteção contidas na CLT e nas NRs do Ministério do Trabalho.

Não havia equipamento de proteção coletiva, muito menos de proteção individual; não havia proteção em máquinas perigosas; havia ruído em excesso, fumaça e poeira de madeira ou metal em suspensão. Não se identificou nenhum PCMSO ou PPRA, nem qualquer orientação de técnico em segurança do trabalho, muito menos alvarás do Corpo de Bombeiros para as oficinas.

O que se concluiu é que as unidades prisionais ignoravam por completo a aplicação da lei trabalhista e demais normas de proteção à segurança e saúde, mesmo aquelas que tinham parcerias com empresas privadas e que possuíam unidades externas nas quais as NRs eram seguidas, como nos casos de Itaúna/MG, Joinville/SC e Cariacica/ES.

Sabe-se que o art. 28 da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n.º 7.210/1984, em seu § 1º, assim estabelece sobre o trabalho dos internos: ***“Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.”***

Esta disposição da LEP repete conteúdo das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas - ONU, as chamadas “Regras de Mandela” que, em seu artigo 74, prevê a adoção de medidas de proteção, segurança e saúde dos trabalhadores livres, bem como de indenização de acidentes e doenças do trabalho. A ONU as adotou em seu 1º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra em 1955.

O trabalho nessas oficinas e em outros ambientes laborais, portanto, exigiam urgente atenção por parte do Ministério Público do Trabalho, tendo em vista os riscos a que estavam expostos os presos

---

e os agentes penitenciários ou terceirizados que ingressavam nesses ambientes.

#### 4.2 Terceirização de Mão de Obra nas Unidades Prisionais

O sistema prisional brasileiro, repita-se, enfrentava profunda crise ao se decidir pela aprovação do GT. Tal fato era público e notório, e vinha comprometendo a função de ressocialização dos presos e, em efeito contrário, convertendo os estabelecimentos prisionais em locais para a organização e execução das mais variadas práticas criminosas.

É cediço que a execução das sentenças condenatórias envolve atos de natureza jurisdicional e administrativa. O juiz atribui o cumprimento da pena à autoridade integrante do Poder Executivo, que é o Diretor do Presídio, em estabelecimento que normalmente integra a Administração Pública Direta. Sendo assim, em meio às decisões judiciais, há diversos atos administrativos que dizem respeito ao funcionamento dos estabelecimentos prisionais. Estes atos abrangem o pessoal que prestará serviços internamente e o fornecimento de bens necessários à prestação dos serviços e ao consumo dos que ali se encontram.

No âmbito administrativo, é um serviço público da mais alta relevância para a sociedade, titularizado pelo poder público, pois o funcionamento adequado dos estabelecimentos prisionais diz respeito diretamente à segurança da sociedade. Porém, nos últimos anos, algumas experiências vinham sendo realizadas no sentido de admitir a participação da iniciativa privada nessas atividades, em alguns casos com verdadeira privatização dos estabelecimentos prisionais.

Portanto, essa questão cabia ao GT enfrentar, ou seja, a possibilidade (ou não) de transferir parcela das atividades administrativas dos presídios, ou todas elas, para entidades que não integravam o Estado. O tema estava relacionado diretamente à terceirização de atividades pelo Estado, e já existia ação civil pública do MPT contra essa terceirização total, como, por exemplo, no Estado de Minas Gerais.

---

Na época, a terceirização era polêmica e vinha acarretando variados problemas trabalhistas, não só na iniciativa privada, mas também no serviço público. No serviço público, há questões jurídicas que envolvem o tema terceirização, como a exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos (art. 37, II, CF) e a eficiência do serviço prestado (art. 37, *caput*, CF).

Na época, vigorava a Súmula 331 do TST, que diferenciava a atividade meio e a atividade fim, e somente a atividade meio poderia ser terceirizada. Embora houvesse discussões a respeito, os critérios previstos na referida súmula acabavam orientando também a contratação de serviços terceirizados no serviço público. O Decreto n.º 2.271/1997, previa, em seu artigo 1º, no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, a possibilidade de execução indireta apenas das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares das atividades principais. O parágrafo primeiro do mesmo artigo esclarecia que 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”. E no parágrafo segundo eram excluídas da 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”.

As “Regras de Mandela”, aprovadas pela ONU, também estabelecem no item 46 que o pessoal penitenciário deve ser formado por funcionários públicos, objetivando que se garanta a esses profissionais a “segurança de que a estabilidade em seu emprego dependerá unicamente da sua boa conduta, da eficácia do seu trabalho e de sua aptidão física”.

No Brasil, em âmbito federal, a carreira e as competências do cargo de agente penitenciário federal foram criadas por meio da Lei n.º 10.693/2003, sendo que seu artigo 2º consignava que a esses profissionais competia o exercício das atividades de atendimento, vigilân-

---

cia, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais federais e às dependências do Departamento de Polícia Federal. Apesar de voltada para o âmbito federal, a lei em questão traçava atribuições do cargo copiadas pelas legislações estaduais, tratando especialmente do atendimento, vigilância, custódia, guarda e orientação de internos. Portanto, nem mesmo a vigilância poderia ser terceirizada, embora essa terceirização fosse permitida às empresas privadas

Contudo, nas inspeções realizadas pelo GT, por exemplo, nas unidades prisionais de São Luís/MA, o que se verificou é que a vigilância e movimentação dos internos eram realizadas quase exclusivamente por empregados terceirizados, contratados como vigilantes patrimoniais de empresas privadas. E esses vigilantes percebiam remuneração inferior a 1/3 da remuneração dos agentes prisionais do Estado, e quase todos exerciam suas funções vestindo máscaras para cobrir seus rostos, pois eram constantemente ofendidos e ameaçados pelos internos. A rotatividade desses vigilantes prisionais era enorme pelo desgaste emocional causado pelo trabalho, com pouco preparo e sem estrutura ou mesmo autoridade para exercer as funções penitenciárias que lhes foram atribuídas.

Além da terceirização ilegal de parte de atividades em algumas unidades, o GT também identificou a privatização, a parceria público-privada e o chamado método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, como sendo as espécies de prestação de serviços prisionais por trabalhadores sem vínculo direto com a Administração Pública.

Nas duas primeiras, a administração do estabelecimento prisional era integralmente transferida para a iniciativa privada, ao passo que no método APAC – que na época já era incentivado pelo CNJ em razão de seus resultados- a administração competia a uma entidade civil sem fins lucrativos que adota uma filosofia baseada na disciplina rígida e religiosidade, por meio da qual os próprios presos se encarregam das atividades necessárias ao funcionamento do estabelecimento, junto com

---

alguns profissionais voluntários (como médicos e dentistas). Portanto, o trabalho do preso era central nesse método.

A inserção de empresas privadas na administração dos presídios não vinha se mostrando adequada para fins de lograr eficiência nessa atividade e, conseqüentemente, na ressocialização dos presos. Os empregados contratados pelas empresas terceirizadas, em geral, possuíam salários baixos e pouca qualificação para trabalhar com a complexa tarefa de socialização dos presos.

Esses empregados, em razão das características de seus contratos de trabalho, acabavam por servir de instrumento para a prática de atos criminosos que têm origem no próprio estabelecimento prisional. A vulnerabilidade desses empregados tornava-os alvos fáceis para as diversas quadrilhas existentes nos presídios. Não foi possível, sequer, detectar vantagem econômica nesse modelo, considerando que o custo por preso é equivalente - ou até mais elevado - do que o sistema tradicional.

Exemplo de ineficiência de complexo prisional gerador dos maiores problemas nesse campo foi sem dúvidas o de Pedrinhas/MA. Nesse complexo, não atuavam internamente os agentes penitenciários, mas apenas monitores terceirizados. Além dos baixos salários, os monitores possuíam questionável preparação para o exercício de relevantes e arriscadas funções.

Já o método apaqueano, mais conhecido como método APAC, analisado de perto pelo GT em Minas Gerais, apresentava inúmeras vantagens capazes de trazer as transformações tão esperadas para a melhoria do sistema prisional e para a ressocialização dos presos, senão vejamos.

Em primeiro lugar, o custo é bastante inferior ao do sistema tradicional. Depois, o método inviabilizava a formação de quadrilhas dentro do estabelecimento, ao excluir condenados em crimes que estão ligados a essa prática. A disciplina era rigorosa, sem a necessidade de um sistema de controle imposto, considerando que os próprios presos é que a realizavam os serviços e a vigilância. Não havia fugas e

---

os tratamentos eram mais humanizados, o que contribuiu para o êxito do modelo.

A religião se mostrou importante para reforçar a disposição de ressocialização, embora o GT tenha concluído pela necessidade de abertura para outras religiões de origem não cristã, tais como as afro brasileiras, bem como a superação de dogmas que poderiam servir de obstáculo ao tratamento isonômico entre os presos, como, por exemplo, o direito de visita íntima dos homossexuais.

Aliás, a principal crítica do GT foi a possível ofensa à laicidade do Estado, uma vez que se aplica uma metodologia cristã na execução da pena, na qual os apenados são obrigados a participar de cultos matinais, o que pode dar ensejo à restrição de liberdade de crença e religião.

Conforme dispõe o artigo 3º da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), repetindo em seu *caput* a regra do art. 38 do Código Penal, são assegurados ao detento todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, com proibição expressa de qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. E as já citadas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros também consideram a religião como sendo um direito do interno.

Em que pesem as críticas acima, o método APAC estava em consonância com os princípios e prescrições legais da Lei de Execução Penal, especialmente no tocante à dignidade do condenado no cumprimento da pena e oferecimento de condições reais de ressocialização e reeducação do apenado. Na época das visitas, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais estimava em 15% os casos de reincidência no modelo APAC, e em 70% no sistema tradicional. Eram muitos os condenados que queriam passar para esse sistema, mas nem todos cumpriam os requisitos necessários.

Portanto, ainda que existissem dificuldades no aspecto formal para aceitar o método APAC como uma terceirização lícita, o GT concluiu, numa primeira análise, que esse método, pelo menos dentro dos que se apresentavam, era o único a justificar eventual flexibilização

---

conceitual, para se chegar a resultados que eram benéficos para os internos e para a sociedade em geral. Reforçava tal entendimento o artigo 4º da LEP, segundo o qual “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

O método APAC permite a maior participação da comunidade em suas atividades. A opção pela instalação do presídio em determinado Município, por meio de consultas aos moradores da região, bem como a proximidade do preso com o local em que vive sua família, demonstram o envolvimento da comunidade na missão de ressocialização dos presos que se encontram nos estabelecimentos prisionais que observam referido método.

Diante dos elementos analisados e pesquisados, o GT chegou às seguintes conclusões quanto à terceirização:

*I – As atividades realizadas nos estabelecimentos prisionais caracterizam-se como atividades típicas de poder público, uma vez que dizem respeito diretamente à segurança da população, de modo que sua titularidade é do Estado, somente sendo possível transferir a terceiros as atividades acessórias, instrumentais ou complementares, nos termos do Decreto n.º 2.271/97.*

*II – O modelo tradicional não tem produzido resultados compatíveis com as exigências de ressocialização dos presos previstos em lei. Seu custo é elevado e provoca índices de reincidência superior ao de outros modelos. Além disso, em lugar de inibir práticas criminosas, vem convertendo os presídios em local de origem de várias delas.*

*III – A privatização ou terceirização das atividades típicas de poder público não vêm apresentando resultados satisfatórios. Ao contrário, como se percebe no complexo de Pedrinhas, no Maranhão, em que a administração compete a empresas privadas, os problemas se tornaram incontroláveis, com alto índice de homicídios, especialmente pelos conflitos entre as facções criminosas.*

---

*IV – O método APAC transfere a administração do presídio à entidade civil sem fins lucrativos, com significativa redução do custo para a sociedade, além de resultados incomparáveis com outros métodos, nos aspectos da recuperação, reeducação e ressocialização dos presos. Contudo, o método apaqueano deve ser aprimorado, a fim de permitir o exercício de outros credos e assegurar os direitos de todos os presos, sem distinção de qualquer natureza. (trecho extraído do Relatório Final do GT)*

#### 4.3 Trabalho Da Pessoa Privada de Liberdade

O trabalho do preso é previsto no Código Penal (CP), em seus arts. 34, 35 e 39, e regulado pela Lei de Execução Penal (LEP) – Lei n.º 7.210/1984. O parágrafo 2º do art. 28 da LEP afasta a aplicação da CLT textualmente. O art. 28 estabelece o **dever social** do trabalho do preso, com finalidade produtiva e educativa, sendo remunerado (art. 39 do CP e art. 29 da LEP), e sujeito à cobertura previdenciária, conforme o art. 39 do CP. A jornada vem prevista no art. 36 da LEP, que também trata dos descansos nos domingos e feriados. A remuneração não será inferior a  $\frac{3}{4}$  do salário-mínimo, como estabelece o art. 29 da LEP.

O trabalho gera o direito à remição da pena, como estabelecem os arts. 126 a 129 da LEP, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.433/2011, de modo que três dias de trabalho implica na remição de um dia da pena a cumprir, servindo o tempo remido como tempo de cumprimento da pena.

**O trabalho é um direito da pessoa privada de sua liberdade**, servindo para a administração penitenciária, para o Ministério Público que fiscaliza a execução penal e para o Judiciário que faz cumprir a pena, como um modo de ocupar o tempo ocioso do preso, além de servir de aprendizado visando à futura ressocialização.

É visto, ainda, pelas empresas, tanto como atividade filantrópica, como oportunidade de “lucro”, por ser uma mão de obra mais barata.

---

Mas o GT verificou que esse trabalho muitas vezes é feito sem a observância das normas de proteção ao trabalho e do contrato de trabalho.

#### 4.3.1 *Artigo 28 da Lei de Execução Penal (LEP)*

O art. 28 da LEP, em seu § 2º, afasta a aplicabilidade da CLT ao trabalho desenvolvido pelo preso ao prever, em seu parágrafo 2º, que “O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Em que pese quase todo o sistema prisional brasileiro efetivamente não aplicar, na época, qualquer direito da CLT aos presos – à exceção do Estado do Rio Grande do Sul, que instituíra programas de aprendizagem com jovens detentos – a interpretação dada a essa norma não aparenta ser a mais correta, e por dois ângulos distintos.

Primeiramente, em relação ao trabalho realizado pelo preso para as atividades das próprias unidades prisionais, tais como limpeza, pequenas manutenções e reparos, serviços administrativos e cozinha, bem como o trabalho de artesanato e/ou laborterapia, não se submete, efetivamente, ao regime celetista por não se tratar de trabalho subordinado em benefício de outrem, não se amoldando, assim, ao tipo dos artigos 2º e 3º da CLT.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado à hipótese de trabalho gerenciado por fundação ou empresa pública, mencionado no art. 34 da LEP, desde que observada a sua finalidade de promover a formação profissional do condenado, e desde que não se trate de substituição de mão de obra da fundação ou empresa pública, especialmente para cargos que exijam concurso público.

Mas nas demais possibilidades, a do trabalho externo e a do trabalho em oficinas, quando prestado para pessoa jurídica de direito privado, não se tem a aplicação automática da regra de não aplicação da CLT.

O Doutor em Direito do Trabalho e então Procurador Regional do Trabalho Gláucio Araujo de Oliveira consignou, pioneiramente, em

---

artigo dedicado ao tema, que o trabalho do apenado não se afasta da incidência da CLT

Assim, o GT concluiu que: 1. se há um tomador do trabalho do preso, que dele se beneficia, e 2. se o trabalho integra a estrutura produtiva do tomador e não a da administração penitenciária ou pública, então não se tem a aplicação da regra do art. 28, § 2º, da LEP, eis que esse trabalho desenvolvido pelo preso é, efetivamente, o que vem previsto nos artigos 2º e 3º da CLT.

Mas a conclusão acima não é a única a possibilitar a extensão de direitos trabalhistas aos presos, na medida em que a LEP é de 1984, e em 1988 foi promulgada a Constituição Federal, que, em seus artigos 7º a 11, lista direitos dos trabalhadores. Daí se pode perguntar, se a LEP nesses artigos que tratam do trabalho do preso foi ou não recepcionada pela CF/88. O GT concluiu que a melhor resposta é a de que a LEP não recepcionada naquilo em que contraria a normativa constitucional, pelos fundamentos expostos nos subitens seguintes.

#### *4.3.2 Do Balizamento Constitucional e Regramento Comum*

Tratando-se de trabalho desenvolvido pelo preso, quer seja em laborterapia, artesanato, à administração da unidade prisional ou à administração pública, e tratando-se, ainda, de trabalho prestado a terceiros – pessoas físicas ou jurídicas – em oficinas ou externamente, o regramento constitucional protetivo do trabalhador deve ser aplicável naquilo em que é compatível, e naquilo em que protege a dignidade do trabalhador preso em seu núcleo duro de proteção à incolumidade física e mental, prevenção da fadiga, e proteção contra a discriminação.

Desse modo, são aplicáveis ao trabalho do preso as normas do artigo 7º da CF/88 que tratam da duração do trabalho e repousos, licenças paternidade e maternidade, redução dos riscos inerentes ao trabalho, indenização por acidentes do trabalho, proibição de discriminação no acesso ao trabalho, acesso ao trabalho à pessoa com deficiência e proibição de sua discriminação, proibição de distinção entre trabalho manual e técnico.

---

Deve, ainda, ser aplicado o cômputo de férias ao trabalho do preso, a fim meramente de permitir que este anualmente se desligue das atividades que desempenhe enquanto o período de gozo é computado como se de trabalho fosse para os fins da remição da pena. Este desligamento e o cômputo devem se dar para permitir o descanso e revigoração físico e mental do preso, eis que inexistente diferença biológica entre este e o trabalhador que não é preso. É lógico que as férias do trabalhador preso não autorizam que este se ausente da unidade prisional em que está internado, mas autorizam seu desligamento do labor durante as férias remuneradas.

As férias são necessárias, ainda, para preservar a produtividade do trabalhador. Fazem parte do rol dos direitos humanos universais, previstos no art. 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, e são previstas, ainda, na Convenção n. 132 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 3.197, de 05.10.1999.

Igualmente preventoras da fadiga e mantenedoras da produtividade são as regras constitucionais do descanso semanal remunerado e da limitação diária e semanal da jornada. Observe-se, por exemplo, diversos julgados do E. Superior Tribunal de Justiça que, analisando o trabalho extraordinário do preso, reconhece que a cada dezoito horas de trabalho além da oitava hora diária, será reconhecido o direito a um dia de remição no cômputo da pena.

Esse entendimento era praticamente unânime naquela Corte, vide, dentre outras, a decisão proferida no AGResp n. 1549426-MG.

O que percebe neste julgado é que o trabalho é identificado como um benefício tanto para o preso - que obtém a remição, ocupa seu tempo e adquire formação profissional -, quanto para a sociedade, que vê a ressocialização do preso ser alcançada.

Assim, o trabalho aparentemente não deve ter limites, eis que é sempre uma boa atividade para o preso. Mas este entendimento ignora por completo as balizas trabalhistas, fruto da Constituição Federal e dos tratados internacionais a que o Brasil aderiu.

---

O preâmbulo da Constituição da OIT estabelece a necessidade de os países-membros estabelecerem a fixação de uma duração máxima do dia e da semana do trabalho, bem como a regulamentação dessa duração.

A regulamentação veio por meio da CLT, recepcionada e ratificada por meio dos inc. XIII a XV do art. 7º da Constituição Federal.

Os demais incisos se justificam pela proteção à saúde e segurança dos trabalhadores presos; pelo acesso em iguais condições aos postos de trabalho, incluindo o acesso aos trabalhadores presos com deficiência; e o direito do preso e de seu filho à convivência prevista nos períodos das licenças de paternidade e maternidade, com o cômputo desse período no cálculo para a remição da pena.

#### *4.3.3 Do Balizamento Constitucional e Regramento do Trabalho Prestado à Administração Pública*

Em todas as modalidades de prestação de trabalho do preso, isto é, na prestação de serviços à administração da unidade prisional, ou à administração pública por meio das fundações públicas e empresas estatais, tal trabalho deve ser orientado pela CF no que concerne à proteção da relação de emprego – art. 7º, inc. I, art. 170, inc., VIII, densificados pelos arts. 2º e 3º da CLT – e ao acesso a cargos públicos mediante concurso – art. 37.

Pela diretriz constitucional da proteção da relação de emprego, não pode prestação de serviços pelo preso à administração da unidade prisional ter características de emprego, tais como a direção por outrem, a finalidade econômica, a finalidade externa à administração da unidade prisional e a substituição de mão de obra que seja de provimento por concurso público.

A prestação de serviços às fundações públicas ou empresas estatais, por seu turno, também não poderá ter as mesmas características de emprego, nem de substituição de mão de obra cujos cargos estejam previstos como sendo de provimento por concurso público.

---

Tal trabalho deverá, ainda, ter como finalidade a formação profissional do preso, face à previsão expressa do art. 34, *caput*, da LEP, e em conformidade com a sua função social, nos termos do inc. I do § 1º do art. 173 da CF.

#### *4.3.4 Do Balizamento Constitucional e Regramento do Trabalho Prestado em Oficinas à Iniciativa Privada*

A possibilidade de ser firmado convênio entre a administração pública e a iniciativa privada para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios vem prevista § 2º do art. 34 da LEP.

Mas como o Grupo de Trabalho observou em numerosas inspeções, na prática, não se percebe essa limitação das oficinas em setores de apoio. Na unidade de Itaúna – MG, o GT encontrou presos trabalhando na montagem de peças de plástico para uma indústria automobilística; em Cariacica – ES havia uma oficina com presas montando calçados infantis; e em Joinville - SC eram diversas atividades desenvolvidas nas oficinas da unidade visitada, especialmente a montagem de peças para automóveis.

Tais atividades não guardam qualquer relação com apoio a unidades prisionais, qualquer que seja o ângulo pelo qual sejam observadas. Forçoso concluir, portanto, que **esse tipo de trabalho é desenvolvido em desconformidade flagrante com o texto da lei, mormente pelo fato de inexistir a observância aos direitos trabalhistas dos presos.**

Não se pode perder de vista que é possível compreender que o trabalho seja considerado apto a alcançar as finalidades de ressocialização do detento, de remição da pena, de ocupação do tempo do detento e, principalmente, de prover o detento de um conhecimento prático acerca de determinada ocupação, bem como de renda e anotação em CTPS do tempo de trabalho, inclusive para fins previdenciários.

---

Mas tal regularização exige duas adaptações que devem ser implementadas no desenvolvimento de tais atividades: a observância dos demais direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, e a aplicação da CLT e das normas de proteção ao trabalho subordinado, como será desenvolvido a seguir.

#### *4.3.4.1 Da Aplicação das Normas Constitucionais*

São aplicáveis ao trabalho do preso as normas que tratam do trabalho em geral, contidas no art. 7º da Constituição, que tratam da duração do trabalho e repouso (incs. XIII a XV), licenças paternidade e maternidade (incs. XVIII e XIX), redução dos riscos inerentes ao trabalho (inc. XXII), indenização por acidentes do trabalho (inc. XXVIII), proibição de discriminação no acesso ao trabalho (inc. XXX), acesso ao trabalho à pessoa com deficiência e proibição de sua discriminação (inc. XXXI), proibição de distinção entre trabalho manual e técnico (inc. XXXII), e do cômputo de férias ao trabalho do preso (inc. XVII).

E no trabalho prestado pelo preso à iniciativa privada ainda devem ser aplicados outros direitos contidos no art. 7º da CF, que se referem especificamente ao vínculo de emprego, o qual deve ser reconhecido como pressuposto. Existe, de um lado, um tomador – empresa privada – e um trabalhador – preso –, que se subordina à orientação do tomador e desenvolve trabalho que se insere em sua atividade finalístico-produtiva, ainda que o trabalho seja desenvolvido nas dependências de uma unidade prisional. O local de desenvolvimento do trabalho pouco importa para a caracterização do vínculo, como as figuras do teletrabalho e do trabalho a distância evidenciam.

O primeiro direito do trabalhador preso que labora para a iniciativa privada em atividades que não são de apoio dos presídios, portanto, é o do reconhecimento do vínculo de emprego, nos termos do art. 7º, inc. I, primeira parte e art. 170, inc. VIII.

Ainda são aplicáveis os incs. II (seguro-desemprego); III (FGTS), IV, V, VI e VII (salário-mínimo e piso salarial irredutíveis, mesmo aos

---

que percebam remuneração variável, eis que a regra do *caput* do art. 29 da LEP apenas seria aplicável aos casos em que não haja subordinação com tomador privado que não preste atividades de apoio), VIII (13º salário), IX (remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, desde que conforme a rotina e disciplina da unidade prisional), X (proteção do salário), XI (participação nos lucros ou resultados), XII (salário-família), XVI (adicional por serviço extraordinário), XXI (aviso prévio proporcional), XXIII (adicional para as atividades penosas, insalubres ou perigosas), XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas), XXVI (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador), e XXIX (direito de ação trabalhista), todos típicos da relação de trabalho subordinado.

