

# A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAR LIDES ENVOLVENDO CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE PARCERIA E CONTRATOS DE GESTÃO

Dados da publicação para citação:

*MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. A incompetência da justiça do trabalho para julgar lides envolvendo celebração de termos de parceria e contratos de gestão. Revista Brasileira de Direito da Saúde, n. 3, Curitiba, jul./dez. 2012, p. 142-164.*

Fernando Borges Mânica  
Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre  
em Direito pela UFPR. Professor da Universidade  
Positivo. Advogado.

Fernando Menegat  
Mestrando em Direito do Estado pela UFPR.  
Especialista em Direito Administrativo.  
Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA JUSTIÇA TRABALHISTA 3. CONTORNOS JURÍDICOS DAS CAUSAS ENVOLVENDO CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE PARCERIA E CONTRATOS DE GESTÃO NA SAÚDE. 4. A INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a competência material da Justiça do Trabalho para julgar as causas envolvendo celebração de Termos de Parceria ou Contratos de Gestão entre o Poder Público e as OSCIP's e Organizações Sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP). CONTRATO DE GESTÃO E TERMO DE PARCERIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA.

## 1. Introdução

Tem sido recorrente o ajuizamento de demandas pelo Ministério Público do Trabalho em todos os Estados da federação brasileira, em que o *parquet* questiona a nulidade da celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão entre o Poder Público e entidades do Terceiro Setor qualificadas como Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Tais ajustes, na maioria dos casos, são celebrados para prestação de serviços de saúde, um setor historicamente desprovido de investimento e estruturação adequada por parte do Estado brasileiro.

Na visão do Ministério Público do Trabalho, tais ajustes celebrados configuram *di per se* terceirização ilícita de atividade-fim do Estado, bem como indevida interposição de mão-de-obra, na medida em que importam em burla à exigência constitucional do concurso público para provimento em cargos públicos. O argumento é repetido *ipsis litteris* pelo *parquet* em todas as demandas envolvendo outras áreas de atuação social.

Na prática, a Justiça do Trabalho tem dado respostas deveras contraditórias acerca de sua competência para julgamento de referidas demandas, conforme se verifica de recentíssimas decisões proferidas por Tribunais Regionais do Trabalho:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RELAÇÕES DE TRABALHO - TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS ENTRE MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ E OSCIP - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

A relação mantida entre os trabalhadores e entidades, tais como a OSCIP ré, é de trabalho. A Justiça do Trabalho tem sido chamada a se manifestar a respeito, em razão das inúmeras ações propostas por esses trabalhadores, que reclamam o não pagamento de parcelas garantidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, sendo comum a condenação da Administração Pública a responder, subsidiariamente, pelos débitos reconhecidos. O pedido de afastamento das pessoas que estejam trabalhando, de forma subordinada e não eventual, para o Município réu, envolve discussão acerca da regularidade de tais contratações, que não são estatutárias, mas regidas pela CLT, o que se insere na competência da Justiça do Trabalho. Dá-se provimento ao recurso do Ministério Público do Trabalho para declarar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o feito.<sup>1</sup>

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESVIRTUAMENTO DE CONTRATOS E TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM ENTIDADES PRIVADAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE SAÚDE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFISSIONAIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA.**

1. Hipótese em que a causa de pedir da ação reside, ainda que implicitamente, na invalidade dos contratos, convênios e termos de parceria firmados entre o ente público e entidades civis sem fins

---

<sup>1</sup> Recurso Ordinário 29862-2011-005-09-00-8. TRT 9ª Região. Rel. Des. Ana Carolina Zaina. Julgado em 09/10/2012.

lucrativos, nos arrimo nas Leis Federais n.os 8.080/90, 9.637/99 e 9.790/99, bem como na Lei Estadual nº 7.066/98. Logo, há de ser afastada a subsunção da hipótese aos incisos I e IX do art. 114, da CF/88, por não se tratar de controvérsia oriunda de uma relação de trabalho de caráter celetista mantida pelo Poder Público.

2. De outra parte, consoante atual e iterativo entendimento do E. STF, fixado a partir do julgamento da ADI-MC nº 3395-6/DF e corroborado em inúmeros outros precedentes (Rcl nº 5.381-4/AM, Rcl nº 4.464-5/GO, Rcl nº 5.569/RJ-AgR e Rcl nº 4.069/PI-AgR) compete à Justiça Comum, e não à Trabalhista, pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações mantidas entre servidores e o Poder Público, bem como sobre eventual defeito no título jurídico sobre o qual se fundam os respectivos vínculos, inclusive nas hipóteses de contratação em caráter temporário, com alegado suporte no art. 37, inciso IX, do Texto Maior, ou precário, sem concurso público.

3. Por tais razões, falece a esta Justiça Especializada competência para julgar o feito.<sup>2</sup>

O presente artigo propõe-se justamente a discutir o tema, nos termos das linhas que seguem.

## **2. O Ministério Público do Trabalho e as Ações Cíveis Públicas na Justiça Trabalhista**

O Ministério Público do Trabalho é componente do Ministério Público da União,<sup>3</sup> incumbindo-lhe *in genere* “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Compreendido constitucionalmente enquanto “função essencial à justiça”, são missões institucionais do Ministério Público, consoante art. 129 da Constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

---

<sup>2</sup> Recurso Ordinário 01151-2008-016-16-00-9-REXOFRVS. TRT 16ª Região. DES(A). RELATOR(A): LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR. DATA DE JULGAMENTO: 06/09/2012

<sup>3</sup> Constituição Federal, art. 128, I, “b”.

