

DIREITOS SOCIAIS VS. RECEITA TRIBUTÁRIA NA BALANÇA DE PRIORIDADES DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Daniel Luchine Ishihara

Mestre em Direito Comparativo e Internacional pela Southern Methodist University (Dallas-TX). Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB), leciona na Escola do Legislativo e na Escola de Governo do Distrito Federal. Atualmente é vice-presidente da Comissão Permanente de Licitações.

53

Resumo

Esta pesquisa busca contribuir para a construção de uma escala de prioridades adotadas pela pauta do Legislativo brasileiro e compará-la com a relevância dos mesmos assuntos na Constituição Federal. Neste trabalho, foi analisada a evolução das leis que regem os contratos administrativos com foco em dois aspectos normativos: os que visam a aumentar a arrecadação tributária e aqueles que avançam medidas protetivas de direitos trabalhistas. Como conclusão, é possível afirmar que a pauta legislativa sobre Contratos Administrativos priorizou a captação de tributos com medidas que apenas duas décadas mais tarde foram utilizadas para proteção de direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Contratos Administrativos. Terceirização.

Contextualização

Há uma crescente tendência do Estado brasileiro em contratar com particulares a execução de diversas atividades outrora atribuídas a servidores estatais. A contínua intensificação do fenômeno da terceirização de serviços na Administração Pública, a exemplo da recente Lei nº 13.429/2017, desafia as fronteiras de diversos ramos do Direito e instiga ambos os setores privado e público a explorar suas possibilidades na delicada balança constitucional entre a eficiência da Administração e a garantia de direitos sociais.

Pelo ponto de vista do Direito Trabalhista, trata-se de uma variante do modelo clássico dual de relação de trabalho, onde operam apenas o detentor dos meios de produção e os assalariados que dedicam sua força laboral humana. Nos moldes da terceirização, o proveito econômico dos resultados alcançados é absorvido pelo Poder Público e o empregador assume um papel exclusivamente intermediário e voltado à gestão de empregados e da atividade de licitante.

Para o Direito Administrativo, a terceirização significou um avanço em termos de eficiência da Administração Pública, cujos órgãos e entes abraçaram um modelo mais focado em suas atividades finalísticas. As funções de apoio e de auxílio administrativo passaram a ser contratadas no setor privado, quem, visando ao lucro, demonstrou-se mais vantajoso na consecução de resultados institucionais.

Por sua vez, pela ótica do Direito Constitucional, temos na terceirização o aumento da participação do setor público em um mercado onde há alto risco de violação de direitos sociais fundamentais, uma vez que a Administração Pública não repassa o valor dos salários diretamente aos trabalhadores, mas à terceirizada. Não raro ocorrem violações de direitos do coletivo assalariado por parte das empresas contratadas, mormente nos períodos em que o contrato administrativo está próximo de se encerrar sem possibilidades de renovação ou prorrogação.⁸⁸

Para minimizar os riscos de a própria Administração Pública facilitar a violação de normas trabalhistas, as leis e a jurisprudência evoluíram no sentido de aumentar a postura protetiva e garante dos órgãos e entes públicos. Trata-se de uma modernização da dogmática dos direitos fundamentais, reconhecendo, tal qual a Corte Constitucional alemã, que os direitos fundamentais contêm um postulado de proteção (*Schutzgebote*) de onde se extrai a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).⁸⁹ Em outras palavras, o próprio Estado deve se posicionar no sentido de “criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.”⁹⁰

De fato, é constante a evolução da proteção conferida pela Administração Pública aos direitos dos trabalhadores em seus contratos de terceirização. Porém, de maneira comparativa, este artigo aponta que o Estado brasileiro pós-Constituição Cidadã não

⁸⁸ Via de regra, a duração máxima de um contrato público é de 60 meses, conforme o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93: “A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...) II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses”.

⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkingen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 635.

demonstrou ênfase nesse intuito. Os esforços normativos se voltaram, primeiramente, a mobilizar a Administração Pública em atividades garantidas de receita tributária aos cofres estatais e, apenas de forma tardia, ao desenvolvimento de garantias a direitos sociais fundamentais.