Observe-se que o trabalhador preso tem também direito à assistência e filiação sindical, conforme o art. 8º da CF. Não apenas não há óbice a essa relação, já que a única vedação existente é a do candidato condenado concorrer a cargos sindicais – art. 530, inc. IV da CLT – como, ainda, a CF não estabelece qualquer inaplicabilidade dos direitos sindicais aos presos. A Convenção n. 98 da OIT não prevê qualquer restrição de direitos sindicais à pessoa presa.

O Código Penal, em seu art. 38, prevê que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”. Ora, os direitos sindicais são necessários não apenas para proteger os trabalhadores presos, como, ainda, para manter o mesmo patamar de direitos aos membros da categoria que não estão presos. Tal proteção tem uma dupla função ampliada, pois o que busca é não apenas proteger os presos, mas evitar a precarização do trabalho dos demais trabalhadores, por meio da concorrência com uma mão de obra extremamente atrativa do ponto de vista econômico.

O trabalho remunerado nos moldes da LEP torna o custo de um posto de trabalho em uma unidade prisional muito menor do que o valor a ser pago a um trabalhador não preso, eis que sobre ele não

incidem contribuições previdenciárias ou depósitos do FGTS, e sem os direitos a gratificação natalina, férias, DSRs, intervalos, e adicionais, por exemplo. O custo econômico não é o único que é reduzido, eis que o trabalhador preso nada reivindica, é facilmente substituível pela administração penitenciária e não faz greve nem conta com proteção de seu sindicato. Trata-se, pois, de uma mão de obra dócil e controlada, ao contrário do trabalhador livre.

Há um risco, portanto, não apenas à sindicalização e à proteção dos direitos sindicais da categoria da localidade do trabalho do preso, mas, principalmente, um risco ao próprio trabalho, pela troca do trabalhador livre pelo preso.

#### 4.3.4.2 Da Aplicação da CLT

Ainda que se entenda que a regra do art. 28, § 2º, da LEP disponha da validade que se lhe é aplicada pela Justiça Comum e pelas Administrações Penitenciárias, de afastar qualquer direito trabalhista ao preso, o fato é que, como identificado acima, o trabalho do preso prestado dentro da unidade prisional a terceiro privado que não seja em setores de apoio dos presídios não se encontra previsto na LEP.

Deve se atentar ao fato de que um dos princípios do direito penal é o da “Proibição da analogia *in malam partem*”<sup>4</sup>, conforme já reconhecido em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal.

**A execução penal é a aplicação da pena, e a pena apenas poderia limitar direitos conforme a previsão expressa de norma legal. Em não havendo na LEP ou em outra lei a previsão de que empresas privadas podem tomar trabalho de presos em atividades que não são de apoio a setores do presídio, então esta relação de trabalho não é típica da LEP e nem pode se submeter ao regramento do art. 28, § 2º, pelo qual “O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.”**

4 DE JESUS, Damásio. **Direito Penal, Parte Geral**. 32ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 51.

---

A LEP trata apenas do trabalho listado em seu bojo, e nela não se identificando hipótese em que o preso se subordina diretamente ao empregador privado, integrando sua estrutura econômica.

Esta afirmação se mostra em consonância com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, da ONU, que em seus artigos 73 e 76 estabelecem que o valor pago por terceiros pelo trabalho do preso deve ser aquele normalmente exigido para tal trabalho, e destinado ao preso.

Não é ousado, portanto, afirmar que essa modalidade de trabalho do preso não se submete ao regramento do **art. 28, § 2º, da LEP. Trata-se de trabalho subordinado, gerando vínculo de emprego e atraindo a aplicação da CLT em tudo o que for compatível pelas peculiaridades do cumprimento da pena.**

#### *4.3.5 Do Balizamento Constitucional e Regramento do Trabalho Prestado em Serviços ou Obras Públicas*

O art. 36 da LEP permite o trabalho externo do preso em regime fechado em serviços ou obras públicas executadas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Igualmente, devem ser observados os direitos do trabalhador contidos no art. 7º da CF, conforme o item 5.3.3, sendo vedada a substituição de pessoal concursado, com duas distinções.

Se o trabalho for prestado à Administração Pública, pode-se ter a submissão a orientação de outrem e finalidade econômica, mas desde que a obra ou serviço seja de natureza pública. Ainda assim, todos os direitos do art. 7º são aplicáveis a este trabalhador, especialmente os listados no item 5.3.4 acima. E se esses trabalhadores não são subordinados à Administração Pública, mas sim ao licitado que adjudicou um contrato público, então deve se aplicar ao preso o mesmo raciocínio do item 5.3.4.1 acima, com o reconhecimento dos direitos lá listados.

---

#### 4.4 Da Aprendizagem em Unidades Prisionais

O GT visitou unidades prisionais em Porto Alegre - RS em dezembro de 2014, para conhecer o programa de aprendizagem profissional nas unidades geridas pelo Departamento de Tratamento Penal da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul.

Referido programa observa a regra do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e é voltado à população carcerária entre 18 e 24 anos, na condição de aprendizes, com observância dos requisitos legais: a anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social e aprendizagem por meio de entidade técnica qualificada em formação técnico-profissional metódica (§ 1º do art. 428 da CLT), pagamento de salário-mínimo hora (§ 2º do art. 428).

Além de reuniões com os responsáveis pelo programa, foram visitados o **Presídio Central de Porto Alegre**, onde se desenvolvia o programa com uma turma de aprendizagem composta de detentos com até 24 anos, e o **Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre**, instituição na qual se encontravam internos que cumpriam medidas de segurança, conforme o art. 373 e seguintes do Código de Processo Penal, e onde se desenvolvia um projeto de aprendizagem para pessoas com deficiência, sem o limite etário de 24 anos, conforme o § 5º do art. 428 da CLT.

Observou-se, pois, na prática, a aplicabilidade da figura da aprendizagem profissional a detentos com menos de 24 anos e também para aqueles que cumpriam medidas de segurança na execução penal. Assim, o GT concluiu pela compatibilidade da aprendizagem a essas parcelas da população carcerária, podendo e devendo ser promovidas por meio de ações promocionais e de estímulo à adoção de políticas públicas.

Por fim, a limitação da idade em 24 anos é a que era aplicada no mercado de trabalho. Entendeu o GT que a limitação não deveria

---

se aplicar para a aprendizagem em unidades prisionais. A justificativa, aqui, seria a de promover a facilitação de capacitação profissional teórica e prática para uma população com dificuldades de ingresso no mercado de trabalho.

## 5 TRABALHO E CONDENAÇÕES CRIMINAIS

Apesar de não ter sido o escopo da análise inicial do GT, foi observada uma realidade assustadoramente inconstitucional em práticas da Administração Pública no que concerne ao trabalho da pessoa condenada: há diversos dispositivos legais que vedam o trabalho a pessoas condenadas por crimes pela restrição de concessão de alvarás, permissões e autorizações para trabalho.

Na CLT, o art. 346 determina a suspensão das funções dos químicos que, conforme a alínea “c”, “b) concorrer com seus conhecimentos científicos para a prática de crime ou atentado contra a pátria, a ordem social ou a saúde pública”. Conforme o parágrafo único desse artigo, o Departamento Nacional do Trabalho deveria aplicar a suspensão das funções, de modo que se trata de uma ação da administração pública. Mas pelo princípio constitucional da razoabilidade, os únicos crimes que poderia implicar a suspensão ao químico seriam os contra a vida, contra a saúde pública e outros poucos, eis que a grande maioria dos tipos penais não têm relação com a profissão.

Já em relação às autorizações legais e permissões para exercício de profissões, no espectro federal havia a Lei n.º 12.009/2009 que, regulamentando as profissões de *motoboy* e *mototaxista*, listava como condição para o exercício desta última a apresentação de certidões negativas das varas criminais – art. 2º, parágrafo único, inc. V.

E em relação aos taxistas, apesar do silêncio da Lei n.º 12.468/2011, diversos municípios restringiam o trabalho do taxista à pessoa que não tinha sido condenada criminalmente. O Município de São Paulo tem a Lei Municipal n.º 7.329/1969, que condiciona o exercício da profissão à inexistência de condenação por crime doloso (art. 9º, inc. IV, alínea 1,

letras “a” e “b”), exigência repetida no art. 5º para a constituição societária das empresas que desejem explorar a atividade (inc. III e parágrafo único).

No mesmo sentido, são as legislações de outros municípios, como Porto Velho – RO (Decreto n.º 10.920/2008, arts. 8º, inc. III, art. 15, inc. I, letra “g” e § 4º, art., 16, inc. II), Rio de Janeiro – RJ (LC 159/2015, arts.9º, inc. IV), Salvador – BA (Decreto n.º 27.096/2016, art. 8º, incs. VII e VIII, art. 73, inc. VII), Porto Alegre – RS (Lei n.º 11.582/2014, art. 8º, § 1º, art. 69), Goiânia – GO (Decreto n.º 2.917/2014, art. 12, inc. I, letra “g”, inc. II, letra “j”, §§ 1º e 3º).

Tais restrições contrariam o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece ser **“livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”**.

Pode a inexistência de condenação criminal ser considerada como qualificação profissional? O GT entendeu que não, com respaldo, inclusive, na interpretação sistemática da Constituição Federal, eis que o trabalho é fundamento do Estado Democrático de Direito, é direito social, e fundamento da Ordem Social, além de valor fundante da Ordem Econômica. Ademais, a Convenção 111 da OIT veda qualquer discriminação no acesso ao trabalho, vide seu art. 1º, letra “b”.

E quanto aos efeitos da condenação criminal, o inciso XLVII, letra “b” do art. 5º da CF veda as penas de caráter perpétuo, sendo que esta norma é densificada pelas previsões do Código Penal contidas em seus artigos 91 e 92, nenhum dos quais estabelece vedação ao exercício de algum tipo de atividade profissional, mas apenas a perda de cargo. Consoante o artigo 92, inciso I, é possível a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que observadas as situações específicas de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou de pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Ou seja, mesmo para a perda de um cargo ou função pública, a gravidade do crime deve ser substancial, não bastando a mera condenação como nos casos dos diplomas normativos analisados pelo GT.

Se não consta como efeito da condenação o impedimento do exercício de trabalho, então o cumprimento da condenação e a reabilitação não poderiam, também, levar à conclusão de que ficam impedidos os condenados com penas cumpridas a exercer trabalhos sem *discriminem*. Esta, ademais, é a clara dicção do artigo. 93 do Código Penal: **“A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação”**.

As vedações ao exercício profissional contidas em leis, quando amplas e desarrazoadas, são inconstitucionais, por não se tratar de qualificação profissional nos termos do inciso XIII do artigo 5º da CF, e por serem nitidamente discriminatórios e sem critérios que justifiquem a exclusão.

Isto não significa que todas as profissões sejam acessíveis a todos os condenados por crimes. A razoabilidade constitucional estabelece, ao mesmo tempo, uma vedação à discriminação sem motivo e uma autorização, exigência até, para a discriminação motivada.

Deste modo, no caso dos químicos, por exemplo, poderia ser vedado o exercício profissional aos que forem condenados por crimes contra a vida (art. 121 e ss. do Código Penal), de perigo (art. 250-259 do Código Penal), contra a saúde (arts. 267-280 do Código Penal), de falsidades (arts. 293-311) ou terrorismo (Lei n.º 13.260/2016).

E no caso dos *motoboys*, mototaxistas e taxistas, poderia ser vedado o exercício profissional aos condenados pelos crimes dos artigos 302 a 312 do Código de Trânsito Nacional, além dos crimes contra os costumes, dos artigos 213 a 234 do Código Penal.

Não sendo este tema, contudo, objeto dos trabalhos do GT, este sugeriu a criação de um Grupo de Estudo que se debruçasse sobre o tema.

---

## 6 SUGESTÕES DO GT AO COLEGIADO DA CONAP

Além da expedição de Ofícios a todas as Procuradorias Regionais e apoio ao trabalho de alguns colegas, em seu Relatório Final de 13/05/2016 o GT fez as seguintes sugestões ao Plenário da CONAP:

*1 - elaboração de um manual de atuação do trabalho do preso, compilando as conclusões aqui lançadas, bem como modelos de peças extrajudiciais e judiciais, normas internacionais e internas, e jurisprudência, para orientar a atuação dos membros do MPT, a ser editado em versão eletrônica e física;*

*2 - elaboração de proposta de anteprojeto de lei para retirar o limite de idade da aprendizagem profissional para detentos;*

*3 - elaboração de proposta de anteprojeto de lei para alterar a Lei de Execuções Penais prevendo o trabalho em oficinas privadas dentro de unidades prisionais submetido à CLT;*

*4 - formação de grupo de estudos tratando da vedação ao exercício profissional pela condenação criminal aplicada, permitida ou imposta pela Administração Pública;*

*5 - continuidade da participação do MPT, por meio da Conap, nas reuniões da ENASEP do CNMP;*

*6 - intensificação dos contatos e atuação estratégica com órgãos nacionais - DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional, CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - e internacionais - Eurosocial - Programa Para La Cohesión Social en América Latina, mantido pela Comissão Europeia da União Europeia, dentre outros, buscando ainda articulações com sindicatos e MTPS;*

*7 - atuação em conjunto com a Coordinfancia em relação ao trabalho de menores infratores; e*

*8 - edição de Orientação da Conap sobre o tema, cuja redação sugerida é:*

---

## ***Trabalho em Unidades Prisionais e de Acolhimento de Adolescentes Infratores***

*Cabe ao Ministério Público do Trabalho investigar e processar judicialmente questões que tratem do trabalho em unidades prisionais, de cumprimento de medidas de segurança, e de acolhimento de menores infratores, mantidas ou autorizadas pela Administração Pública, analisando, especialmente:*

- 1. as normas relativas ao meio ambiente do trabalho, independentemente do regime jurídico;*
- 2. o desvirtuamento da utilização de mão de obra por meio de terceirização ou qualquer outra intermediação; e*
- 3. o trabalho desenvolvido pelos presos e menores infratores e sua adequação constitucional e legal. (Trecho extraído do Relatório Final de 13/05/2016)*

## **CONCLUSÃO**

A atuação deste Grupo de Trabalho não tratou de matéria inédita para o Ministério Público do Trabalho. Importantes obras doutrinárias já tinham sido escritas sobre o tema por integrantes da instituição. Além do aspecto teórico, dezenas de procedimentos investigatórios foram instaurados, gerando diversas ações civis públicas ajuizadas.

A distinção, aqui, foi a criação de um grupo de trabalho dentro da CONAP, num movimento de planejamento estratégico iniciado no MPT a partir da década de 2010. Esse Grupo de Trabalho se debruçou sobre vários aspectos do trabalho no sistema penitenciário, atuando em conjunto com outros órgãos, diligenciando em unidades prisionais em conjunto com outros colegas e analisando experiências práticas e judiciais sobre o tema.

O Relatório Final do GT contém o percurso seguido por esse grupo de trabalho, as análises desenvolvidas pelos membros que o

integraram, muitas delas, sim, inéditas no ambiente jurídico brasileiro, finalizando com diversas sugestões de atuação para a instituição.

Trata-se de uma iniciativa importantíssima da CONAP, e que merece este registro na obra que justamente comemora os 20 anos de atuação desta importante Coordenadoria Nacional do Ministério Público do Trabalho.



---

## 3.2 Terceirização na Administração Pública: Possibilidades de Terceirização de Atividades Acessórias em Penitenciárias e Panorama de *Compliance*. Proibição de terceirização das atividades de policiais penais

Luiza Barreto Braga Fidalgo<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como escopo realizar um levantamento de dados, informações, microsistemas legais e jurisprudenciais acerca da terceirização na administração pública. Sem a intenção de esgotar o tema, foram identificados os principais aspectos que envolvem notadamente o cenário decisório acerca da prestação de serviços a terceiros no âmbito do sistema prisional.

Ressalta-se a impossibilidade de terceirização dos cargos de agentes penitenciários (atuais cargos de policiais penais), pois, se antes da Emenda Constitucional n.º 104/2019 já era clara a ilegalidade de tal terceirização, após o advento dessa EC há clareza hialina de que a segurança de estabelecimentos prisionais não pode ser objeto de terceirização.

Analisa-se, brevemente, o atual panorama jurisprudencial acerca do ônus da prova na terceirização que envolve a Administração Pública enquanto tomadora de serviços, e esse ônus se estende em provar que determinada atividade não contém requisitos de segurança que a deixem fora do âmbito do que se pode chamar de atividades acessórias e não relacionadas à segurança pública, as únicas que poderiam, em tese, ser objeto de execução indireta por terceiros.

---

1 Procuradora do Trabalho.

---

Em seguida, foram tecidas considerações acerca dos benefícios do *compliance* na terceirização de serviços realmente acessórias, nos estabelecimentos prisionais.

## 1 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1.1 Microsistema legal e jurisprudencial

A licitude da terceirização de atividades acessórias da Administração Pública demanda uma interpretação conforme a lei de licitações e CONTRATOS (Lei n.º 8.666/1993 e, atualmente a Lei nº 14.133/2021, o Decreto-lei n.º 200/ 1967 e, atualmente, o Decreto n.º. 9.507/2018.

Tratando de forma ampla acerca da terceirização, a Lei n.º 6.019 de 1974 positivou a licitude de prestação de serviços por terceiros de quaisquer atividades, inclusive da atividade principal da empresa, mas não se pode considerar que a Administração Pública pode terceirizar quaisquer atividades, pois o citado Decreto n.º 9.507/2018 excetua uma série de atividades.

Assim, a primeira premissa que deve ser assentada é que o sistema penitenciário somente pode terceirizar atividades-meio, e não atividades estratégicas e típicas do poder de polícia e de guarda/custódia de pessoas privadas de liberdade.

Nos termos da Lei n.º 6.019/74, empresa prestadora de serviços é aquela que tem idoneidade financeira ou capacidade econômica compatível com a execução do contrato. Assim, conforme leciona Homero Batista, as:

[...] empresas de fachada que atravancam o fluxo das audiências trabalhistas, bem como todos os numerosos aliciadores de mão-de-obra, popularmente chamados de “gatos”, e, ainda, aqueles esquemas de colocar o maître como prestador de serviços terceirizados de garçons ou o motoboy mais antigo como fornecedor dos serviços de entregas motorizadas feitas pelos colegas, nada disso poderá

---

ser considerado modalidade válida de terceirização – agora por força da própria lei.

Na Administração Pública, o art. 3º do Decreto n.º 9.507/2018 disciplina as hipóteses em que não é possível a ocorrência de terceirização:

Art 3º [...]

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

O Supremo Tribunal Federal, no *leading case* RE 958252, bem como ADPF 324, fixou tese no sentido de que *“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.”*(Tema 725) Trata-se de julgamento emblemático, com ata de julgamento do RE 958252 divulgada em 17 de fevereiro de 2023<sup>2</sup>, no qual se discutia, à luz dos arts. 2º, 5º, II, XXXVI, LIV e LV, e 97 da Constituição Federal, a licitude da contratação de mão-de-obra terceirizada, para prestação de serviços relacionados com a atividade- fim da empresa tomadora de serviços, haja vista o que dispõe a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e o alcance da liberdade de contratar na esfera trabalhista. Já pelo emprego do termo empresa, na referida Tese, é fácil concluir a sua inaplicabilidade à Administração Pública, à qual continua vedada a terceirização de atividades finalísticas.

---

2 Vide, nesse particular, tramitação processual do “Tema 725 - Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa” no sítio eletrônico <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Conforme pontuam Carolina Mercante e Ana Cristina Ribeiro<sup>3</sup>, a terceirização está autorizada somente para atividades acessórias, desde que não envolvam nenhuma das fases do processo administrativo. Adicionalmente, o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, impede que trabalhadores terceirizados exerçam atividades ínsitas ao rol de atribuições de servidores e empregados públicos, os quais pertencem a categorias profissionais diferentes e possuem direitos diversos. O trabalho terceirizado é, em regra, precarizado, com cerceio de liberdades e redução de custos para o empregador, de modo que os entes públicos devem evitar a precarização do trabalho humano, e não estimulá-la, ou fazer vistas grossas, mediante uma omissão do dever de fiscalização dos contratos que firmar.. s.

## 1.2 Proscrição de “*marchandage*”

A viabilidade de terceirização de atividade finalística, nas empresas, não pode significar mera intermediação de mão-de-obra, pois a coisificação do trabalho humano permanece vedada (“o trabalho não é mercadoria”: “*marchandage*”, Declaração da Filadélfia de 1944, I, “a”). Nesse sentido, o entendimento reiteradamente exposto pela Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) é no sentido de que<sup>4</sup>:

Não há que se falar em prestação de serviços caso preenchidos os elementos da relação de emprego em relação aos trabalhadores da empresa prestadora de serviços com a tomadora, mas sim em intermediação ou mero fornecimento de mão de obra, ilegal por essência, desde o princípio basilar da Organização Internacional do Trabalho: “O trabalho não é uma mercadoria” (Declaração de Filadélfia,

3 MERCANTE e RIBEIRO. Carolina e Ana Cristina D.B.F. Tostes. A regra constitucional da obrigatoriedade de concurso público como garantia de eficiência dos serviços públicos. *In*: MIESSA e CORREIA. Elisson e Henrique. **Estudos aprofundados do MPT**. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 543.

4 EMEDIATO DE SOUZA. Geraldo *et al.* **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília: Gráfica Movimento, 2017. Coautores: Gláucio Araújo de Oliveira. Helder Santos Amorim. Lorena Vasconcelos Porto. Paulo Joarês Vieira. Rodrigo de Lacerda Carelli. Tadeu Henrique Lopes da Cunha. Vanessa Patriota da Fonseca.

1944). Assim, somente se admite a mercantilização do trabalho por exceção, como no caso do trabalho temporário.

Conforme aponta Vanessa Patriota<sup>5</sup>, a terceirização da atividade finalística é identificada como mecanismo para redução de custos, mas configura, na prática, mera sonegação de direitos e precarização do trabalho humano. Comungando com tal entendimento, pontua Helder Santos Amorim<sup>6</sup> que a terceirização inclusive das atividades principais de dado estabelecimento se colidem com a Constituição de 1988, por esvaziarem a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, a função constitucional da empresa, bem como são recusados em controle de convencionalidade.

No julgamento da ADI 890, o STF decidiu que a Administração Pública, direta e indireta, deve obediência à regra geral do concurso público para admissão de pessoal, ressalvadas as duas únicas exceções contempladas pela própria Constituição, quais sejam: quando do provimento de cargos em comissão e na hipótese de contratação voltada a atender necessidade temporária e excepcional. Sob esse prisma, restou assente que deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de excepcionalidade e transitoriedade, que *“não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa”*.

Além disso, vigora a premissa de que é proscrita a terceirização quando as atividades repassadas para empresas terceirizadas se confundirem com as atribuições de cargos permanentes, a teor do Decreto

---

5 FONSECA. Vanessa Patriota da. Falácias da modernização das relações de trabalho. In: MIESSA e CORREIA. Elisson e Henrique. **Estudos aprofundados do MPT**. Volume 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 266

6 AMORIM, Helder Santos. Terceirização na reforma trabalhista. In: BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Em defesa da Constituição**: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista” / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto *et al.* Brasília: Gráfica Movimento, 2018, p. 117

7 Vide teor do acórdão de julgamento da ADI 890 em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266581>. Acesso em: 29 mar. 2023.

n.º 9.507 de 2018, art. 3º, IV, supracitado, interpretado pelo Enunciado n.º 97 da Súmula de jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Súmula n.º 97. Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei n.º 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei n.º 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.

Adentrando no tema que será objeto do próximo tópico, a função de policiais penais é essencial à segurança pública, e, por isso, não é permitida a sua terceirização, devendo o ente público observar o princípio do concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Aliás, os princípios que norteiam a Administração Pública são incompatíveis com a terceirização da função.

### 1.3 Terceirização em penitenciárias

A Lei n.º 8.666/1993 disciplina a dispensa de terceirização ao art. 17, inexistindo hipótese de contratação de empresa terceirizada para labor em penitenciárias de forma emergencial. O art. 24 da Lei 8.666 prevê, no inciso XXXV, em redação dada pela Lei 13.500 de 2017, que é dispensável a licitação para “[...] a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configure a situação de grave e iminente risco à segurança pública.” Trata-se de previsão de dispensa tão somente para que os estabelecimentos prisionais sejam construídos, mantidos e reformados, mas, obviamente, não há discricionariedade do administrador para outros fins, e a norma não contempla a dispensa de licitação para a contratação de policiais penais.