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;  
VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;  
VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;  
IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A despeito da unidade, indivisibilidade e independência funcional da instituição,<sup>4</sup> certo é que, internamente, admitem-se repartições de competências dentro da entidade ministerial, competências essas que são distribuídas materialmente, conforme a área de atuação de cada órgão.

Assim, ao dispor sobre as competências do Ministério Público do Trabalho, a Constituição e a legislação infraconstitucional pátria delimitam uma importante restrição à atuação de tais instituições: somente há interesse de tal ente em questões que interfiram, de alguma forma, no trabalho dos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União, explicitou, no seu artigo 83, inciso III, competir ao Ministério Público do Trabalho “*promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos*”, sem prejuízo do contido no inciso I, que lhe atribui competência para, perante os órgãos da Justiça do Trabalho, “*promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal ou pelas leis trabalhistas*”.

Raimundo Simão de MELO afirma que “na esfera trabalhista, atuam os Procuradores do Trabalho na defesa da Constituição Federal (art. 7º e seguintes), das leis e dos instrumentos normativos que asseguram os direitos sociais e as liberdades individuais e coletivas dos trabalhadores”.<sup>5</sup> O mesmo autor, no que toca especificamente à Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, afirma:

---

<sup>4</sup> Art. 127, §1º da Constituição.

<sup>5</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 51-52.

A Ação Civil Pública, como espécie das ações coletivas, tem por finalidade proteger os direitos e interesses metaindividuais [...] de ameaças e de lesões. [...] no Direito do Trabalho, [...] além da subordinação econômica e da hipossuficiência presumida do trabalhador, sobre este as ameaças do desemprego e até mesmo as retaliações praticadas por certos empregadores em represália pela busca de uma reparação perante o Poder Judiciário Trabalhista. Por essas e outras razões verificadas em cada caso concreto, a Ação Civil Pública trabalhista representa uma adequada forma de acesso do cidadão ao verdadeiro direito de ação.<sup>6</sup>

No mesmo passo, admitindo a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações civis públicas, reflete Carlos Henrique Bezerra LEITE:

[...] o art. 83, III, da LOMPU há de ser interpretado em sintonia com o art. 129, III, da CF, que não deixa margem de dúvida quanto à aplicação da ACP não apenas para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas, também, para a proteção “de outros interesses difusos e coletivos. [...] **A única condição para a sua adequada utilização no processo do trabalho é que a matéria nela tratada tenha conteúdo trabalhista, pois somente assim poderá adequar-se à moldura do art. 114 da CF, que trata da competência da Justiça do Trabalho**”.<sup>7</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, explica Sérgio Pinto MARTINS:

As hipóteses para o ajuizamento da ação civil pública estão contidas apenas no inciso III do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, que prevê a promoção da “ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 152-153.

<sup>7</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 10.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1360; 1365. (Grifou-se).

<sup>8</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 603.

Parece claro que, se de um lado, o parquet laboral de fato detém legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública, tal competência é restrita *materialmente* <sup>9</sup> às hipóteses em que haja no caso em questão discussão que envolva as relações de trabalho, repercutindo direta e concretamente no âmbito laboral. Sobre o assunto, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDIÇÕES DE TRABALHO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ARTS. 114 E 129, DA CONSTITUIÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

O acórdão recorrido prestou, inequivocamente, jurisdição, sem violar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tendo enfrentado as questões que lhe foram postas. **Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos no âmbito trabalhista. Questões referentes ao ambiente, às condições e à organização do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho.** Súmula 736/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. <sup>10</sup>

COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDIÇÕES DE TRABALHO.

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho. <sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Há também importante restrição de índole *finalística* na atuação do Ministério Público do Trabalho, bem tratada por Eduardo H. R. Von ADAMOVICH: “A vinculação do Ministério Público, com a realização do ordenamento jurídico, lhe retira a possibilidade de ser representante. O representante, por definição, é parcial [...] O Ministério Público não. Contenta-se com a efetivação da ordem jurídica. [...] A imparcialidade, por conseguinte, é para o membro do Ministério Público, mesmo quando atue diretamente na defesa de determinada parte, assistindo-a ou representando-a, um dever, tanto quanto este o é para o Poder Judiciário. (ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. **Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 236).

<sup>10</sup> AI 416463 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012 RSTP v. 24, n. 278, 2012, p. 136-140. (Grifou-se).

<sup>11</sup> RE 206220, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999, DJ 17-09-1999 PP-00058 EMENT VOL-01963-03 PP-00439.

Daí porque o que delimita a competência material da Justiça do Trabalho é o pedido e a causa de pedir contidos na Ação Civil Pública.<sup>12</sup> O Tribunal Superior do Trabalho já teve a oportunidade de assentar tal entendimento:

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. MUNICÍPIO. REGIME JURÍDICO ÚNICO. SERVIDOR CELETISTA.

1. A Justiça do Trabalho é competente para dirimir as controvérsias decorrentes do regime jurídico único em que o ente público adota o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para reger as relações firmadas entre as partes.

2. **A competência material define-se pela causa de pedir e pedido fundados em contrato de emprego, mesmo que inválido, mas controvertido. Precedentes.**

3. Recurso de revista conhecido e provido”.<sup>13</sup>

No caso ora tratado, como já se discorreu, o Ministério Público do Trabalho questiona as parcerias por meio de Ação Civil Pública em que:

(i) a causa de pedir é a ofensa ao art. 37, II da Constituição Federal de 1988 por conta de suposta “terceirização ilícita de mão-de-obra”;

(ii) os pedidos são de provimento jurisdicional para declarar a nulidade dos ajustes, bem como para condenar as OS e OSCIP a abster-se de celebrar novos ajustes que impliquem suposta “terceirização de mão-de-obra”.

