



CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

WINNICIUS PEREIRA DE GÓES

**A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

JACAREZINHO – PARANÁ
2012

WINNICIUS PEREIRA DE GÓES

**A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.
Linha de Pesquisa: Função Política do Direito

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas

**JACAREZINHO – PARANÁ
2012**

WINNICIUS PEREIRA DE GÓES

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

Esta dissertação foi julgada adequada pela Banca de Qualificação para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, linha de pesquisa Função Política do Direito.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Paulo Henrique de Souza Freitas – UENP

Membro: Professor Doutor Zulmar Fachin – UENP

Membro: Professor Doutor Reinéro Antônio Lérias – UENP

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho, 07 de dezembro de 2012.

*Aos meus pais, Benedito e Edna, por todo
amor, educação e dedicação a mim e meus
irmãos.
À minha neguinha Danielle, alegria de todos
os dias.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas pela efetiva orientação.

A todo corpo docente do pelas ótimas lições em toda esta jornada, em especial ao Professor Reinéro Antônio Lérias, exemplo de dedicação à academia.

Aos Professores Doutores Valter Foletto Santin, Ilton Garcia da Costa e Maurício Gonçalves Saliba, que além dos ensinamentos, me deram a honra de com eles publicar trabalhos.

Aos colegas de mestrado pela ótima convivência.

A Mário Henrique Alberton, Andreza Cristina Mantovani e Vinicius Secafen Mingati, pelo companheirismo e divertimento em nossas viagens.

A Fernando, Marcella e Alex pelo auxílio e compreensão quanto às minhas ausências de nosso escritório.

À secretária do mestrado Maria Natalina da Costa, pela qual tenho grande admiração, respeito e amizade.

A Capes pela bolsa.

Era ele que erguia casas
Onde antes só havia chão.
Como um pássaro sem asas
Ele subia com as casas
Que lhe brotavam da mão.
Mas tudo desconhecia
De sua grande missão:
Não sabia, por exemplo
Que a casa de um homem é um templo
Um templo sem religião
Como tampouco sabia
Que a casa que ele fazia
Sendo a sua liberdade
Era a sua escravidão.

De fato, como podia
Um operário em construção
Compreender por que um tijolo
Valia mais do que um pão?
Tijolos ele empilhava
Com pá, cimento e esquadria
Quanto ao pão, ele o comia...
Mas fosse comer tijolo!
E assim o operário ia
Com suor e com cimento
Erguendo uma casa aqui
Adiante um apartamento
Além uma igreja, à frente
Um quartel e uma prisão:
Prisão de que sofreria
Não fosse, eventualmente
Um operário em construção.

Mas ele desconhecia
Esse fato extraordinário:
Que o operário faz a coisa
E a coisa faz o operário.
De forma que, certo dia
À mesa, ao cortar o pão
O operário foi tomado
De uma súbita emoção
Ao constatar assombrado
Que tudo naquela mesa
- Garrafa, prato, facão
Era ele quem fazia
Ele, um humilde operário
Um operário em construção.
Olhou em torno: a gamela
Banco, enxerga, caldeirão
Vidro, parede, janela
Casa, cidade, nação!
Tudo, tudo o que existia
Era ele quem os fazia
Ele, um humilde operário
Um operário que sabia
Exercer a profissão.

(Trecho da poesia "O operário em Construção" de Vinícius de Moraes)

GÓES, Winnicius Pereira de. *A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

Resumo

O texto trata da terceirização de serviços, desde seu surgimento como novo método de gerência, organização e divisão do trabalho, decorrente do espraiamento do toyotismo. Para isso, destacou-se que a difusão da terceirização decorreu da faculdade oferecida ao tomador dos serviços em dedicar-se à sua atividade-fim, mediante o enxugamento do quadro funcional por meio da transferência das atividades acessórias, complementares e instrumentais a terceiros. Embora ainda não exista no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que regule ou vede a terceirização, houve a disseminação da fórmula terceirizante, ante a necessidade do setor produtivo em se reorganizar para competir no mercado capitalista-financeiro-especulativo globalizado. Ante a expansiva prática terceirizante, a Administração Pública não passou imune aos novos métodos de gerenciamento, organização e divisão do trabalho desenvolvido pelos meios de produção privados. Com efeito, diante da omissão legislativa, a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados obviamente depende da prestação jurisdicional neste sentido. Por esta razão, o Tribunal Superior do Trabalho, em atendimento à sua missão constitucional edificou as bases limitadoras da terceirização na Súmula 331, inclusive no que diz respeito à responsabilidade da Administração Pública direta e indireta, consolidando-a em sua responsabilização subsidiária. Assim, desenharam-se as linhas jurisprudenciais enraizadas na literatura jurídica de Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, como supedâneo para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados e sua inclusão social. Por conseguinte, em tempos de pós-positivismo, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu as primeiras bases jurídicas delineadoras da possível responsabilização solidária do tomador dos serviços, resposta ainda a ser hermeneutizada, para se consolidar como a resposta socialmente mais inclusiva e adequada à Constituição.

Palavras-chave: Globalização. Terceirização. Administração Pública. Direitos Sociotrabalhistas. Inclusão Social.

GÓES, Winnicius Pereira de. *The outsourcing of services within the Public Administration*. 2012. Dissertation (Legal Science Master's Degree) – Applied Social Sciences Center of Pioneer North State Law College, Jacarezinho – PR.

Abstract

This paper covers the outsourcing of services, from its emergence as a new method of management, organization and division of labor, due to the spreading of Toyotism. For this, it was highlighted that the spread of outsourcing took college services offered to the borrower to dedicate themselves to their core business, by downsizing the workforce by transferring activities ancillary and complementary instruments to third parties. Although not yet exist in the Brazilian legal system or specific laws regulating outsourcing behold, there was a spread of formula of outsourcing, versus the need to reorganize the productive sector to compete in the capitalist global-financial-speculative. Before the expansive practice of outsourcing, Public Administration has not immune to new methods of management, organization and division of labor developed by private means of production. For this reason, the Superior Labor Court, in compliance with its constitutional mission built bases in limiting outsourcing Precedent 331, including with regard to the responsibility of direct and indirect public administration, consolidating accountability in the subsidiary. Thus, drew up the jurisprudence rooted in the legal literature of Labour Law and Constitutional Law, as footstool for enforcement of fundamental rights of workers and outsourced their social inclusion. Therefore, in times of post-positivism, the Superior Labor Court established the first legal bases of possible joint responsibility of the policyholder services, response to be obtained through the hermeneutic to consolidate itself as a more socially inclusive and respond appropriately to the Constitution.

Key-words: Globalization. Outsourcing. Public Administration. Social and labor rights. Social Inclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS	15
1.1 Do liberalismo ao neoliberalismo: as fases do capitalismo.....	16
1.2 O desenvolvimento dos métodos de produção	33
1.3 Globalização, desregulamentação e flexibilização contratual: reflexos do achatamento do mundo.....	44
2 TERCEIRIZAÇÃO	52
2.1 Evoluções no cenário brasileiro.....	53
2.2 O conceito e caracterização da terceirização.....	65
2.3 A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: marco jurisprudencial	75
2.4 A terceirização regular e irregular: aspectos determinantes.....	94
2.5 A exclusão social e sua relação com a fórmula terceirizante	101
3 TERCEIRIZAÇÕES DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	110
3.1 A reforma administrativa brasileira	112
3.2 O que é serviço público?.....	124
3.3 Terceirização, permissão, concessão e autorização de serviços públicos: diferenças pontuais	130
3.4 Limites à terceirização de serviços públicos.....	135
4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIOTRABALHISTAS E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS	150
4.1 Os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados e sua efetividade pela via jurisdicional: responsabilidade, função política do direito e inclusão social.....	151
4.2 A responsabilização da Administração Pública: aspectos controvertidos	171
4.3 A responsabilidade solidária constitucional	190
CONSIDERAÇÕES FINAIS	219
REFERÊNCIAS	227

INTRODUÇÃO

Com o surgimento e ascensão da burguesia, resultante da crise e substituição do feudalismo pelo sistema econômico e político liberal (capitalismo), fortalecido pelas Revoluções Industriais sucedidas durante a evolução histórica da humanidade, que influenciaram os modos de gerenciar, organizar e dividir o trabalho, o trabalhador, inicialmente detentor dos conhecimentos técnicos (trabalho intelectual) e de execução do trabalho (trabalho manual), sucumbe perante a separação do trabalho intelectual e manual perpetrada pelo industrial-capitalista, detentor dos revolucionários meios industriais de produção.

Nesta nova perspectiva, a gerência, organização e divisão do trabalho são transferidas para as mãos do industrial-burguês, de base ideológica liberal-capitalista, voltada para a exploração da força de trabalho assalariado em favor da acumulação de riquezas (capital e bens).

Esta ruptura paradigmática transformou consideravelmente o mundo do trabalho. Como consequência, houve o imediato desenvolvimento progressivo de modelos gerenciais alicerçados sobre a exploração predatória do trabalho humano, mediante o estabelecimento de condições laborais degradantes e consubstanciadoras da exclusão social do trabalhador.

Por conseguinte, entre os Séculos XVIII e XX forma-se, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, significativa massa de trabalhadores (classe operária) coordenada por industriais capitalistas-liberais, por intermédio da utilização de técnicas racionalizantes do trabalho, tais como o *taylorismo*, o *fordismo-taylorista* e o *toyotismo*, com reflexos nas estruturas social, política, econômica e jurídica dos Estados.

No que tange à terceirização, o *toyotismo* foi o modelo gerencial, de organização e divisão do trabalho que impulsionou a sua disseminação, primeiro junto à iniciativa privada, para depois invadir a esfera pública.

Atualmente, a terceirização de serviços é largamente utilizada, tanto na iniciativa privada quanto no âmbito público, por ser fórmula contratual que

possibilita a flexibilidade contratual e a redução de custos operacionais mediante a transferência aos prestadores de serviços (contratante interposto) de atividades consideradas acessórias, complementares e instrumentais, designadas como atividade-meio.

A fórmula contratual terceirizante, que conta com a participação de três personagens, designadamente, o trabalhador, o contratante interposto (prestador de serviços) e o tomador dos serviços, rompeu com o paradigma clássico da relação de emprego, consistente na relação bilateral formada pelo empregado e o empregador, estabelecida no mundo do trabalho desde as primeiras manifestações do sistema capitalista de produção e exploração predatória da força de trabalho.

Para a melhor compreensão do tema envolto pela terceirização de serviços no âmbito público, no capítulo primeiro, serão apresentados os aspectos históricos relacionados às fases do capitalismo de acumulação de riquezas (capital e bens) que influenciaram as transformações sociais, econômicas, políticas e jurídicas, determinantes da instituição dos modelos de Estado Liberal, de Bem-estar Social e Neoliberal.