Contratos que visem terceirizar o cargo de policiais penais, utilizando para ludibriar a lei, outras terminologias para designar o cargo, não possuem como objeto uma prestação de serviços especializados e acessórios, aptos a justificar a contratação de prestadores de serviços para o exercício das atividades contratadas, pois se inserem no âmbito das atribuições, competências de profissionais que integram os quadros da administração prisional. Compreende-se como singularidade do serviço, idônea a justificar eventual contratação de prestadores de serviços, atividade incomum, inédita, dotado de excepcionalidade, que requeira profissional de notória especialidade para desempenhá-la, circunstância ausente na terceirização de policiais penais.

Sob esse prisma, não prospera o argumento de entes públicos no sentido da inexistência de impedimento para a terceirização da função de policiais penais, pois há desrespeito ao comando constitucional de acesso a cargos por concursos públicos. A tese da impossibilidade de terceirização das funções de guarda de pessoas privadas de liberdade é defendida pela Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública (CONAP) em âmbito institucional, bem como se respalda na atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET). Ademais, houve acolhimento judicial pelo TRT5, mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho, de pedido de que o governo estadual baiano se abstinhasse de renovar ou de firmar novos contratos de terceirização para as funções de policiais penais, conforme ação civil pública proposta pelo MPT.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o presidente da época de tal ação, ministro Dias Toffoli, suspendeu parcialmente decisão da Justiça do Trabalho que havia proibido a contratação de mão de obra terceirizada nas unidades prisionais na Bahia. Conforme relatado em sítio eletrônico do próprio STF<sup>8</sup> *“Ao deferir pedido de liminar na Suspensão de Tutela Provisória (STP) 138, ajuizada pelo governo estadual, o ministro autorizou a terceirização apenas em duas unidades recém-construídas nos Municípios de Irecê e Brumado, considerando que a superlotação*

8 Vide reportagem completa no sítio eletrônico: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=423205>. Acesso em: 27 mar. 2023.

---

*extrema no sistema carcerário do estado acarreta risco potencial à ordem pública.”*

Válido pontuar, todavia, que o próprio eminente Ministro relator asseverou que sua decisão não elidia a necessidade da realização de concurso público para suprir a falta de pessoal para administrar os novos presídios. Além disso, ressaltou que os dois últimos concursos para o cargo de agente penitenciário (nomenclatura anterior do cargo de policial penal) não foram suficientes para sanar o déficit de mão de obra no sistema penitenciário. Constata-se, pois, que a decisão referida possuiu caráter excepcional, dados os valores e direitos fundamentais em colisão, com prevalência da necessidade de resguardar, na maior medida possível, a segurança pública. A ilicitude da terceirização ampla e irrestrita do cargo de agente penitenciário se respalda, assim, no art. 37, II, da Constituição Federal.

A título de reforço, a Resolução n.º. 663 C (XXIV), de 1955, do Conselho Econômico e Social da ONU, estabelece as regras mínimas para o tratamento de Reclusos, estabelecendo em seu art. 46 a necessidade de que os agentes penitenciários sejam servidores estatais:

“Pessoal Penitenciário

46.

1.A administração penitenciária escolherá cuidadosamente o pessoal de todas as categorias, posto que, da integridade, humanidade, aptidão pessoal e capacidade profissional desse pessoal, dependerá a boa direção dos estabelecimentos penitenciários.

2.A administração penitenciária esforçar-se-á constantemente por despertar e manter no espírito do pessoal e na opinião pública a convicção de que a função penitenciária constitui um serviço social de grande importância e, sendo assim, utilizará todos os meios apropriados para ilustrar o público.

*Para lograr tais fins, será necessário que os **membros trabalhem com exclusividade como funcionários penitenciários profissionais, tenham a condição de funcionários públicos** e, portanto, a segurança de que a estabili-*

---

*dade em seu emprego dependerá unicamente da sua boa conduta, da eficácia do seu trabalho e de sua aptidão física. A remuneração do pessoal deverá ser adequada, a fim de se obter e conservar os serviços de homens e mulheres capazes. Determinar-se-á os benefícios da carreira e as condições o serviço tendo em conta o caráter penoso de suas funções. (grifos nossos)*

Prevalece, pois, a máxima efetividade do art. 37, II, da Constituição Federal, que consagra o princípio constitucional do concurso público para acesso a cargos públicos, de modo que é proibida a terceirização ampla e irrestrita, como mero fornecimento de mão-de-obra, de policiais penais, por se tratar de função cujo acesso depende de aprovação em concurso público. Tal vedação se revela quando visualizada a natureza das funções exercidas pelos policiais penais, que se enquadram em atividade ínsita à segurança pública, essencial e finalística do Estado.

Ademais, é comum que violações de direitos trabalhistas ocorram de forma concatenada, de modo que a terceirização do cargo de policiais penais é acompanhada, não raro, de dispensas indevidas e sucessivas de licitações, bem como de superfaturamentos em contratações irregulares que dilapidam o patrimônio público.

Nesse particular, assevera Ruy Cavalheiro<sup>9</sup> que vigilantes prisionais recebem remuneração inferior à dos policiais penais do Estado, bem como exercem atividades para os quais não foram adequadamente treinados, nem são suficientemente remunerados, gerando grande rotatividade de tais trabalhadores. Outra dificuldade que salta aos olhos nas hipóteses de terceirização do cargo de policial penal é a ausência de autoridade de tais vigilantes, que não se enquadram no art. 2º da Lei 10.693 de 2003, por não serem agentes prisionais estatais.

---

9 CAVALHEIRO. Ruy Fernando Gomes Leme. Aspectos do trabalho no sistema penitenciário brasileiro. In: MIESSA e CORREIA. Elisson e Henrique. **Estudos aprofundados do MPT**. Volume 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 173.

## 1.4 Ônus da prova em terceirizações de atividades acessórias na Administração Pública

Pois bem. Pontuado que a Administração Pública continua autorizada, pelo ordenamento jurídico vigente, a somente contratar a execução indireta de atividades acessórias, passa-se a discorrer sobre o ônus da prova da fiscalização dos contratos.

No que toca ao ônus da prova em terceirizações na Administração Pública, válido pontuar que pende de julgamento pelo STF o “*Tema 1118 - Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)*”, *Leading case* RE 1298647, concluso ao Relator Min. Nunes Marques em 01 de março de 2023<sup>10</sup>. Trata-se de recurso extraordinário em que se discute à luz dos artigos 5º, II, 37, XXI e Constituição Federal a legitimidade da transferência ao ente público tomador de serviço do ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público.

A posição defendida no presente artigo é no sentido de que o ônus da prova em tais casos é da Administração Pública, por ser aquela que ostenta maior e melhor capacidade para produzir essa prova (art. 373, § 1º, Código de Processo Civil). A Administração Pública possui dever legal de fiscalizar contratos de prestação de serviço de trabalhadores terceirizados que lhes prestem atividades, de modo que deverá recair sobre ela o ônus de comprovar a ausência de culpa na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas devidas aos trabalhadores terceirizados pela empresa contratada, para fins de definição da responsabilidade subsidiária do Poder Público. Neste mesmo sentido, vide posição institucional da Coordenadoria Nacional de Promoção da

<sup>10</sup> Vide tramitação processual no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6048634&numeroProcesso=1298647&classeProcesso=RE&numeroTema=1118>. Acesso em: 28 mar. 2023.

---

Regularidade do Trabalho na Administração Pública (CONAP), consubstanciada em Parecer apresentado pela Assessoria Jurídica Trabalhista da Procuradoria Geral da República no *leading case* supra e pormenorizada em artigo elaborado por Ileana Neiva Mousinho<sup>11</sup>.

É essencial que haja a efetiva fiscalização dos contratos de terceirização no decurso do vínculo, com sanções, rescisões imediatas em caso de ilicitudes das terceirizadoras, para evitar a dilapidação em dobro do patrimônio público. O *compliance* incentiva a documentação e constantes fiscalizações dos contratos de terceirização para atenuar litígios e prejuízos.

## 2 COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1 Conceito e disciplina legal

O *compliance* envolve medidas de prevenção de cometimento de ilícitos a fim de minimizar a transparência e minimizar os custos com litígios decorrentes da reiteração de violações a padrões de condutas legais. Trata-se de mecanismo tendente a moralizar a contratação de empresas prestadoras de serviços no âmbito da terceirização mediante a verificação de adimplemento de obrigações trabalhistas no decurso do vínculo. Além disso, é possível a aplicação de medidas de *compliance* para seleção de terceirizadoras financeiramente solventes a fim de evitar futuros prejuízos das tomadoras de serviço com responsabilizações subsidiárias.

Em termos legislativos, no Brasil, a Lei n.º 12.846/ 2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Probidade Empresarial) adotou a expressão programa de integridade para se referir ao *Compliance*. Em âmbito federal, positivou-se o Decreto n.º 8.420/2015, com vistas a regulamentar a Lei n.º 12.846 de 2013, tendo sido tal Decreto revogado pelo Decreto n.º 11.129 de 2022.

---

11 Vide íntegra de tal artigo no sítio eletrônico <https://www.jota.info/autor/ileana-neiva-mousinho>. Acesso em: 28 mar. 2023.

---

A despeito de sua revogação, válido trazer à baila o teor do art. 41 do Decreto n.º 8.420/2015, que trazia noções gerais para o escopo de programa de integridade, nos termos ora transcritos:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Percebe-se, pois, que o *compliance* é eficaz para reduzir prejuízos da Administração Pública com terceirizadoras inidôneas, que descumprem normas de saúde, segurança, higiene do trabalho, por exemplo, bem como não repassam aos empregados seus haveres devidos, fruto dos adiantamentos daquelas empresas. São frequentes terceirizações fraudulentas na Administração Pública, as quais resultam, não raro, em calotes de empresas insolventes aos seus trabalhadores, que buscam na Justiça Laboral a responsabilização do ente público tomador de serviço.

## 2.2 *Compliance* e terceirização

A utilização de medidas de *compliance* na Administração Pública quando há terceirização encontra guarida no art. 37, *caput*, da Constituição, que prestigia, dentre os princípios que regem a Administração Pública, os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, trata-se de iniciativa que se coaduna com os princípios da Administração Pública insculpidos no art. 2º da Lei n.º 9.784/1999,

---

segundo o qual “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Releva-se, pois, que programas de *compliance* estabelecem diretrizes para gestão de riscos e informações, implementação de transparência e de procedimentos padronizados e equânimes de atuação institucional e recursos de *accountability*. Trata-se de salvaguarda de acurácia, isonomia, com priorização de preceitos éticos que potencializam a boa governança administrativa.

A implementação de eventual Código de Conduta que vise combater previamente a corrupção atende notadamente aos princípios da moralidade e publicidade, garantindo higidez no serviço público e isonomia tendente a atenuar discriminações injustas. Na Administração Direta e Indireta, criação de canal de denúncias em estrutura estatal para escuta de denúncias de terceirização ilícita materializa os princípios da impessoalidade, eficiência, por representar meio ágil, dinâmico, apto a desburocratizar investigações de corrupção e ampliar transparência e eficiência nas investigações.

Consoante asseveram Carolina Mercante e Ana Cristina Ribeiro<sup>12</sup>, no espectro da Administração Pública, a prática da terceirização:

[...] além de externalizar responsabilidades trabalhistas e previdenciárias, aumentar a exploração da força de trabalho a rotatividade da mão-de-obra, reduzir a massa salarial, desmobilizar sindicatos e inibir greves, favorece o desvio de dinheiro público e o clientelismo, isto é, a troca de favores entre governantes e seus eleitores ou seus financiadores de campanha.

Caso haja denúncias de terceirizações ilícitas envolvendo a Administração Pública, a salvaguarda da identidade do denunciante

---

12 MERCANTE e RIBEIRO. Carolina e Ana Cristina D.B.F. Tostes. A regra constitucional da obrigatoriedade de concurso público como garantia de eficiência dos serviços públicos. In: MIESSA e CORREIA. Elisson e Henrique. **Estudos aprofundados do MPT**. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 546.

encontra respaldo no princípio da legalidade e por reiterados posicionamentos judiciais que denegam mandados de segurança impetrados com o escopo de revelação da identidade de quem denunciou ilícitos. Nesse sentido, inclusive, vide redação dada pela Lei n.º 13.866 de 2019 à Lei n.º 8.443 de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), segundo a qual *“Art. 55. (...) § 3º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter o sigilo do objeto e da autoria da denúncia quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”*

Válido pontuar, no particular, que o legislador que acrescentou referido § 3º ao Art. 55 da Lei Orgânica do TCU intentou enquadrá-lo na exceção contida no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, segundo a qual: *“Art. 5º (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à **segurança da sociedade e do Estado**” (grifos nossos)*. Permanece, pois, a vedação do anonimato, como regra, bem como a possibilidade de a identidade do denunciante ser revelada em sede de mandado de segurança, pelo STF, caso reconhecido que não há risco à *“segurança da sociedade e do Estado”*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceirização na Administração Pública, tal como em atividades privadas, não pode se confundir com mera locação de mão-de-obra. Tratando-se de atividades de interesse público, notadamente a segurança de estabelecimentos penitenciários, a prestação de serviços por terceiros, não concursados, é totalmente vedada, em razão do cargo de policial penal ser, por essência, estatal, devendo-se subsumir à admissão por meio de concurso público.

Nesse contexto, em que somente é possível a terceirização de atividades acessórias, a questão que se apresenta é a definição do conceito de atividade acessória. Levar a pessoa privada para o banho de sol ou para audência não são atividades acessórias, porque os indivíduos estão sob a custódia do Estado e esses atos envolvem proce-

---

dimentos operacionais de segurança. Logo, não são atividades terceirizáveis.

Portanto, o espaço para o *compliance administrativo* emerge como alternativas de governança responsiva, coerente, transparente, que pode oferecer meios seguros e idôneos para contratações de trabalhadores na Administração Pública, tão somente nos contratos de prestação de serviços de atividades acessórias. No mais, qualquer regra de *compliance* deve atuar no sentido de tratar a admissão de policiais penais por meio do concurso público um imperativo de boa governança e respeito ao princípio da legalidade.

É certo que o labor em ambiente prisional em si envolve constantes colisões entre direitos como segurança pública e integridade de agentes estatais, e, que, por vezes, policiais penais podem ser favoráveis a que atividades mezinhas, classificadas como de “hotelaria” ou de hospedagem no presídio, sejam cometidas a trabalhadores terceirizados. Todavia, cabe ao membro (à membra)do MPT investigar se os procedimentos operacionais-padrão de segurança revelam que determinada atividade não é realmente acessória, mas, ao contrário, envolve um risco à segurança e ao cumprimento da pena privativa de liberdade, demandando execução por agentes do Estado, detentores do poder de polícia.





**PARTE 4**  
**NOVAS PERSPECTIVAS DE**  
**ATUAÇÃO**



## 4.1 Anti-Institucionalismo e Assédio Eleitoral

Elaine Nassif<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

A guerra cultural<sup>2</sup>, o anti-institucionalismo<sup>3</sup> e a ideologia do empreendedorismo<sup>4</sup>, como ícones da pauta da extrema direita no Brasil, podem ter contribuído para um fenômeno crescente na sociedade brasileira, qual seja, a ideia de que a lei é facultativa, e não obrigatória, sobretudo nas relações trabalhistas. Tal ideia contraria o próprio conceito de lei, como regra escrita que emana da soberania de uma dada sociedade e que impõe a todos os indivíduos a obrigação de submeter-se a ela sob pena de sanções.

- 
- 1 Pós-doutora em direito, Procuradora do Trabalho na Terceira Região – MG.
  - 2 Guerra cultural no sentido empregado por ROCHA, João Cezar Castro. **Guerra cultural e retórica do ódio**: crônicas do Brasil. RJ: Ed. Caminhos, 2022.
  - 3 Anti-institucionalismo como negação do campo institucional. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64425263>. Acesso em: 29 Mar. 2023. No anti institucionalismo não é necessário revogar direitos. Joga-se no ostracismo as instituições garantidoras deles, acuadas, sem recursos, sem concursos públicos, sem força para reagir ao assédio institucional, aquele que é propagado por discursos de autoridades ou lideranças, colocando a população contra a instituição. Estimula-se o ódio da população contra a instituição, pública ou privada, contra órgãos de comunicação oficial, contra o jornalismo profissional. Exemplo de assédio institucional, chamar de “parasitas”, ou ameaçar de fechar o STF com “um cabo e um soldado”, estimulando o ódio e a desconfiança contra as instituições. Reúne conceitos como a antipolítica, o antidireito e a antidemocracia. Sobre os mais velhos serem os mais atingidos por esta guerra cultura, conferir a matéria disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64425263>. Acesso em: 29 mar. 2023.
  - 4 Interessante a pesquisa “Juventude LTDA.: a ideologia do empreendedorismo na formação dos jovens do século XXI”. Identificamos nessa pesquisa que a ideologia do empreendedorismo é forma com que o capital tem busca do disputar o sentido dado a um conjunto de processos de reestruturação estatal e produtiva e suas consequências danosas para as condições de vida daqueles que vivem do trabalho. A sua difusão opera como um preventivo contra a revolta popular pela retirada de direitos e uma forma de adequação a formas de vida cada vez mais precárias. Essa ideologia leva ao avanço da irracionalidade da vida político-social sob hegemonia das formas flexíveis de acumulação. A partir desse percurso, pretendemos oferecer subsídios para a compreensão do papel ideológico do empreendedorismo na adaptação da juventude as demandas do capital imperialismo no século XXI. No mesmo sentido o artigo intitulado “O empreendedorismo como uma ideologia neoliberal”. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cebape/a/HY7Np-JpmW6vh6sKX3YdCrSd/>. Acesso em: 29 mar. 2023.

---

Com efeito, paira entre trabalhadores empresários, a falsa sensação de que podem transacionar livremente sobre se querem ou não aplicar determinadas leis às suas relações jurídicas. A “liberdade” de aceitar ou não uma lei estaria se transformando num dogma e se posicionando acima da lei.

Um exemplo claro disso é o processo de pejetização<sup>5</sup> substituindo empregos formais. Em troca de ganhar algo mais, trabalhadores montam ME (Micro Empresas) ou abrem MEI (micro empreendedor individual), para trabalharem como empregados sem receber direitos trabalhistas e sonegarem encargos para FGTS, previdência social, décimo terceiro salário, férias, horas extras e cumprimento de normas coletivas de trabalho. O empresariado se apropria ilicitamente dos valores desses encargos, geralmente repassando um percentual para o empregado. Esta transação privada sobre direitos de ordem pública, inderrogáveis e indisponíveis vem acontecendo à luz do dia com toda naturalidade, como se não estivessem claramente tipificados como crimes contra a ordem econômica, contra a ordem tributária, contra a ordem trabalhista, contra a ordem previdenciária, contra a ordem fundiária. A vida em sociedade exige que leis existam para que sejam cumpridas. Mas parece que o nível de desrespeito com as instituições alastrou uma epidemia de descumprimentos. A mesma naturalidade detectada no cometimento de assédio eleitoral nas relações de trabalho, objeto deste artigo.

A aversão a instituições, sejam elas órgãos ou entidades da administração pública, é uma tática comunicacional importante para os grupos interessados na privatização desses mesmos órgãos e entidades. É também uma estratégia de destruição de direitos sem necessidade de revogar a lei. A cultura antiestatal é muito lucrativa para alguns. O neoliberalismo é um movimento que visa se apropriar do que foi construído com dinheiro público e é lucrativo, acumulando riqueza de forma exponencial. É também um método de destruição de direitos que reduzem suas margens de lucro, como o direito trabalhista.

---

5 Pejetizar é manter empregados através da criação de empresa pelos contratados, fazendo com que a relação passe a ser entre pessoas jurídicas, para fraudar direitos e encargos trabalhistas (art. 9º CLT c/c art. 203 do Código Penal).

---

Ninguém quer comprar o que dá prejuízo, é óbvio. Mas por paradoxal que possa parecer, a propaganda engendrada pelos conglomerados interessados em comprar a coisa pública a preço ínfimo, claro, gira em torno da ideia de que o dinheiro público é mal administrado e dá prejuízo, ou que toda a coisa pública está associada a corrupção. A ideia do Estado Mínimo decorre deste conjumar de equívocos. A corrupção é o clássico mote invocado para justificar que a coisa pública cobiçada pelos conglomerados econômicos privados deva ser privatizada.

É no bojo de uma agressiva e persistente comunicação anti institucional, que nos últimos anos agravou-se o fenômeno da naturalização de cometimentos de crimes contra a ordem trabalhista e contra a ordem eleitoral. Neste artigo vamos nos centrar no cometimento de assédio na administração pública de qualquer das esferas de governo: federal, estadual ou municipal.

## O ASSÉDIO ELEITORAL

As eleições de 2022 foram marcadas por uma forte disseminação de práticas antidemocráticas de diversos matizes, a partir do estímulo de seu cometimento pelas redes sociais. Uma dessas práticas, o assédio eleitoral no âmbito as relações de trabalho, tomou proporções nunca vistas, que somados às *fake news* disparadas de forma maciça nas redes sociais, ameaçaram seriamente o modelo democrático. Somente para se ter uma ideia, em relação às eleições de 2018, o número de denúncias cresceu 700%<sup>6</sup>. Este volume de denúncias recebido instantaneamente na Justiça Eleitoral e no Ministério Público, instituição constitucionalmente incumbida da defesa da ordem jurídica e do regime democrático<sup>7</sup>, obrigou-o a uma rápida adequação do seu modo de operar, visando o enfrentamento eficaz da situação.

---

6 Um balanço das denúncias recebidas no Ministério Público do Trabalho está publicada no *site* da instituição. Disponível em: <https://www.prt24.mpt.mp.br/2-uncategorised/1731-assedio-eleitoral-mpt-apresenta-balanco-de-atuacoes>. Acesso em: 26 mar. 2023.

7 Art. 127 da Constituição da República. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do

Assim foi que, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, um comitê e crise foi criado, notas técnicas<sup>8</sup> e orientações foram emitidas<sup>9</sup>, visando lograr dar uma resposta ao fenômeno. Adotou-se a prioridade na distribuição deste tipo de denúncia em regime de urgência e audiências públicas foram organizadas<sup>10</sup> para colher informações e divulgar a ilicitude do comportamento assediador, sobretudo no curto período de tempo entre o primeiro e o segundo turno, quando o volume de denúncias subiu mais de 2.000%<sup>11</sup>. Uma articulação interinstitucional com a justiça eleitoral, detentora do poder de polícia, foi inevitável. A aplicação da legislação eleitoral no âmbito trabalhista implica uma adoção dos prazos previstos naquela.

Quando se fala em assédio pressupõe-se sempre uma relação de hierarquia ou ascendência, de influência sobre a vida material ou psicológica de um sobre outro que tenha efeito de coagir aquele que se encontra em situação inferior, a ceder aos caprichos ou desejos do outro. No âmbito das relações de trabalho pode ser definido como a conduta abusiva do empregador ou seu representante, que se utiliza de seu poder de direção para pressionar ou submeter o trabalhador ou trabalhadora a constrangimento ou humilhação, com o objetivo de obter o engajamento político durante o pleito eleitoral. A vítima do

---

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

- 8 Nota técnica/Coordigualdade n.º 001/2022, para a atuação do Ministério Público do Trabalho em face as denúncias sobre prática de assédio eleitoral no âmbito do mundo do trabalho. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nt-assedio-eleitoral.pdf>. Acesso em 26 mar. 2023.
- 9 **Orientação n.º 18.** Assédio Político e Eleitoral. Administração Pública direta e indireta. O Ministério Público do Trabalho é parte legítima para coibir o assédio político e eleitoral, praticado por agente público e equiparado, independentemente do vínculo jurídico, da modalidade de que se revista (horizontal ou vertical) e do número de trabalhadores atingidos. A atuação do MPT visa tutelar o meio ambiente do trabalho, incluindo o risco psicossocial, para a proteção dos direitos políticos e de cidadania, os quais constituem interesse público. O MPT deve buscar, dentre outras providências, a retratação cabal, a cominação de obrigações de fazer e não fazer, o pagamento de indenizações e quaisquer outras medidas apropriadas à reconstituição dos bens jurídicos lesados. **(NOVA REDAÇÃO aprovada na 44ª Reunião Nacional da CONAP, em 17 e 19 de outubro de 2022)**
- 10 Por exemplo, a audiência pública realizada em 21 out. 22 no MPT-MG disponível em <https://sites.almg.gov.br/eleicoes2022/temas/video.html?id=1709385>. Acesso em: 26 mar. 2023.
- 11 Assédio eleitoral dispara em 2.577% entre o primeiro e o segundo turno. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/10/5047542-assedio-eleitoral-dispara-em-2-577-entre-o-primeiro-e-segundo-turno.html>. Acesso em: 26 mar. 2023.

assédio pode ser qualquer pessoa, empregada ou não, assim como, prestadores de serviços autônomos, estagiários, aprendizes, voluntários, funcionários e empregados públicos, trabalhadores temporários ou terceirizados.