O fenômeno da terceirização na Administração Pública

O Brasil travou historicamente várias batalhas contra sua ineficiência administrativa. Desde o Estado de Bem-Estar (ou *Welfare State*) generalizado mundialmente a partir da Segunda Guerra Mundial (1945), ficou evidente que a lentidão e o alto custo da burocracia no setor público obstavam à consecução do desenvolvimento econômico e da ampliação dos serviços públicos.⁹¹ Em resposta, em 1967, editou-se o Decreto-Lei nº 200, que, dentre outras diretrizes para uma Reforma Administrativa, delineou um movimento de diminuição da máquina pública por meio da contratação do setor privado para a execução de atividades não finalísticas da Administração Pública.⁹²

O entusiasmo liberal do Executivo não foi acompanhado pelo Judiciário. Em diversos casos a Administração Pública foi condenada a reconhecer vínculo empregatício com os trabalhadores da empresa contratada e, conseqüentemente, arcar com as diferenças salariais decorrentes do reconhecimento de isonomia com servidores estatais, geralmente remunerados com valores maiores. Em 1986, a Súmula nº 256 do TST excepcionou desse entendimento apenas os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância.⁹³ A posição do TST só foi revisada na década de 90, com a Súmula nº 331, que ampliou o rol de exceções.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 24-25.

⁹² Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, § 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

⁹³ Súmula nº 256 do TST : Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 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.

A transição entre o modelo de administração pública burocrática para uma organização estatal de ênfase gerencial teve como marco o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), na segunda metade da década de 90, que delimitou o tamanho do Estado e o seu papel regulador, prescrevendo a maior participação de entidades privadas na realização de atividades de apoio às pessoas jurídicas de direito público.⁹⁴ Nessa mesma década, foi promulgada a Lei. nº 8.666/93, que regulamentou os contratos administrativos, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que promoveu a chamada Reforma Administrativa e enfatizou a eficiência como princípio norteador da Administração Pública,⁹⁵ e o Decreto nº 2.271/97 incentivou a execução indireta⁹⁶ por meio de contratações de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares” às atividades finalísticas dos entes públicos.⁹⁷ Ficou expressa, a partir de então, a preferência pela contratação do setor privado para a execução de “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”⁹⁸.

Sob um olhar conjuntural, o Estado assumiu na década de 90, modernizando o extremismo do liberalismo econômico da década de 30,⁹⁹ que o setor privado é mais

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, pgs. 15-22.

⁹⁵ A EC nº19/1998, de forma simbólica e sintética de suas diversas medidas, acrescentou ao *caput* do art. 37 o princípio da eficiência, onde antes constavam expressamente apenas legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

⁹⁶ 8.666 art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (...);

⁹⁷ Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

⁹⁸ Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Art. 1º, §1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

⁹⁹ Essa visão é resumida com maestria pelo ilustre professor Márcio Iorio Aranha, segundo o qual o liberalismo econômico extremado acredita que “tudo o que o Estado faz, faz mal, e mesmo que fizesse bem, mal faz” (ARANHA, Márcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. 2ª ed. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2014. p. 98).

eficiente na produção objetiva de determinados resultados. Fundamentados nessa premissa, diversos órgãos e entidades da Administração Pública passaram a contratar serviços outrora desempenhados por servidores estatais,¹⁰⁰ fenômeno esse alcunhado de “terceirização”:

Quando a execução indireta envolve o fornecimento de pessoal (mão de obra) para desempenhar tarefas nas próprias unidades administrativas (serventes, telefonistas, motoristas, vigilantes etc.), denomina-se esse processo de terceirização haja vista ele importar na transferência de atividades administrativas a terceiros (FURTADO, 2013, p. 267).

57

Ressalve-se apenas que, já naquela década, os órgãos de controle vedavam a contratação de terceirizados se esses serviços fossem especificamente atribuídos a cargos de carreira do contratante ou se caracterizassem sua atividade finalística, sob pena de burla à regra de obrigatoriedade de realização de concurso público estampada na Constituição Federal.¹⁰¹ Por esse motivo, antes de qualquer terceirização, os órgãos e entidades contratantes precisam se certificar de que os cargos de carreira que prestam tais serviços sejam extintos ou declarados em extinção, ou alternativamente tenham suas atribuições propriamente alteradas.