Neste mesmo capítulo se tratará dos principais modelos de gerenciamento, organização e divisão do trabalho que impactaram o mundo do trabalho. Dentre eles o racionalismo laboral *taylorista*, desenvolvido por Frederick Taylor, basilar do Estado Liberal, substituído pelo *fordismo-taylorista*, traçado sobre a produção em série criada por Henry Ford, que sustentou, com o oferecimento de alta produtividade aliada a melhorias nas condições laborais, as medidas intervencionistas e prestativas do modelo de Estado de Bem-estar Social. Por fim, destaca-se o *toyotismo*, desencadeador do espraiamento da prática terceirizante, sobretudo a partir da crise do modelo intervencionista estatal acentuada nos idos de 1970, conseqüente da crise energética e do surgimento de novas tecnologias que impactaram o mundo do trabalho, e fizeram ascender no plano político e econômico o modelo de Estado Neoliberal, em cenário dominado pelo processo de globalização e achatamento do mundo, ambiente no qual o trabalho perde importância.

De modo geral, o segundo capítulo trata da terceirização de serviços, desde sua evolução no cenário brasileiro, juntamente com a apresentação de conceitos e caracterizações.

Em seguida, tendo em vista a omissão legislativa quanto à regulação generalizada da terceirização de serviços, se analisa as disposições jurisprudenciais sumuladas pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 331, marco jurisprudencial que calhou por limitar a formalização desenfreada da terceirização de serviços àquelas atividades consideradas complementares, acessórias e instrumentais à melhor realização da atividade-fim (isto é, o foco, *core business* ou atividade principal) do tomador dos serviços inserido na seara pública ou privada.

Com efeito, a segunda parte do trabalho também expõe a relação existente entre o processo de exclusão social do trabalhador ocasionado pela aplicação desvirtuada da fórmula trilateral terceirizante voltada, exclusivamente, para a redução de custos operacionais (o modismo terceirização), marcadamente delineadas sobre bases precarizantes do patamar mínimo civilizatório, integrado por disposições constitucionais e infraconstitucionais direcionadas à plena valorização do trabalho humano e à consagração da dignidade da pessoa humana, fundamentos inafastáveis do Estado Democrático de Direito.

Após estas considerações, o terceiro capítulo destina-se, especificamente, à terceirização de serviços formalizada no âmbito público brasileiro, utilizada como modalidade contratual que beneficia a Administração Pública por resultar no imediato enxugamento do aparato estatal, sobretudo no tocante à redução significativa do quadro de pessoal.

Deste modo, tratou-se pormenorizadamente das reformas administrativas amparadas no modelo gerencial, de organização e divisão do trabalho que, em um primeiro momento, impactou a iniciativa privada e, no Brasil, ao final da década de sessenta, por meio da edição do Decreto 200/1967, evidenciaram os primeiros *nuances* da transferência de atividades acessórias, instrumentais e complementares de natureza estatal a terceiros prestadores de serviços.

Por este motivo, a elucidação do tema foi buscada na literatura jurídica, de onde se retirou os conceitos para delimitar o que é serviço público.

Seguindo-se esta linha de raciocínio, se deslindou quais seriam os serviços públicos integrantes das atividades finalísticas do Estado impossibilitados de terem a sua execução transferida para as prestadoras de serviços pela via terceirizante.

Nesse sentido, houve a diferenciação da terceirização de serviços no âmbito público de outras modalidades contratuais de natureza administrativa pública, consistentes na transferência de sua execução para terceiros prestadores de serviços inseridos na Administração Pública ou não, tais como a permissão e a concessão de serviços públicos. Fez-se estas diferenciações sem perder de vista as limitações formais impostas pelo artigo 37, *caput*, inciso II da Constituição Federal, Lei de Licitações (Lei 8666/1993), Lei de Responsabilidade Fiscal e, principalmente, pelas balizas constitucionais alimentadas pelos direitos fundamentais sociotrabalhistas (ou patamar civilizatório mínimo para a concretização do trabalho digno) convergidos para as máximas fundantes do Estado Democrático Brasileiro, designadamente, a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana, enquanto cerne do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, no último capítulo, têm-se como objeto de estudo a efetividade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas e a responsabilidade da Administração Pública quanto às obrigações contratuais de natureza trabalhista inadimplidas, de responsabilidade da empresa prestadora de serviços terceirizados no âmbito público contratado após prévio procedimento licitatório.

A propósito, coloca-se o problema da efetividade dos direitos trabalhistas constitucionalizados pelo legislador constituinte originário a partir do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, vinculadores da atuação da Administração Pública e imprescindíveis à consagração do preceito fundamental da boa administração, portanto, de observância obrigatória no que tange à formalização de contratos de terceirização de serviços.

Além disso, diante da omissão legislativa quanto à regulação específica da terceirização de serviços públicos no âmbito público (e privado), destaca-se o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, incumbido de sua missão de dignidade constitucional consistente na busca da plena efetividade

dos direitos fundamentais sociais relacionados ao trabalho, consubstanciada em uma conduta “ativa” (todavia, desprovida de criacionismos jurisprudenciais ou subjetivismos-solipsistas), com a intenção de promover a inclusão social do trabalhador terceirizado.

Logo, ainda neste capítulo comentam-se os aspectos controvertidos da responsabilização da Administração Pública em torno do conflito entre o artigo 71, § 1º da Lei 8666/1993, que embora preconize a irresponsabilidade estatal teve sua constitucionalidade reconhecida na Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16. Fez-se esta análise sem perder de vista que mesmo antes do reconhecimento da constitucionalidade do referido artigo em ação declaratória, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, produto da via jurisprudencial uniformizadora das decisões nos fóruns especializados do trabalho, definiu a responsabilização subsidiária da Administração Pública para os casos de terceirização de serviços no âmbito público.

Em última análise, destaca-se que em tempos de pós-positivismo e globalização de índole neoliberal, o problema da terceirização de serviços e a responsabilização da Administração Pública, ainda é uma questão a ser hermeneutizada. Esta tarefa cabe ao Poder Judiciário, que deve ter como parâmetros o patamar mínimo civilizatório assegurador do trabalho digno, com a finalidade de asseverar, pela via hermenêutica, a responsabilidade solidária constitucional do ente público e, por consequência, promover a inclusão social do trabalhador terceirizado e materializar a Constituição dirigente e compromissória.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Desde a Antiguidade, as relações de produção sofreram grandes transformações, sobretudo a partir da consolidação ideológica do sistema capitalista de produção no Século XVIII.

Neste passo, a Revolução Industrial e a ascensão do modelo capitalista de produção surgem como marco histórico para o fenômeno do trabalho assalariado, caracterizado pela ostensiva exploração do trabalho humano considerado, principalmente, como instrumento para uma maior acumulação de riqueza (capital e bens) possível, sem qualquer preocupação com questões atinentes a segurança e a saúde do trabalhador.

Desde os primeiros ensaios do capitalismo, sua lógica foi construída sobre o pantanoso terreno da precarização das relações laborais, por meio do estabelecimento de jornadas de trabalho extenuantes e a exploração do trabalho de homens, mulheres e crianças, em condições insalubres e indignas, sem a contraprestação salarial condizente às atividades realizadas.

Tem-se, portanto, o cenário social reflexo da aplicação do ideário capitalista, dominado pela exploração do homem pelo homem, como se o ser humano fosse dotado de capacidade produtiva mecânica e força de trabalho inesgotável.

Em outras palavras, o capitalismo da Revolução Industrial foi o capitalismo edificante do trabalhador sem dignidade, aviltado, “coisificado” e “mecanizado”, cuja força de trabalho foi utilizada em favor do capitalista e sua sede por acumulação de capital.

Diante deste quadro, o Direito do Trabalho surgiu da própria lógica do capitalismo, constituindo-se em contraponto ao racionalismo capitalista destruidor da dignidade do trabalhador, característica inseparável do capitalismo predatório, voltado à acumulação de riquezas (capital e bens).

Por isso, desde suas primeiras investidas de encontro às condições expropriatórias da dignidade do trabalhador, fundadas na ideologia liberal sobre a qual, inicialmente, edificou-se o sistema capitalista, o Direito do Trabalho, em sua

literatura jurídica, pretendeu difundir novas ideias, direcionadas à valorização do trabalho humano e ao pleito por melhorias das condições laborais.

Posta assim a questão, o Direito do Trabalho, enquanto ramo do Direito é, especialmente, dinâmico, pois acompanha as transformações nas relações laborais ocorridas desde o surgimento, ascensão e fortalecimento do modelo capitalista de produção e acumulação de riquezas, constantemente influenciado pelas mudanças de paradigmas no plano econômico, político, social, tecnológico-científico e institucional dos Estados. Com efeito, a dinamicidade resulta do fato de que o Direito do Trabalho também acompanha as evoluções do capitalismo, bem como as formas de organização, gerência e divisão do trabalho que desenvolveram-se paralelamente às singulares tendências de cada fase do capitalismo, delineadas sobre as teorias que difundiram suas bases ideológicas, que, ao fim e ao cabo, determinaram o modelo econômico adotado pelos Estados.

Por tudo isso, da ascensão da burguesia e seu fortalecimento, da Revolução Industrial à Revolução Tecnológico-científica iniciada nos anos de 1970, do trabalho desvalorizado ao estabelecimento de parâmetros mínimos civilizatórios relacionados à valorização do trabalho humano (declarados na Constituição e legislações de Direito do Trabalho específicas), no plano nacional e supranacional, do Estado Liberal ao Estado Neoliberal de tendência globalizante, dos conflitos entre os sistemas capitalista e socialista, dentre outros, são brisas que nos últimos séculos deram novo frescor às relações de trabalho e emprego, as quais, todavia, ainda não se mostram estáticas, renovam-se todos os dias e acabam por renovar o Direito do Trabalho, hoje apoiado em bases constitucionais e de direitos humanos.

1.1 Do liberalismo ao neoliberalismo: as fases do capitalismo

Inicialmente, cumpre destacar que o trabalho e a relação de “compra e venda” da força produtiva do trabalhador, não é fenômeno histórico exclusivo das relações bilaterais de trabalho originadas pela ascensão do capitalismo, enquanto

sistema de produção e acumulação de riquezas (capital e bens), consolidado pela Revolução Industrial, de índole liberal, do Século XVIII.

Em que pese o fato de que o modelo predominante na Antiguidade tenha sido o escravocrata, do homem-escravo privado de direitos nas relações sociais, por ser propriedade de seu senhor, detentor dos meios de produção e destinatário da riqueza produzida, Aristóteles considerou que algumas atividades desenvolvidas pelos gregos em suas relações sociais constituíam-se em atividades assalariadas, como, por exemplo, o trabalho físico e não qualificado, as artes definidas como mecânicas, o comércio e a usura (BRAVERMAN, 1987, p. 55).