As denúncias revelaram muitas modalidades de assédio, todas, porém, visando duas finalidades: obter o voto do trabalhador assediado, por meio do medo da perda do emprego, e torná-lo um cabo eleitoral para obtenção de mais votos. É como se cada empresa ou repartição pública pudesse, de repente, se transformar em comitês eleitorais de determinado candidato.

A toda evidência, além da violação das leis eleitorais e do regime democrático, as ilicitudes trabalhistas perpetradas formaram um conjunto de ações detratórias das liberdades civis e políticas tão duramente conquistadas e garantidas na ordem constitucional.

Seria interessante, a esta altura, exemplificar algumas destas ações: obrigaram trabalhadores a usar camisetas do candidato apoiado pelo proprietário<sup>12</sup>; decoraram toda a empresa de cores do candidato, bandeiras que remetessem ao candidato; realizaram reuniões e palestras saber constranger a revelar qual a preferência política do empregado; venderam camisetas a alunos e professores com o número do candidato escrito nas costas, obrigando sua utilização como se fosse uniforme escolar; gravaram áudios e vídeos orientando empresários a tomar documentos com fotos dos trabalhadores resistentes, para que eles não pudessem votar; obrigaram empregadas domésticas constrangidas a ouvir “sermões” e declarar voto; abriram estabelecimento comercial em horário integral para impedir o exercício do voto no dia da votação<sup>13</sup>; trancaram empregados no dia da eleição para impedi-los

12 Exemplos: <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/assedio-justica-proibe-empresa-de-obrigar-empregados-vestir-camiseta-de-candidato> e <https://www.conjur.com.br/2022-out-21/reflexoes-trabalhistas-assedio-eleitoral-cometido-ambito-relacoes-trabalho#:~:text=Assim%2C%20o%20ass%C3%A9dio%20eleitoral%20cometido,objetivo%20de%20obter%20o%20engajamento>. Acesso em: 23 mar. 2023.

13 **O trabalhador que estiver em atividade profissional regular no dia da eleição tem direito a ausentar-se para exercer o seu direito de voto**, não podendo o empregador criar embaraço ao empregado, seja não o liberando para a votação, seja convocando-o para o trabalho com o intuito de provocar a abstenção do trabalhador no pleito eleitoral (art. 297, Código Eleitoral).

de votar, em crime de cárcere privado; prometeram dinheiro, de dia de folga, churrasco, promoção, troca de turnos; obrigaram a dirigir carros, caminhões e tratores das empresas em carreatas; obrigaram a afixar bandeiras nas suas residências; obrigaram trabalhadores a gravar e divulgar vídeos de apoio a determinado candidato, para fazê-los circular nas redes sociais; obrigaram a frequentar acampamentos ou dar apoio logístico; a empunhar bandeiras nas vias públicas, apoiando determinado candidato, usando a camisa de um deles na porta da empresa<sup>14</sup>.

As empresas, estimuladas pelo discurso da liberdade de expressão e da liberdade econômica, passaram a ver suas empresas como um espaço privado no qual poderiam transformar em verdadeiros comitês eleitorais, explorando seus empregados para tal fim.

## PROPAGANDA E ASSÉDIO ELEITORAL NO ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR

No campo eleitoral, a Lei n.º 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, dispõe disciplina sobre a colocação de propaganda eleitoral em espaços públicos, privados ou de uso de bem comum:

Art. 37

[...]

§ 2º Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de:

I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos;

II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m<sup>2</sup> (meio metro quadrado)

14 Como exemplo, conferir a matéria disponível em: <https://apublica.org/2022/10/tem-que-votar-no-candidato-do-patrao-trabalhadores-denunciam-empresarios-pro-bolsonaro/>. Acesso em 26 mar. 2023.

---

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.

Todos os estabelecimentos empresariais são, para efeito da legislação eleitoral, bens particulares ou bens de uso comum, e, nesta condição, não podem produzir, exibir ou promover propaganda político-eleitoral em suas dependências.

Por restringir e atentar contra a liberdade de voto dos empregados, a Resolução TSE n.º 23.610/2019, que trata regulamenta as propagandas eleitorais, impede a circulação de material de campanha e propaganda eleitoral nas empresas.

Discute-se se o estabelecimento da empresa pode exibir fotos, santinhos, cores ou bandeiras alusivas a um ou outro candidato. A resposta, conforme vimos acima, é negativa. Uma brecha, não na legislação, mas talvez na jurisprudência, beneficiou um determinado candidato. Todos sabem qual é o candidato que se apropriou da bandeira do Brasil. Não obstante, a única decisão encontrada a respeito do uso de bandeiras nos bens de uso comuns, como lojas ou supermercados, claudicou na interpretação, flexibilizando-a. Embora de primeira instância, o uso de bandeiras do Brasil nos estabelecimentos efetivamente ocorreu e foi uma forma de burlar a legislação eleitoral, sobretudo a que rege a propaganda eleitoral.

A bandeira do Brasil se tornou símbolo, não do Brasil, mas de uma determinada candidatura, e onde quer que tenha sido usada, demarcou território para determinado candidato, em prejuízo dos princípios da propaganda eleitoral com o agravante de usar símbolos oficiais utilizados por órgãos do governo, o que é expressamente vedado no art. 40 da Lei n.º 9.504/1997.

Art. 40. O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime,

---

punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR.

Sobre os princípios da propaganda eleitoral, o professor e promotor eleitoral, Dr. Resende Castro leciona que:

A propaganda eleitoral é orientada pelos **princípios da legalidade** (as regras que impedem certos tipos de propaganda são regras de caráter cogente, normas de ordem pública), **da liberdade** (o candidato pode realizá-la da forma como melhor entender, desde que nos limites fixados na lei, e o eleitor tem direito à ampla informação), da **responsabilidade** pelos excessos da propaganda, inclusive por dano moral), da **igualdade/isonomia de oportunidades** (já que a lei procura fixar regras que diminuam as diferenças de oportunidade naturalmente existentes entre os candidatos), da **disponibilidade** (entendido como a possibilidade de o candidato/Partido/Coligação não se utilizarem do direito à propaganda, mesmo quando lícita), e **do controle judicial** (já que compete à Justiça Eleitoral, além do poder de polícia da propaganda, conhecer e julgar a propaganda irregular, coibindo os excessos, fazendo cessar as ilicitudes e impondo sanções)<sup>15</sup>.

No campo trabalhista, o assédio eleitoral constitui ilicitude trabalhista caracterizada como abuso do poder diretivo do empregador que pode levar à dispensa indireta e indenização por danos morais, sem prejuízo das sanções criminais previstas no código penal e na legislação especial eleitoral, que podem ter efeito também na esfera trabalhista.

Nos termos do julgamento proferido nos autos da reclamatória trabalhista 0020803-52.2021.5.04.0124:

A tentativa da reclamada de constranger os empregados a votar em candidato da sua preferência traduz abuso do poder diretivo e violação ao direito

---

15 CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**. 11 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

o voto livre, assegurado no art. 15 da Constituição, e afronta ao livre exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana. O poder diretivo do empregador encontra limite na convicção política de seus empregados. A insinuação feita pela empregadora de despedida ou de perda de direitos dos empregados que se manifestarem de modo diverso daquele sugerido pela empregadora, constitui abuso de direito. Resulta devida, assim, a indenização por dano moral (CF, art. 5º, V e X; CC, arts. 186, 187 e 927).

O assédio eleitoral, embora possa ser inserido no contexto do assédio moral interpessoal, contém um agravante que é seu componente devastador para o próprio regime democrático, em que a pluralidade de partidos e ideias ou ideais só pode conviver num ambiente de respeito às opiniões divergentes e onde o adversário político não é visto como um inimigo. O assédio eleitoral é uma violação aos direitos políticos e ao regime democrático. Assim, a depender da forma como cometido, constitui crime previsto no código eleitoral ou crime previsto no código penal<sup>16</sup>.

Algumas categorias de trabalhadores, como Jornalistas e radialistas, influencers e professores, que já vinham sofrendo assédios institucionais, tiveram sua profissão completamente ameaçada por violência da população, instigada que estava a acessar somente as informações das bolhas a que pertencem, recusando qualquer outra informação vinda de outras fontes, consideradas “inimigas”. Foi assim que jornalistas e radialistas sofreram agressões físicas, espancamentos em vias públicas, linchamentos, destruição de seu material de trabalho e humilhações de todo tipo. A maioria das pessoas inseridas na guerra cultural da extrema direita pararam de assistir televisão em 2015. Desta forma, rompeu-se a possibilidade de haver uma coincidência sobre os fatos efetivamente ocorridos ou os inventados. A realidade virtual sobrepôs-

16 A Lei n.º 14.197, de 1º.9.21, dispõe sobre o crime de violência política: Violência política: Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

---

-se como loucura sobre os acontecimentos reais, facilmente demonstráveis. Mas isso extrapola o objetivo do artigo.

## **PROPAGANDA E ASSÉDIO ELEITORAL EM ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

No setor público a situação também se agravou nas eleições de 2022. Esse engajamento cego pelas redes sociais na mobilização política adentrou as entranhas das instituições, transformando-as em braços dos comitês eleitorais da situação, sobretudo. Se antes as ingerências eram disfarçadas, o ódio anti institucionalista propagado pelas redes retirou dos agentes públicos qualquer timidez. A pressão, sobretudo nas administrações municipais, que era feita de forma mais sutil nos anos anteriores, assumiu uma dimensão de naturalidade. O espaço público das relações entre agentes políticos e servidores públicos foi tratado como patrimônio privado dos seus ocupantes. Pessoas despreparadas para ocupação de cargos públicos ou encorajadas a fazer deles o que fosse necessário para obter votos, multiplicaram uma sequência de ameaças, chantagens, coerções, oferecimento de vantagens, propinas e muito mais. O orçamento secreto alavancou os interesses na administração pública movimentando a máquina a favor da situação, sobretudo, por meio de R\$46,2 bilhões distribuídos durante três anos, sem qualquer transparência (daí o adjetivo “secreto”), o que levou o STF a derrubá-lo no final de dezembro de 2022.

Não votar tornou-se uma fuga, uma forma de tentar evitar investidas de assediadores eleitorais. Mudar o título de eleitor ou não mudar o local de votação depois de troca de domicílio também foi utilizada para não se tornar alvo de assédios políticos eleitorais<sup>17</sup>. A abstenção de 9% dos eleitores deu-se por medo<sup>18</sup>.

---

17 Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/675-dos-brasileiros-tem-medo-de-declarar-o-voto-por-causa-da-violencia-politica/>. Acesso em: 26 mar. 2023.

18 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/09/datafolha-9-admitem-deixar-de-votar-por-medo-de-violencia-politica.shtml>. Acesso em: 26 mar.2023.

---

Conforme Motta e Tiossi Jr.<sup>19</sup>:

[...]“servidores são assediados para que manifestem e exteriorizem seu apoio ao candidato indicado pelo assediador. Na grande maioria das vezes, dentro de uma prefeitura o assédio é cometido pelo grupo da situação, independente de qual partido o prefeito seja filiado, visto que desejam manter-se no poder. Dessa forma, o chefe do executivo municipal, utilizando-se de servidores do primeiro escalão, ou seja, aqueles que exercem funções de chefia ou gerência e são de livre nomeação e exoneração, assediam os demais servidores. O assédio pode acontecer de várias formas, como a exigência de que os servidores adesivem seus automóveis, coloquem banners e faixas em suas residências, distribuam santinhos, participem de carreatas, passeatas e reuniões, dentre outras formas de propaganda.”

A Lei n.º 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, aponta vedações aos agentes públicos durante as campanhas eleitorais, sendo proibidas condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre os candidatos nos pleitos eleitorais. Vejamos:

#### Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

I - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado.

---

19 Motta, Ivan Dias da; TIOSSI Jr., José Roberto. Assédio Moral ao Servidor Público no ambiente de trabalho durante o período eleitoral para eleições majoritárias municipais no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 13, n. 1, p. 315-329, jan. jun 2013.

---

II - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

Ao receber denúncias de agentes políticos assediando eleitoralmente outros agentes públicos, a primeira providência é emitir uma recomendação advertindo da ilicitude caso eventualmente comprovada a ação e determinando sua imediata cessação. Em seguida vem, dependendo do caso, a determinação da prática de um ato público de retratação cabal, reestabelecendo a liberdade civil ou política violada. Os prazos concedidos para esta adequação espontânea são os da lei eleitoral e não os da Lei da Ação Civil Pública ou do processamento normal de inquéritos, pois prevalece a legislação específica. Somente depois dá-se início à apuração do ocorrido com instrução de inquérito.

Não foi incomum, quando do processamento desses inquéritos, lidar com a reação de estupor dos investigados, que até então, totalmente desinformados, não vislumbravam qualquer irregularidade nas suas ações, motivo pelo qual, suportados pela comunicação leiga e má intencionada, muitas vezes, das bolhas das redes sociais, as praticavam sem qualquer constrangimento, abertamente.

A certeza da impunidade ou da regularidade da ação está calçada na repetição de exemplos divulgados nas redes. Um empresário grava um vídeo assediando trabalhadores, isso se replica em diversos outros estabelecimentos, por seus proprietários, tanto ávidos por cliques quanto por fama, sentimento de pertencimento e, por fim, de vencer a eleição.

## **O ASSÉDIO PÓS-ELEITORAL**

No ambiente novo em que vivemos, no qual as posições polarizadas estão calcificadas e galgaram o cotidiano, o eleitor passa a se comportar no dia a dia, em consonância com sua escolha eleitoral e com o mesmo humor beligerante da disputa. Desta forma, um proprietário de empresa tenderá a discriminar aquele que ele desconfiar possuir simpatia política pelo adversário, que ele vê como “inimigo”.

---

O que podemos esperar, portanto é que o assédio pós-eleitoral, que discrimina e até dispensa trabalhadores por conta de suas opções políticas ou visões de mundo, se converta num assédio político permanente, caso as instituições não regulem as redes sociais e não fortaleçam o arcabouço jurídico por meio do qual se consiga conter o discurso de ódio, anti institucional, anti direito e anti democrático, como aqueles que insuflaram o ataque aos três poderes no famoso 8 de janeiro de 2023.

Em que pese o Brasil ter denunciado a Convenção 158 da OIT, e esta denúncia ter padecido de vício formal, posto que sem atender as próprias regras e Convenções que regem o processo de denúncia de convenções, e em que pese não haver previsão de reintegração ao trabalho em razão de dispensa arbitrária, é fato que o assédio eleitoral é um assédio qualificado porquanto além de constituir crime comum, assume uma dimensão maior por causa de seu caráter violador do próprio regime democrático, compreendendo o até comprometimento da democracia meramente eleitoral. Não coibir isso seria flertar com a autocracia eleitoral. Seria, portanto, nada mais do que razoável, requerer e obter dos órgãos jurisdicionais a reparação adequada do bem jurídico violado, mediante a reintegração ao emprego ou cargo público daquele servidor ou empregado público dispensado em razão de discriminação político eleitoral.



## 4.2 A Tendência Universalizante dos Direitos Fundamentais Trabalhistas e o Combate ao *Dumping Social*

Sebastião Vieira Caixeta<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Pretende-se, neste trabalho, apresentar um panorama da tensão existente entre a universalidade característica dos Direitos Humanos e dos Fundamentais<sup>1</sup>, com sua *eficácia expansiva* decorrente do princípio da máxima efetividade e a globalização excludente.

O movimento de globalização, impulsionado pelo neoliberalismo, procura deslegitimar o caráter universal e progressivo dos Direitos Humanos, negando, no limite, até a possibilidade de existência destes.

Nesse contexto, conquistas históricas do movimento operário são ameaçadas, impondo-se retrocessos sociais importantes e devastadores, que causam não só o rebaixamento das condições de vida, mas também adoecimentos e mortes, como os que decorrem da terceirização, jornadas exaustivas, assédio moral organizacional, *downsizing*, culminando no *dumping social*.

1 Embora não caiba, pela limitação do objeto deste trabalho, discutir, aprofundadamente, conceituações e classificações, é necessário, ainda que em breve nota, distinguir Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. E o fazemos de acordo com o que parece ser a diferenciação da Constituição da República Federativa do Brasil, sinalizada no art. 4º, inciso II, e na epígrafe do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e a que consideramos a melhor doutrina, que os classifica de acordo com os centros de poder de que advieram: Direitos Humanos são aqueles direitos universais positivados nos instrumentos internacionais; Direitos Fundamentais, na Constituição de cada país. Para aprofundamento na matéria, cf.: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004, p. 34-41; COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71-82; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221-348.

---

É preciso resistir ressaltando a imprescindibilidade dos Direitos Humanos, revisitando e fortalecendo sua fundamentação/justificação, mediante a reafirmação do seu caráter universal, repousado no seu próprio fundamento: a dignidade da pessoa humana.

Para aplacar o movimento de globalização excludente, é imperativo corroborar a necessidade de realização do mínimo existencial inerente aos Direitos Humanos.

A partir do reconhecimento do trabalho como Direito Humano de primeira grandeza, pretende-se ressaltar a concepção de Trabalho Decente, nos termos preconizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como mínimo existencial social, sem o qual a dignidade humana fica comprometida.

Finalizando, ressalta-se a tendência universalizante dos Direitos Fundamentais como elemento opositor ao *dumping* social, que deve ser prioritariamente combatido pelo Ministério Público do Trabalho, instituição vocacionada constitucionalmente à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis incidentes nas relações de trabalho, notadamente no que concerne às contratações feitas pela Administração Pública.

É evidente que não se pretende esgotar o assunto, nem tampouco abordar todas as questões relacionadas aos Direitos Humanos e Fundamentais, bem assim as vicissitudes que a globalização lhe impõe, mas contribuir para o debate, notadamente neste momento de crise, quanto à imprescindibilidade de preservação dos valores contidos no princípio da dignidade humana para evitar o avanço pelo caminho da barbárie e do caos social.

## 1 DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

O indivíduo é o ser humano de um tempo e lugar e tem história; é o homem concreto, material e existencialmente situado e ressituated na dinâmica das relações humanas e sociais<sup>2</sup>.

---

2 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Fragmentos de uma Grandiosa Narrativa: Homenagem ao Peregrino do Humanismo, Alessandro Baratta. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES,

O ser humano, dotado intrinsecamente de dignidade, está no centro, na essência e na base da criação do Direito. É ponto de partida, irradia-se para todo o sistema e é também o ponto de chegada.

É nessa dinâmica das relações sociais que se constrói o direito, notadamente os Direitos Humanos, tendo o ser humano como justificação e sujeito de todo o processo constituinte.

Com razão, portanto, Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>3</sup>

Nessas circunstâncias, as consequências perversas da miséria e da exclusão, decorrentes da política do *laissez faire, laissez passer*, e a influência do pensamento socialista, sobretudo o marxismo, forçaram, principalmente após a I Guerra Mundial, o capitalismo liberal a reciclar-se, a “perder alguns anéis para poder conservar os dedos”, o que resultou no estabelecimento e na ampliação de Direitos Humanos de segunda dimensão<sup>4</sup>.

Os Direitos Humanos podem, nesse sentido, definir-se como o conjunto de processos sociais, econômicos, normativos, políticos e culturais que abrem e consolidam – a partir do reconhecimento, da transferência de poder e da mediação jurídica – espaços de luta pela particular concepção da dignidade humana<sup>5</sup>.

---

Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, 2ª. ed., dados eletrônicos. –, p. 559-560. Disponível em: <http://goo.gl/pbc2Ec>. Acesso em: 16 maio 2016.

- 3 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
- 4 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do Direito. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, 2ª. ed., dados eletrônicos. p. 115. Disponível em: <http://goo.gl/pbc2Ec>. Acesso em: 16 maio 2016.
- 5 FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fun-

Na mesma linha, David Sánchez Rúbio:

*Consideramos los derechos humanos como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana, procesos que se dan tanto en situaciones de emergencia como en conflictos armados o en situaciones de "paz".<sup>6</sup>*

Não é por outra razão que esse ideal foi, ao longo da história, desenvolvido pelas Declarações de Direitos, pela doutrina social da igreja, pelo Constitucionalismo Social, pelas Normas Internacionais do Trabalho.

A concepção de dignidade humana está, visceralmente, fundada numa autêntica compreensão do que é o homem, considerado não só na dimensão material, econômica ou social, mas também na dimensão psíquica e espiritual, voltada para o transcendente, indissociável em sua natureza<sup>7</sup>.

Nessa senda, toda a construção, a justificação e a definição mesma dos Direitos Humanos repousam no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Lapidar, portanto, a lição de Fábio Konder Comparato:

Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade – do direito em geral e dos Direitos Humanos em particular – já não se deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza – como essência imutável de

---

damentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, 2ª. ed., dados eletrônicos. –, p. 98-99. Disponível em: <http://goo.gl/pbc2Ec>. Acesso em: 16 maio 2016. (tradução livre).

6 RUBIO, David Sánchez. Reflexiones e (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, 2ª. ed., dados eletrônicos. –, p. 247-248. Disponível em: <http://goo.gl/pbc2Ec>. Acesso em: 16 maio 2016.

7 ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2001, p. 160.

---

todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, juntamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.<sup>8</sup>

Torna-se, assim, imprescindível articular a justificação/fundamentação dos Direitos Humanos como imperativo gerador dessas normas internacionais preservadoras da dignidade humana ao mesmo tempo em que, num movimento circular, essas devem ser invocadas como forma de legitimação dos Direitos Fundamentais no âmbito interno dos diversos países, na perspectiva de que há, cada vez com mais frequência e força, crescente movimento de tentar deslegitimar tais direitos sociais no Brasil e no mundo, agora sob o pretexto da crise econômica internacional, como se viu nas justificativas da recente Reforma Trabalhista aprovada no Brasil.

Nesse contexto, o diálogo das fontes internas e internacionais e a invocação de ambas na argumentação jurídica tendem a trazer resultados mais positivos em prol da realização da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inciso III), é um princípio ético fundamental em que se baseia a cidadania, a noção de sujeito jurídico, a valoração ética e política da democracia e daí por diante. Assim, é o princípio da dignidade da pessoa humana que está na base da enunciação de todos Direitos Fundamentais<sup>9</sup>. É a dimensão individual do homem que está protegida aqui, não como mero indivíduo empírico, mas revestido de valor jurídico e, antes deste, de valor ético.<sup>10</sup>

Mesmo Joaquín Herrera Flores, apesar das oposições quanto à universalidade dos Direitos Humanos frente às exigências do multiculturalismo (do que não vamos no ocupar aqui em razão do foco do

---

8 COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://goo.gl/fIKisF>. Acesso em: 16 maio 2016.

9 E, evidente, também dos Direitos Humanos, frise-se novamente.

10 MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 114.

presente trabalho), parece concordar com a centralidade da dignidade humana em ditos direitos:

*En la tradición de derechos humanos que ha venido imponiéndose durante la época de la Guerra Fría, la fundamentación filosófica de los mismos se ha plasmado en dos tendencias: la universalidad de los derechos y su pertenencia innata a la persona humana. Nada ni nadie puede ir contra dicha "esencia", ya que al hacerlo pareciera que atentamos contra las propias características de la "naturaleza" y la dignidad humanas universales.<sup>11</sup>*

Assentada como fundamento dos Direitos Humanos, torna-se conveniente, nesse passo, definir o que se compreende, contemporaneamente, por dignidade da pessoa humana.

Tal definição passa necessariamente pelos ensinamentos de Kant:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.<sup>12</sup>

É, talvez, a melhor síntese desse princípio, ao referi-lo ao reconhecimento do homem como um fim em si mesmo, reconhecimento esse que introduz a importante dimensão do respeito nas relações entre os homens. Esse reconhecimento, no sentido kantiano, implica o reconhecimento do outro em sua concretude, ou seja, em sua diferença, sem o que noções como as de cidadão e sujeito de direitos como que perdem seu suporte.<sup>13</sup>

Preciosa, nessa quadra, a lição de José Claudio Monteiro de Brito Filho:

11 FLORES, *op. cit.*, p. 72.

12 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 77.