A título de exemplo, a Câmara Legislativa do Distrito Federal operou, entre 2010 e 2014, a transição do modelo de execução direta para o de terceirização nas áreas de limpeza, vigilância, marcenaria, hidráulica, elétrica e demais serviços de manutenção predial. Para tanto, optou-se por transformar os cargos de “Auxiliar Legislativo – Categoria Auxiliar de Limpeza” em “Auxiliar Legislativo – Auxiliar Legislativo”, com atribuições e competências típicas de serviços auxiliares, mas sem especificar a atribuição de realizar a faxina da repartição. O mesmo ocorreu com as demais categorias auxiliares em estudos e diligências realizadas em conjunto com o sindicato da categoria, alterando-se o plano de carreira do órgão. Dessa forma, enquanto parte da equipe administrativa procedia com as etapas interna e externa da licitação para a contratação de terceiros, outra parte cuidava de treinamento, capacitação, suporte psicológico e gestão de competências

¹⁰⁰ Expressão utilizada conforme a sistematização de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo o qual “servidores estatais” abrangem os servidores públicos e os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 247).

¹⁰¹ A decisão paradigma nesse sentido foi proferida pelo plenário do TCU sob o nº 680/95 (DOU de 28/12/95).

para que os servidores pudessem realizar suas atribuições auxiliares em unidades administrativas compatíveis com suas habilidades e talentos. Em esforço objetivando eficiência, muitos desses servidores foram destinados a atividades de fiscalização dos serviços das terceirizadas, tendo em vista sua expertise com o objeto executado pela contratada.

Juntamente com vantagens, a terceirização trouxe ao universo da Administração Pública um aumento da necessidade de controle sobre a sua relação com as empresas contratadas e também um aumento da sua responsabilidade perante os empregados dessas terceirizadas. Em outras palavras, o setor público precisou executar um *plano de ação interno*, voltado à própria Administração tomadora de serviços, bem como um *plano de ação externo*, direcionado à fiscalização da empresa contratada.

Por *plano de ação interno*, entende-se o esforço de adaptação da cultura organizacional para que se evitasse uma configuração de hierarquia entre os empregados e os agentes públicos, que passaram a laborar em um mesmo espaço físico. O próprio Decreto nº 2.271/97, prevendo os possíveis efeitos indesejáveis da terceirização, tratou de coibi-los em seu art. 4º, segundo o qual “[é] vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: (...) IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante”. Em decorrência da norma expressa nesse dispositivo, se houver necessidade de subordinação, pessoalidade e habitualidade no relacionamento com os empregados para a produção dos resultados almejados pela Administração, a terceirização é ilícita.¹⁰² Muitas vezes, porém, tal necessidade inexistente, mas a subordinação ocorre impropriamente como uma manifestação da cultura extremamente hierárquica de outrora.

Por sua vez, o *plano de ação externo* objetiva assegurar que o ganho em eficiência para a Administração não resulte em violação de direitos dos empregados das terceirizadas, uma vez que, não raro, a preocupação do setor privado com a maximização de lucros desdenha do respeito para com suas obrigações trabalhistas. Ou seja, a Administração tomadora de serviços adotou uma postura cada vez mais ativa na proteção dos direitos dos trabalhadores da empresa interposta.

¹⁰² Nesse sentido, a decisão paradigma do Tribunal de Contas da União é o Acórdão 1.520/2006-TCU-Plenário, proferido nos autos da TC 016.954/2009-5.

Contratos públicos e a proteção de direitos sociais

A Administração Pública, como estrutura operacional para realização do interesse público, deve observar não só seus objetivos específicos, como também as finalidades gerais do Estado Democrático de Direito estampadas na Constituição Federal. Apesar de se voltarem à execução de atividades de apoio ou auxílio, os contratos públicos de terceirização envolvem importantes temáticas constitucionais, a exemplo dos direitos fundamentais sociais.

A evolução da proteção de direitos trabalhistas é demonstrada neste artigo pela cronologia de inovações legislativas e jurisprudenciais, mas tais iniciativas não constituíam requisitos para que a Administração atuasse no sentido de fazer cumprir a Carta Magna. Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, sua eficácia não se condiciona à existência de instrumentos infraconstitucionais:

Atualmente, a Constituição brasileira não prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88).¹⁰³

Não obstante, são tantas as variáveis a serem observadas pela Administração para a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, e tantos os custos envolvidos na pesada movimentação da burocracia pública, que determinadas ações foram provocadas por normas e regulamentos. De fato, é sensível que “algumas normas constantes do catálogo de direitos previsto no art. 7º indicam que o constituinte pretendeu explicitar, em verdade, um dever geral de proteção por parte do legislador (*Schutzpflicht*)”,¹⁰⁴ o que justifica as iniciativas infraconstitucionais de zelo e estímulo à observância de direitos fundamentais. Uma importante frente de cumprimento dessa obrigação estatal é conduzida pela Administração Pública na gestão de suas contratações com o setor privado:

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* p. 640.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 641.