Para a maioria dos gregos da Antiguidade, inclusive seus filósofos, o único trabalho digno de ser realizado pelo homem livre (apoiado no trabalho escravo) era a agricultura, por permitir ao homem viver harmonicamente com a natureza, aproximando-o de suas divindades.

Contudo, no que se trata dos trabalhos manuais, artesanais, ligados ao comércio pela venda de produtos manufaturados¹, estes eram consideradas pelos gregos como atividades de menor valia para a sociedade, por serem rudes e degradantes². Além disso, a sociedade escravocrata grega, sob a influência de seus

¹ A título de exemplo, Léopold Migiotte (2005, p. 21) cita trecho sobre o trabalho artesanal que Xenofonte atribui a Sócrates: “As profissões (*technai*) chamada de artesanais (*banausikai*) são, de fato, criticadas, e é com razão que são totalmente menosprezadas nas *polis*. De fato, elas arruinaram o corpo dos trabalhadores e daqueles que se ocupam com elas, obrigando-os a permanecerem sentados à sombra; às vezes, até mesmo passar o dia todo junto ao fogo. Como os corpos ficam assim efeminados, as almas também ficam mais fracas. Mais do que tudo, essas profissões chamadas *banausikai* não deixam nenhum lazer (*ascholia*) para se ocupar dos amigos e da *pólis*. [...] Também descobrimos que as coisas úteis são todas aquelas das quais sabemos nos servir. Pareceu-nos, pois, impossível aprender todos os saberes (*épistêmai*) e, após exame, concordamos com as *pólis* em descartar as profissões ditas artesanais, pois parece que elas arruinam os corpos e aniquilam as almas. E dissemos que a prova mais evidente disso talvez fosse esta: se, durante uma invasão inimiga no campo, após termos dividido os lavradores (*géôrgoi*) e os artesãos (*technitai*), pedirmos a cada grupo separadamente se convém defender o campo ou abandonar a terra para defender a cidade, pensamos que aqueles que possuem a terra votariam por defendê-la, mas que os artesãos não gostariam de lutar e, como foram educados para isso, permanecer tranquilos e sem dificuldades nem perigo.”

² Segundo Léopold Migiotte (2005, p. 33), a opinião dos filósofos gregos sobre o trabalho manual não significava que esta forma de trabalho em si fosse menosprezada. Na verdade, menosprezava-se este trabalho “[...] na medida em que se impunha como uma necessidade. A situação mais degradante, que os filósofos apresentavam como uma perda da liberdade e uma forma de servidão, era o estado de dependência a que podia levar a pobreza: aquela do pequeno artesão-lojista sempre à mercê do cliente e, principalmente aquela do *théte*, figura clássica do homem sem recursos que devia alugar seu lugar de trabalho a terceiros.”

filósofos, como, por exemplo, Aristóteles, recriminava o lucro, adjetivado como ganho desonesto, artificial e antinatural (MIGIOTTE, 2005, p. 21-22).

Diante disso, grande parte dos negócios envolvendo o comércio de especiarias, artesanatos, jóias, obras de arte, artigos de luxo, roupas dentre outros artigos, eram geridos por estrangeiros que residiam no território grego.

Sob o ponto de vista da filosofia grega na Antiguidade, o trabalho excluía o cidadão da política e das discussões sobre os interesses da pólis. A concepção grega acerca da democracia exigia a participação direta e ativa dos cidadãos que compunham as assembleias e os conselhos de administração da pólis, o que impediria o cidadão comum de suprir suas necessidades básicas com sua força de trabalho.

Sendo assim, os filósofos gregos, quando imaginavam “[...] *uma pólis ideal povoada de cidadãos virtuosos, propunham, às vezes, liberar os cidadãos ativos, ou seja, aqueles que exerciam as funções políticas, de qualquer tarefa econômica, inclusive do trabalho da terra.*” (MIGIOTTE, 2005, p. 26-27)

Assim, embora tenham reconhecido a importância do trabalho, principalmente do trabalho relacionado ao cultivo da terra, na sociedade grega escravocrata prevalecia o entendimento de que o trabalho, de certo modo, afastaria o homem da política e da discussão sobre seus direitos, pois estaria ocupado em realizar suas atividades laborais para a sua manutenção e de sua família.

Por sua vez, na Idade Média, período em que predominou o modelo de produção feudal, não havia sequer o prenúncio das relações laborais que surgiriam séculos mais tarde, da nascente Revolução Industrial e do capitalismo de matriz ideológica liberal.

Sob a espada do feudalismo, o trabalho não era livre e estava pautado na servidão em benefício da nobreza e da Igreja Católica.

O Estado Feudal, comandado pela nobreza e o clero, manteve o aspecto negativo do trabalho pela manutenção da “coisificação” do homem “instrumento para a produção”, submetido aos comandos de seu senhor, sem que lhe fossem concedidos autonomia, direitos ou garantias relacionadas a direitos civis, políticos, econômicos ou sociais.

Nesta quadra da história, o crescimento populacional mostrou-se o maior impedimento à manutenção do sistema feudal, incapaz de promover a subsistência da população em constante crescimento, ávida pelo oferecimento de mercadorias para a sua subsistência.

Com efeito, acrescenta-se à incapacidade de manutenção dos feudos, a ampliação do comércio nos burgos, que promoveu o crescimento das cidades ao redor dos feudos encastelados, cidades nas quais os negociantes (burgueses) deram início à acumulação de capital que, séculos mais tarde, possibilitou a ascensão da classe social mercantilista-burguesa e revelou a dependência econômica e o enfraquecimento da nobreza e do clero.

Ainda na Idade Média, com a crise do feudalismo e o surgimento da classe burguesa, despontam as primeiras formas de divisão do trabalho, todavia, limitadas ao trabalho artesanal nas corporações de ofício, compostas por mestres (proprietários das oficinas), companheiros (trabalhadores livres prestadores de serviços) e os aprendizes (menores que frequentavam as oficinas para aprender os métodos utilizados no ofício).

A despeito de sua estrutura organizacional rudimentar, as corporações de ofício pela primeira vez institucionalizaram a divisão do trabalho, inflexível e rígida, marcada pelo autoritarismo nas relações entre o mestre artesão e seus comandados.

Embora as corporações de ofício tenham iniciado a divisão do trabalho e instituído a prática da aprendizagem, o trabalhador inserido na corporação de ofício ainda não detinha autonomia suficiente para proceder à venda de sua força de trabalho. O sistema corporativo de divisão do ofício baseava-se na submissão ao mestre, seja em questões relacionadas ao trabalho ou pessoais (DELGADO, G. N., 2003, p. 31).

Foi nestas condições sociais e políticas que se iniciou a atuação social e política da burguesia, beneficiada pelo declínio, principalmente, da nobreza, que cedeu espaço ao domínio político-social burguês pelo viés econômico.

No entanto, até o Século XIV, mesmo com a difusão da organização laboral parametrada nas corporações de ofício contemporaneamente à expansão do

comércio burguês, não havia, até aquele tempo, se formado na Europa, considerável número de trabalhadores assalariados, o que, de fato, tornou-se comum somente após a Revolução Industrial e o surgimento da lógica liberal-capitalista de divisão do trabalho e acumulação de riquezas (capital e bens) pela produção de mercadorias.

Neste passo, entre os Séculos XV e XVIII consolidou-se o Estado Moderno, de poderes políticos e econômicos concentrados na figura do monarca, apontadas como características do absolutismo monárquico, patrocinado pelo poderio econômico da burguesia, interessada em “[...] *fortalecer a estrutura monárquica, como estratégia para se construir e consolidar o Estado nacional e garantir um mercado seguro para o maior avanço das práticas comerciais, que já então se expandiam*”. (DELGADO, G. N., 2003, p. 32)

Este estado de coisas possibilitou a consolidação do ideal burguês, de contorno capitalista pela acumulação de riquezas, bem como o levou, ao fim da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea, à formação de novas bases de divisão, organização e exploração do trabalho, como consequência do investimento burguês em novas tecnologias de produção, que culminariam na Revolução Industrial e na afirmação ideológica do espírito capitalista-liberal de produção industrial, alicerçado na exploração do trabalho assalariado, indigno e excludente.

Seguindo-se o desenrolar da história, os Séculos XVIII e XIX foram cruciais para o capitalismo.

No Século XVIII houve franco desenvolvimento e expansão do modelo capitalista no Ocidente, estruturados na indústria gerida pela classe burguesa, cada vez mais monopolizadora dos meios de produção e hegemônica no plano sociopolítico.

Soma-se a isto o declínio do poderio monárquico absolutista e o crescente fortalecimento político da burguesia, resultante do êxito das Revoluções Francesa e Norte Americana, que primaram pela rotura do plano sociopolítico vigente neste período da história, ao promover a “[...] *concessão de liberdades e poderes à sua classe em detrimento da nobreza e afastamento da intervenção do Estado no mercado econômico [...]*” (DELGADO, G. N., 2003, p. 33). São estabelecidas, por conseguinte, condições para a livre circulação de mercadorias e

de capital, necessárias à acumulação de riquezas e robustecimento político e econômico burguês, que financiariam o desenvolvimento embrionário do sistema de produção industrial capitalista centralizado no trabalho assalariado³ e, futuramente, a sua expansão.

Como se observa, a atuação política e econômica da burguesia criou condições para a instauração do Estado Liberal, submetido à Constituição, protetor da propriedade privada e dos meios de produção, portanto, de origem burguesa, o que, segundo Paulo Bonavides, permitiu

[...] à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir. (BONAVIDES, 2011, p. 44)

Deste modo, sustentando-se no individualismo liberal de John Locke para atrair as demais classes sociais, a burguesia espalhou aos quatro cantos o idealismo naturalista construído sobre direitos naturais de liberdade pertencentes a todos os homens.

Além disso, em favor do burguês capitalista, teorias ideológicas liberais, com destaque, os estudos econômicos desenvolvidos por Adam Smith, ofereceram elementos à construção e afirmação do modelo de Estado Liberal.

Por exemplo, em sua obra *“Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações”*, Adam Smith defendeu proposições no sentido de que o Estado deveria abster-se de regulamentar as relações mercantilistas, sob a

³ A caracterização do trabalho assalariado no sistema capitalista independe das fórmulas contratuais, tendo-se em vista importância apenas do fato de que “[...] *uma parte da população que não possui capital ou o possui em pequena quantidade, para a qual o sistema não é naturalmente orientado, extrai rendimentos da venda de sua força de trabalho (e não da venda de produtos de seu trabalho), pois não dispõe de meios de produção e, para trabalhar, depende das decisões daqueles que os possuem (pois, em virtude do direito de propriedade, estes últimos podem recusar-lhe o uso de tais meios) [...]*”, revelando-se, nestes termos, que o trabalho assalariado é relativamente livre, pois ao trabalhador é permitido recusar-se ao trabalho “[...] *nas condições propostas pelo capitalismo [...]*”, no entanto, o trabalhador não consegue manter-se muito tempo sem trabalhar, o que, de certo modo, leva à submissão consciente e voluntária do trabalhador ao detentor dos meios de produção. (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 37-38)

alegação de que as práticas mercantis se desenvolviam harmonicamente, sem a necessidade da intervenção estatal.