13 MARQUES NETO, *loc. cit.*

No primeiro caso, o que tem preço pode ser comparado ou trocado; já no caso da dignidade, ela funciona como atributo do que não pode sê-lo, ou seja, o que tem dignidade não é passível de substituição ou comparação. Como o homem, ser racional e dotado de autonomia, é o único capaz de fazer suas escolhas, ele é considerado como o único, também, que é possuidor de dignidade. Não pode o homem, então, em nenhuma circunstância ser considerado de outra forma que não como um fim em si mesmo.<sup>14</sup>

A percepção da centralidade do princípio é reconhecida também pelos tribunais superiores, cuja jurisprudência vem assentando que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”.<sup>15</sup>

Avançando um pouco mais, calha muito bem a definição apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.<sup>16</sup>

14 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004, p. 45.

15 BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, 2ª. ed., dados eletrônicos. –, p. 335. Disponível em: <http://goo.gl/pbc2Ec> Acesso em: 16 maio 2016.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Nesse contexto, a dignidade, sendo atributo do ser humano, qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, impõe reconhecer-lhe ser merecedor de um mínimo de direitos.<sup>17</sup>

Oportuna, novamente, a lição de Joaquín Herrera Flores:

*Los derechos humanos, en su integralidad y desde el universo normativo de resistencia que defendemos en estas páginas, constituyen algo más que el conjunto de normas formales que los reconocen y los garantizan a un nivel nacional o internacional, formando parte de la tendencia humana ancestral por construir y asegurar las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que permiten a los seres humanos perseverar en la lucha por la dignidad, o lo que es lo mismo, el impulso vital que, en términos spinozianos, les posibilita mantenerse en la lucha por seguir siendo lo que son: seres dotados de capacidad y potencia para actuar por sí mismos.*<sup>18</sup>

Nessa esteira, a dignidade tem sido reconhecida, pelos principais textos nacionais e internacionais, como a base da vida em sociedade e dos Direitos Humanos. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a nossa Constituição Federal, as quais fundamentam-se na ideia da razão como justificadora da dignidade e de direitos mínimos, revelando que a dignidade deve produzir efeitos no plano material, como vetor que impõe obrigações ao Estado e a toda a sociedade. É que não se pode falar em dignidade da pessoa humana se isso não se materializa em suas próprias condições de vida. Como falar em dignidade sem direito à saúde, ao trabalho, enfim, sem o direito de participar da vida em sociedade com um mínimo de condições?<sup>19</sup>

Nesse mesmo caminhar, são as lições de Luís Roberto Barroso, ressaltando a importância o núcleo existencial mínimo:

*O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no*

17 BRITO FILHO, Trabalho..., 2004, *loc. cit.*

18 FLORES, *op. cit.*, p. 97.

19 BRITO FILHO, Trabalho..., 2004, p. 47.

... mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.<sup>20</sup>

Por fim, merece destaque que, em todas as relações públicas e privadas, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) tornou-se o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos Direitos Humanos e Fundamentais.<sup>21</sup>

## 2 UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Sendo a dignidade qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável do ser humano, valor fundante e constituinte da ordem jurídica, fundamento dos Direitos Humanos, a universalidade destes apresenta-se, com clareza meridiana, como característica imanente.

Trata-se da mais importante característica dos Direitos Humanos, porque capaz de dar formato à sua própria concepção<sup>22</sup>. É que só se pode sustentar a ideia global de Direitos Humanos admitindo-se a

20 BARROSO, *O Começo...*, *loc. cit.*

21 *Ibidem*, p. 329.

22 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Curso de Especialização à Distância: Direitos Humanos e Trabalho**. Módulo I: Direitos Humanos e trabalho: Fundamentos Teóricos. Texto-base do Conteudista, p. 64.

concepção de que existem direitos que devem ser respeitados por todos os Estados, por todos os povos, em todos os lugares.<sup>23</sup>

Tal atributo dos Direitos Humanos decorre, antes de tudo, da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris-França, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>24</sup>

É o caráter da universalidade que adjetiva e define a Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>25</sup>

Merece transcrição a lição de André Franco Montoro:

Afirmou-se assim, que as pessoas não são sombras, não são aparências, são realidades concretas e vivas, daí porque a Declaração fez um duplo reconhecimento: Primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza

23 BRITO FILHO, *Trabalho...*, 2004, p. 37-38.

24 Isso se extrai tanto do Preâmbulo (Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando ser essencial que os Direitos Humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades), como do texto da Declaração (A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, [...], por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. [...] Artigo 28. Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. [...] Artigo 30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

25 LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *La universalidad de los derechos en la 'L' conmemoración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas*. In COSTA, Raúl Ferrero (coord.). *Derecho Constitucional General: materiales de enseñanza*. Lima – Perú: Universidad de Lima, 2004, p. 405. Disponível em: <https://goo.gl/tMCjdP>. Acesso em: 16 maio 2016.

---

ética e validade universal. Segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica, sendo, portanto, a fonte das fontes do direito.<sup>26</sup>

Tal Declaração, ao assentar a ideia de que os Direitos Humanos são universais, inerentes à condição de pessoa humana e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, e ao incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, demarca a concepção contemporânea dos Direitos Humanos.<sup>27</sup>

Também a lição de Bobbio reafirma a característica, para quem “somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns”.<sup>28</sup>

Necessário esclarecer que a universalidade dos Direitos Humanos aponta para uma pauta ética e direitos básicos aplicáveis a todos seres humanos em qualquer lugar, mas não exige a incidência uniforme de dispositivos protetivos dos Direitos Humanos em todos os países e locais, admitindo, portanto, uma certa flexibilização que adeque suas normas às culturas locais, aos costumes consagrados, desde que, com isso, não se viole a essência do direito tido como inerente e intrínseco ao ser humano.

A propósito, confira-se a lição do eminente professor José Claudio Monteiro de Brito Filho:

Há uma ordem internacional para os Direitos Humanos, isso é um fato e uma necessidade. Ela deve ser estabelecida em cima de uma pauta mínima, que possa ser tida efetivamente como

---

26 MONTORO, André Franco. *Os princípios dos Direitos do Homem: a explicação*. Disponível em: <http://ramdemokratia.blogspot.com.br/2009/05/os-principios-dos-direitos-do-homem.html>. Acesso em: 16 maio 2016.

27 PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 139.

28 BOOBIO, *op. cit.*, p. 28.

universal, e necessária à preservação da dignidade da pessoa humana, que é a base, entendo, da construção de qualquer pensamento a respeito de Direitos Humanos. Essa ordem, todavia, já adiante, embora vá voltar a essa questão, deve ser, em certos aspectos, dotada de flexibilidade suficiente para respeitar a adoção, em culturas distintas, de modos distintos de viabilizar direitos, embora não para negá-los.<sup>29</sup>

Da mesma forma que não se deve tentar utilizar a universalidade para impor costumes e valores de países dominantes, não se pode invocar o multiculturalismo para eximir-se de observar direitos que dão essência e completude ao ser humano.

Nessa quadra, oportuno transcrever a lição de Pérez Luño:

*Hay que convenir que en nombre de la universalidad no se puede imponer coactivamente un modelo político cultural eurocéntrico a países que cuentan con instituciones culturales y políticas propias heredadas de una tradición que responde a exigencias de racionalidad y que, por tanto, no representa formas, más o menos encubiertas, de dictaduras o tiranías.<sup>30</sup>*

A universalidade é justificada para os direitos considerados indispensáveis a todos os seres humanos, assim reconhecidos pela comunidade de nações.<sup>31</sup> A natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas; o máximo que se permite são diferenças nas formas de aplicação.<sup>32</sup>

Nesse contexto, não se pode admitir, com efeito, a prevalência dos direitos locais, muitas vezes definidos de forma arbitrária, naquilo que contravenham os valores universais, próprios do ser humano e asseguradores da sua dignidade. A esse respeito, invocam-se, novamente, os ensinamentos de José Claudio Monteiro de Brito Filho:

29 BRITO FILHO, *Curso...*, p. 67.

30 LUÑO, *op. cit.*, p. 416.

31 BRITO FILHO, *Curso...*, p. 68.

32 GREGORI, José. Universalidade dos Direitos Humanos e Peculiaridades Nacionais. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/estado/artigo08.htm>. Acesso em: 16 maio 2016.

---

Essa prevalência dos valores locais — característica, também, do relativismo — sobre valores universais, penso, em primeiro lugar, recusa consistência à ideia de um conjunto de valores e direitos protetivos dos indivíduos em qualquer circunstância, em qualquer lugar do planeta, ou pelo menos os subordina, de forma rígida, ao seu reconhecimento no plano da comunidade. Isso solapa a concepção de Direitos Humanos e, em minha visão, é inaceitável no atual estágio de desenvolvimento e integração da humanidade.<sup>33</sup>

Dessa forma, a solução passa pela construção de posição intermediária entre o universalismo e as teorias que se opõem a ele (relativismo, comunitarismo, teoria crítica). Trata-se da aplicação flexível, já mencionada acima, dos Direitos Humanos, desde que respeitado o núcleo essencial que os justificam como realizadores da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, valiosa a lição de José Gregori:

Estranhas e inesperadas vias percorreu a construção da universalidade. Mas, temos certeza que iremos transpor o fim desse século [20] com os Direitos Humanos reconhecidos como universais, convivendo com formas de aplicação que se enriquecem na diversidade cultural da humanidade.<sup>34</sup>

Desse modo, não há incompatibilidade entre pregar uma pauta mínima fundada na ideia da universalidade e, ao mesmo tempo, respeitar as culturas naquilo que não colidam com os direitos básicos dos seres humanos. Respeita-se, assim, a diversidade ao mesmo tempo em que se afirma a unidade, se não em forma, ao menos em substância.<sup>35</sup>

À guisa de conclusão deste tópico, vale transcrever esta lição de Pérez Luño:

---

33 BRITO FILHO, *Curso...*, p. 69.

34 GREGORI, *loc. cit.*

35 BRITO FILHO, *Curso...*, p. 77-80.

Concluyo, los derechos humanos o son universales o no son. No son derechos humanos, podrán ser derechos de grupos, de entidades o de determinadas personas, pero no derechos que se atribuyan a la humanidad en su conjunto. La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos *inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión e más allá de cualquier discriminación*.<sup>36</sup>

### 3 O TRABALHO COMO DIREITO HUMANO (NÚCLEO MÍNIMO DO TRABALHO DECENTE)

O trabalho é inerente à condição humana. Daí constituir-se a sua proteção imperativo que se deduz do próprio conceito de Direito, orientado que é pela ideia de justiça e centrado na pessoa humana, de inafastável dimensão individual, social e coletiva.<sup>37</sup>

A conjugação desse valor fundamental com outros dois também fundamentais – a cidadania e os valores sociais do trabalho<sup>38</sup> – põe em especial relevo a figura do cidadão trabalhador, que merece diferenciada e robusta proteção pela ordem jurídica nacional e internacional.

Daí decorre que o vínculo jurídico trabalhista lato sensu não pode ficar desprotegido, por ser imperativa a salvaguarda do valor fundamental do seu próprio objeto – o trabalho.

Cabe citar, nesse passo, a lapidar lição de Dalmo de Abreu Dallari:

O trabalho permite à pessoa humana desenvolver sua capacidade física e intelectual, conviver de modo positivo com outros seres humanos e realizar-se in-

36 LUÑO, *op. cit.*, p. 421.

37 LEDUR, Leticia Freire. **O princípio da proteção do trabalho**: fundamento, feição e eficácia constitucionais. Disponível em: <http://goo.gl/GXZIA9>. Acesso em: 16 maio 2016, p. 23.

38 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, art. 1º, incisos II e IV.

---

tegralmente como pessoa. Por isso o trabalho deve ser visto como um direito de todo ser humano.<sup>39</sup>

A valorização do trabalho é um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece-se a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social.<sup>40</sup>

Como se sabe, no bojo dos Direitos Humanos estão direitos específicos dos trabalhadores, englobados na segunda geração ou dimensão, que trata, entre outros, dos direitos econômicos e sociais, conjunto de direitos que, tão importantes quanto os direitos civis e políticos, exalta necessidades do ser humano, que são fundamentais para sua integração à vida em sociedade. Diferenciam-se dos Direitos Humanos de primeira dimensão porque, geralmente, exigem, ao contrário da simples abstenção do Estado, prestações positivas deste, ou seja, importam investimentos e políticas definidas do Estado para serem oferecidos. Os objetivos diretos dos direitos sociais, entretanto, não os tornam distintos ou antagônicos dos direitos de primeira dimensão, pois todos eles, incluindo os mais recentes, de fraternidade, caminham no mesmo sentido, que é possibilitar dignidade ao ser humano. As dimensões dos Direitos Humanos, então, completam-se mutuamente, interagindo entre si.<sup>41</sup>

Os direitos sociais são Direitos Fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, e têm por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.<sup>42</sup>

A propósito, a lição de Amauri Mascaro Nascimento:

---

39 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos** - direito ao trabalho em condições justas. Disponível em: <http://goo.gl/xyg75M>. Acesso em: 16 maio 2016.

40 DELGADO, Maurício Godinho. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CORDEIRO, Juliana Vignoli e CAIXETA, Sebastião Vieira (Coords.). **O MPT como promotor dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2006, p. 172.

41 BRITO FILHO, *Trabalho...*, p. 47-48.

42 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 190.

Não há contraposição entre os Direitos Humanos clássicos individuais e os direitos sociais. Interpenetram-se, apesar do diferente contexto ideológico que os inspirou. Não se fundem, mas se implicam de modo dialético, exercendo uma mútua influência, que os aperfeiçoa.<sup>43</sup>

O sistema de garantia dos Direitos Humanos, a partir da Declaração Universal (e os outros instrumentos que lhe seguiram), articula, em constante interação, os três valores fundamentais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade e suas correspondentes dimensões de Direitos Humanos, que não se excluem – ao revés, cumulam-se –, evidenciando a concepção contemporânea destes, numa unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível.

O grande desafio do sistema é realizar tais direitos em três âmbitos (dimensões): formal – o reconhecimento no ordenamento jurídico; material – a criação das condições materiais que propiciem sua realização; e procedimental – a existência de um sistema de garantias que assegurem a proteção e a tutela dos direitos.<sup>44</sup>

Calha muito bem aqui, os ensinamentos de Flávia Piovesan:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os Direitos Humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes

43 NASCIMENO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 285.

44 CASTELLANOS, Angel Rafael Marino; TERRURÓ, Suzana María da Gloria. La triple dimensión de los derechos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia (Orgs.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 180-189. (Tradução livre).

---

direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.<sup>45</sup>

É a partir desse contexto que a Declaração Universal (arts. 23 e 24), estatuidando o direito ao trabalho e uma série de outros que lhe são consectários ou complementares, começa a formar o conjunto do que se pode denominar de direitos mínimos do homem-trabalhador, na conjuntura de mínimo existencial que configura os Direitos Humanos.

Não há dignidade sem o mínimo existencial, conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.<sup>46</sup>

A dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeita de direitos e deveres e como tal deve ser tratada. Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos Direitos Humanos, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna.<sup>47</sup>

Nesse contexto, é o trabalho, ordinariamente, que propicia o alcance desse patamar mínimo existencial. O direito ao trabalho, isto é, de ter um trabalho ou de trabalhar, é o meio mais expressivo de se obter a existência digna.<sup>48</sup>

Nas palavras do próprio Diretor-Geral da OIT:

---

45 PIOVESAN, *op. cit.*, p. 137-139.

46 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

47 WEBER, Thadeu. **A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls**. Disponível em: <http://goo.gl/42Hehl>. Acesso em: 16 maio 2016.

48 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª ed., atual., até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 189.

---

La experiencia diaria nos recuerda que, para todos, el trabajo es un aspecto definitorio de la existencia humana. El trabajo es un medio para sustentar la vida y satisfacer las necesidades básicas. Pero es también la actividad mediante la cual las personas afirman su propia identidad, tanto ante sí mismas como ante quienes les rodean. El trabajo es crucial para el ejercicio de opciones personales, para el bienestar de la familia y para la estabilidad de la sociedad.<sup>49</sup>

É que a maioria dos seres humanos, por não ter outros meios de subsistência, tem no trabalho a única forma de, autonomamente, suprir as necessidades básicas de bens materiais indispensáveis à sobrevivência própria e da família, mediante a venda de sua força de trabalho.

Desse modo, o direito ao trabalho se converte em direito essencial do cidadão trabalhador, verdadeira pedra de toque para resguardar sua dignidade humana, impondo-se, portanto, ao Estado a obrigação de prover a satisfação desse direito, com prioridade.

Infelizmente, esse direito essencial não vem sendo satisfeito mundo afora e tampouco no Brasil. As estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dão conta de que há cerca de 208 milhões de desempregados no mundo, com tendência de aumento para os próximos dois anos<sup>50</sup>. No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, são 9,4 milhões até o fim do ano (taxa de desocupação de 14%).<sup>51</sup>

O pior de tudo é que a falta de trabalho acaba gerando o falso discurso de que é necessário reduzir as condições de trabalho exis-

---

49 OIT. **Memoria del Director General**: Reducir el déficit del trabajo decente: un desafío global. Primera edición, Ginebra — Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2001. p. 6. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-i-a.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

50 OIT. **A desaceleração econômica poderá forçar os trabalhadores a aceitar empregos de menor qualidade**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS\\_865502/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_865502/lang--pt/index.htm). Acesso em: 5 maio 2023.

51 Desemprego sobe a 8,8% no primeiro trimestre de 2023, diz IBGE. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2023/04/28/desemprego-sobe-a-88percent-no-trimestre-encerrado-em-marco-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 16 maio 2016.

tentes para acolher os trabalhadores excluídos do mercado, em lógica que somente favorece a concentração de riqueza e o alargamento das desigualdades. <sup>52</sup>Trata-se do velho discurso neoliberal: “o desemprego, como fenômeno massivo e duradouro, é o resultado da política que tem por objetivo manter os salários em um nível superior ao que seria possível nas condições de mercado” <sup>53</sup> . Este discurso impulsionou a Reforma Trabalhista de 2017 e foi o mote desregulamentador do nefasto Governo que encerrou no ano passado.

Nesse contexto desfavorável, é ainda mais urgente e grave a necessidade de comprometimento de todos para salvaguarda dos Direitos Humanos Trabalhistas, que são definidos não só da Declaração Universal já citada, mas também em muitos outros instrumentos internacionais e multilaterais (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção Interamericana de Direitos Humanos etc.), com destaque para as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Com efeito, é partir desses tratados de índole laboral, inspirados e conjugados com os documentos editados pela Organização das Nações Unidas (ONU), que se vai definir o conceito de Trabalho Decente, núcleo dos Direitos Humanos Trabalhistas.

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT, definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotada em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.<sup>54</sup>

52 BRITO FILHO, *Trabalho...*, p. 90.

53 MISES, Ludwig von. *Apud* BARROS, Carlos Juliano. Mais Mises, menos direitos. **Carta Capital**. 13 abril de 2016. Disponível em: <http://goo.gl/toxpxd>. Acesso: 16 maio 2016.

54 OIT. **O que é Trabalho Decente**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>. Acesso em: 16 maio 2016.

São esses direitos mínimos do ser humano trabalhador que devem caracterizar o que denominamos Trabalho Decente. Menos que isso é sujeitar o trabalhador a condições de trabalho que estão abaixo do necessário para que seja preservada sua dignidade. Não há Trabalho Decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador; sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso; sem justa remuneração pelo esforço despendido; sem o Estado tomar todas as medidas necessárias à criação e à manutenção dos postos de trabalho; sem o trabalhador estar protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano. Trabalho Decente, então, é o conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: ao direito ao trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração; à preservação de sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.<sup>55</sup>

A propósito, são percucientes essas observações do Diretor-Geral da OIT:

Pero para hacer realidad las aspiraciones tenemos que comenzar por hacer frente al déficit global de trabajo decente. Tal déficit se traduce en una oferta de empleo insuficiente, una protección social inadecuada, la denegación de los derechos en el trabajo y deficiencias en el diálogo social. Esto nos da una medida de la gran diferencia que hay entre el mundo en el que trabajamos y las esperanzas que tiene la gente de una vida mejor.<sup>56</sup>

Negar a observância dessas condições de trabalho é negar os Direitos Humanos do trabalhador, opondo-se aos seus princípios básicos, principalmente o maior deles: a dignidade da pessoa humana.<sup>57</sup>

55 BRITO FILHO, *Trabalho...*, p. 61.

56 OIT, *op. cit.*, 2001, p. 8-9.

57 BRITO FILHO, *Trabalho...*, p. 62.

#### 4 TENDÊNCIA UNIVERSALIZANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS: COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL E À PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A Constituição da República Federativa do Brasil 1988 estabeleceu um conjunto de *direitos sociais trabalhistas*, de alcance coletivo geral, aplicáveis às relações de trabalho lato sensu, independentemente da diversidade dos regimes jurídicos dos trabalhadores.<sup>58</sup>

Aplicam-se, indistintamente, aos trabalhadores do setor privado (CF, artigo 7º) e do público, seja no vínculo estatutário (CF, artigo 39, § 2º), seja no especial administrativo (Lei n.º 8.745/1993, artigo 11).

Assim, na verdade, os direitos sociais, bem como os de índole especificamente trabalhistas, previstos no Capítulo II do Título II da Constituição são aplicáveis, de maneira geral, a toda classe trabalhadora, considerada no sentido amplo, salvo as incompatibilidades específicas e essenciais de cada regime jurídico. É que o Constituinte Originário, quanto a tais direitos sociais trabalhistas, lançou-lhes as sementes da generalidade, orientando a atuação do intérprete e do Legislador Derivado.

Além da aplicação ao pessoal do setor público já tratado acima, confirma-o, em relação aos avulsos, o artigo 7º, inciso XXXIV, da Carta Política; aos estagiários, a Lei n.º 11.788/2008; aos cooperados, a Lei n.º 12.690/2012.

Todas essas disposições legais estão, evidentemente, sob o influxo dos valores, princípios e normas constitucionais, em especial

58 Cf.: BRASIL. STF. Rcl 3303, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2007, Dje-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02 PP-00312; BRASIL. STF. ACO 2169, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 18/09/2013, publicado em Dje-189 DIVULG 25/09/2013 PUBLIC 26/09/2013; BRASIL. STF. Rcl 13113, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 19/03/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO Dje-055 DIVULG 21/03/2013 PUBLIC 22/03/2013; BRASIL. STF. Rcl 12642, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/02/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO Dje-044 DIVULG 01/03/2012 PUBLIC 02/03/2012)

dos fundantes atinentes à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho.

A Constituição da República, nesse diapasão, estabeleceu notável proteção à relação de trabalho lato senso que decorre de tais preceitos.

Corroborava ainda mais essa compreensão o intuito reformador subjacente à Emenda Constitucional n. 45, que, ao romper com o paradigma anterior e ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a generalidade das relações de trabalho<sup>59</sup>, reforçou a aplicabilidade dos princípios atinentes ao Direito do Trabalho à totalidade das relações jurídicas laborais.<sup>60</sup>

Nessa linha, oportuna a transcrição da lição de Cláudio Dias Lima Filho:

Os direitos essenciais do trabalhador, supranacionalmente reconhecidos como *Direitos Humanos* e nacionalmente dotados de estatura constitucional de *Direitos Fundamentais*, devem seguir os preceitos que apontam no sentido da *maximização de sua eficácia*, o que torna incompatível com a Constituição – e por isso, *inconstitucional* – qualquer tentativa de restringi-los por meio de legislação ordinária.<sup>61</sup>

Trata-se da aplicação do princípio da máxima efetividade, segundo o qual à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Ademais, por intercessão do princípio da força normativa da constituição, deve prevalecer a interpretação que conduza à eficácia ótima da lei fundamental.<sup>62</sup>

59 A despeito, *data maxima venia*, da equivocada decisão do Supremo Tribunal na ADI 3395, fundamentada no texto anterior ao da EC 45/2004.

60 SÜSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho. In: **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, n.º 4, out/dez. 2009, p. 22.

61 LIMA FILHO, Cláudio Dias. Por uma interpretação não restritiva dos direitos fundamentais do trabalhador reconhecidos na Constituição. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados – Ministério Público do Trabalho (MPT)**, 2ª ed., 2013, p. 240.

62 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. 4ª. reimpr. Coimbra: Almedina, pp. 1.224 e 1226.

Compondo os Direitos Fundamentais trabalhistas o *patamar civilizatório mínimo*<sup>63</sup>, além de não poderem ser derogados, tal qualidade milita em favor da eficácia universalizante.