O contrato administrativo traduz o exercício da função administrativa, o que significa sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais. Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2015, p. 467).

As normas produzidas nas últimas duas décadas demonstraram a transição de um modelo de gestão contratual de mera fiscalização das empresas contratadas para outro em que a Administração Pública é obrigada a exercer diretamente as atribuições que constituem algum risco aos direitos trabalhistas. Em outras palavras, se antes a eventual responsabilização do Estado se baseava em culpa *in vigilando*, atualmente ela decorre de falha na atuação comissiva da Administração, considerada descumprimento direto de obrigação legal.

A Lei 8.666/93 mencionou a necessidade de um representante da Administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato administrativo.¹⁰⁵ A mesma norma é rememorada, em 1997, no art. 6º do Decreto nº 2.271, mais especificamente voltada aos contratos de serviços. Nesse sistema, a Administração se mantém em um papel de fiscal, verificando se a terceirizada está cumprindo com suas obrigações perante seus empregados, como a quitação dos encargos sociais trabalhistas.

Em caso de irregularidade, há jurisprudência reconhecendo à Administração a possibilidade de retenção do pagamento à empresa contratada,¹⁰⁶ mas tal medida ocorre *a posteriori*, sendo ineficaz na prevenção da violação de direitos trabalhistas. Por esse motivo, aumentou-se a frequência de violações exatamente no período final da vigência dos contratos, onde também devem ser pagas verbas rescisórias que em muito encorpam o *quantum* destinado aos obreiros¹⁰⁷.

Na tentativa de diversificar e de potencializar o arcabouço de instrumentos protetivos dos direitos trabalhistas, editou-se a Instrução Normativa nº 02/2008-

¹⁰⁵ Lei 8.666/93, Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

¹⁰⁶ Cf. Tribunal Regional Federal da 2ª Região no MS 200902010030875, Plenário, julgado em 10.06.2010, bem como o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1241862/RS, de relatoria do ilustre Ministro Mauro Campbell Marques em 28.06.2011.

¹⁰⁷ Cf. ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – Plenário.

SLTI/MPOG¹⁰⁸. Essa iniciativa obrigou a Administração Pública a atuar de forma mais ativa pelos trabalhadores, desde o planejamento, o termo de referência e a lavratura do instrumento convocatório, passando pela fase executória do objeto contratado, até a etapa pós-executória com a eventual aplicação de penalidades mesmo após o término da vigência contratual. Os constantes aperfeiçoamentos de seu texto normativo, em 2009, 2013, 2014, 2015¹⁰⁹ e, mais recentemente, as novas regras introduzidas pela IN nº 05/2017-SLTI/MPOG reforçaram ainda mais as ferramentas da Administração em prol do obreiro.

Dentre as inovações normativas visando à proteção do empregado, destaca-se a regulamentação da conta vinculada, onde a Administração deve depositar valores destinados a férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias dos trabalhadores da contratada.¹¹⁰ Trata-se de valor mensal significativo, totalizando entre 32,82% e 33,25% incidentes sobre a remuneração dos empregados, que em parte se cumula durante até 60 meses para o termo final do contrato. Conforme as novas regras, a Administração Pública, em vez de confiar à contratada a gestão desse patrimônio de seus empregados, ela mesma administra a conta bancária vinculada ao contrato em questão, calculando, retendo e pagando diretamente os trabalhadores.

Trata-se à primeira vista de um retrocesso na desoneração do foco de servidores estatais em atividades meio, uma vez que eles foram incumbidos de realizar as centenas de cálculos trabalhistas e operações financeiras que as próprias empresas contratadas preferem deixar a cargo de escritórios de contabilidade especializados. Mesmo os profissionais em folha de pagamento e em contabilidade dos órgãos e entes públicos não possuem a expertise necessária para lidar com a CLT e o pagamento de trabalhadores do setor privado.