Igualmente, a regulação social e econômica se daria pelo mercado e, por esta razão, ao Estado caberia o papel de intervir no campo social, quando o interesse coletivo assim o exigisse⁴ (MERCURE, 2005, p. 133).

A despeito da liberalização proposta por Adam Smith, sua teoria valoriza o trabalho e sua divisão, pois, “[...] *para ele, não é a natureza nem o acúmulo de metais preciosos que estão na base da riqueza, mas o homem, e sobretudo seu trabalho [...]*” dividido, tendo em vista que a divisão do trabalho estimula o mercado e favorece a troca, e a troca favorece a divisão do trabalho, que colabora para o maior acúmulo de riquezas (bens e capitais) por parte dos Estados, o que, conseqüentemente, impulsionará a divisão do trabalho e a troca. (MERCURE, 2005, p. 120-123)

Foi neste contexto histórico que se desenvolveu a primeira Revolução Industrial, revolucionária por passar a utilizar o transporte ferroviário para encurtar distâncias e, também, máquinas a vapor e de tear para aumentar a produtividade, associadas à exploração do trabalho assalariado, de relação subordinada, amparada na submissão do trabalhador às condições de trabalho que se apresentavam. Assim, o industrialista, detentor dos meios de produção, põe fim à produção artesanal e manufatureira, substituindo-a pelo trabalho na indústria, de alta produção, que propicia maior acumulação de riqueza (bens e capital), logo de início, pela lógica capitalista do aviltamento salarial e da máxima exploração da força de trabalho em condições inumanas e degradantes.

O capitalismo que efetivamente se difundia neste período histórico, fulcrado nas ideias liberais que deram vazão à Revolução Industrial, estruturou-se

⁴ Como exemplo, Daniel Mercure (2005, p. 133-134) apresenta as seguintes palavras de Adam Smith em a *“Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações”*, que estabelecem três deveres ao soberano: *“O primeiro dever é o dever de defender a sociedade de qualquer ato de violência ou de invasão por parte de outras sociedades independentes. O segundo é o poder de proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou a opressão de qualquer outro membro, ou mesmo o dever de estabelecer uma administração exata da justiça. O terceiro, por fim, é o dever de construir e manter obras públicas e certas instituições que o interesse privado de um particular ou de alguns particulares jamais pudesse construir ou manter da mesma forma.”*

sobremaneira, na compra e venda da força produtiva do trabalhador a baixos salários e fixação de jornadas de trabalho extenuantes.

A força de trabalho transforma-se em mercadoria e o processo do trabalho em ferramenta de perpetuação da subserviência do trabalhador aos desejos capitalistas, que considera fundamental, para sua sobrevivência, controlar todo o processo produtivo, o que de fato acontece, ocasionando “[...] a *alienação progressiva dos processos de produção do trabalhador [...]*”. Por outro lado, para o industrial capitalista passa a ser, simplesmente, um problema de gerência (BRAVERMAN, 1987, p. 59).

A transposição do controle produtivo das mãos do trabalhador para a mão do burguês modifica por inteiro o mundo do trabalho durante a Revolução Industrial do Século XVIII, caracterizada pela presença da alienação do trabalho assalariado e subordinado, decorrente da nova divisão do trabalho imposta pelo então novo detentor dos meios de produção: o capitalista industrial.

A par disso, Harry Braverman (1987, p. 72) assevera:

A divisão do trabalho na sociedade é característica de todas as sociedades conhecidas; a divisão do trabalho na oficina é produto peculiar da sociedade capitalista. A divisão social do trabalho divide a sociedade entre ocupações, cada qual apropriada a certo ramo de produção; a divisão pormenorizada do trabalho destrói ocupações consideradas neste sentido, e torna o trabalhador inapto a acompanhar qualquer processo completo de produção. No capitalismo, a divisão social do trabalho é forçada caótica e anarquicamente pelo mercado, enquanto a divisão do trabalho na oficina é imposta pelo planejamento e controle. Ainda no capitalismo, os produtos da divisão social do trabalho são trocados como mercadorias, enquanto os resultados da operação do trabalhador parcelado não são trocados dentro da fábrica como no mercado, mas são todos possuídos pelo capital. Enquanto a divisão social do trabalho subdivide a *sociedade*, a divisão parcelada do trabalho subdivide o *homem*, e enquanto a subdivisão da sociedade pode fortalecer o indivíduo e a espécie, a subdivisão do indivíduo, quando efetuada com menosprezo das capacidades e necessidades humanas, é um crime contra a pessoa e contra a humanidade.

Ainda complementa o autor, ao dizer:

A força de trabalho converteu-se em mercadoria. Suas utilidades não mais são organizadas de acordo com as necessidades e desejos dos que a vendem, mas antes de acordo com as necessidades de seus compradores que são, em primeiro lugar, empregadores à procura de ampliar o valor de seu capital. É interesse especial e permanente desses compradores baratear sua mercadoria. O modo mais comum de baratear a força de trabalho é exemplificado pelo princípio de Babbage: fracioná-lo nos seus elementos mais simples. (BRAVERMAN, 1987, p. 79-80)

O novo modelo das relações produtivas firma-se, por tudo isso, no cenário sócio-político-econômico da Primeira Revolução Industrial, que ao romper definitivamente com o paradigma produtivo do Estado Feudal, passa a caracterizar-se pelas relações assalariadas e subordinadas estruturadoras do capitalismo de acumulação, que deram origem às relações de emprego hoje regulamentadas e estabelecidas sobre os pressupostos contratuais da subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade.

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado (2006, p. 85):

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos.

O Século XIX teve ainda mais significância para o capitalismo industrial fundado na ideologia liberal, pois foi neste lapso histórico que se viu a mudança da matriz energética do vapor para a eletricidade e o petróleo, consagrando-se, por conseguinte, a Segunda Revolução Industrial, reafirmadora do modo de produção capitalista. Com efeito, surge “[...] *uma nova onda longa com tonalidade expansionista, no modo de produção capitalista [...]*”, impulsionada pela substituição da matriz energética, que “[...] *determina a aparição de novos motores e máquinas, que vão renovando o capital fixo nos diversos ramos de produção.*

Surgem grandes oportunidades lucrativas de aplicação de capital, o que constitui a onda longa com tonalidade expansionista.” (ROMITA, 1997, p. 18)

Porém, a revolução tecnológica da Segunda Revolução Industrial manteve-se na mesma via dos primeiros passos do sistema capitalista. Segue-se com a indiscriminada exploração da força de trabalho humano, mediante o pagamento de baixos salários e o oferecimento de condições indignas de trabalho, bem como com a exigência de jornadas de trabalho extenuantes em ambientes, sobretudo, insalubres. Mantém-se, portanto, a exploração predatória da mão de obra assalariada para atender aos interesses dos detentores dos meios de produção, condicionados à maior lucratividade possível, sem ater-se às condições de trabalho que refletiam negativamente na sociedade.

Além desses fatores, surgiram os primeiros grandes pólos industriais e, por consequência dos grandes investimentos em melhorias tecnológicas de produção, houve a “[...] *centralização e a concentração do capital em torno de poucas e grandes empresas, em poucos países, com a transformação do capitalismo industrial em monopolista.*” (AMORIM, 2009, p. 24)

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se fortalecia o espírito do capitalismo⁵, a formação de pólos industriais atraíram grandes massas de trabalhadores, que unidas, tomaram consciência da exploração predatória de sua força de trabalho (alienação gerada pela divisão e precarização das condições de trabalho; sujeição do homem como instrumento para a acumulação de capital em

⁵ O espírito do capitalismo não é estático. “As mudanças no espírito do capitalismo acompanham, assim, modificações profundas das condições de vida e de trabalho, bem como as expectativas dos trabalhadores – para si e para seus filhos –, trabalhadores que, nas empresas, têm seu papel no processo de acumulação capitalista, mas não são seus beneficiários privilegiados [...] O “primeiro” espírito do capitalismo, associado, como se viu, à figura do burguês, estava sintonizado com as formas do capitalismo essencialmente familiar de uma época em que o gigantismo ainda não era buscado, salvo em raríssimos casos. Os proprietários e patrões eram conhecidos pessoalmente por seus empregados; o destino e a vida, da empresa estavam fortemente associados aos destinos de uma família. Por sua vez, o “segundo” espírito, que se organiza em torno da figura central do diretor (ou dirigente assalariado) e dos executivos, está ligado a um capitalismo de empresas já bastante considerável para que seu elemento central seja a burocratização e a utilização de um quadro de supervisores cada vez mais qualificados por diploma universitário. Mas só algumas delas (a minoria) podem ser qualificadas como multinacionais. O quadro de acionistas tornou-se mais anônimo, enquanto numerosas empresas se desvincularam do nome e do destino de determinada família. O “terceiro” espírito deverá ser isomorfo a um capitalismo “globalizado”, que põe em prática novas tecnologias, apenas para citar os dois aspectos frequentemente mencionados na qualificação do capitalismo de hoje.” (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 51-52)

benefício direto de poucos), o que levou ao surgimento da solidariedade de classe e a formação da consciência coletiva da classe trabalhadora. Em virtude disso, a classe trabalhadora foi conduzida ao associativismo, para maior resistência operária em sua luta por direitos em face do capital monopolista de produção, alimentado e fortalecido pela exploração (predatória) da força de trabalho humano. (DELGADO, G. N., 2003, p. 41-42)

No princípio, a intensificação do movimento operário de caráter sindicalista se voltou para reivindicações por melhorias nas condições de trabalho (o que envolvia a exploração da força produtiva de mulheres, crianças e adolescentes), distribuição de renda, sem se esquecer de exigir a intervenção do Estado nestas questões, mediante a regulação das condições de trabalho, estabelecidas nos direitos sociais e econômicos dirigidos aos trabalhadores que deram os substratos jurídicos à formação do Direito do Trabalho.

Nessa esteira, pressionados pelos movimentos dos trabalhadores surgem as primeiras manifestações estatais e até mesmo da Igreja Católica, neste último caso, por meio da publicação da Encíclica Papal *Rerum Novarum*, em 1891.