Os Direitos Fundamentais são, assim, dotados de *eficácia expansiva* que inclui todos os âmbitos jurídicos<sup>64</sup>, razão pela qual ganham progressivamente maior alcance, *tendo o texto constitucional como ponto de partida e não como ponto de chegada*<sup>65</sup>.

A partir dele, deve-se buscar o avanço dos Direitos Fundamentais Trabalhistas, mediante três caminhos: pela contínua e crescente busca de efetividade dos direitos sociais trabalhistas; pelo alargamento da própria abrangência desse segmento jurídico mediante a reconstrução ampliativa do conceito de subordinação; pela construção de um processo extensivo dos direitos sociais trabalhistas para as relações de trabalho lato senso, principalmente as decorrentes de contratações feitas pela Administração Pública.<sup>66</sup>

Essa eficácia expansiva, fundada também na universalidade dos Direitos Humanos e Fundamentais, está em constante tensão com o movimento de globalização excludente que vivemos.

Esse quadro vem continuamente ameaçando conquistas históricas do movimento operário e impondo retrocessos sociais importantes e devastadores, que causam não só o rebaixamento das condições de vida, mas também adoecimentos e mortes, como os que decorrem da terceirização, jornadas exaustivas, assédio moral organizacional, *downsizing*, acumulando no *dumping* social e na precarização do trabalho humano.

Nesse contexto, o avanço do discurso neoliberal, impulsionado pela globalização, intenta negar a existência do conflito entre o capital

63 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1.402-1.403.

64 GAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016, p. 26. Disponível em: <https://goo.gl/RFFP8V>. Acesso em: 16 mai. 2016.

65 LIMA FILHO, *op. cit.*, p. 241.

66 DELGADO, *op. cit.*, 2006, p. 194.

---

e o trabalho, pretendendo fazer crer que os operários não são subordinados ou detentores de interesses contrapostos, mas, sim, colaboradores interessados e, mais que isso, responsáveis pelo sucesso ou fracasso da empresa, que provê sua subsistência. Assim, as corporações econômicas não se contentam mais com a apropriação apenas da força de trabalho do operário, que é chamado a integrar-se, completamente, à estrutura empresarial, responsável não só pelo seu labor, mas também pelo controle da qualidade da sua atividade e dos companheiros que lhe rodeiam, com o que se aprisionam seus corações e mentes também.

Mas tal quadro, além de evidentemente insustentável por provocar exacerbada e intolerável concentração de renda – 1% da população mundial terá mais do que os 99% restantes<sup>67</sup> –, muito bem demonstrada no livro *Capital do Século XXI* de Thomas Piketty, precisa ser energeticamente combatido.

Precisamos, sempre, reafirmar que um outro mundo é possível e, para realizá-lo, devemos, entre outras coisas, combater, energeticamente, o chamado *dumping* social e a precarização do trabalho humano, que têm efeitos ilícitos perversos no campo do direito individual e também coletivo.

*Dumping* é a prática desleal, ilícita, portanto, no âmbito do comércio internacional, que consiste em abaixar, artificialmente, muitas vezes aquém do patamar dos custos, os preços de produtos com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas de mercado. *Dumping* social, por sua vez, é uma prática que visa ao aumento dos lucros mediante o deslocamento da atividade para onde os direitos dos trabalhadores, se existem, não alcançam o patamar mínimo civilizatório, com acentuada precarização das condições de trabalho. Ocorre também, com frequência, no âmbito das relações de trabalho como método de redução de custos que opta pelo sistemático desrespeito, puro e simples, dos Direitos Fundamentais Trabalhistas, como forma

---

67 ADJUTO, Graça. Riqueza de 1% da população mundial supera a dos 99% restantes em 2015. **EBC Agência Brasil**. 18 janeiro de 2016. Disponível em: <http://goo.gl/pOEjLC>. Acesso em: 16 maio 2016.

de, ilicitamente, aumentar o lucro às custas dos trabalhadores, produzindo concorrência desleal e precarização das relações de trabalho.<sup>68</sup>

Durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007 no Tribunal Superior do Trabalho, aprovou-se o Enunciado n.º 4 relacionado ao *dumping* social, que vem sendo com frequência repetido em condenações judiciais e que serve de bom parâmetro para este trabalho:

*DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO*

SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido *dumping social*, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT.<sup>69</sup>

Cuida-se, portanto, de agressões reincidentes e inescusáveis aos Direitos Humanos e Fundamentais trabalhistas que: i) sonegam direitos básicos do trabalhador; ii) produzem precarização das relações de trabalho; iii) causam concorrência desleal e vantagem indevida à empresa; iv) geram dano ao indivíduo e à sociedade; v) produzem ato

68 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Dumping**. Disponível em: <http://goo.gl/7rBpXP> Acesso em: 16 de maio 2016.

69 RONCAGLIA, Daniel. Enunciados da Anamatra mostram tendências dos juízes. **Consultor Jurídico**, 28 jan. 2008. Disponível em: <http://goo.gl/cjkQtv> Acesso em: 16 maio 2016.

ilícito; vi) requerem a aplicação do dever de indenizar o dano individual e o coletivo.<sup>70</sup>

O *dumping social* traduz uma conotação do empregado tratado como mercadoria descartável, ou seja, com desprezo absoluto à sua dignidade humana. Trata-se, pois, de combater essencialmente a prática precarizante e, por conseguinte, proteger a sociedade como um todo contra as transgressões reiteradas aos Direitos Fundamentais e à dignidade humana do trabalhador.<sup>71</sup>

Com a finalidade de combater e dissuadir a prática, a jurisprudência trabalhista tem arbitrado indenização e reconhecendo como *dumping social*, por exemplo, as seguintes condutas ilícitas: longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil<sup>72</sup>; caráter fraudulento do contrato de estágio<sup>73</sup>; demandas repetidas sobre pagamento de horas extras, intervalos intra e inter-jornadas e adicional de insalubridade<sup>74</sup>; sonegação de depósitos do FGTS<sup>75</sup>; contratação fraudulenta por intermédio de cooperativa<sup>76</sup>; sonegação de horas extras<sup>77</sup>.

70 CHAVES, Maria Cláudia Gomes. Dumping social como fator de precarização das relações de trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://goo.gl/POauAo>. Acesso: 16 de maio 2016.

71 CARVAS, Luiz Gustavo Abrantes. Desmistificando o dumping social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3.014, 2 out. 2011. Disponível em: <https://goo.gl/BLupxa>. Acesso em: 18 maio 2016.

72 RO NUM: 00866; 3ª Região- Quarta Turma; relator: Júlio Bernardo do Carmo; DEJT DATA: 31- 08-2009 PG: 75.

73 BRASIL. TRT15 - 6ª Turma, Processo n. 0001087-74-2010-5-15-0138 RO, Juiz Relator, Jorge Luiz Souto Maior - DJ 2/04/2012.

74 BRASIL. TRT-3 - RO: 00061201306303006 0000061-03.2013.5.03.0063, Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/08/2014 28/08/2014. DEJT/TRT3/Cad. Jud. Página 47. Boletim: Sim.

75 BRASIL. TRT-1 - RO: 7099120105010079 RJ, Relator: Marcia Leite Nery, Data de Julgamento: 05/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 13-03-2013

76 BRASIL. TST - RR: 119003220095040291 11900-32.2009.5.04.0291, Relator: Walimir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2012, 1ª Turma. Embora a condenação pelo dano moral tenha sido afastada por julgamento *extrapetita*, o relator parece concordar com ela se houvesse pedido do autor. BRASIL. TRT-4 - RO: 1310006320095040005 RS 0131000-63.2009.5.04.0005, Relator: RICARDO CARVALHO FRAGA, Data de Julgamento: 08/06/2011, 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. BRASIL. TRT-16 180200601516005 MA 00180-2006-015-16-00-5, Relator: LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/03/2009, Data de Publicação: 25/03/2009.

77 BRASIL. TST - RR: 12676620105030157 1267-66.2010.5.03.0157, Relator: Maria das Graças.

Nesse contexto, o *dumping* social converte-se, dessa forma, em antítese dos Direitos Humanos e Fundamentais e do Trabalho Decente como núcleo do mínimo existencial trabalhista e do patamar civilizatório aceitável, merecendo ser repellido por toda sociedade e devendo ser objeto de atuação prioritária do Ministério Público do Trabalho, notadamente quando decorrem ou envolvem contratações pelo Poder Público, que tem o dever último de prover políticas públicas de respeito a toda essa gama de direitos.<sup>78</sup>

Afinal, cabe ao Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público da União, instituição autônoma com assento constitucional<sup>79</sup>, a defesa dos Direitos Humanos e Fundamentais no mundo laboral, de modo a preservar os direitos da personalidade e a cidadania trabalhadora.

Assim, a atuação prioritária do Ministério Público do Trabalho na repressão ao *dumping* social e à precarização do trabalho humano é desejável e conveniente por, pelo menos, duas razões: i) como guardião do ordenamento jurídico trabalhista, promotor da cidadania trabalhadora e defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, tem o dever de ofício de agir para salvaguardar os Direitos Humanos e os Fundamentais em prol do Trabalho Decente e da existência digna; ii) como Órgão vocacionado a tal defesa, tem à sua disposição instrumentos necessários para a atuação eficiente e eficaz de repressão contra a prática ilegal em prol da concretização da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, o Ministério Público do Trabalho já vem atuando, há algum tempo, na repressão ao *dumping* social e à precarização<sup>80</sup>, mas

---

Silvany Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Turma.

78 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho decente e a atuação do Ministério Público do Trabalho. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. **Estudos aprofundados – Ministério Público do Trabalho (MPT)**, 2ª ed., 2013, p. 240.

79 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 128. O Ministério Público abrange: I - o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados.

80 E. g.: Trifil é condenada em Itabuna a pagar R\$4 milhões por *dumping* social. Disponível em: <http://goo.gl/uAs6hx>. Acesso em: 16 maio 2016; Itaú é condenado em R\$ 20 mi por *dumping* social. Disponível em: <http://goo.gl/vjZmsW>. Acesso em: 16 maio 2016; Ministério Público – MPT: Empresas de ônibus são condenadas por *dumping* social. Disponível em: <http://goo.gl/JGVICN>. Acesso em: 16 maio 2016; Ministério Público: MPT – Construtora

---

a atuação precisa ser mais coordenada e vigorosa no âmbito da Instituição, ante os enormes prejuízos que a prática ilícita impõe à classe trabalhadora.

## CONCLUSÃO

Como evidenciado ao longo do texto, muito se intensificou a tensão dialética entre a globalização excludente e a universalidade característica dos Direitos Humanos e dos Fundamentais.

De um lado, o neoliberalismo, fundamentado no Estado Mínimo, na liberalização geral dos mercados e na desregulamentação do fluxo de capital, a par de produzir intensa e escandalosa concentração de renda, tem gerado inéditos e inaceitáveis níveis de miséria e desemprego, condenando populações inteiras à fome, ao adoecimento, à morte, à completa desesperança, tudo em prol do sacrossanto lucro perseguido, quase com exclusividade nessa quadra histórica, pelo sistema capitalismo.

De outro, o Sistema de Direitos Humanos, fundamentado na dignidade da pessoa humana e fomentado pela característica da universalidade e da *eficácia expansiva*, busca não aniquilar o sistema capitalista, mas apenas equilibrar o jogo por intermédio de mecanismos de mediação dos interesses claramente conflitantes entre os que tudo dominam e os que nada têm.

Com efeito, os Direitos Humanos, notadamente os de segunda dimensão e, qualificadamente, os direitos sociais trabalhistas, não almejam substituir ou derrubar o sistema econômico vigente, mas fazer os contrabalanceamentos necessários, sob pena de chegar-se a uma tensão incontrolável que leve à ruptura.

Sob esse viés, faz-se extremamente necessário reafirmar o caráter universal dos Direitos Humanos, que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana.

---

é condenada por dumping social. Disponível em: <http://goo.gl/YmyfNG>. Acesso em: 16 maio 2016; Magazine Luiza sofre condenação de R\$ 1,5 mi por dumping social. Disponível em: <http://goo.gl/Ky3882>. Acesso em: 16 maio 2016.

---

Exige-se, assim, o esforço de todos para realizar os instrumentos internacionais de Direitos Humanos, em especial no que concerne à realização do mínimo existencial.

No âmbito social trabalhista, a partir de tais instrumentos e, principalmente, das normas elaboradas pela OIT, o desafio é pôr em prática os direitos decorrentes do trabalho humano, que, sob qualquer enfoque, deve ser valorizado, com a finalidade de atender aos pressupostos do Trabalho Decente.

Mais precisamente quanto aos *direitos sociais trabalhistas*, urge reconhecer a tendência universalizante dos Direitos Fundamentais como forma de resistir às sistemáticas violações legais que conduzem ao *dumping* social.

Nessa tarefa, o Ministério Público do Trabalho, como guardião do ordenamento jurídico trabalhista, promotor da cidadania trabalhadora e defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, deve ter preponderância, em especial nas contratações efetivadas pela Administração Pública, uma vez que dispõe dos instrumentos para a atuação eficiente e eficaz de repressão contra a prática ilegal em prol da concretização da dignidade da pessoa humana.

Voltando às notas iniciais, é imprescindível a preservação dos valores contidos no princípio da dignidade humana sob pena de se enveredar, irremediavelmente, pelo caminho da barbárie e do caos social, monetizando a existência.



---

## 4.3 A Inclusão Social e Produtiva de Catadoras e Catadores de Materiais Recicláveis e o Papel do Ministério Público do Trabalho

Margaret Mattos de Carvalho<sup>1</sup>

O presente texto enfrenta o desafio de apresentar subsídios de atuação às membras e aos membros do Ministério Público do Trabalho para a promoção da inclusão socioprodutiva de catadoras e catadores de materiais recicláveis, bem como para o combate ao trabalho infantil na cadeia produtiva da reciclagem, por meio do fomento à regularidade da contratação das associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis pelos entes municipais responsáveis por sua gestão, sejam municípios ou consórcios, com dispensa do procedimento licitatório para a contratação e a devida remuneração pelos serviços prestados.

Os serviços de limpeza pública, dentre os quais se destacam os serviços de coleta dos resíduos sólidos urbanos, são extremamente dispendiosos aos cofres públicos, em especial quando tais serviços são terceirizados. Porém, os custos são muito menores quando os serviços são prestados pelas associações ou cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis, pois neste modelo está presente o tripé da sustentabilidade, ou seja, é um modelo socialmente inclusivo, economicamente viável e ambientalmente correto.

A Lei n.º 12.305/2010, que implementa a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), estabelece prazos para o encerramento dos lixões de todo o país, que já se esgotaram em agosto deste ano, de modo que os Municípios que ainda não encerraram os seus lixões podem responder pelos ilícitos decorrentes. A PNRS determina, ainda, que o encerramento dos lixões deve ocorrer concomitantemente com a inclusão social e produtiva das catadoras e dos catadores de

---

1 Procuradora do Trabalho. Coordenadora do Grupo de Trabalho para inclusão social e econômica de catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis.

---

materiais recicláveis que trabalham naquele espaço , o que, aliado ao término do prazo de encerramento dos lixões, demanda pronta resposta do Ministério Público do Trabalho, como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal.

Está demonstrado que a erradicação do trabalho infantil na cadeia produtiva da reciclagem, a retirada em definitivo dos adultos dos lixões e da informalidade da catação nas ruas, e o combate ao trabalho escravo demandam políticas públicas de inclusão e emancipação social e econômica das trabalhadoras e trabalhadores e de observância das normas de saúde e segurança do trabalho.

Uma das formas de superar o déficit de trabalho decente é fomentar a regularidade da contratação das associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis pelos entes municipais responsáveis pela gestão dos resíduos, sejam municípios ou consórcios.

Cabe registrar que a atuação ministerial deve ser sempre no sentido de preservar a atividade da catadora e do catador de material reciclável, garantindo que continuem realizando o mesmo trabalho, porém, em condições adequadas, com segurança, dignidade e remuneração.

## **1 ARCABOUÇO LEGAL**

### **1.1 Política Nacional de Resíduos Sólidos**

A Lei n.º 12.305/2010, ao instituir a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), dispõe sobre os princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações a serem adotadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

---

Segundo disposto no artigo 3º, inciso XI, da Lei n.º 12.305/2010, a gestão integrada é um “conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável”.

Importante consignar que o artigo 9º, caput, da Lei n.º 12.305/2010 estabelece uma ordem de prioridade na gestão dos resíduos sólidos, segundo a qual se deve ser priorizada primeiro a não geração de resíduos, seguida da redução, reutilização e reciclagem, depois o tratamento dos resíduos sólidos e, por fim, a disposição final adequada dos rejeitos. Essa ordem deve ser rigorosamente observada.

Os princípios que norteiam a PNRS estão estabelecidos no artigo 6º, destacando-se os seguintes: a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública; a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade; o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania.

Nesse sentido, indiscutível, pois, que a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) tem alcance para além do âmbito ambiental, abrangendo também o social, o cultural, o econômico, o tecnológico e o de saúde pública. O resíduo deve ser visto como um bem capaz de gerar trabalho e renda e de promover a cidadania, segundo o princípio da visão sistêmica, o qual impõe às pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, sejam aquelas encarregadas da gestão dos resíduos sólidos ou apenas geradoras de tais resíduos, o respeito e a observância dos valores sociais e da dignidade da pessoa humana. Assim, os geradores públicos ou privados, que geram resíduos sólidos recicláveis com valor econômico, devem destinar tais resíduos para as associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis, nos termos do artigo 8º, inciso IV, da Lei n.º 12.305/2010.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) dispõe ainda que a gestão deve ser integrada e compartilhada, com prioridade para a

---

participação de associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis, de sorte que Municípios ou Consórcios estão obrigados a promover a contratação e a remuneração dos serviços prestados por tais entidades, em todas as etapas da gestão, observando os objetivos da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (art. 7º): gestão integrada de resíduos sólidos; articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos; integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Para que sejam cumpridos esses objetivos, o Município deve promover não apenas ações assistencialistas e pontuais de apoio às associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis, mas essencialmente integrá-las, efetivamente, na gestão compartilhada, o que somente será alcançado quando as organizações de catadoras e catadores estiverem dotadas de todos os recursos materiais e humanos necessários, os quais são de responsabilidade do Município ou do Consórcio.

Não é demais observar que a integração a que se refere o inciso XII do artigo 7º da Lei n.º 12.305/2010 compreende, também, a contratação e remuneração do trabalho, conforme permissivo expresso - com dispensa de licitação - constante do inciso XXVII do artigo 24 da Lei n.º 8666/93 e reproduzido na nova lei de licitações (artigo 75, inciso IV, alínea 'j' da Lei n.º 14.133/2022).

O Ministério Público do Trabalho tem estado atento para que a participação das catadoras e catadores ocorra em todo o processo e etapas da gestão, não apenas na coleta ou em galpões de triagem, mas integrando as associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis em toda a cadeia produtiva da reciclagem. Ou seja, também devem ser inseridas as cooperativas e associações de catadoras e catadores de materiais recicláveis desde a coleta até o tratamento final. Na última etapa será possível agregar valor ao resíduo coletado, mediante a transformação primária ou secundária dos

---

materiais resultantes da coleta e triagem. É, por assim, dizer, o fechamento do ciclo, a denominada Economia Circular.

As vantagens são inúmeras: elevação da renda das catadoras e catadores e, por decorrência lógica, incremento do comércio local, onde os catadores passam a consumir mais e melhor; erradicação do trabalho infantil diante da elevação da condição socioeconômica das famílias; erradicação do trabalho escravo; melhoria das condições de trabalho e de saúde e segurança do trabalho das catadoras e catadores; combate às fraudes nas relações de trabalho; combate à improbidade administrativa; melhoria dos índices da coleta seletiva, da reciclagem e da reutilização bem ainda da compostagem; valorização da educação ambiental como instrumento de efetivação da PNRS; preservação ambiental, preservação dos mananciais e lençóis freáticos, redução de gastos de recursos públicos, dentre outras a serem consideradas no caminho do desenvolvimento sustentável e na promoção do trabalho decente.

O financiamento de cooperativas de catadoras e catadores é objetivo expresso no inciso VIII do artigo 7º da Lei n.º 12.305/2010. Assim, não há o menor respaldo legal ao município ou ao Consórcio que se esquivam de garantir às associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis não apenas a remuneração pelo trabalho, mas também toda a infraestrutura necessária para consecução de seus fins, espaços adequados de trabalho, equipamentos, veículos e o que se fizer necessário para o cumprimento da legislação.

Por isso, o Ministério Público do Trabalho tem atuado para que os Municípios assumam o compromisso de auxiliar e dar os meios materiais (máquinas e instrumentos de trabalho) para que as catadoras e catadores de materiais recicláveis, que trabalham no seu território, associem-se ou forme cooperativas, e, nos primeiros momentos dessa constituição, até que esses entes privados tenham condições de subsistência, os auxilie com o fornecimento de equipamentos de proteção coletiva e individual.

Note-se, aliás, que o artigo 8º, inciso IV, prevê como instrumento de efetivação da Lei n.º 12.305/2010 “o incentivo ao cooperativismo

---

popular". As associações e cooperativas de catadores são, de fato, cooperativas populares.

A Lei n.º 12.305/2010, no seu artigo 36, inciso II, prevê a coleta seletiva como um dever a ser observado pelos Municípios e Consórcios. Portanto, além da erradicação dos lixões, todos os Municípios e Consórcios estão obrigados a implementar a coleta seletiva, alcançando todos os domicílios e todo o território, com a prioritária integração das catadoras e dos catadores, inclusive como medida necessária para o encerramento dos lixões e observância ao § 1º do referido artigo.

O artigo 36 relaciona as responsabilidades cometidas aos titulares de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos:

I - Adotar procedimentos para reaproveitar os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;

II - Estabelecer sistema de coleta seletiva;

III - articular com os agentes econômicos e sociais medidas para viabilizar o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos;

IV - Realizar as atividades definidas por acordo setorial ou termo de compromisso na forma do § 7º do art. 33, mediante a devida remuneração pelo setor empresarial.

Por seu turno, o § 1º estabelece que, para o cumprimento do disposto nos incisos I a IV do *caput*, o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos priorizará a organização e o funcionamento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, bem como sua contratação. O § 2º permite a dispensa de licitação para a contratação prevista no § 1º, nos termos do inciso XXVII do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

---

Assim, a Lei n.º 12.305/2010 impõe a contratação das associações e cooperativas de catadoras e catadores já formadas ou a serem formadas, a depender do estágio de organização local.

Por sua vez, o Decreto n.º 10.936, de 12 de janeiro de 2022, que regulamenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos, prevê no artigo 10 que o sistema de coleta seletiva de resíduos sólidos priorizará a participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda e dedica o Capítulo III para tratar da “participação dos catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis”, destacando-se o artigo 36, que reitera a prioridade conferida aos empreendimentos formados por catadoras e catadores de materiais recicláveis no sistema de coleta seletiva, com os seguintes objetivos: “I - à formalização da contratação; III - à inclusão social; e IV - à emancipação econômica”. E no seu parágrafo único dispõe que “A participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e de recicláveis em sistemas de logística reversa observará o disposto no §3º do art. 14 ”. Necessário observar que quando as condições previstas no §3º do artigo 14 não são alcançadas, os responsáveis pela gestão municipal de resíduos sólidos é que deverão adotar as ações necessárias para tanto.

No artigo 37, há a previsão de que “os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos (PMGRS) definirão programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda”. Em suma, os PMGRS deverão conter a especificação de como se dá, ou como se dará, a integração das associações e cooperativas de catadoras e catadores, ampliando a previsão do artigo 19 da Lei n.º 12.305/2010 , que trata do conteúdo mínimo dos planos municipais.

Já o artigo 39 dispõe que as políticas públicas destinadas aos catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis deverão observar: “I - a possibilidade de dispensa de licitação, nos termos do

---

disposto no inciso XXVII do caput do art. 24 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, enquanto estiver em vigor, e na alínea “j” do inciso IV do caput do art. 75 da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, para a contratação de cooperativas ou de associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; II - quanto às cooperativas, o estímulo: a) à capacitação; b) ao fortalecimento institucional; c) à formalização; e d) ao empreendedorismo; e III - a melhoria das condições de trabalho dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis”.

No parágrafo único do artigo 39, há a previsão dos instrumentos que podem ser firmados para a viabilização da criação e do desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, observada a legislação aplicável.

Cabe anotar que a previsão contida no inciso II do artigo 39 do Decreto n.º 10.936/2022, se estende também às associações ou outras formas de organização de catadoras e catadores de materiais recicláveis, como aliás consta do parágrafo único anteriormente citado.