Não obstante, “a matéria veiculada na ACP deve ser de natureza trabalhista e emergir das relações jurídicas entre empregados e empregadores ou, na forma da lei, de outras relações de trabalho”.<sup>14</sup> Justamente por isso, de acordo com Sérgio Pinto

---

<sup>12</sup> Nesse sentido: COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. MUNICÍPIO. REGIME JURÍDICO ÚNICO. SERVIDOR CELETISTA. 1. A Justiça do Trabalho é competente para dirimir as controvérsias decorrentes do regime jurídico único em que o ente público adota o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para reger as relações firmadas entre as partes. 2. **A competência material define-se pela causa de pedir e pedido fundados em contrato de emprego, mesmo que inválido, mas controvertido. Precedentes.** 3. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08). (G.N.)

<sup>13</sup> TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08. (Grifou-se).

<sup>14</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 10.ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1365.

MARTINS, “não poderá [...] ser proposta ação postulando direitos diversos dos constitucionalmente previstos aos trabalhadores, ainda que sejam direitos difusos”.<sup>15</sup>

Nessa toada, reconhece-se a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para promover tais ações, consoante reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. INSALUBRIDADE NO AMBIENTE E NAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIO OBSOLETO. ACIDENTES DE TRABALHO, INCLUSIVE CAUSADORES DE DEFORMIDADES FÍSICAS. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DOS TRABALHADORES.

1. A Constituição da República de 1988, em seus arts. 127 e 129, confere **legitimação ativa ao Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil pública ajuizada na Justiça do Trabalho, promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis** (subespécie de interesse coletivo).

2. De acordo com a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, "Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. Constituição Federal, art. 127, "caput", e art. 129, III." (RE-195056/PR - PARANÁ, DJ 14/11/2003).

3. **O interesse de agir do Ministério Público do Trabalho, ao ajuizar ação civil pública trabalhista, radica no binômio necessidade-utilidade da tutela solicitada no processo, com a finalidade de que a ordem jurídica e social dita violada pelo réu seja restabelecida, hipótese de medida de proteção à higidez física e mental dos trabalhadores envolvidos no conflito.**

4. A circunstância de a demanda coletiva envolver discussão acerca de direitos que variem conforme situações específicas, individualmente consideradas, como entendeu o Tribunal Regional, não é suficiente, por si só, para impor limites à atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa de interesses sociais, sob pena de negar-se vigência ao art. 129, III, da Constituição Federal, que credencia o "Parquet" a propor ação civil pública relacionada à defesa do interesse coletivo amplo, consubstanciado, na espécie, em exigir a observância das normas trabalhistas, de ordem pública e imperativa, as quais disciplinam a saúde e segurança dos trabalhadores, em relação aos empregados da ré e constituindo a origem comum do direito reivindicado na ACP.

5. Na ação coletiva, a sentença será, necessariamente, genérica, fazendo juízo de certeza sobre a relação jurídica controvertida, e a individualização do direito far-se-á por meio de ação de cumprimento

---

<sup>15</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 603.



pelo titular do direito subjetivo reconhecido como violado na demanda cognitiva. Recurso de revista conhecido e provido. <sup>16</sup>

Destarte, por exclusão óbvia, em não havendo interferências ou repercussões da questão levantada na temática laboral das relações de emprego, não há que se cogitar em legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho.

### **3. Contornos jurídicos das lides envolvendo celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão na Saúde**

Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho com a finalidade de questionar a validade de Contratos de Gestão e Termos de Parceria com OS e OSCIP, respectivamente, o cerne da questão discutida é a existência ou não de terceirização ilícita (por suposta ofensa ao art. 37, II da Constituição) na “contratação indireta” de servidores públicos pela via dos citados modelos de ajuste. Via de regra, demandas como essas pedem a condenação das OS e OSCIP para que se abstenham de proceder a supostas intermediações de mão de obra e de realizar novas de parcerias com o Poder Público.

A discussão reside, portanto, na análise da constitucionalidade e legalidade da celebração de Termos de Parceria/Contratos de Gestão entre Poder Público e as OSCIP/OS para a prestação de serviços, que na visão do Ministério Público do Trabalho implicam suposta burla ao concurso público, e, portanto, terceirização ilícita de mão-de-obra.

Nesse prisma, insta trazer à lume algumas considerações acerca de referidos modelos de ajuste, criados por lei para instrumentalizar novos modelos de parceria na Administração Pública, com o objetivo de melhorar a gestão dos serviços públicos.

O modelo de gestão de serviços por Organizações Sociais foi criado na esfera federal pela Lei 9.637/98 durante o processo de reforma do aparelho do Estado, no fim do século passado, e adotado por meio de leis específicas em diversos entes da federação brasileira. Com variações em pontos específicos, o cerne das Organizações Sociais consiste em repassar a execução de serviços não privativos do Estado a entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas, nos termos da respectiva lei, como Organizações Sociais. Os

---

<sup>16</sup> TST-RR-1764/2002-026-03-40.3, 1ª Turma, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, DEJT 04.02.2010. (Grifou-se).

critérios para qualificação, as áreas de atuação, o procedimento de escolha da entidade parceira variam conforme a legislação de cada ente federativo que adota o modelo.

Na esfera federal, uma definição de Organização Social pode ser encontrada no Caderno do MARE nº 2, sobre a Reforma do Estado:

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS.

Importante constatar que, ao contrário do que possa parecer numa análise mais apressada, as Organizações Sociais não constituem um novo modelo organizacional para as entidades com personalidade jurídica de direito privado, a ser aposta ao lado das fundações e associações. Organização Social é um *título*, uma *qualificação*, concedida pelo Poder Público às entidades que, criadas por particulares para prestar determinado serviço “publicizável”, firmem com aquele um vínculo negocial que reja a incipiente relação.