Inobstante isso, também foi nesta centúria da história em que, pela primeira vez, a ideologia liberal foi efetivamente contraposta, quando em 1848 é publicado o *Manifesto Comunista* de Marx e Engels, “[...] que conclamava os trabalhadores a se unirem em busca de melhores condições de vida e dignidade.” (MIRAGLIA, 2008, p. 39)

As mazelas sociais provocadas pelo próprio capitalismo o levaram, portanto, ao seu “enfraquecimento” e ao surgimento de críticas ao sistema estabelecido. Ao final do Século XIX, o sindicalismo orientado pela ideologia socialista promove a luta de classes em torno de melhores condições de trabalho e concessão de direitos específicos aos trabalhadores.

O contraponto ideológico socialista espria-se associado à Revolução Russa de 1917, refletido no nascimento da Organização Internacional do Trabalho (1919), nas primeiras manifestações legislativas em torno da constitucionalização dos direitos sociais (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar em 1919) e, enfim, nas desastrosas consequências

econômicas e sociais advindas da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), ocasionadora de uma crise mundial sem precedentes, cujo ápice foi a Grande Depressão de 1929⁶, fato que, sem sombra de dúvidas, mostrou aos governantes e à população mundial, o quanto era urgente e necessária a intervenção estatal na economia, para por fim aos problemas causados pelo liberalismo mercadológico.

Após os significativos impactos negativos sobre o capitalismo liberal, as primeiras medidas governamentais intervencionistas relevantes foram implementadas logo após a Grande Depressão, precisamente no ano de 1933, pelo então presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt.

Roosevelt, influenciado pelas teorias econômicas do britânico John Maynard Keynes (*keynesianismo*), principal expoente das teorias balizadoras do Estado de Bem-Estar Social, lançou um conjunto de práticas interventivas, nomeada “*New Deal*”, inaugurando-se, deste modo, o período de transição do modelo de Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social. (DELGADO, G. N., 2003, p. 47; MIRAGLIA, 2008, p. 44)

À conta disso, como resultado do alto grau intervencionista Estatal, foi sob a égide do Estado de Bem-Estar Social que houve o reconhecimento do Direito do Trabalho como ramo jurídico, incorporado à ordem jurídica dos Estados democráticos mais avançados,

[...] após longo período de estruturação, sistematização e consolidação, em que se digladiaram e se adaptaram duas dinâmicas próprias e distintas. De um lado, a dinâmica de atuação coletiva por parte dos trabalhadores – dinâmica essa que permitia inclusive aos trabalhadores, através da negociação coletiva, a produção autônoma de normas jurídicas. De outro lado, a estratégia de atuação oriunda do Estado, conducente à produção heterônoma de normas jurídicas. Portanto, a oficialização e institucionalização do Direito do Trabalho fez-se em linha de respeito a essas duas dinâmicas diferenciadas de formulação de normas jurídicas – a dinâmica autônoma, concretizada no âmbito da sociedade civil, e a

⁶ A Grande Depressão de 1929 é simbolizada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em “[...] 29 de outubro de 1929, quando ao meio-dia todo lucro do ano anterior havia sido anulado. Às 16 horas, 10 bilhões de dólares haviam desaparecido do mercado de valores e a hemorragia estendeu-se pelas duas semanas seguintes. O “desemprego” provocado pela Bolsa atingiu 25% dos trabalhadores norte-americanos, os preços despencaram e o desespero foi total, ocasionando, inclusive suicídios. Neste cenário, um salário de dois dólares ao dia era excelente.” (MIRAGLIA, 2008, p. 44)

dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho do Estado. (DELGADO, M. G, 2006, p. 96)

Também foi sob os auspícios do Estado de Bem-Estar Social, entre os anos de 1945 e 1970, que se viu o período de maior avanço social e riqueza proporcionada pelo capitalismo, evidenciando-se, neste caso, a Europa e os Estados Unidos da América.

Embora as medidas intervencionistas tenham tido por objeto central a manutenção do sistema capitalista de produção, mediante a satisfação dos anseios sociais, o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e regulador da ordem econômica e social, amparado no modelo gerencial, de organização e divisão do trabalho *taylorista/fordista* de produção (centralizada, regulamentada, verticalizada e inflexível), efetivamente contribuiu para a melhoria das condições existenciais dos trabalhadores e de toda a sociedade. Neste período se viu a concomitância entre a acumulação dos lucros para o capitalista e a inclusão social do trabalhador, “[...] *participando das riquezas que produziam mediante o pagamento de salários dignos e a consolidação de políticas públicas de pleno emprego e de valorização do trabalho [...]*” (MIRAGLIA, 2008, p. 48).

Noutras palavras, o Estado de Bem-Estar Social adotou a igualdade como valor preponderante, “[...] *correspondente não apenas à igualdade formal, mas, sobretudo, à igualdade material, ou seja, as leis deveriam reconhecer materialmente as diferenças, propondo alternativas jurídicas em face da diversidade apresentada.*” (DELGADO, G. N., 2006, p. 49)

Nesse sentido, o Estado de Bem-Estar Social foi edificado sobre

[...] uma política pública intervencionista, apta a garantir a estabilidade e o crescimento econômico, assegurando o ganho empresarial em face da combinação de fatores como a ampliação permanente do mercado, a renovação tecnológica e o financiamento a custo razoável, tudo permitido a contrapartida empresarial e de todo o conjunto do sistema no sentido de assegurar a participação consistente dos trabalhadores nos benefícios conquistados pelo sistema econômico. Um *círculo virtuoso, portanto, de crescimento e distribuição de renda à base do emprego e da correspondente retribuição material e cultural assegurada a este.*” (DELGADO, M. G., 2008, p. 79)

Quanto à decadência do Estado de Bem-Estar Social, esta teve início a partir de 1970, em decorrência da crise energética instaurada entre os anos de 1973 e 1974 e do estabelecimento do mercado globalizado, resultante do encurtamento das distâncias promovida pela Terceira Revolução Industrial ou Tecnológica, aliadas à abertura dos mercados, altas taxas de desemprego, desregulamentação cambial, enfraquecimento gradual do movimento sindical, flexibilização e desregulamentação contratual trabalhista.

Como bem explica Vera Lúcia Martins (1999, p. 53):

A rigidez do fordismo – rigidez de investimentos em sistemas de produção em massa; rigidez no planejamento que presumia um crescimento estável em mercados de consumo invariantes; rigidez nos mercados e na alocação dos recursos e nos contratos de trabalho (especialmente no setor monopolista) – veio se confrontar com o sistema de acumulação flexível apoiada na flexibilidade dos processos do trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.

O Estado de Bem-Estar Social não foi capaz de dar respostas efetivas a esta crise que se estabeleceu na década de 1970, o que abriu espaço para a entrada em cena do modelo de Estado Neoliberal.

A par disso, o processo de mudança de paradigma, do Estado intervencionista de Bem-estar Social para o Neoliberal se acelerou nos anos de 1980, capitaneado pelas investidas políticas e econômicas de duas potências econômicas mundiais: Estados Unidos da América e Inglaterra, personificados, respectivamente, nas lideranças políticas de Ronald Reagan e Margareth Thatcher, que pregaram o fim do intervencionismo (*keynesiano*) estatal na economia e em questões sociais.

A respeito das ações neoliberais de Margareth Thatcher, Ricardo Antunes (2009, p. 68) destaca o redimensionamento da agenda governamental inglesa, que passa a contemplar:

[...] 1) a privatização de praticamente tudo o que havia sido mantido sob controle estatal no período trabalhista; 2) a redução e até mesmo

a extinção do capital produtivo estatal; 3) o desenvolvimento de uma legislação fortemente desregulamentadora das condições de trabalho e flexibilizadora dos direitos sociais; 4) a aprovação, pelo Parlamento Conservador, de um conjunto de atos fortemente coibidores da atuação sindical, visando destruir a forte base fabril dos shop stewards até as formas mais estabelecidas do contratualismo entre capital, trabalho e Estado, expresso, por exemplo, nas negociações coletivas.

As referidas medidas influenciaram as políticas econômicas e sociais em diversos países, da Europa à América Latina, e evidenciaram o complexo desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social de raiz *keynesiana*.

Este novo cenário representa a reestruturação do capitalismo. Deixa-se de lado o valor-trabalho e centraliza-se no mercado especulativo-financeiro, conduzido pela ideologia neoliberal, mediante a desregulamentação do mercado e da economia, com a extirpação das barreiras protetivas das economias dos Estados, globalizando-se o capital e seu fluxo, sem se esquecer, de pugnar pela flexibilização e desregulamentação das relações laborais, consistentes na evidente supressão de direitos sociais dos trabalhadores e no enfraquecimento do movimento sindical⁷.

Neste passo, a retomada do liberalismo, agora precedido pelo prefixo “neo”, caminhou em direção à sua hegemonia sociopolítica e cultural, construída por meio da adoção da reorientação política e econômica, abandonando-se o intervencionismo estatal para privilegiar a aplicação de medidas liberais-monetárias ou pela atuação concertada de organismos internacionais, que atuaram (e ainda atuam) para preservar o modelo de Estado Neoliberal. São exemplos destas instituições o Banco Mundial (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco de Compensações Internacionais (BIS), o Banco Interamericano de

⁷ Na Inglaterra, Margaret Thatcher reduziu drasticamente a atuação sindical, pois ao mesmo tempo em que as políticas neoliberais criaram condições para o desenvolvimento de novas técnicas produtivas satisfatórias aos interesses do capital, firmou-se postura político-legislativa estatal direcionada ao enfraquecimento dos movimentos sindicais. “*Transitou-se de um sistema legal anterior, que regulamentava de maneira mínima as relações de trabalho, para um forte sistema de regulamentação cujo significado essencial era, por um lado, desregulamentar as condições de trabalho e, por outro, coibir e restringir ao máximo a atividade sindical. Em outras palavras, de um sistema de pouca regulamentação que possibilitava a ampla atividade sindical, para uma sistemática de ampla regulamentação, restritiva para os sindicatos e desregulamentadora no que diz respeito às condições do mercado de trabalho.*” (ANTUNES, 2009, p. 70)

Desenvolvimento Econômico (BID). Soma-se a estes fatores a homogeneização acadêmica, com a formação universitária de economistas, em países centrais e periféricos, baseada em teorias econômicas neoliberais; a instauração do jornalismo de mercado (aparelho ideológico do capitalismo), acrítico e dependente, formador do consenso em torno da política econômica e social neoliberal através de sua divulgação em meios de comunicação em massa; a burocracia estatal enraizada em diretrizes neoliberais, caracterizada pelo abandono do planejamento interventivo, que cedeu lugar ao comando do capital especulativo, influenciador das decisões dos novos protagonistas burocráticos, como por exemplo, os Ministérios da Fazenda e das Finanças; por fim, o intercâmbio de novas ideias neoliberais em congressos, encontros científicos, seminários, conferências palestras, de amplitude regional e internacional. (DELGADO, M. G., 2008, p. 81-95)

Daí porque Zygmunt Bauman (2000, p. 131-132), ao tratar da hegemonia neoliberal, assevera que:

Faz-se com frequência alarde, no entanto, de que a apoteose mercadológica neoliberal dos resultados econômicos, da produtividade e da competitividade, com seu culto dos vitoriosos e sua promoção do cinismo ético – e ideologia que, além do mais, chega mais perto da hegemonia incontestada que qualquer das anteriores. Há muito o que dizer em favor dessa visão. A semelhança entre a visão do mundo neoliberal e uma típica ideologia “clássica” é que ambas servem de molduras *a priori* de todo discurso futuro, estabelecendo o que se destaca e o que passa despercebido, conferindo ou negando importância, determinando a lógica do raciocínio e a avaliação dos resultados. O que, no entanto, torna a visão de mundo neoliberal marcadamente diferente de outras ideologias – na verdade, um fenômeno isolado – é precisamente a ausência de questionamento, sua submissão ao que é visto como a lógica implacável e irreversível da realidade social.