O artigo 40 do Decreto institui o “Programa Coleta Seletiva Cidadã”, que substitui o Programa anterior previsto no Decreto n.º 5.940/2006, e prevê que “os órgãos e as entidades da administração pública federal, direta e indireta, deverão: I - separar os resíduos reutilizáveis e recicláveis; e II - destinar resíduos reutilizáveis e recicláveis, prioritariamente, às associações e às cooperativas de catadores de materiais recicláveis”.

O parágrafo único do mesmo artigo diz que “estarão aptas a coletar os resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, direta e indireta, as associações e as cooperativas de catadores de materiais recicláveis que: I - sejam formalmente constituídas por catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; II - possuam infraestrutura para realizar a triagem e a classificação dos resíduos recicláveis descartados; III - apresentem o sistema de rateio entre os associados e os cooperados; e IV - estejam regularmente cadastradas e habilitadas no Sinir”.

---

Consoante se observa dos artigos 40 a 42, são impostas exigências que somente serão alcançadas pelas associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis quando de sua efetiva emancipação econômica, o que perpassa pela correta formalização dos contratos de prestação de serviços, com a sua conseqüente remuneração, inclusive pelos órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta. Assim, quando da averiguação destes requisitos deve-se ter em conta que as deficiências burocráticas e estruturais, inclusive cadastro no SINIR, decorre da baixa capacidade operacional e econômica das associações e cooperativas, em razão da omissão do órgão público municipal, pois é deste a responsabilidade de garantir que as associações e cooperativas detenham todas as condições necessárias para atuação no mercado formalmente regularizadas. A única hipótese de não destinar os resíduos recicláveis para as associações e cooperativas seria quando as condições de trabalho acarretem grave e iminente risco aos seus associados/as ou cooperados/as.

Observe-se, ainda, a ilegalidade do contido no artigo 42, que repassa às associações e às cooperativas de catadores de materiais recicláveis a “destinação” (sic) final ambientalmente adequada dos resíduos não reaproveitados para reutilização ou reciclagem. Ou seja, o gerador de resíduos, neste caso da administração pública federal, se exime não apenas de realizar corretamente a separação, como também da disposição ambientalmente adequada dos rejeitos ou qualquer material irresponsavelmente descartado, como resíduo tóxico, sendo as lâmpadas fluorescentes o exemplo mais frequente de tentativas de descarte irregular de resíduos por órgãos públicos federais.

A disposição final adequada é obrigação legal do gestor público municipal ou do gerador de resíduos, público ou privado, que não pode ser repassada para as associações e cooperativas. Além de ilegal, a medida não incentiva a separação seletiva na origem, torna letra morta os princípios do poluidor-pagador e da responsabilidade pós-consumo, e onera as associações e cooperativas de catadoras e catadores, tornando inviável economicamente a coleta dos resíduos em órgãos públicos federais. Na mesma esteira, há patente ilegalidade do parágrafo único do artigo 42.

---

Diante disso, é possível afastar a aplicação dos dispositivos do Decreto n.º 10.936/2022 que confrontarem com a PNRS (Lei nº 12.305/2010).

O Decreto n.º 11.414, de 13 de fevereiro de 2023, por sua vez, que instituiu o “Programa Diogo de Sant’Ana Pró-Catadoras e Pró-Catadores para a Reciclagem Popular”, tem por finalidade, segundo seu artigo 1º “integrar e de articular as ações, os projetos e os programas da administração pública federal, estadual, distrital e municipal voltados à promoção e à defesa dos direitos humanos das catadoras e dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis”.

No artigo 1º são descritas as finalidades do programa e como devem ser alcançadas: I - do fortalecimento de suas associações, cooperativas e outras formas de organização popular; II - da melhoria das condições de trabalho; III - do fomento ao financiamento público; IV - da inclusão socioeconômica.

Dentre os objetivos do Decreto n.º 11.414/2023, traçados no artigo 3º, destacam-se os seguintes: I - Promover o reconhecimento das catadoras e dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis como protagonistas no processo de reciclagem”; “II - Incentivar a contratação remunerada de cooperativas, associações e outras formas de organização popular de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis pelos serviços públicos, municipais, distritais e consorciados, de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; [...]; XVI - articular a atuação dos órgãos e das entidades responsáveis na hipótese de identificação de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis em situação precária de trabalho, com indícios de trabalho escravo ou de trabalho infantil; XVII - fomentar a inclusão socioeconômica de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis em situação precária de trabalho, em lixões ou em situação de rua.

O artigo 4º do Decreto n.º 11.414/2023 estabelece que a adesão dos entes federativos ao Programa é voluntária e aqueles que “aderirem ao Programa deverão apresentar plano de ação que contemple ações a serem realizadas em âmbito local e regional, como fechamento de

---

lixões, incentivo à criação de cooperativas, associações e outras formas de organização popular, além de ações de inclusão socioeconômica de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis” (artigo 4º, §2º).

Nos incisos do §3º, do artigo 4º, do Decreto n.º 11.414/2023, constam as seguintes obrigações aos entes federativos aderentes: I - promover o cadastramento das famílias de baixa renda de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico, com a marcação na categoria correspondente; II - conceder tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para a contratação pública às catadoras e aos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis pelos serviços municipais, distrital e consorciados de limpeza urbana, nos termos do Decreto nº 8.538 de 6 de outubro de 2015; e III - instituir e manter comitês intersetoriais com composição espelhada, quando possível, na composição do Comitê Interministerial para Inclusão Socioeconômica de Catadoras e Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis.

Já no artigo 5º do mesmo Decreto constam os instrumentos que podem ser adotados pelos entes federativos para a execução das ações e projetos do Programa, quais sejam: “I - consórcios públicos constituídos nos termos do disposto na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005; II - cooperativas e associações de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; III - organizações da sociedade civil que atuem na incubação, na capacitação, na assistência técnica e no desenvolvimento de redes de comercialização de cooperativas, associações e outras formas de organização popular de catadoras e catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, ou na sua inclusão social e econômica; e IV - organismos internacionais.

Verifica-se, assim, que além de resultar da luta por direitos do Movimento Nacional das Catadoras e dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR), a Lei n.º 12.305/2010 e os Decretos acima citados (Decretos n.º 10.936/2022 e n.º 11.414/2023) integram e articulam questões voltadas não apenas à preservação ambiental, mas também à redução das desigualdades sociais (erradicação do trabalho infantil na

---

coleta do lixo, erradicação do trabalho escravo, ambiente de trabalho seguro, emancipação socioeconômica das famílias que sobrevivem da coleta e comercialização de materiais recicláveis), consagrando, assim, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro previstos no artigo 3º da Carta Constitucional. Fortalece, ainda, a possibilidade de atingimento dos objetivos do desenvolvimento sustentável, com a implementação da Agenda 2030 da ONU.

Cumprе ressaltar que a organização do serviço de coleta seletiva e a transferência de sua gestão para as organizações formais de catadoras e catadores de materiais recicláveis não constituem atos discricionários do poder público, mas sim um dever previsto na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

O aprofundamento da gravidade dos mecanismos de exclusão social, em especial o desemprego que empurra milhares de famílias para a coleta informal, o desperdício nas práticas de consumo e a irrazoabilidade econômica e ambiental do descarte de produtos reaproveitáveis são fatores que apontam para o dever da administração pública municipal de realizar ações tendentes a alcançar todos os objetivos propostos na lei, em especial a contratação das associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis.

Claro está que a gestão compartilhada dos resíduos sólidos com a integração e participação efetiva das associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis é imprescindível para assegurar o desenvolvimento local sustentável, o que por si só torna o trabalho das catadoras e dos catadores essencial e indiscutivelmente mais adequado.

Qualquer argumentação de impossibilidade legal da emancipação das famílias que sobrevivem da coleta do material reciclável através da contratação direta de suas organizações pelo Poder Público para a gestão dos resíduos sólidos recicláveis, com total apoio técnico e financeiro, falece diante dos inúmeros argumentos aqui retratados e que reafirmam o compromisso do planeta com os valores humanos, o combate à desigualdade social, à erradicação da pobreza, o desenvolvimento local sustentável e a preservação do meio ambiente.

---

Ademais disso, a Agenda 2030 que traça metas a serem cumpridas pelos países signatários (Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS), igualmente reforça a necessidade, a obrigatoriedade e a urgência de se promover a emancipação social e econômica de grande parte da população que sobrevive da coleta e venda de materiais recicláveis, diante de sua extrema vulnerabilidade.

## **2 DO PROJETO ESTRATÉGICO “INCLUSÃO SOCIAL E PRODUTIVA DE CATADORAS E CATADORES DE MATERIAIS REICLÁVEIS”**

Como um dos entes públicos envolvidos na Agenda 2030, o Ministério Público do Trabalho atua, nessa seara, na concretização do ODS 8, para promoção do trabalho decente e do crescimento econômico inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo das catadoras e catadores, com especial foco na sua contratação pelos entes públicos, que têm, à luz do ODS 11 o dever de tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis.

Por isso, o MPT criou o Projeto Estratégico “Inclusão Social e Produtiva das Catadoras e Catadores de Materiais Recicláveis”, aprovado no âmbito da Coordenadoria Nacional de Promoção da Regularidade do Trabalho na Administração Pública - CONAP e da Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Infantil e de Promoção e Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes - COORDINFÂNCIA, destina-se a promover ações voltadas à tutela dos direitos destes trabalhadores e trabalhadoras, incluindo crianças e adolescentes, no contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da legislação vigente.

Para tanto, é necessário tornar efetivas, concretas e incisivas as ações do Ministério Público do Trabalho, que deve buscar promover o resgate e a regularização da situação jurídica de catadoras e catadores adultos, idosos, crianças e adolescentes explorados na atividade de catação e promover a responsabilização jurídica dos Municípios e ou Consórcios formados para a realizar a gestão integral ou em parte dos resíduos sólidos urbanos.

---

## 2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS ASSOCIAÇÕES E COOPERATIVAS DE CATADORAS E CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

As catadoras e catadores de materiais recicláveis estão espalhados pelo país e ainda é bastante comum o preconceito e a falta de informação no que se refere à importância do trabalho realizado por eles(as) que, merecidamente, devem ser considerados(as) verdadeiros(as) agentes ambientais, pois suas ações estão coroadas, senão de êxito econômico, de reconhecido êxito ambiental, pois tem evitado o corte de milhares de árvores diariamente, como também reduzido o volume de lixo depositado nos lixões e aterros.

É de conhecimento notório que as catadoras e os catadores realizam a coleta de material reciclável de maneira absolutamente informal, nas ruas e nos lixões, sendo raros os casos em que os Municípios lhes dão o merecido reconhecimento, integrando-os através da participação efetiva nos serviços de coleta seletiva, conforme determina a legislação vigente. Normalmente, às catadoras e catadores são direcionadas apenas ações de cunho assistencialista, como fornecimento de cestas-básicas, que apenas amenizam a situação de miséria ou extrema miséria, sem modificar o estado de grave vulnerabilidade social e econômica. Ou, em outros casos, cedem espaços fisicamente inadequados e consideram que a simples comercialização dos recicláveis recuperados é a retribuição adequada.

Assim, por realizarem suas atividades informal e desorganizadamente, muitas vezes concorrendo com os caminhões de coleta do lixo, muito pouco recebem pelo seu trabalho e precárias são as condições a que estão submetidos. Residem quase sempre na periferia, grande parte em áreas não regularizadas, em precaríssimas condições e sujeitos a constantes despejos realizados por forças policiais. A situação dos filhos não é melhor, pois desde cedo são obrigados a trabalhar, com o objetivo de contribuir com o orçamento familiar.

O retrato social citado não é novidade e a Política Nacional de Resíduos Sólidos emerge como uma medida afirmativa de política

---

pública destinada a enfrentar a discriminação estrutural que sofre o grupo social vulnerável de catadoras e catadores de materiais recicláveis, fomentando a organização coletiva por meio de associações e cooperativas, formalizando suas contratações e garantindo a remuneração dos trabalhos realizados.

As cooperativas populares ou cooperativas solidárias surgiram com a finalidade de combater a pobreza, o desemprego e alcançar a apropriação coletiva dos meios de produção da cadeia produtiva da reciclagem. Também surgiram como reação ao trabalho informal e não valorizado.

Inexiste um marco legal das associações e cooperativas solidárias, de modo que é comum a confusão entre o cooperativismo previsto na Lei n.º 5.764/1971 e o cooperativismo solidário ou popular. Há um movimento crescente neste sentido, que avançou, inclusive, na estruturação de uma organização própria. A União Nacional das Organizações Cooperativas Solidárias (UNICOPAS) reúne as principais centrais de cooperativas e organizações da economia solidária, dentre as quais a Unicatadores. Assim, as cooperativas solidárias não são representadas pela Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e não tem a obrigação de proceder ao recolhimento de valores cobrados por suas representações regionais.

As associações e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis se estruturam sobre princípios e valores morais bastante nobres, como os da igualdade, dignidade humana, ajuda mútua, solidariedade e autogestão participativa. Esses empreendimentos integram, como dito, a economia solidária, dentro da qual se insere o cooperativismo popular e solidário.

Reunindo-se coletivamente, os associados e cooperados promovem seu próprio trabalho de forma organizada e democrática. O trabalho coletivo representa uma ferramenta de desenvolvimento onde se aglutinam as diversas forças para um objetivo comum, o que significa uma grande vantagem em relação aos empreendimentos individuais.

---

Desde a origem as cooperativas populares e solidárias já nascem sem a infraestrutura adequada, formadas por trabalhadoras e trabalhadores sem disponibilidade de recursos para investir no negócio coletivo. Em geral, as associações e cooperativas populares desenvolvem seus negócios em instalações precárias, sem dispor dos meios de produção necessários para a operacionalização e execução de suas atividades. As catadoras e catadores que vivem e trabalham nos lixões enfrentam condições ainda mais graves.

Considerando que a Lei n.º 12.305/2010 comete ao Poder Público a obrigação de garantir às associações e cooperativas a infraestrutura necessária e equipamentos adequados às suas atividades, além da remuneração pelos serviços prestados com a regularidade do contrato administrativo, emerge como obrigação prioritária a disponibilização de galpão de trabalho, equipado minimamente com mesas de triagem, prensa e balança, em condições adequadas e que permitam o início imediato das atividades das associações e cooperativas. A remuneração dos serviços prestados, por meio da contratação administrativa, é quesito fundamental de garantia mínima de renda.

É necessária a capacitação permanente, com assessorias técnica e financeira, para a realização dos procedimentos burocráticos que decorrem da formalização das associações e cooperativas e do contrato administrativo.

São muito comuns casos de associações e cooperativas, ainda que criadas com o apoio técnico do Município, serem geridas ou apropriadas por pessoas que nem mesmo são catadores, como técnicos indicados pelo Município, “apoiadores” e mesmo um cooperado que se torna “dono da cooperativa”, explorando os demais e se favorecendo da vulnerabilidade destes. A importância de identificação de tais situações é evitar a atuação em prol de cooperativas ilegítimas ou pessoas que ilegitimamente tomaram a sua gestão, encaminhando providências no sentido de auxiliar na recomposição da Diretoria e afastamento dos “proveitadores”. O fortalecimento do grupo é imprescindível para evitar que tal situação venha a se repetir.

---

Importante identificar a existência de “atravessadores, donos de depósitos, ferro-velho, sucateiros” que, na esmagadora maioria dos Municípios, detém o monopólio da compra do material coletado pelos catadores e catadoras, organizados ou não. Tais “atravessadores” impõem o preço e muitas vezes mantêm nos seus espaços de armazenamento trabalhadores em condições análogas à de escravo, informais, sem remuneração e sem condições mínimas de higiene e segurança. Crianças e adolescentes frequentemente são explorados por tais “atravessadores”, seja coletando materiais nas ruas e nos lixões, seja trabalhando na triagem nas dependências do “barracão” do atravessador. O atravessador é o primeiro elo de contato com os catadores na cadeia produtiva da reciclagem, adquirindo destes o material coletado e realizando sua comercialização com grandes atravessadores conhecidos como “aparistas”, que adquirem material em maior quantidade. Neste momento é que o material informalmente coletado tem nota fiscal emitida para que o material possa chegar até a indústria da reciclagem. Já temos associações e cooperativas que conseguem comercializar diretamente com as indústrias de reciclagem, com emissão de nota fiscal eletrônica, o que lhes proporciona aumento significativo da renda e a possibilidade de negociar um preço melhor pelo produto que comercializa.

Assim, o trabalho coletivo, organizado em associação ou cooperativa, com espaço de trabalho e equipamentos adequados e a remuneração dos serviços é um dos principais objetivos a ser alcançados pelo Ministério Público do Trabalho



---

## 4.4 Impasses nas Prestações de Contas das Organizações Sociais da Saúde e Desafios para Aprimorar o seu Controle

Élida Graziane Pinto<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

O fomento ao terceiro setor é medida complementar de operacionalização das ações e serviços públicos de saúde (ASPS) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), na forma do art. 199, §1º, da Constituição de 1988.

A pretexto de atuarem em parceria com o Estado na consecução de interesses públicos comuns, pessoas jurídicas privadas sem finalidade lucrativa – direta ou indiretamente – administram e/ou se beneficiam de recursos públicos e, portanto, sujeitam-se ao dever de prestar contas a que se refere o parágrafo único do art. 70 da CF.

Do ponto de vista do Direito Financeiro, aludido fomento ocorre tanto por meio de subvenções e/ou contraprestações pecuniárias oriundas de negócios jurídicos em sentido amplo, quanto por meio de incentivos fiscais. Para além de qualquer particularidade de regime jurídico da despesa (aqui incluído o crédito subsidiado) ou da renúncia de receita, sempre haverá a necessidade de controle do percurso dos *“dinheiros, bens e valores públicos”* geridos descentralizadamente pelas mais diversas espécies de entidades do terceiro setor.

---

1 Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e Professora de Finanças Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Livre-Docente em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), com estudos pós-doutorais em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV) e Doutora em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD/UFMG).

---

Ao dever universal de prestar contas, inscrito constitucionalmente no parágrafo único do art. 70, soma-se o dever de provar o regular emprego dos recursos públicos de que trata o art. 93 do Decreto-Lei n.º 200/1967, que é exigido não só da Administração Pública, mas de todos os que com ela se relacionam.

Desse modo, o manejo de recursos públicos por pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem finalidade lucrativa, impõe-lhes submissão objetiva ao regime jurídico administrativo do próprio ciclo orçamentário. Aludida sujeição é proporcional ao volume de recursos públicos envolvidos, de modo que quão maior a dependência de repasses governamentais, maior será o influxo publicístico sobre o modo de atuação das entidades que deles se beneficiam.

Vale repisar: a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial, operacional e patrimonial prevista constitucionalmente obedece a critério objetivo, porque lhe é indiferente quem subjetivamente se relaciona com o erário. O que importa é o percurso do dinheiro público dentro do ciclo orçamentário em seu triplo assento principiológico: legalidade, economicidade e legitimidade, na forma do *caput* do art. 70 da Constituição de 1988.

No contexto ora examinado, as entidades do terceiro setor, a despeito da sua personalidade jurídica de direito privado, são compelidas aos deveres de conformidade e integridade (*compliance*) e se despem da larga liberdade do seu regime civilístico, quando se beneficiam de repasses de recursos públicos a qualquer título.

Dito de outro modo, as inafastáveis finalidades constitucionais de prevenção da corrupção e de preservação do erário pressupõem distribuição ampla do ônus probatório e sujeição universal ao dever de prestar contas, o que impacta estruturalmente as possibilidades de controle prévio e concomitante das parcerias com o terceiro setor no âmbito do SUS.

Uma vez ausente ou insuficiente a comprovação do manejo adequado dos recursos públicos, resta assumido o risco administrativo de que atos lesivos à Administração Pública possam vir a ser imputados

---

às pessoas jurídicas privadas (com ou sem finalidade lucrativa), que se relacionem a qualquer título com aquela. Dessa confluência normativa é que decorre a razão de ser da responsabilidade objetiva inscrita na Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013).

Neste estudo, pois, o foco de análise recai sobre a responsabilidade das entidades do terceiro setor de prestarem higidamente contas da sua atuação complementar no SUS e de se desincumbirem do ônus probatório do regular emprego dos recursos públicos por elas manejados, até mesmo para fins de integridade e conformidade, a que se refere o art. 7º, VIII da Lei n.º 12.846/2013.

Para cumprir tal desiderato é que se dividiu o estudo em três capítulos, incluída esta introdução, e, no capítulo seguinte, será maturada a tese de que o controle de integridade das entidades beneficiárias de repasses na área da saúde, aferido a cada liquidação de despesa, deve ser explorado – por todas as instâncias de controle (aqui, em especial, pelo Ministério Público de Contas) – como mais um relevante instrumento de contenção dos riscos de burla e fuga ao regime jurídico administrativo.

Na conclusão, espera-se fomentar o debate, em busca de segurança jurídica compartilhada nas parcerias entre Estado e entidades do terceiro setor na área da saúde, acerca do seu devido processo de prestação de contas.

O norte a ser buscado é o de um ciclo dinâmico, plurilateral e tempestivo de cruzamento de dados e análise de riscos, a cada ato formal de liquidação de despesa, para que a execução terceirizada das ações e serviços públicos de saúde seja intertemporalmente consonante com as necessidades de saúde da população em uma equação custo-efetiva.

Sem prejuízo da necessária repressão aos eventuais ilícitos e irregularidades já consumados, as diversas instâncias de controle incidentes sobre as parcerias no âmbito do SUS devem reorientar foco para o monitoramento preventivo e concomitante da execução orçamentária aderente ao planejamento sanitário e às necessidades de

saúde da população ali diagnosticadas como norte legítimo da ação governamental.

## **1 INTEGRIDADE E DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: BALIZAS DE CONTROLE PARA AVALIAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR QUE ATUAM EM PARCERIA COM O ESTADO NA POLÍTICA PÚBLICA**

As prestações de contas de repasses ao terceiro setor na política pública de saúde são marcadas, em regra, por uma grande e severa fragilidade estrutural de avaliação de custos e resultados. A bem da verdade, a própria concepção inicial do serviço não é objetiva e consistentemente bem formulada no planejamento sanitário.

Daí advém a execução discricionária e errática de toda sorte de repasses ao terceiro setor, sem filtros qualitativos e quantitativos de avaliação da adequada aplicação dos recursos em face das reais necessidades de saúde da população.

Em estudo publicado em novembro de 2017 sobre opções de ajuste fiscal<sup>2</sup>, o Banco Mundial assim se posicionou quanto à ineficiência alocativa na política pública de saúde brasileira:

O SUS poderia oferecer mais serviços e melhores resultados de saúde com o mesmo nível de recursos se fosse mais eficiente. O SUS enfrenta desafios que exigem profundas reformas no sistema. As reformas precisarão solucionar os desafios atuais (qualidade, eficácia e ineficiências) e preparar o sistema para desafios futuros (envelhecimento da população e o crescente ônus de doenças crônicas). Cinco áreas exigirão atenção:

**(i) Racionalização da rede de prestação de serviços, especialmente a rede hospitalar, para atingir um melhor equilíbrio entre acesso e**

2 Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

---

**escala (eficiência).** Mais especificamente, isso exigiria **a redução do número de hospitais de pequeno porte (a maioria dos hospitais brasileiros tem menos de 50 leitos, e por volta de 80% têm menos de 100 leitos – quando o tamanho ótimo estimado varia 150 e 250 leitos para alcançar economias de escala).** O estudo estima em R\$1,3 bilhões por ano as ineficiências na MAC apenas nos municípios com 100% de hospitais de pequeno porte. [...]

(ii) **Incentivar o aumento da produtividade dos profissionais de saúde.** Isso exigiria implementar **políticas de remuneração vinculadas a qualidade e ao desempenho, como pagamento por desempenho.** O estudo estima ganhos de eficiência de R\$2,9 bilhões caso a produtividade média dos profissionais de saúde no Brasil alcançasse a média dos países da OCDE. A nível primário de atenção aumentar a produtividade também vai exigir um aumento da força de trabalho, não apenas médicos. Evidência anterior demonstra que o Brasil poderia aumentar seu nível de cobertura pré-natal, com o mesmo nível de gastos, caso adota-se um processo de produção mais intensivo em profissionais de enfermagem do que em médicos. Além disso, será importante promover a padronização da prática médica através da adoção de protocolos clínicos como forma de reduzir variação nos diagnósticos e tratamento (para facilitar o controle de custos e o aumento da eficácia dos tratamentos).