Paulo MODESTO oferece, de dois pontos de vista diversos, uma definição para a expressão: (i) definição operacional: OS são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por iniciativa privada segundo o modelo previsto em lei, e que desempenham atividades de relevância e interesse social; (ii) considerando o aspecto da parceria: OS são instituições do “terceiro setor” (pessoas privadas de fins públicos), auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo, que possuem um título específico conferido pelo Poder Público com a finalidade de estabelecer uma relação de confiança e parceria entre ambos.<sup>17</sup>

Marçal JUSTEN FILHO procede a uma tentativa de definição de organização social:

Organização social é uma associação civil sem fim lucrativo ou fundação que, em virtude do preenchimento de certos requisitos legais, é submetida

---

<sup>17</sup> MODESTO. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, nº 48, maio de 1997.

a um regime jurídico especial, que contempla benefícios especiais do Estado para execução de determinadas atividades de interesse coletivo.<sup>18</sup>

A qualificação de uma entidade como OS é fundamental para que o Poder Público, dentre um amplo universo de entidades, separe as que atendam aos requisitos fixados na legislação para dar-lhes tratamento diferenciado, notadamente no que se refere ao aspecto da parceria a ser firmada para o atingimento de finalidades de índole social.

O art. 5º da Lei federal nº 9.637/98, seguido em grande medida pela legislação dos demais entes federativos, define o Contrato de Gestão como o instrumento de ajuste celebrado entre o Poder Público e a organização social, formando parceria entre as partes para o fomento e a execução das atividades como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. O diploma federal traz, ainda, regras referentes ao conteúdo mínimo do termo a ser celebrado, normas sobre a execução e a fiscalização do contrato.

De nada serviria uma organização social não fosse o contrato de gestão celebrado com a Administração. O contrato de gestão é o conseqüente lógico e necessário da qualificação da entidade como OS, visto que sua pactuação é o principal – senão o único – motivo que faz a entidade se credenciar junto ao Poder Público. Nesse senso, pondera Egon Bockmann MOREIRA:

[...] a celebração do contrato de gestão torna-se uma consequência óbvia e quase que inarredável da qualificação de uma pessoa jurídica como Organização Social. [...] não haveria razão para tal qualificação discricionária se não fosse firmado o contrato de gestão – configuraria um atentado ao princípio da eficiência.<sup>19</sup>

O fim último da Administração com a celebração do ajuste ora mencionado é a flexibilização da gestão do serviço, repassando sua execução à Organização Social. O Contrato de Gestão, portanto, funciona neste diapasão como instrumento de ajuste entre a Administração Pública e a entidade do terceiro setor qualificada como organização social, prevendo deveres a ambas as partes: de um lado, estabelece a atividade a ser desempenhada pela OS, fixa metas de desempenho, critérios de avaliação e métodos de

---

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 204.

<sup>19</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus ‘Vínculos Contratuais’ com o Estado. In CUÉLLAR, Leila; \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 270.

controle; de outro, informa qual a abrangência e quais os aspectos do serviço a ser concedido à OS pelo Poder Público contratante que está repassando a atividade – que poderá ir desde incentivos fiscais até o repasse de bens e servidores, conforme dicção legal.

Não é diverso o sentido encontrado em Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

O contrato de gestão foi ainda previsto expressamente na Lei nº 9.637, de 15-5-98, que dispôs sobre a qualificação de entidades como organizações sociais; ele será o instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública. Por meio dele, fixam-se as metas a serem cumpridas pela entidade e, em troca, o Poder Público auxilia de diversas formas, quer cedendo bens públicos, quer transferindo recursos orçamentários, quer cedendo servidores públicos.<sup>20</sup>

Informa Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que, após expedido o ato de reconhecimento (ato administrativo discricionário), as entidades qualificadas como organizações sociais ficam “habilitadas a se associarem ao Poder Público através de *contratos de gestão*, com vistas à formação de uma relação complexa de colaboração, voltada ao fomento e à execução de atividades de interesse público [...]”.<sup>21</sup> E Paulo MODESTO:

As organizações sociais representam uma nova estratégia de estimular parcerias de entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público em serviços sociais livres à ação privada. Não podem ser superestimadas nem subestimadas como respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir os direitos sociais básicos. O Estado continuará regulador e promotor de serviços sociais, contando porém com mecanismos de parceria renovados, ampliando a sua capacidade de direta ou indiretamente assegurar a fruição dos direitos sociais fundamentais.<sup>22</sup>

É importante destacar, por fim, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923, foi negativa a medida cautelar que buscava a suspensão dos efeitos da Lei federal 9.637/98. No mérito, os dois primeiros votos proferidos, pelos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux, reconheceram inconstitucionalidades parciais no texto da lei, em especial no que

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 335-336.

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277.

<sup>22</sup> MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**, nº 48, maio de 1997.

se refere à necessidade de transparência e competitividade na qualificação e contratação. Ressalte-se que as leis estaduais e municipais sobre o tema inovaram no tratamento de tais questões, não incidindo em qualquer inconstitucionalidade. Não por outro motivo, nenhuma lei de ente federativo parcial foi declarada inconstitucional em sede de controle concentrado.

É importante reconhecer que, enquanto a lei federal de OS traz a idéia, repelida por muitos, de transformar uma instituição “pública estatal” em instituição “pública não-estatal”, as leis estaduais e municipais prevêm a celebração de parcerias com entidades privadas já existentes e aptas e gerir serviços ainda não prestados de modo satisfatório ao cidadão.

Seguindo o processo de reforma do Estado, um ano após a publicação da Lei das Organizações Sociais, foi aprovada a Lei nº 9.790/99, que criou mais uma modalidade de qualificação outorgada pelo poder público: a *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIP) e instituiu a possibilidade de celebração de outro novo instrumento de ajuste com o poder público, denominado Termo de Parceria.