Em colaboração à afirmação do quadro político e econômico neoliberal, o contraponto ideológico socialista torna-se cada vez mais enfraquecido, e inevitavelmente sucumbe perante o neoliberalismo. Tem-se como marco deste movimento histórico o fim da União Soviética, que acentuou, sobremaneira, o favorecimento da “[...] adoção de ideologias e políticas públicas sem preocupação

com contrapartidas sociais [...]', outra característica do capitalismo neoliberal sem reciprocidade. (DELGADO, M. G., 2008, p. 108)

Nas lições de Boltanski e Chiapello (2009, p. 345), com o fim da Guerra Fria e com inevitável divisão territorial e política da União Soviética,

[...] o capitalismo viu-se sozinho, sem nenhuma alternativa fidedigna que parecesse em condições de lhe ser oposta. Essa crença não se impôs apenas aos dirigentes de um capitalismo triunfante. Ela foi amplamente compartilhada por simpatizantes e militantes dos antigos partidos de esquerda; estes, na grande maioria, mesmo quando oriundos de partidos comunistas em forte decadência, para manterem uma legitimidade cada vez menos reconhecida, faziam questão de mostrar que tinham renunciado à violência revolucionária, ao projeto de transformação radical da sociedade, ao projeto futuro de uma sociedade nova e de um homem novo, a um porvir risonho, coisas que o pleno reconhecimento dos horrores concomitantes à construção da sociedade soviética – aliás conhecidos havia mais de 50 anos por quem queria enxergar – tornava ao mesmo tempo odiosas, quiméricas e ridículas.

O fortalecimento da ideologia neoliberal, incentivadora da alta competitividade mercadológica e da especulação de mercado globalizada, “[...] *incrementada pela máxima redução da intervenção do Estado na economia, trouxe como consequência lógica uma transferência de custos sociais para os setores populares e marginalizados da sociedade [...]'*”, (CATHARINO, 1997, p. 20) consubstanciados em altas taxas de desemprego e desigual distribuição de renda.

Feitas estas considerações, convém ressaltar que a principal diferença entre o capitalismo liberal dos Séculos XVIII-XIX, início do Século XX e o capitalismo neoliberal do final do Século XX, ainda presente, está na importância que se dá ao trabalho humano enquanto instrumento lucrativo em favor da acumulação de capital.

Como visto, o capitalismo liberal baseado nas ilações de Adam Smith valorizou o trabalho como instrumento de acumulação de capital e riqueza a serviço do capitalista. Em sentido contrário, o neoliberalismo, claramente desvaloriza o valor-trabalho e coloca, em primeiro plano, o capital especulativo-financeiro, a desregulamentação e a flexibilização das modalidades contratuais trabalhistas, com vistas à maior competitividade empresarial no mercado global, o que, na prática, é

representado pela violação sistemática de direitos fundamentais dos trabalhadores e a sua insequente exclusão social.

Enfim, obviamente as referidas mudanças de paradigmas políticos, econômicos e tecnológicas impactaram o Direito do Trabalho e deram azo à constitucionalização de direitos sociais. A ideologia neoliberal, que pugnou desde suas preliminares atuações pela desregulamentação e flexibilização, juntamente com a nova matriz tecnológica que revolucionou o modo de ser dos meios de produção, levou à difusão de novo parâmetro de organização, gerenciamento e divisão do trabalho no interior das empresas, com o objetivo principal de reduzir os custos produtivos, aumentar o lucro e dotar a empresa de competitividade no mercado globalizado, designadamente, o *toyotismo*, caracterizado pela flexibilização, horizontalização e descentralização produtiva, que como se verá, centraliza-se na figura da terceirização de serviços.

1.2 O desenvolvimento dos métodos de produção

O surgimento e aperfeiçoamento dos métodos de produção, no que diz respeito à organização, gerência e divisão do trabalho, após a ascensão do capitalismo, sofreram influências dos avanços tecnológico e científico, assim como do modelo político e econômico de Estado.

No período histórico compreendido entre a Antiguidade até a ascensão da ideologia capitalista no Século XVIII, as relações laborais bilaterais baseadas na compra e venda da força de trabalho assalariado, que levaram à formação da classe proletária, ainda não haviam efetivamente se desenvolvido.

Com efeito, a demora na formação de uma classe de trabalhadores assalariados (a serviço do capital), resultou do fato de que até a explosão produtiva originada pela primeira Revolução Industrial, o conhecimento sobre os métodos de produção ainda estavam restritos aos trabalhadores, como fora nas fases históricas anteriores à homogeneização produtiva estruturada sobre o trabalho assalariado, iniciado no Século XVIII pela via revolucionária capitalista, financiada pela burguesia.

Logo, o início da era capitalista não rompeu (e nunca rompeu) em definitivo com os parâmetros de utilização da força de trabalho das fases históricas precedentes, pois, como bem explica Harry Braverman (1987, p. 61), na aurora capitalista,

Os trabalhadores já estão adestrados nas artes tradicionais da indústria anteriormente praticadas na produção feudal e no artesanato das guildas. Fiandeiros, tecelões, vidreiros, oleiros, ferreiros, latoeiros, serralheiros, marceneiros, moleiros, padeiros e outros continuam a exercer no emprego do capitalista os ofícios produtivos que executavam como diaristas nas guildas e como artesãos independentes. Essas primeiras oficinas eram simplesmente aglomerações de pequenas unidades de produção, refletindo pouca mudança quanto aos métodos tradicionais, de modo que o trabalho permanecia sob imediato controle dos produtores, nos quais estavam encarnados o conhecimento tradicional e as perícias de seus ofícios.

O capitalismo industrial surge e consolida-se, portanto, somente quando há a aglutinação de dois fatores: a transferência do domínio das técnicas produtivas desenvolvidas durante a primeira Revolução Industrial para as mãos de número restrito de capitalistas, que, por este motivo, passam a reunir sob seu comando (gerência) um número expressivo de trabalhadores, agora destituídos do domínio de toda técnica produtiva (trabalho intelectual e manual), em consequência da divisão do trabalho industrial.

A partir da aglutinação dos fatores acima mencionados, ao capitalista detentor dos meios e técnicas produtivas e de riqueza suficiente para fomentar o avanço científico-tecnológico, voltado para a maior acumulação de capital possível, coube apenas otimizar (racionalizar), isto é, gerenciar a cadeia produtiva composta pela força de trabalho humano e a máquina.

Neste ínterim, o trabalhador fica alijado do trabalho intelectual, que passa a pertencer somente ao capitalista industrial detentor dos meios de produção e das inovações técnico-produtivas trazidas pela Revolução Industrial. Resta ao trabalhador, rigorosamente, o trabalho em seu sentido material.

Os primeiros estudos tendo como objeto a gerência ou a administração científica do trabalho foram iniciados por Frederick Winslow Taylor⁸ ao final do Século XIX. Seus estudos deram origem à escola *taylorista* de gerenciamento.

As observações de Taylor em torno do trabalho e sua execução nas indústrias o levaram a concluir que o melhor gerenciamento do trabalho industrial resultaria do planejamento e controle do tempo despendido em cada atividade laboral.

Assim, de acordo com suas conclusões, o trabalho deveria ser dividido⁹ em duas frentes: a primeira, consistente no trabalho intelectual, limitada ao planejamento e fragmentação do trabalho, com o objetivo de controlar o fator tempo, através do estabelecimento de um padrão produtivo determinado pelo tempo gasto em cada atividade; já a segunda frente, resumia-se no trabalho realizado pelo empregado, caracterizado pela repetitividade do trabalho manual, desprovido de qualquer intelectualidade, pois, as necessidades do capitalista liberal exigiam apenas a operação da máquina ou a execução padronizada das atividades laborais.

Portanto, pode-se sustentar que o racionalismo gerencial científico desenvolvido por Taylor fundamenta-se em três princípios, designadamente, o princípio da dissociação do processo de trabalho das especialidades dos trabalhadores (a produtividade não dependerá da capacidade técnica do trabalhador, mas, somente, da política gerencial), o princípio da separação de

⁸ Harry Braverman (1987, p. 87) relata que em “[...] sua constituição psíquica Taylor era um exemplo exagerado de personalidade obsessiva-compulsiva: desde a mocidade ele contava seus passos, media o tempo de suas várias atividades e analisava seus movimentos à procura de “eficiência”. Mesmo depois de ficar importante e famoso tinha algo de engraçado no aspecto, e quando aparecia na oficina despertava sorrisos. O retrato de sua personalidade, que surge de um estudo recentemente feito por Sudhir Kakar, justifica chamá-lo, no mínimo, de maníaco neurótico. Esses traços ajustam-se a ele perfeitamente por seu papel como profeta da moderna gerência capitalista, visto que o que é neurótico no indivíduo, no capitalismo é normal e socialmente desejável para o funcionamento da sociedade.”

⁹ Quanto à divisão do trabalho, Frederick Taylor foi influenciado pelos estudos econômicos de Adam Smith, para quem, a divisão do trabalho aumenta a capacidade produtiva do trabalho, que “[...] exerce tal efeito segundo três distintas modalidades, ainda que relacionadas se vistas atentamente: ela desenvolve a habilidade dos trabalhadores através da especialização das tarefas; e por fim, favorece a invenção de máquinas, tanto pela especialização das tarefas quanto pela divisão social do trabalho resultante de sua divisão técnica. No raciocínio de Smith, é a divisão do trabalho que está na base da invenção das máquinas, e não o contrário. Em suma, o trabalho é a principal fonte de riqueza e a divisão do trabalho é o meio pelo qual se aumenta a potência produtiva do trabalho. Nesse sentido, Smith é realmente um dos pais de Taylor.” (MERCURE, 2005, p. 120)

concepção e execução (há a quebra da unidade do processo do trabalho com a completa separação do trabalho manual e mental) e, por fim, o princípio do monopólio do conhecimento (o monopólio do conhecimento serviria para controlar cada fase do processo e a execução do trabalho, bem como a complexidade do eixo produtivo eliminaria qualquer possibilidade do trabalhador dominar novamente as técnicas produtivas). (BRAVERMAN, 1987, p. 103-109)

Não demorou muito para que o denominado *taylorismo* fosse adotado como modelo gerencial, predisposto a fortalecer a dominação do capital (ou do capitalista de ideologia liberal) sobre o trabalhador e sua capacidade produtiva.