(iii) **Reforma dos sistemas de pagamento dos prestadores de serviços de saúde para melhor refletir os custos dos serviços e focar nos resultados de saúde. O sistema de pagamento por Grupo de Diagnósticos Relacionados (ou Diagnostic-Related Group, DRG) tem resultado em ganhos de eficiência e controle de custos em outros países.** No Brasil, o sistema AIH/SIA poderia ser gradualmente convertido em um sistema DRG.

(iv) **Melhora da coordenação do sistema por meio da integração de serviços diagnósticos, especializados e hospitalares, bem como os sistemas de referência e contra-referência.** Reforçar e

**expandir a cobertura da atenção primária, com o estabelecimento da atenção primária como porta de entrada ao sistema (gate keeping). Isso reduziria o número de hospitalizações (em aproximadamente 30%) e reduziria gastos – nos estimamos em R\$1,2 bilhões os gastos com internações por causas sensíveis a atenção primária apenas para doenças cardiovasculares.** Além disso, é preciso melhorar a integração entre os sistemas público e privado de forma a evitar a duplicidade de esforços, a competição pelos limitados recursos humanos, a escalada dos custos e o aumento das desigualdades.

**(v) Redução dos gastos tributários com saúde: Gastos tributários representam 30.5% dos gastos federais em saúde concentrados em descontos no IRPF (R\$9.6 bilhões ano) e hospitais filantrópicos (R\$7.4 bilhões ano).** Esses gastos são altamente regressivos, e não há nenhuma justificativa aparente para a obrigatoriedade de o governo pagar pelo atendimento privado de saúde aos grupos mais ricos da população. [grifos nosso]

Ao invés de avançar sobre a correção das iniquidades suscitadas pelo Banco Mundial, fortalecendo o planejamento sanitário e a atenção primária de saúde, a realidade, contudo, no cotidiano da fiscalização contábil e financeira dos repasses ao terceiro setor no âmbito do SUS tem sido a de pagamentos por estimativa para unidades de serviço não necessariamente prestadas no atendimento ambulatorial e/ou hospitalar. Sobrelevam os controles formais e as despesas ineficientes, com risco de desvios e capturas.

Precisamente essa, aliás, é a conclusão do presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito das Organizações Sociais de Saúde – instaurada<sup>3</sup> no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e cujo relatório foi apresentado no dia 12/09/2018<sup>4</sup> –, Deputado

3 Como se lê em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/cpi/?idLegislatura=18&idComissao=1000000225>.

4 Noticiado em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/12/cpi-das-oss-aprova-relatorio-apos-retirar-denuncias-contra-governador-de-sp-e-secretario.ghtml>.

---

Estadual Edmir Chedid (DEM), para quem: “as entidades beneficiárias de tais repasses não se sentem obrigadas a prestar contas”<sup>5</sup>.

Interessa aqui primordialmente resgatar – com higidez – a necessidade de as entidades do terceiro setor provarem sua integridade, até para os devidos fins da Lei Anticorrupção e dos arts. 41 e 42 do Decreto n.º 8.420/2015 (que a regulamentou), por meio da distribuição compartilhada do ônus da prova quanto ao manejo regular dos recursos públicos, perante as instâncias de controle e ao longo de um devido processo de prestação de contas. Segundo o Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão 1522/2016-Plenário,

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do art. 373 da Lei 13.105/2015 (CPC), aplicada às peculiaridades da atividade de controle externo, competindo:

a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam;

b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e anti-econômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal.

O perfazimento do devido processo de comprovação do atendimento aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade é esforço que, no âmbito do SUS, não pode ser preterido ou executado de forma meramente protocolar e vazia. Isso porque a insuficiência do atendimento à população na via ordinária cada vez mais tem saturado – por vezes de forma iníqua – a resposta judicial excepcional.

Vale lembrar, por oportuno, que a maior demanda oriunda da CPI das OSS da Alesp foi enfática e devidamente registrada na própria conclusão do seu relatório: “é preciso conferir maior transparência às

---

5 Como se pode ler em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/entidades-nao-se-sentem-obrigadas-a-prestar-contas-diz-presidente-da-cpi-das-oss/>.

---

informações e procedimentos que sustentam o modelo, reforçando o controle interno, o controle externo e o controle social”.

Ora, aferições estáticas e formais sobre a economicidade e a integridade das despesas públicas (incluídos aqui os gastos tributários) tanto simplificam, quanto fragilizam o processo de avaliação sobre a conformidade das ações governamentais realizadas em face dos seus custos verificados e resultados alcançados (ou não).

Um aspecto pontual do impasse, mas que guarda severa repercussão para as parcerias com o terceiro setor é o controle dos custos em face dos resultados verificados e, por conseguinte, seu reflexo direto ou indireto nos preços praticados pelas entidades que, de fato, indiquem ausência de finalidade lucrativa e defesa do interesse comum na consecução das ações e serviços públicos de saúde.

Tradicionalmente a avaliação sobre a consonância dos preços com a média praticada no mercado se resumiria apenas ao momento da seleção das propostas e da adjudicação do objeto à entidade vencedora do chamamento público. Mas, sob o enfoque do controle concomitante, é preciso que haja compromisso permanente e dinâmico com a comprovação atualizada de economicidade e de integridade ao longo da execução da parceria, o que deve ser exigível não só dos gestores públicos, mas também dos beneficiários de repasses no âmbito do terceiro setor (seja a que título jurídico se der a relação de parceria).

Nesse contexto, impõe-se a revisão do caráter majoritariamente estanque e formalista das cláusulas contratuais, para que haja parâmetros de remuneração variável atrelada ao desempenho efetivo tanto em cada parceria, quanto no volume consolidado de repasses por cada entidade, no intuito de majorar a aderência ao planejamento sanitário, bem como a transparência ativa e o cruzamento sistemático de dados.

Mais do que pagar unitariamente por serviços em cada negócio jurídico isoladamente celebrado com cada entidade do terceiro setor, é necessário conceber uma avaliação global de desempenho das

---

peças jurídicas beneficiárias de repasses, comparando-as, expondo-as ao escrutínio público e fomentando o aperfeiçoamento da sua relação com o Estado por meio de prêmio de produtividade, mediante metas de cobertura progressiva da demanda reprimida, redução amplamente divulgada dos custos e redução das internações por condições sensíveis à atenção básica.

Ao longo da execução orçamentária, tal aferição é diuturna, porque o dever de provar a economicidade do ajuste se renova a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do objeto para fins de liquidação da despesa e alcança necessariamente a pessoa jurídica privada contratada/conveniada/beneficiária do repasse a qualquer título.

Contratos, convênios, termos de parceria e quaisquer outras nomenclaturas de ajustes celebrados pelo Estado devem ser submetidos a avaliações periódicas de economicidade e integridade a cada etapa de aferição do seu cumprimento. Aqui o ônus da prova — no sentido propugnado pelo art. 93 do Decreto-Lei n.º 200/1967 — é, em primeiro e destacado plano, do particular contratado perante o servidor responsável pelo acompanhamento e fiscalização do ajuste.

Segundo os ditames gerais do art. 73 da Lei n.º 8.666/1993, a cada ato de recebimento provisório ou definitivo do contrato devem ser analisadas e atestadas a adequação do objeto aos termos contratuais nos casos de obras e serviços, bem como a qualidade e a quantidade dos materiais fornecidos nos casos de compras e locação de equipamentos.

Ou a entidade do terceiro setor comprova que executou adequada e economicamente o objeto pactuado, ou não é possível aferir a sua conformidade para fins do correspondente termo circunstanciado de recebimento provisório ou definitivo, o qual deve ser assinado conjuntamente pelo Estado e pela organização. Tampouco se pode passar ao ato da liquidação da despesa, considerando que é nesse momento em que se verifica “a origem e o objeto do que se deve pagar” e “a importância exata a pagar”, nos exatos termos dos incisos I e II do § 1º do art. 63 da Lei n.º 4.320/1964. Cabe, portanto, ao gestor público avaliar o serviço prestado pela entidade e o *quantum* financeiro a ela

---

devido e confrontar tais dados com os valores médios de mercado e com a prestação direta do serviço, extraindo daí a conclusão sobre a vantajosidade da aplicação.

A necessidade de se buscar regime jurídico mais dinâmico para a comprovação de economicidade e vantajosidade de forma concomitante à execução do objeto contratual fez, por exemplo, com que a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n.º 12.462/2011) estabelecesse a possibilidade de remuneração variável atrelada ao desempenho do particular, assim como previu a figura de um “contrato de eficiência” em que a Administração Pública espera obter maior economia, remunerando o particular conforme o percentual da economia gerada, como se pode ler, respectivamente, nos seus artigos 10 e 23.

Certo é que o Estado precisa manejar os instrumentos que a legislação já lhe oferece para questionar a formação dos custos e os preços praticados pelas entidades do terceiro setor que com ele se relacionam no âmbito do SUS, para majorar o alcance das metas concebidas no planejamento sanitário, diante do diagnóstico complexo de necessidades de saúde da população e da insuficiência de recursos que financiam a saúde pública brasileira.

Qualquer polarização maniqueísta entre o Estado que realiza a despesa e a entidade do terceiro setor que dela se beneficia tende a limitar o alcance do dever universal de prestação de contas inscrito no art. 70, parágrafo único da Constituição de 1988. Todos, rigorosamente todos os que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos devem prestar contas, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas.

Daí porque é ingênuo e juridicamente frágil sustentar que os problemas da má qualidade do gasto público e da própria corrupção estejam centrados exclusiva ou primordialmente no Estado e nas suas mazelas organizacionais.

Com o advento da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013), emergiu o horizonte preventivo dos sistemas de integridade e *compliance* a serem

criados no âmbito das pessoas jurídicas privadas — com ou sem finalidade lucrativa —, no intuito de se tentar comprovar objetivamente a alegação de boa-fé em investigações de casos de corrupção em que as empresas e as entidades do terceiro setor se vissem, porventura, envolvidas em suas relações com o Estado. Interessante, aqui, resgatar a forma como Fernando Facury Scaff<sup>6</sup> se posicionou a respeito do tema:

[...] É como se o Estado dissesse às empresas [e às entidades do terceiro setor]: ‘Previne o *teu pessoal* nas relações com o *meu pessoal*, a fim de evitar que caiam na tentação da corrupção, de lado a lado’. Daí por que se afirma que as empresas devem se *autorregular*, ou seja, criar as normas internas para evitar o efeito danoso combatido pela lei. E o foco da *autorregulação* é a *autocontenção*, ou seja, conter os agentes privados da tentação de burlar os procedimentos normativos, de tal forma a dificultar a obtenção de vantagens indevidas. [...] Quanto melhor for o sistema de *compliance* adotado pelas empresas [e pelas entidades do terceiro setor], menor será o risco e menor deverá ser a pena, em caso de eventual irregularidade.

Nesse sentido, os incisos VII e VIII do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013 pontuam como aspectos que militariam a favor da defesa das pessoas jurídicas privadas envolvidas em casos de corrupção tanto “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações” quanto “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Mas o que seria de se esperar dos órgãos de controle interno das entidades do terceiro setor no âmbito das parcerias que envolvem a política pública de saúde? Apenas exames protocolares de conformidade com o ordenamento a pretexto de incentivo à denúncia de irregularidades? Para serem, de fato, consistentes, os sistemas de integridade e *compliance* das entidades do terceiro setor devem se ocupar de prestar contas — a cada liquidação de despesa — sobre os

6 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/contas-vista-articulacao-acordos-leniencia-num-sistema-controle-publico>.

---

reais custos e efetivos resultados da parceria celebrada com o Estado, em cruzamento sistêmico de riscos e em esforço de máxima transparência ativa dos dados atinentes às contratações públicas. Somente assim serão alcançados os parâmetros dos incisos V a VIII do art. 42 do Decreto n.º 8.420/2015, que regulamentou a Lei n.º 12.846/2013.

É premente que se devolva às entidades do terceiro setor a responsabilidade de atestarem a ausência de finalidade lucrativa, mediante mecanismos de comprovação tempestiva de que os preços praticados e os resultados entregues nas relações com o Estado estão consonantes com os respectivos custos e com as finalidades contratadas/ajustadas.

Assim, a comprovação de economicidade e a verificação de legitimidade (aqui entendida como cumprimento das metas de custo-efetividade e resolutividade do planejamento sanitário) dos repasses não podem ficar adstritas somente ao momento formal de seleção das propostas no chamamento público e, por conseguinte, ao momento de celebração do ajuste com a entidade. Economicidade e aderência ao planejamento sanitário devem ser aferidas a cada recebimento provisório do objeto e, portanto, a cada ato de liquidação da despesa, com análise permanente dos riscos de desconformidade que a Lei Anticorrupção busca conter.

Aliás, é também no momento da liquidação que a entidade do terceiro setor beneficiária de repasses presta contas de sua atuação e comprova que executou o serviço de forma adequada e integral, sem conflito de interesses ou remunerações exorbitantes ao seu quadro de pessoal. Somente o exaurimento do ônus da conformidade com os princípios constitucionais e ditames legais aplicáveis afasta, assim, o peso da responsabilização objetiva pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública previstos na Lei Anticorrupção. Sobre o assunto, Pinto e Spinelli<sup>7</sup> manifestaram-se:

Não se trata, portanto, de entender a lei como mais um ônus imposto às empresas [e às entidades do

---

7 Inteiro teor disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-08/lei-anticorrupcao-im-poe-empresas-corresponsabilidade-prestar-contas>.

---

terceiro setor] brasileiras, já sufocadas por uma enxurrada de exigências legais e tributárias. Mas de reconhecer que a luta contra a corrupção, por razões óbvias, não pode estar limitada ao setor público e que as empresas [e entidades do terceiro setor] também deverão instituir procedimentos eficazes para coibir práticas irregulares.

A responsabilidade objetiva prevista na lei caso sejam apurados atos irregulares e ilícitos decorre do risco assumido pela empresa de não conseguir se desincumbir do aludido dever bilateral de prestar contas. Sem isso, ela não pode ser liberada das suas obrigações contratuais, nem tampouco pode ter atestada a sua aptidão de receber do Estado o quanto lhe é devido. (grifo acrescentado ao original).

Ou se fomenta a noção de *compliance* estendida ao longo de toda a parceria e, em especial, a cada liquidação da despesa para fins de comprovação tempestiva de economicidade, ou se presume a irregularidade da despesa, na forma do art. 93 do Decreto-Lei n.º 200/1967 e até mesmo do *caput* do artigo 113 da Lei n.º 8.666/1993, haja vista a falta de comprovação plena do regular emprego de recursos públicos.

Para que o acompanhamento dinâmico da execução dos ajustes celebrados pelo Estado com o terceiro setor cumpra o seu objetivo, deve a Administração, em cada ato de liquidação de despesa, aferir a idoneidade econômico-financeira e jurídica do objeto contratual/convenial prestado porque o está a receber provisoriamente, nos termos do art. 73, I, alínea “a” da Lei n.º 8.666/1993. Por outro lado, deve a entidade do terceiro setor promover, em sítio eletrônico próprio, ostensiva e atualizada divulgação de todos os seus custos (inclusive a relação nominal dos funcionários e respectiva remuneração custeada com recursos públicos), bem como do seu desempenho conforme as metas pactuadas com o poder público, à luz do dever de atingimento recíproco do planejamento sanitário.

A postura de ambos (ente público e entidade do terceiro setor) nas liquidações ocorridas durante a execução do ajuste deve, pois, estar focada na observação e vistoria do objeto liquidado de forma

---

a comprovar sua adequação aos termos pactuados. Tal observação envolve, por óbvio e especialmente, a checagem acerca da aderência a quesitos nucleares de conformidade com o ordenamento e de desempenho qualitativo por parte da pessoa jurídica parceira, para fins de aferição de custos e resultados.

Ora, preços superfaturados e pagamento por bens não entregues, remunerações acima do teto do serviço público, subcontratações onerosas ou em situação de conflito de interesses, serviços não prestados ou obras não realizadas na quantidade e qualidade avençadas são dramaticamente exemplos rotineiros do quanto ainda se está longe dos parâmetros de conformidade e integridade preconizados na Lei Anticorrupção.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, tal contexto de fragilidade gerencial e de severos riscos de malversação dos escassos recursos sanitários torna ainda mais premente e necessário que o Ministério Público e todos os demais órgãos de controle busquem compelir as entidades do terceiro setor a assumirem – fática e efetivamente – a corresponsabilidade, junto com o próprio Estado, pela prova tempestiva de economicidade e integridade das despesas liquidadas em seu favor. Não cabe, pois, tergiversar quanto ao dever diuturno de explicitar custos que perfazem os preços praticados e ao dever de contraste dos resultados verificados em face das metas planejadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como debatido ao longo deste breve ensaio, os processos de prestação de contas dos repasses ao terceiro setor na política pública de saúde promovidos pelos diversos entes da federação se ressentem da ausência de um devido processo que ateste, de forma transparente e simples, a razoabilidade da equação entre custos e preços praticados em face dos resultados verificados. Os custos são opacos, os preços não são módicos e os resultados são ineficientes, notadamente diante da necessidade de se reduzir a elevada demanda reprimida e de se

---

justificar o custo de oportunidade da resposta ambulatorial/ hospitalar dada a precária e insuficientemente baixa resolutividade da atenção primária de saúde.

Não obstante o fato de haver significativa concentração dos repasses para pequeno número de entidades beneficiárias, os processos de prestação de contas – tramitados sempre em caráter individual e com dados avaliados isoladamente – ignoram a necessidade premente de:

- 1) evidenciação dos riscos de remunerações cumulativas (a título de honorários e/ou pagamento de assessorias jurídica/contábil etc.) e, portanto, dissonantes com o regime do art. 37, XI da CR/1988;
- 2) aferição do ganho de escala para fins de redução de custos administrativos na operacionalização de cada contrato de gestão/convênio/termo de parceria ou qualquer outra espécie de liame negocial e no controle consolidado do número global de negócios (lato sensu) por entidade beneficiária (controle do total de recursos públicos administrado por cada CNPJ);
- 3) cruzamento do desvio padrão dos preços praticados em todos os repasses de mesma espécie, por mês de liquidação e pagamento da despesa, para fins de controle preventivo em face de pleitos por aditivos contratuais ou por novos incentivos fiscais em busca de majoração dos repasses;
- 4) gestão de demanda reprimida para ampliação prospectiva dos atendimentos na rede;
- 5) sujeição das entidades do terceiro setor aos deveres de transparência ativa, integridade e prestação de contas perante todas as instâncias cabíveis de controle e, por fim,
- 6) controle de qualidade dos resultados operacionais do atendimento ambulatorial e hospitalar, com a redução das internações por condições sensíveis à atenção primária de saúde.

Em última instância, busca-se suscitar a necessidade de se exigir, em face de todos os gestores públicos responsáveis e das entidades do terceiro setor, a adoção das seguintes balizas nucleares nos instrumentos jurídicos que avalizam os repasses e em seus respectivos processos de prestação de contas:

---

(i) aderência ao planejamento sanitário, na forma do art. 36 da Lei n.º 8.080/1990, do art. 2º, II e do art. 30, ambos da Lei Complementar n.º 141/2012;

(ii) demonstração do caráter estritamente complementar e comprovação da vantajosidade do repasse em relação à execução direta, na forma do art. 199, §1º da Constituição de 1988, dos arts. 4º, §2º, 8º e 24 da Lei n.º 8.080/1990 e do art. 16 da Lei n.º 4.320/1964;

(iii) obediência ao teto remuneratório, em consonância com o art. 37, XI da Constituição de 1988, no somatório global mensal dos pagamentos feitos aos funcionários das entidades com recursos públicos na forma de salários, honorários e quaisquer espécies remuneratórias;

(iv) devido processo isonômico e impessoal de seleção da entidade, na forma do julgamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal à ADI 1923/DF julgada pelo STF e do Acórdão TCU 3239/2013-Plenário;

(v) regramento de subcontratações/quarteirizações com controle de devido processo de seleção e evidenciação de custos, nos mesmos moldes da própria parceria celebrada entre Estado e entidade do terceiro setor;

(vi) vedação de conflito de interesses e nepotismo, em respeito aos princípios da moralidade e impessoalidade;

(vii) transparência ativa, na forma do art. 2º da Lei n.º 12.527/2011;

(viii) controle de custos e resultados, por meio do contraste entre metas físicas e financeiras constantes do plano de trabalho e a execução dos indicadores de processo e resultado da parceria em painel de acompanhamento simultâneo divulgado no sítio eletrônico tanto do ente público (caráter global de todas as parcerias em andamento e dados unitários de cada qual), quanto da entidade do terceiro setor (com dados consolidados de todos os recursos públicos recebidos e por cada vínculo negocial isoladamente);

---

(ix) comprovação da efetiva ausência de finalidade lucrativa, por meio do exame em pertinente matriz de risco de indicadores extraídos da confluência dos itens (iii), (v) e (viii);

(x) gestão do ganho de escala operacional e restrição à formação de oligopólios, cujo controle se impõe na forma do item (viii);

(xi) remuneração variável conforme parâmetros de qualidade de atendimento e indicadores de otimização dos resultados (dentre os quais, por exemplo, cabe citar meta de redução de internações por condições sensíveis à atenção básica de saúde e meta de redução da demanda reprimida);

(xii) inclusão da parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas entidades beneficiárias de repasses ao terceiro setor, no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal, na forma do art. 18, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Portaria da Secretaria do Tesouro Nacional 233/2019 e do Acórdão do Tribunal de Contas da União n. 1.187/2019-Plenário;

(xiii) previsão de cláusula contratual que fixe limite prudencial de despesas com pessoal em relação ao valor total de recursos do contrato de gestão/ termo de parceria/ convênio etc. e sobre mecanismos de controle sistemático pela autoridade supervisora, sendo ideal que Os gastos relativos com subcontratação de empregados não poderão ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato de gestão, sendo vedada a subcontratação para execução da atividade especializada de gerenciamento de saúde;

(xiv) vedação de terceirização do planejamento sanitário, das atividades relativas aos agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias e da regulação dos serviços no âmbito do SUS. E, por fim, mas não menos importante,

(xv) dever de hígida prestação de contas aos órgãos de controle interno, social e externo, o que significa, por exemplo, que (1) as minutas de edital de chamamento público e respectivo contrato

---

devem ser analisadas e aprovadas pelos conselhos de saúde; (2) a apresentação ao ente contratante, ao conselho de saúde e ao controle externo de relatório executivo com os nomes dos diretores, remuneração de todos os cargos e funções ocupadas, frequências e ausências por cargo/função totalizadas em dias, horas e valores; (3) fiscalização de filas, reclamações dos usuários e trabalhadores, abastecimento de medicamentos e materiais até mesmo como cláusula de remuneração variável relativa à qualidade do serviço prestado; (4) garantia de fiscalização *in loco* aos membros do respectivo conselho de saúde; (5) condicionamento dos pagamentos mensais à devolução ou compensação de sobras de caixa da entidade beneficiária do repasse relativas ao mês anterior.

Cumprir reiterar aqui o desafio presente é o de tornar dinâmico, concomitante, transparente e plurilateral o devido processo de prestação de contas. Não se pode mais controlar os repasses havidos no âmbito do SUS apenas na forma de exame posterior de pagamentos unitários por serviços em cada negócio jurídico isoladamente celebrado com cada entidade do terceiro setor.

O desafio presente é o de promover avaliação global de desempenho das pessoas jurídicas beneficiárias de repasses, comparando-as, expondo-as ao escrutínio público e fomentando o aperfeiçoamento da sua relação com o Estado por meio de prêmio de produtividade, mediante metas de cobertura progressiva da demanda reprimida, redução amplamente divulgada dos custos e redução das intenações por condições sensíveis à atenção básica.

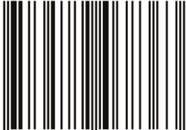
Provar a integridade do manejo de recursos públicos no ciclo orçamentário é algo que interessa difusamente a todos os interessados. Desse modo, abre-se caminho para o compartilhamento do dever de defesa do erário e de alcance adequado das finalidades constitucionais da política pública de saúde.

Ao reorientar foco sobre o ônus plurilateral da prova e o dever de integridade, em suma, abre-se caminho para novas possibilidades de atuação preventiva e concomitante de todas as instâncias de controle e, em especial, dos diversos ramos do Ministério Público no

que se refere ao controle da aplicação dos recursos do SUS. Testar tais caminhos é – de fato – um horizonte de construção dialogada com todos os atores envolvidos em prol da máxima eficácia do direito fundamental à saúde e sua melhor consecução operacional no seio ordinário da própria política pública.



ISBN: 978-65-89468-36-3



9 786589 468363

CDL

The ISBN block contains the ISBN number 978-65-89468-36-3, a barcode, the CDL logo, and the number 9 786589 468363.