Assim como na Lei das OS, a Lei das OSCIP prevê-se a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos que preencham os requisitos exigidos para que, a partir da qualificação, tais entidades possam celebrar com o Poder Público um ajuste, denominado Termo de Parceria, para execução de determinadas atividades previstas na própria lei.<sup>23</sup> Note-se que, nos termos da lei em referência, a atuação da OSCIP deve ocorrer mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins. A inspiração de ambos os diplomas, portanto, foi a mesma: o reconhecimento da importância da parceria entre o Estado e o Terceiro Setor na prestação de serviços de interesse público.

---

<sup>23</sup> Assistência social; cultura; defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação complementar, saúde complementar; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades antes mencionadas.

As normas acerca da qualificação da entidade como OSCIP estão dispostas nos artigos 1º a 8º da Lei nº 9.790/99. Cotejada com as disposições da lei das OS, a lei das OSCIP traz muito mais limitações para a entidade que pretender a titulação, prevendo-se um modelo de qualificação muito mais rígido.

A celebração do Termo de Parceria é tratada pelos artigos 9º e seguintes de referido diploma. A figura do Termo de Parceria assemelha-se sobremaneira àquela do Contrato de Gestão celebrado com as Organizações Sociais: trata-se de um instrumento de ajuste entre determinada esfera da Administração Pública e a entidade do terceiro setor qualificada como OSCIP, prevendo obrigações a ambas as partes. De um lado, o fomento do Poder Público e, de outro, a estipulação da prestação de determinados serviços pela

<b>LEI 9637-98 (OS)</b>	<b>LEI 9790-99 (OSCIP)</b>
<b>CONTRATO DE GESTÃO</b>	<b>TERMO DE PARCERIA</b>

entidade qualificada, com definição de metas de desempenho, estabelecimento de critérios de avaliação, controle dos resultados e métodos de fiscalização.

A qualificação de uma entidade como OSCIP, ao contrário do que ocorre com as OS, não é competência do órgão com o qual a entidade pretende celebrar ajuste. A competência para qualificação é do Ministério da Justiça. Nesse diapasão, muitos Estados e Municípios não criaram leis próprias para normatizar a qualificação e o modelo de ajuste com as OSCIP, aproveitando a norma geral trazida pela Lei federal n. 9.790/99.

Em síntese, cotejando as disposições da legislação federal sobre OS e OSCIP, é possível apontar as principais diferenças e semelhanças entre o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria:



Responsáveis pela fiscalização da execução do contrato deverão dar ciência ao TCU de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens, sob pena de responsabilidade solidária (art. 9º).	Responsáveis pela fiscalização da execução do contrato deverão dar ciência ao TC respectivo e ao MP, de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens, sob pena de responsabilidade solidária (art. 12).
Se os fatos forem graves e de relevante interesse público, deverão também representar ao MP, a AGU ou a Procuradoria da entidade fiscalizadora para que requeira ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio (art. 10º).	Havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, deverão também representar ao MP e a AGU para que requeiram ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio, além de medidas na Lei 8429-90 e LC 64 de 1990 (art. 13).
Pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 10º., § 2º).	Pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais (art. 13., § 2º).
Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade (art. 10º., § 3º).	Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade (art. 13., § 3º).
Procedimento administrativo com direito a ampla defesa para desqualificação como Organização Social, revertendo os bens e valores entregues à entidade, cabendo outras sanções (art. 16).	Procedimento administrativo com direito a ampla defesa e contraditório para desqualificação como Organização Social, passando os bens e valores entregues a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta lei, preferencialmente com o mesmo objeto social (art. 7º c/c art. 4º., V)
OS deverá publicar, até 90 dias após firmar contrato de gestão, regulamento próprio e procedimento para contratação de obras e serviços e emprego dos recursos públicos (art. 17).	OSCIP deverá publicar, até 30 dias após firmar contrato de gestão, regulamento próprio e procedimento para contratação de obras e serviços e emprego dos recursos públicos (art. 14).
Não há previsão semelhante.	Termos de parceria sujeitos aos mecanismos de controle social previstos em lei (art. 11, § 3º).

Do exposto, é possível concluir que a legislação das OS e das OSCIP trazem novos modelos de ajuste para a celebração de parcerias para execução de serviços de interesse comum entre o Poder Público e a entidade parceira.

Voltando ao tema central do presente trabalho, pode-se notar que, a discussão travada nas demandas ajuizadas pelo na Justiça do Trabalho parece extravasar, em muito, o estreito âmbito laboral que lhe pretende corriqueiramente dar o *parquet* laboral. Envolve, como não se pode deixar de reconhecer:



- (i) a constitucionalidade *in abstracto* da Lei federal 9.790/99;
- (ii) a constitucionalidade *in abstracto* da Lei federal 9.637/98;
- (iii) a constitucionalidade *in abstracto* da Lei federal 8.080/90 (no caso da saúde);
- (iv) a autonomia federativa;
- (v) a auto-organização administrativa;
- (vi) a gestão dos serviços públicos;
- (vii) a discricionariedade administrativa;
- (viii) o direito fundamental à saúde;
- (ix) a livre iniciativa de entes privados sem fins lucrativos;
- (x) as parcerias na administração pública;
- (xi) a liberdade de exercício profissional.

Tal discussão não pode ser travada no âmbito da Ação Civil Pública intentada perante a Justiça Trabalhista que intentam a declaração de nulidade e o impedimento de celebração de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão envolvem a discussão acerca da constitucionalidade dos respectivos diplomas.