¹⁰⁸ A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é responsável por normatizar, desenvolver e fomentar políticas públicas em sua área de atuação e suas Instruções Normativas (INs) têm efeito vinculante para toda Administração Pública federal. Por se tratar de órgão referencial em gestão pública, os diversos entes da federação recebem essas normas por meio de decretos e leis, ampliando ainda mais o alcance prático dessas iniciativas.

¹⁰⁹ Trata-se de alterações do texto original da IN nº 02/2008 pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015.

¹¹⁰ Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG, art. 19-A, I, c/c art. 36, §7º.

Por outro lado, a carência de procedimentos preventivos na terceirização de serviços expunha a Administração Pública a um alto risco de sua responsabilização subsidiária pelas não raras violações de direitos trabalhistas. Diversas foram as condenações judiciais que obrigaram a Fazenda Pública a pagar aos trabalhadores valores que já haviam sido repassados às empresas terceirizadas,¹¹¹ demonstrando que o mercado da terceirização não seguia ainda um formato seguro e eficiente para a Administração Pública.

Em 2000, o TST alterou sua Súmula 331 para impor à Administração Pública tomadora de serviços sua responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada não honrasse suas obrigações perante os empregados. O rigor desse entendimento só foi revisado após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, no final de 2010, onde o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Administração deveria ser responsável pela inadimplência da terceirizada apenas se fosse omissa com suas obrigações de fiscalização. Como consequência, adequou-se a súmula do TST:

TST, Súmula 331, 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 nº 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. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011).

Não foram essas as primeiras iniciativas legislativas de provocar a Administração Pública a atuar de forma mais ativa na consecução de interesses públicos diversos. Na seara das contratações públicas, tema nuclear deste artigo, os órgãos e entes públicos fizeram a transição da postura meramente fiscalizadora para a comissiva garantidora de receita tributária muito antes de se voltar, com o mesmo empenho, aos direitos trabalhistas fundamentais.

¹¹¹ Como exemplos, citamos as decisões recentes do TRT10 no processo nº 01246-2014-012-10-00-8-RO e no 00771-2014-010-10-00-3-RO, ambos julgados em 10/06/2015.

Contratos públicos e a proteção da receita tributária

Ao construir seu formato de execução indireta, o Estado brasileiro se ocupou não só de definir regras procedimentais de escolha do contratado e de privilégios na relação com o setor privado, como também buscou acessoriamente fomentar o atendimento de políticas públicas (*e.g.* desenvolvimento sustentável,¹¹² proteção da indústria nacional¹¹³ e estímulos ao micro e pequeno empreendedor),¹¹⁴ e a garantia de interesses públicos, como a proibição da exploração de trabalho infantil¹¹⁵ e o cumprimento das obrigações tributárias.¹¹⁶

Os contratos administrativos, nesse aspecto, diferenciam-se dos acordos de vontade privados por obrigatoriamente comportar, em seu planejamento e em sua execução, preocupações que ultrapassam o mero cumprimento do objeto primário da avença. Ou seja, a contratação de copeiros para uma repartição pública envolve, por parte da Administração Pública, não só a preocupação no funcionamento eficiente de sua copa, mas também no respeito a diversos direitos coletivos e na cooperação em prol de interesses públicos que circundam a contratação a ser realizada, como a capacitação para racionalização do uso da água, a certificação do grão de café utilizado, a manutenção de parte dos empregados da contratação anterior e a subcontratação de micro e pequenas empresas para o fornecimento de insumos, vestuário e equipamentos de proteção individual.

Dentre os diversos interesses públicos que um contrato administrativo pode atender, encontra-se a proteção da receita de tributos decorrentes de contratos com a Administração Pública. A relevância dessa medida é justificável pela vultosa quantia

¹¹² Lei 8666/93, Art. 3º, caput, 1ª parte.

¹¹³ Lei 8.248/1991, art.3º; Decreto 7.810/2012; Decreto 7.812/2012; Decreto 8.184/2014; e Decreto 8.223/2014.

¹¹⁴ Constituição Federal, art. 170, IX: "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País"; Lei Complementar Federal no 123/06; e, no Distrito Federal, Decreto 35.592/2014.