Os resultados obtidos com a sua inserção na sistemática produtiva efetivamente consubstanciaram-se no aumento da produtividade e, na visão do capitalista, na melhor racionalização das atividades laborais, assentadas em sua relação de domínio sobre o trabalhador.

Contudo, em que pese a racionalização produtiva *taylorista* tenha possibilitado o aumento da capacidade produtiva, também ocasionou a precarização das relações trabalhistas, alavancada pela captura da subjetividade do trabalhador, ao destruir os ofícios por meio da separação das atividades intelectuais e manuais. Isto porque a racionalização *taylorista* acentuou a dependência econômica e a sujeição do trabalhador às necessidades do capital e do capitalista liberal, assinalado por condições de trabalho aviltantes.

Logo, não demorou o trabalhador a perceber que o método *taylorista* servia estritamente aos interesses dos detentores dos meios de produção e, exclusivamente, atendiam às necessidades acumulatórias de capital, “[...] *diminuindo sua importância no processo produtivo e, tornando-o, por conseguinte, facilmente substituível, descartável, com a eliminação de sua resistência individual [...]*” (AMORIM, 2009, p. 25). Esta constatação levou à coordenação de movimentos coletivos pré-sindicalistas, para, fundamentalmente, lutar pela concessão de direitos sociais aos trabalhadores.

Surgem, deste modo, as primeiras críticas ao capitalismo liberal industrializado e, neste cenário, desponta o modelo fordista de produção.

A metodologia gerencial introduzida por Henry Ford na indústria automobilística foi traçada sobre as linhas do *taylorismo* e a sua adoção em diversos ramos industriais a partir da década de trinta, promoveu incomparável crescimento econômico e industrial no período histórico em que predominou o modelo econômico e político de Estado de Bem-Estar Social.

A combinação do *taylorismo* com o *fordismo* resultou em uma metodologia de trabalho ímpar, aliada à concessão de alguns benefícios aos trabalhadores.

Ainda submetido ao propósito do capitalismo, o modelo de produção *fordista/taylorista* manteve as ideias de Taylor quanto à divisão do trabalho manual e intelectual, de controle de tempo em busca da máxima efetividade. Igualmente, manteve o domínio de todo ciclo produtivo nas mãos dos detentores dos meios de produção industriais, contudo, além desses fatores que tornaram o trabalhador mera peça da engrenagem produtiva em favor do capital, Ford verticalizou a empresa, com o objetivo de controlar cada passo do processo produtivo.

Cria-se, assim, o modelo de divisão, gerência e organização do trabalho que se tornaria o modelo empresarial a ser seguido no Ocidente, caracterizado por “[...] *uma estrutura industrial gigantesca, verticalizada, que domina de alto a baixo todas as etapas do ciclo produtivo, controlando os riscos de escassez de insumos numa época de profunda turbulência nas relações internacionais.*” (AMORIM, 2009, p. 26)

Ford produzia todos os componentes de seus veículos. Dos bancos aos motores, das rodas e pneus aos volantes. Tudo era padronizado e perfeitamente montado por trabalhadores limitados a funções específicas, repetitivas e inflexíveis.

Embora a divisão do trabalho fosse defendida por Adam Smith e tenha sido introduzida no ambiente industrial por Frederick Taylor, a limitação funcional (restritiva, alienante e excludente) do trabalhador foi acentuada pelo modelo produtivo proposto por Henry Ford que, com o fim precípua de acelerar o ritmo produtivo, apresentou a inovadora esteira móvel, sobre a qual dividiu e especificou ainda mais os trabalhos na linha produtiva.

Gabriela Neves Delgado (2003, p. 52) expõe que:

Cada trabalhador fixava-se em uma parte da esteira rolante para exercer, mecânica e repetidamente, seu ofício em determinada etapa da produção. Tais empregados podiam, até mesmo, ser considerados segmentos das máquinas, já que a única função que desempenhavam era a de operá-las, estabelecendo um ritmo cada vez mais acelerado, em busca da maior produtividade possível.

Como se nota, para o capitalista industrial o método fordista de gerenciamento saciou sua sede por acumulação de bens e capitais. Contudo, para o trabalhador, sobraram os inconvenientes, tais como o acentuamento da divisão do trabalho, o sobrepujamento de seu ofício e a sub-rogação de seu saber, “[...] *sem que lhe fossem proporcionadas condições para seu crescimento profissional e até mesmo pessoal [...]*” (MIRAGLIA, 2008, p. 64), transformado-o em peça da engrenagem produtiva, utilizada em ritmo acelerado, desumano, conducente “[...] *à fadiga nervosa e aos acidentes e doenças.*” (ROMITA, 1997, p. 19)

Resumidamente, o *fordismo* sustentou-se na produção em massa homogeneizada e verticalizada, no trabalho fragmentado, decomposto e repetitivo na linha de produção (produção em série), cujo resultado produtivo decorre da atuação coletiva dos trabalhadores controlada pelo cronômetro, com nítida separação entre elaboração e execução, que acarretou a implantação generalizada em diversos ramos produtivos de uma sistemática fundada na acumulação intensiva, captada pela produção em massa executada por trabalhadores de conhecimento limitado às suas funções ou semiqualeificados. Neste paradigma surge o operário-massa, isto é, o trabalhador coletivo dos conglomerados industriais verticalizados, hierarquizados e inflexíveis. (ANTUNES, 2009, p. 38-39)

Em contrapartida, Ford adotou medidas para facilitar a aceitação dos trabalhadores ao novo modelo racional produtivo que propunha. No ano de 1914, em período precedente ao estabelecimento do Estado de Bem-Estar Social, Ford aumentou significativamente os salários de seus empregados e passou a pagar cinco dólares por oito horas diárias trabalhadas e, ainda, incluiu os trabalhadores em um plano de participação nos lucros. (BRAVERMAN, 1987, p. 132; SENNETT, 2010, p. 44). Foram concessões que seduziram e sujeitaram definitivamente o trabalhador à condição expropriatória que o cercava. Embora fossem melhorias significativas

para o trabalhador, o modelo *fordista-taylorista* continuou predatório, caracterizado pela exploração do trabalho sem a sua devida valorização.

Nesse sentido, pode-se dizer que o trabalhador foi (e ainda hoje é) manipulado por manobras do capitalista, que com seu poder econômico fez com que o trabalhador “aceitasse” praticamente as mesmas condições laborais que se mantinham extenuantes, fragmentadas, repetitivas, tediosas e degradantes, em troca de melhorias contratuais, como, por exemplo, reajustes salariais, fixação de jornada de trabalho de oito horas e participação nos lucros.

No geral, a relação entre trabalhador e o gerencialismo *fordista-taylorista* permanece(u) conflituosa, sobretudo, porque

A aclimatação aparente do trabalhador a novos modos de produção surge da destruição de todos os modos de vida, a contundência das barganhas salariais permitem certa maleabilidade dos costumeiros níveis de subsistência da classe trabalhadora, o emaranhado da rede da vida capitalista moderna que torna finalmente todos os outros meios de vida impossíveis. Mas por baixo dessa aparente habituação continua a hostilidade dos trabalhadores às formas degeneradas de trabalho a que são obrigados, como uma corrente subterrânea que abre caminho para a superfície quando as condições de emprego permitem, ou quando a tendência capitalista a maior intensidade de trabalho ultrapassa os limites da capacidade física e mental. Renova-se em gerações sucessivas, exprime-se no inconfundível sarcasmo e repulsa que grandes massas de trabalhadores sentem por seu trabalho, e vem à tona repetidamente como um problema social exigente de solução. (BRAVERMAN, 1987, p. 133-134)

O modelo de produção *fordista/taylorista* combinado com o Estado de Bem-Estar Social calhou por “reinventar” o capitalismo e fortalecer a sua lógica produtiva e de acumulação, financiadora do domínio econômico, político e ideológico nas mãos daqueles que monopolizavam o conhecimento sobre as técnicas de produção.

Assim, por considerável período do Século XX, o *fordismo* foi

[...] a autoconsciência da sociedade moderna em sua fase “pesada”, “volumosa” ou “imóvel” e “enraizada”, “sólida”. Nesse estágio de sua história conjunta, capital, administração e trabalho estavam, para o bem ou para o mal, condenados a ficar juntos por muito tempo, talvez para sempre – amarrados pela combinação de fábricas

enormes, maquinaria pesada e força de trabalho maciça. (BAUMAN, 2001, p. 69)

O *fordismo/taylorismo* manteve-se como modelo gerencial predominante, de organização e divisão do trabalho até o início da década de setenta do Século XX, quando o esgotamento deste modelo foi acelerado pela crise energética e petrolífera. A decadência do *fordismo* também está associada à revolução tecnológica (ou Terceira Revolução Industrial), mediante o desenvolvimento da tecnologia informática, microeletrônica, telecomunicações, que encurtaram as distâncias e baratearam a lógica produtiva de acumulação do capital, em um mercado global de alta competitividade, controlado por medidas políticas e econômicas de caráter neoliberal, na qual o trabalho perde importância e dá lugar ao protagonismo do capital-financeiro-especulativo de ordem global.

A reestruturação do sistema capitalista compreendeu, portanto, mais uma vez, a reestruturação do modelo produtivo. O abandono do modelo *fordista/taylorista* concentrado e verticalizado, de alto custo produtivo é substituído pelo modelo *toyotista* de produção, descentralizado, horizontal e ainda mais fragmentador do trabalho.

Sob a influência das ideias neoliberais que sustentaram a estruturação do Estado mínimo ou neoliberal, a reorganização empresarial *toyotista* também adota o “*mínimo*” como denominador da reestruturação empresarial, sobretudo, para reduzir os custos operacionais e produtivos e, assim, obter lucros maiores e aumentar a capacidade competitiva no mercado globalizado.