#### **4. A Incompetência Material da Justiça do Trabalho**

Diante dos balizamentos reproduzidos acima, evidencia-se a absoluta incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho que envolvam a discussão acerca da utilização de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão como mecanismo de ajuste voltado à burlar o princípio do concurso público e à configurar terceirização ilícita de mão-de-obra.

Entender de forma diversa implica, invariavelmente, ofender direta e literalmente o disposto no art. 114, I da Constituição Federal, que dispõe, *verbis*:

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.

É bem verdade que, como cediço, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho para inscrever na seara dessa especializada não apenas

as relações de emprego (art. 3º, CLT), mas sim, de forma ampla, toda e qualquer relação de trabalho – até pela exegese do art. 114, IX da Constituição (“outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”).

Todavia, a despeito de tal ampliação, a hipótese sobre a qual se debruça traduz causa de natureza de direito administrativo e constitucional: nas ações ora tratadas a relação de trabalho entre as entidades do terceiro setor qualificadas como OS e OSCIP e seus empregados não está em discussão, senão apenas de modo indireto, reflexo e abstrato.

Nesse diapasão, não se aplica ao caso presente o pensamento de Raimundo Simão de MELO, para quem:

Desse modo, salvo a apreciação de causas que sejam instruídas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo [...], todos os demais conflitos coletivos de trabalho são da competência da Justiça do Trabalho.

É o caso dos entes públicos que contratam sem concurso público e são acionados pelo Ministério Público do Trabalho na Justiça trabalhista, pois uma relação irregular, com desrespeito aos comandos constitucionais no art. 37 e inciso II da Constituição Federal não pode ser considerada de natureza administrativa, pelo que a sua solução está incluída na competência geral atribuída à Justiça do Trabalho para apreciar as questões de trabalho.<sup>24</sup>

Com o máximo respeito, não se pode admitir que a Justiça do Trabalho detenha competência para analisar Contratos de Gestão e Termos de Parceria simplesmente pelo fato de que tais ajustes supostamente importariam burla ao concurso público: nada há de “trabalhista” numa discussão como essa, na medida em que os direitos dos empregados da OS e da OSCIP que trabalham na execução dos serviços e projetos não são discutidos.

Sobre o tema refletiu Marcos Neves FAVA:

A inexistência de concurso para a contratação de servidor ou empregado público, de vocação constitucional (art. 37), gera, inequivocamente, violação a interesses não individuais. A matéria não se aproxima, no entanto, da competência material da Justiça do Trabalho, embora o tema seja contrato de trabalho – considerando-se a hipótese do empregado público “celetista”. Com efeito, o fundamento da pretensão deduzida em

---

<sup>24</sup> MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 244.

juízo não seria a aplicação de normas de direito do trabalho, mas a correção de desvio de autoridade perpetrado pelo administrador que, obrigado a isto, não realizou o necessário concurso público. [...] A competência desborda para a justiça comum [...]”.<sup>25</sup>

Competência da Justiça Obreira haverá em eventuais Reclamatórias ajuizadas pelos empregados das OSCIP e OS, ou mesmo pelo Ministério Público do Trabalho, em que se discuta o pagamento de verbas rescisórias, o reconhecimento de vínculo empregatício, etc. No entanto, tais demandas em nada se confundem com as Ações Cíveis Públicas que vêm sendo ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, nas quais inexistem comprovações quaisquer de violação aos direitos trabalhistas dos empregados das entidades, atacando-se, isso sim, um modelo de gestão de serviços de interesse público, discussão que não envolve matéria afeita às relações laborais. Nelas, o Ministério Público questiona a própria validade da celebração de Termos de Parceria entre OSCIP's e o Poder Público, prevista pela Lei federal n. 9.790/99, e de Contratos de Gestão com OS's, previstos na Lei federal n. 9.637/98. As relações de trabalho subjacentes entre OSCIP ou OS e seus empregados, na maioria das vezes, sequer compõem a discussão levada ao Poder Judiciário pelo Ministério Público do Trabalho.

Nessa perspectiva, é evidente que a análise de Contratos de Gestão e de Termos de Parceria – e sua viabilidade para prestação de serviços de interesse comum – não é competência da Justiça do Trabalho, mas da Justiça Comum Estadual de cada Município/Estado que haja firmado o vínculo (ou da Justiça Federal, nos casos de ajustes com a União).

Por certo, casos que tais não se reportam a matéria de competência da especializada laboral. Sobre o tema, mister trazer à colação o entendimento emanado do E. Supremo Tribunal Federal que, ao decidir a ADI n. 3395, manifestou-se categoricamente:

**INCONSTITUCIONALIDADE.**

Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas

---

<sup>25</sup> FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2008, p. 111.

instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

Note-se que referida ADI amolda-se perfeitamente ao caso discutido no presente artigo. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de clareza solar, conforme se depreende da seguinte decisão, exarada na sede extrema da Reclamação. Eis o que decidiu o STF no Agravo Regimental à Reclamação n. 10.863, de que se colaciona o seguinte excerto:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE)

Eu tenho votado pela competência da Justiça comum, levando em conta que, de ordinário, nesses casos, quase que invariável, há um regime jurídico administrativo presidindo a relação de [trabalho]. [...]

**Quando o servidor é amparado, senão estatutariamente, pelo menos singelamente, por um contrato de Direito Administrativo, temos entendido que a competência é da Justiça comum.** (Grifou-se).