¹¹⁵ Lei 8.666/1993, art. 27, V; e Constituição Federal, art. 7º, XXXIII: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

¹¹⁶ Lei 8.666/1993, art. 27, IV.

movimentada anualmente no Brasil de forma direta em contratações pelo setor público: entre 10% e 15% do PIB nacional, ou cerca de 600 bilhões de reais para 2015.¹¹⁷

Na vigência da Constituição Cidadã, a preocupação com a arrecadação tributária nos contratos administrativos foi garantida por força do art. 64, §1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Desde então, o órgão ou entidade da Administração, ao efetuar pagamento a uma prestadora de serviços, tem a obrigação de reter os tributos que incidem sobre esse fato gerador:

Lei nº 9.430/96, art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.

O mesmo intuito foi seguido, na mesma década pelo Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999,¹¹⁸ obrigando os tomadores de serviços a reter, na fonte, 1,5% sobre o valor da fatura que lhes foi apresentada pelo prestador. Em seguida, a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, estabeleceu garantia análoga em relação ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Assim, ao contabilizar os acertos de contas com sua contratada, o ente pagador separa a parcela referente aos impostos e lança o crédito diretamente à conta de receita da União. Essa sequência de atos exige, naturalmente, sua parcela de trabalho dos servidores públicos, capacitação, insumos, controle e demais ônus provenientes do aumento da burocracia pública.

De forma analítica, verifica-se que o legislador pátrio optou por onerar a Administração com custos administrativos de processamento contábil e financeiro que

¹¹⁷ As informações são do Ministério do Meio Ambiente (<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/licitação-sustentável> – acesso em 26/07/2015). Também o SEBRAE trouxe em uma publicação de 2014 números semelhantes: “Esse poder de compras (aquisição + contratação) movimenta em torno de 10% a 15% do PIB Nacional o que alcança as cifras de aproximadamente 500 bilhões de reais/ano.” (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae. Compras Públicas: um bom negócio para sua empresa. Brasília: Sebrae, 2014. p. 03).

¹¹⁸ Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, art. 647. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional (Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º, Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 1º, inciso III, Lei nº 7.450, de 1985, art. 52, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 6º).

outrora eram assumidos exclusivamente pelas contratadas em vez de a elas confiar o cumprimento de suas obrigações tributárias. Assim, na escolha entre o ônus de aumento da máquina pública ou o risco de inadimplemento tributário pelo setor privado, prevaleceu desde a década de 90 o primeiro, que melhor protege o erário.

Resultados

A diretriz constitucional de se conferir eficácia imediata aos direitos e garantias sociais exige da Administração Pública diligências que devem ultrapassar a mera atividade de fiscalização e controle posterior dos atos de suas contratadas. O dever de proteção pelo Estado (*Schutzpflicht des Staats*) se consubstancia com práticas proativas e voltadas à prevenção.

Essa postura é gradualmente perceptível nas relações de terceirização na Administração Pública. De forma precursora, a Lei. nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.271/97 continham dispositivos com objetivos de fiscalização e proteção dos trabalhadores. De forma mais contundente, surgiram pelo Executivo a Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG e pelo Judiciário, em 2010 e em 2011, alterações no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Observa-se que, nas últimas duas décadas, a Administração Pública foi obrigada a, cada vez mais, atuar ativamente na proteção dos empregados das terceirizadas.

Se por um lado, firma-se a percepção otimista de que o Estado se mobiliza cada vez mais para garantir aos direitos sociais fundamentais sua eficácia imediata, por outro, incumbe ao presente trabalho demonstrar que tal modernização foi demasiado tardia. A Lei nº 9.430/96, por exemplo, desde aquela década obrigava a Administração Pública a zelar pela receita tributária, conferindo à Fazenda Pública proteção aos seus cofres. Intensificando essa mesma iniciativa, o Decreto nº 3.000/99 e a Lei Complementar nº 113/2003 expandiram o rol de tributos a serem retidos na fonte.

Observando-se a hierarquia de valores jurídicos estabelecida pela Constituição, deveria o Estado privilegiar a proteção de direitos fundamentais com maior entusiasmo do que o fez em relação a outros interesses públicos. O presente artigo, com esse norte, buscou criticamente apontar que a atenção à proteção ativa dos direitos sociais foi preterida em quase duas décadas quando comparada com iniciativas semelhantes voltadas à proteção da receita tributária relacionada aos contratos administrativos.

Referências

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 2.ed. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.