O mesmo entendimento emana da Reclamação n. 4701, em que a Relatora, Min. Carmen Lúcia, expôs:

No caso vertente, a pretensão deduzida na Ação Civil Pública n. 01438.2003.015.02.00.4 (antiga ação n. 875/2002-8) é o imediato afastamento de servidores admitidos, sem concurso público, para prestarem serviços de apoio escolar às unidades que compõem a rede pública de ensino paulista. Argumenta-se, para tanto, que as contratações desses servidores teria se dado de forma fraudulenta, por meio de cooperativas, empresas de terceirização de mão-de-obra e associações de pais e mestres, o que ofenderia o art. 37, inc. I e II, da Constituição da República. [...]

De acordo com a orientação firmada por este Supremo Tribunal Federal nas decisões acima apontadas, dúvidas não remanescem que as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado de São Paulo, sua Fundação para o Desenvolvimento da Educação, as Associações de Pais de Mestres paulistas e os servidores contratados para realizarem os serviços na área de educação - seja por meio de terceirização ou, diretamente, por contratação por tempo determinado - estão submetidos ao regime jurídico estatutário ou jurídico-administrativo, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a causa. [...]

**Em casos análogos à espécie, nos quais se discutiu a competência da Justiça Trabalhista para processamento e julgamento de causas em que o objeto versava sobre a contratação de cooperativas de intermediação de mão-de-obra por entes públicos, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado a competência da Justiça Comum.** (Grifou-se).

Não foi diversa a conclusão a que chegou o Min. Cezar Peluso:

A reclamação é procedente. (...)

Neste caso, o juízo deixou de reconhecer sua incompetência para decidir a ação civil pública e o pedido de suspensão de tutela antecipada (Processos nºs 00662-2005-011-01-00-0 e 2499-2005-000-01-00-7), não obstante tenha o Ministério Público do Trabalho, na petição inicial, reconhecido, de maneira expressa que: a) a ação civil questiona a legalidade de contratos e convênios firmados pelo Estado do Rio de Janeiro com pessoas jurídicas e físicas, para prestação de diversos serviços, o que estaria a acobertar contratação de mão-de-obra ao arrepio da exigência de provimento de cargos por concurso público, prevista na legislação estadual e b) sua pretensão é obrigar o reclamante a utilizar-se de servidores egressos de concursos públicos, já realizados ou por realizar, vinculados pelo regime estatutário ao Estado do Rio de Janeiro, bem como a extinguir as relações firmadas entre o ente público e pessoas jurídicas para a irregular tomada de mão-de-obra, a Justiça do Trabalho não seria competente para o julgamento da causa. (...) <sup>26</sup>

Ademais, também o E. Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a incompetência da Justiça do Trabalho para analisar caso envolvendo a suposta interposição de mão-de-obra por pessoa jurídica contratada pelo Poder Público:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO TRABALHISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.1. DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATOS IRREGULARES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. NATUREZA JURÍDICA EMINENTEMENTE CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. No caso dos autos, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e o Ministério Público Federal ajuizaram contra o Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP, ação civil pública que visa a desconstituição de

---

<sup>26</sup> RCL 4.068/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJE 10.9.2009. Há diversos outros precedentes do STF no mesmo senso: Rcl 8.481, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 4.8.2009; Rcl 8.501, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 3.8.2009; Rcl 8.514, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 3.8.2009; Rcl 4.912, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJe 15.10.2008; Rcl 4.974, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.2.2009; Rcl 6.994, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 9.2.2009; Rcl 4.371, Rel. Min. Carlos Brito, DJe 30.1.2009; Rcl 6.159, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 19.11.2008; Rcl 5.255 Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 5.793, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 6.229, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 18.11.2008; Rcl 4.824, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 18.11.2008; Rcl 6.018, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 18.11.2008; Rcl 5.184, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 5.11.2008; Rcl 5.297, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 29.10.2008; Rcl 6.410, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.10.2008; Rcl 4.940, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.9.2008; Rcl 6.002, Rel. Min. Eros Grau, DJe 17.9.2008; Rcl 4.940, Rel. Min. Eros Grau, DJe 19.9.2008; Rcl 6.536, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 15.9.2008; Rcl 6.424, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 9.9.2008; Rcl 5.235, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 3.9.2008; Rcl 6.321, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.8.2008.

contratos de prestação de serviços médicos firmados entre cooperativas e o Poder Público.

2. A Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso I do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar "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".

**3. Entretanto, na hipótese dos autos, não há falar em competência da Justiça do Trabalho para processar a referida ação civil pública, em razão da natureza eminentemente civil da lide. A demanda em questão possui natureza unicamente civil, conforme pode ser observado da simples leitura do pedido principal da ação, que requer a "condenação em obrigação de "não fazer", consubstanciada na não celebração de novos contratos de prestação de serviços ou prorrogação dos já celebrados por intermédio de cooperativas médicas, empresas ou quaisquer outras formas de 'terceirização' de serviços médicos no âmbito da Administração Pública Estadual, em desacordo com a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/90 (...), além da obrigação de 'fazer', consistente na adequada disponibilização da cobertura assistencial à população, valendo-se dos meios e condições necessários, dentro da regra de discricionariedade, com obediência aos princípios relativos à administração pública (...), sem prejuízo do regresso e responsabilização pela improbidade administrativa face aqueles que por qualquer ação/omissão tenham dado oportunidade de lesão ao erário" (fl .15).**

4. Portanto, é manifesta a conclusão que a relação jurídica existente entre os autores e os réus não pode ser considerada como de índole trabalhista, mas de natureza jurídica eminentemente civil. Tal consideração não é alterada pela eventual procedência da ação civil pública e, conseqüentemente, pela possibilidade de rescisões de relações trabalhistas em decorrência da desconstituição dos contratos tidos como irregulares.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Suscitado - Juízo de Direito da Vara da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Vitória/ES, para processar e julgar a ação. <sup>27</sup>

Corolário de tudo que vem sendo exposto, também nas Ações Cíveis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa envolvendo a celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão, a incompetência absoluta material da justiça trabalhista é estampada. Sobre o tema, já decidiu o próprio Tribunal Superior do Trabalho:

COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. PREFEITO. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR.

---

<sup>27</sup> STJ. CC 72645 / ES. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). DJe 05/10/2010. (Grifou-se).

IRREGULARIDADE. CONCURSO PÚBLICO. PRÉVIA SUBMISSÃO. AUSÊNCIA.

Centra-se a controvérsia na competência material da Justiça do Trabalho para julgar demanda, ação civil pública, em que o Ministério Público do Trabalho, invocando o princípio da responsabilidade objetiva do estado, pugna pela condenação de prefeito ao pagamento de indenização, por "dano coletivo ou genérico", decorrente de contratação de irregular de servidor, à míngua de prévia submissão em concurso público.

Todavia, **a Justiça do Trabalho não detém competência para compor demanda tendente à responsabilização de agente público, prefeito, por dano moral coletivo.** A hipótese prevista no artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, diz respeito a ações movidas em face da Administração Pública direta, indireta, na qualidade de pessoa jurídica. Daí por que não se encontra acobertada pelo aludido dispositivo o ajuizamento de ações tendentes à responsabilização de agente público, prefeito, pessoa física, ainda que fundada na contratação irregular de servidor, à míngua de prévia submissão a concurso público. **A relação de direito travada entre o Estado e seus agentes políticos é de natureza jurídico administrativa, circunstância que afasta da Justiça do Trabalho do Trabalho a competência para equacionar demandas dotadas de tal índole.** Irrelevante o fato de a pretensão materializada nos presentes autos, segundo o Ministério Público, dizer respeito à desconsideração da pessoa jurídica do ente público (desconsideração da personalidade) para que o preposto, prefeito municipal, responda de forma solidária, por "dano genérico ou coletivo", evento danoso para o qual o agente público teria concorrido para sua geração. Fato é que a responsabilidade do agente público, que se pretende nos presentes autos, tem por fato gerador relação de natureza jurídico administrativa. Em hipótese que tal, não há previsão para desconsideração da personalidade jurídica do Estado para responsabilizar seus agentes, quer de forma subsidiária quer solidária, como se pretende nos presentes autos. A matéria, sob esse prisma, reveste-se de caráter eminentemente interpretativo e os arestos trazidos à colação não se revelam específicos. Violação ao artigo 114, inciso I, da Constituição Federal não configurada. Precedentes.<sup>28</sup>

Resta, portanto, plenamente evidenciada, por retumbante entendimento jurisprudencial, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para desvelar lides em que se discuta a validade de Termos de Parceria e de Contratos de Gestão, ainda que sob o (inverídico) argumento de constituem forma de terceirização ilícita de mão-de-obra e afronta ao princípio do concurso público. Considerando a natureza estritamente de Direito Constitucional e Administrativo de tais demandas, é da Justiça Comum/Federal a competência material para analisar Ações Cíveis Públicas como as que têm sido recorrentemente ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho.

---

<sup>28</sup> TST - RR - 51200-81.2008.5.16.0006, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 30/08/2012. (Grifou-se).

## 5. Conclusão

Em que pese a orientação acima colacionada, arrimada em entendimento sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ainda há ações em trâmite na Justiça do Trabalho (inclusive julgadas procedentes!) com o fito de anular Termos de Parceria e Contratos de Gestão, e novas demandas são ajuizadas quase que diariamente pelo d. Ministério Público do Trabalho com tal aspiração.

Se de um lado, parece incorreto o argumento ministerial de que os ajustes entre OS e OSCIPS e Poder Público implica terceirização ilícita de mão-de-obra e burla à exigência constitucional de concurso público, certo é que tal discussão não deve ser travada no âmbito obreiro, posto que envolve discussões qualitativamente muito diversas.

Daí porque, à guisa de conclusão, espera-se que os Tribunais pátrios – sobretudo na seara laboral – trilhem o caminho que já vem sendo corretamente ladrilhado pela Corte Suprema brasileira, decretando de uma vez por todas a competência (exclusiva) da Justiça Comum para julgar causas envolvendo a celebração de Termos de Parceria e Contratos de Gestão entre Poder Público, Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo. **Sistema da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 72645 / ES. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). DJe 05/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 416463 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012 RSTP v. 24, n. 278, 2012, p. 136-140.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 206220, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/03/1999, DJ 17-09-1999 PP-00058 EMENT VOL-01963-03 PP-00439.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4068 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 09/02/2006, publicado em DJ 17/02/2006 PP-00075

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4701, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 02/08/2010, publicado em DJe-144 DIVULG 04/08/2010 PUBLIC 05/08/2010STF.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 10863 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. RO 427001820085070025 CE 0042700-1820085070025; Publicação: 23/10/2009 DEJT.

BRASIL. Recurso Ordinário 29862-2011-005-09-00-8. TRT 9ª Região. Rel. Des. Ana Carolina Zaina. Julgado em 09/10/2012.

BRASIL. Recurso Ordinário 01151-2008-016-16-00-9-REXOFRVS. TRT 16ª REGIÃO. Des(a). Relator(a): Luiz Cosmo da Silva Júnior. Data de julgamento: 06/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-1764/2002-026-03-40.3, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 04.02.2010

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-5021/2002-900-04-00, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJU 29/02/08.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST - RR - 51200-81.2008.5.16.0006, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 30/08/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 10.ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2012.

MODESTO, Paulo. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, out./nov./dez 1998. P. 55-68.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**, nº 48, maio de 1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus 'Vínculos Contratuais' com o Estado. In: CUÉLLAR, Leila; \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.