O *toyotismo*, desenvolvido pelo engenheiro japonês Taiichi Ohno logo após a Segunda Guerra Mundial, em período no qual o Japão enfrentou a escassez da força de trabalho, matéria prima e grave crise econômica, desde suas primeiras aplicações no âmbito empresarial, assumiu propostas que “[...] ofereciam soluções para a necessidade do capital de aumentar seus lucros por meio da diminuição gradativa da força de trabalho, da reorganização do espaço produtivo, da desconstrução da autonomia sindical e dos direitos dos trabalhadores.” (MARCELINO, 2004, p. 79)

Para isto, difunde-se o modelo empresa enxuta, centrada apenas em suas atividades principais, ou seja, em seu foco empresarial¹⁰ (*core business* ou atividade-fim). A empresa principal, neste modelo, delega suas atividades acessórias, instrumentais ou complementares a outras empresas, suas subcontratadas (terceiros), especializadas na produção de determinados bens ou na prestação de serviços, cujas atuações compõem a cadeia produtiva (fragmentada), integrada pelas atividades-meio (terceiros) orientadas para a obtenção dos melhores resultados na atividade-fim da empresa principal.

Dentre os efeitos da aplicação da fórmula *toyotista*, está a imediata redução do valor econômico do trabalho “[...] *por ser, de maneira geral, muito mais modesto o padrão de pactuação trabalhista observado por tais entes subcontratados*”. Por este motivo, a subcontratação *toyotista* significa para o capitalista-gerente da reordenação empresarial em ambiente político e econômico neoliberal, “[...] *a diminuição do custo da empresa-pólo, o incremento da produtividade do trabalho, além da própria redução da renda propiciada aos trabalhadores.*” (DELGADO, M. G., 2008, p. 48)

Deste modo, a descentralização e a horizontalização produtiva, além de promover o enxugamento do quadro de pessoal da empresa central na cadeia produtiva e a diminuição dos investimentos em ativos imobilizados, acarreta a formação de inúmeras pequenas e médias empresas em seu entorno, dependentes de sua demanda, colocando-as, até certo ponto, como fontes produtivas “independentes”, mas submissas ao poderio econômico das potências industriais.

Nas lições de Paula Regina Pereira Marcelino (2004, p. 93), as empresas subcontratadas são fundamentais para o padrão produtivo *toyotista*, pois, resumidamente:

¹⁰ A troca de paradigmas de gerenciamento empresarial que modificaram o mundo do trabalho firmou o entendimento de que “a empresa moderna deveria, assim, “[...] *focalizar*” esforços nas atividades/operações (*core business*) que realmente possam se traduzir em vantagens competitivas para si (empresa), especializando-se em unidades de negócios, com um número cada vez mais limitado de atividades, reduzindo o número de processos, enxugando suas estruturas administrativas e delegando a uma rede de outras empresas (fornecedoras, subcontratadas etc.) as funções que pudessem ser consideradas como complementares ou acessórias.” (AMATO NETO, 1995, p. 35)

São empresas que fazem parte do processo de horizontalização da empresa principal e que podem lhe fornecer desde peças até pessoal. Elas trabalham seguindo as mesmas premissas da empresa central. Os procedimentos dessas empresas subcontratadas são rigorosamente controlados para que estejam *jus-in-time* com as atividades da empresa principal. O objetivo disso, no entanto, não é o de estender benefícios para os outros trabalhadores, mas apenas garantir o ótimo funcionamento da empresa principal, de forma que não falte nada para a fabricação de produtos.

Além disso, tendo em vista o fortalecimento do mercado econômico neoliberal, globalizado pelo avanço tecnológico e científico que possibilitou o encurtamento de distâncias, fomentadora da competitividade mercadológica, a crise do sistema capitalista de produção e a acumulação de riquezas necessitavam, ainda, de outras medidas voltadas para a contenção das despesas relacionadas à produção.

Dentre elas, a consolidação do modelo *toyotista* difundiu o estabelecimento do sistema de produção “*just in time*” e de estoque zero¹¹, segundo o qual, “[...] a produção é determinada pelos níveis de demanda, em tempo real; para isso, os estoques são reduzidos ao mínimo possível e até a matéria-prima é adquirida conforme a necessidade do cliente.” (AMORIM, 2009, p. 31)

Em vista disso, o trabalho humano, no racionalismo *toyotista*, é utilizado de acordo com a demanda apresentada pelo mercado (globalizado), ou melhor, a contratação de trabalhadores ou o enxugamento do quadro de pessoal, ocorre estritamente para cumprir com as exigências produtivas em cada período. Sendo assim, o mercado consumidor e o capital financeiro-especulativo causador de oscilações econômicas em contexto global, acaba por determinar o ritmo das contratações e desligamento da mão de obra do quadro funcional, principalmente nas empresas periféricas, o que evidencia a pouca valorização do trabalho humano, cada vez mais descartável e flutuante.

¹¹ Sobre a estocagem zero difundida pelo *toyotismo*, Paula Regina Pereira Marcelino (2004, p. 84), apoiada em Benjamin Coriat, explica que “[...] ao contrário do que é preconizado sobre o estoque zero, esse não é o objetivo fundamental do “toyotismo”, mas um de seus resultados. Nesse sentido, a existência de estoques demonstra que há um excesso de pessoal em relação à demanda real. Se esse estoque for permanente, há um excesso de equipamentos. Nos dois casos, os excessos devem ser eliminados. Para Coriat, Ohno somente levou ao extremo um dos ensinamentos fundamentais de Ford: eliminar desperdícios.”

Posta assim a questão, o novo paradigma de gerenciamento, divisão e organização do trabalho exige a formalização de contratos de trabalhos dotados de flexibilidade temporal, como, por exemplo, os contratos temporários e os contratos em regime de tempo parcial, consistentes em modelos contratuais propulsores da acumulação de capital flexível e desregulamentada, o que implica em “[...] *níveis relativamente altos de desemprego estrutural, rápida destruição e reconstrução de habilidades, ganhos modestos (quando há) de salários reais e o retrocesso do poder sindical.*” (MARTINS, V. L., 1999, p. 53)

Com efeito, a nova realidade do mercado de trabalho, suscetível às influências mercadológicas que sustentam contratos de trabalho “naturalmente” flexíveis, conforme Gabriela Neves Delgado (2003, p. 96), apoiada em David Harvey, levou ao surgimento de duas classes de trabalhadores:

O primeiro eixo – grupo central das empresas – é seletivo e bastante diminuto, já que composto por empregados altamente qualificados, que gozam de maior segurança dentro da empresa, laboram em tempo integral, tendo maior possibilidade de angariar vantagens decorrentes de alterações do contrato de trabalho, como, por exemplo, pelas promoções. Já o segundo grupo – grupo periférico das empresas – abrange dois subgrupos bastante distintos. O primeiro deles é composto por “empregados em tempo integral com habilidades financeiras disponíveis no mercado de trabalho, como pessoal do setor financeiro, secretárias, pessoal das áreas de trabalho rotineiro e de trabalho manual menos especializado. [...] O segundo subgrupo “oferece uma flexibilidade numérica ainda maior e inclui empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal com contrato por tempo determinado, temporários, subcontratação e treinandos com subsídio público, tendo ainda menos segurança de emprego que o primeiro grupo periférico.”

Pois foi justamente este novo paradigma gerencial, organizatório e divisor do trabalho, intrinsecamente ligado ao movimento de flexibilização e desregulamentação contratual de trabalho em um mercado competitivo globalizado, estruturado nas subcontratações acertadas com a delegação das atividades-meio (acessórias, complementares e instrumentais) a terceiros, que modelou o fenômeno da terceirização, primeiro na iniciativa privada e, posteriormente, no âmbito da Administração Pública de ascendência neoliberal.

1.3 Globalização, desregulamentação e flexibilização contratual: reflexos do achatamento do mundo

A globalização se caracteriza pela estreita vinculação entre “[...] os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar como parâmetro relevante para o mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região.” (DELGADO, M. G., 2008, p. 12)

Trata-se de processo característico da nova fase do capitalismo, agora neoliberal, despontada na década de setenta, desde o início associado aos progressos tecnológico e científico revolucionadores dos meios de transmissão de dados e de comunicação (instantânea), que tiveram como efeito a profunda transformação das estruturas políticas, sociais, culturais e econômicas, com reflexos sobre o mundo do trabalho.

Com efeito, alavancado pelo ideário neoliberalista defensor da queda das barreiras econômicas (alfandegárias) e da desregulamentação/flexibilização direcionada para a estruturação de um mercado produtor altamente competitivo e predatório, o fenômeno da globalização tomou proporções antes inimagináveis¹².

Nesse sentido, o desenvolvimento da mídia global de mercado, com informações e imagens instantaneamente veiculadas por todo o globo, além de facilitarem a circulação das perspectivas ideológicas neoliberais predominantes no ambiente político e econômico, calharam por proporcionar a afirmação cultural,

¹² Sobre o fenômeno da globalização, Arion Sayão Romita (1997, p. 8) assevera que hoje vivemos o quarto processo de globalização. Para o literato jurídico, “A primeira globalização foi a do Império Romano, que findou com a feudalização política e comercial. A segunda globalização coincide com as grandes descobertas dos séculos XIV e XV, que propiciaram grande surto do comércio internacional. Frequentemente interrompido pelas guerras religiosas e pelas lutas dinásticas das monarquias europeias. A terceira globalização aparece no século XIX, após as guerras napoleônicas e determina a supremacia do liberalismo sobre o mercantilismo, quando coincidentemente começa a prosperar a democracia política. Esta etapa seria interrompida pela Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918. Surge a era dos coletivismos de direita e de esquerda – o fascismo e comunismo – hostis ao livre comércio e simpáticos ao autarcismo. A grande depressão dos anos 30 provoca o debilitamento do capitalismo e a irrupção de protecionismo. A quarta globalização, na qual nos encontramos atualmente, surge depois da Segunda Guerra Mundial, mas só atinge o apogeu com o colapso do regime socialista, ocorrido em 1989/1991.”

econômica e política da especulação financeira capitalista, evidenciando-se a mudança paradigmática consubstanciada na desvalorização do trabalho humano e na crescente valorização do consumismo e da especulação.

Ademais, favoreceu esta configuração internacional globalizante de índole neoliberal, evento político e social que, nos dizeres de Thomas L. Friedman (2009, p. 67) constitui a primeira das forças que achataram o mundo: a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética, que tem como efeito imediato a inclinação da “[...] *balança do poder mundial para o lado dos defensores da governança democrática, consensual, voltada para o livre mercado [...]*”, pois, nos dizeres do autor, se a Guerra Fria foi “[...] *um embate entre dois sistemas econômicos – capitalismo e comunismo [...]*”, a queda do Muro de Berlim e o fim do Império Soviético representaram o fim do contraponto ideológico, sobrando, em vista disso, “[...] *apenas um sistema, pelo qual todos, de alguma forma tiveram de se orientar.*”

A prevalência do capitalismo neoliberal, especulativo-financeiro e consumista modifica, por conseguinte, a fonte primária de acumulação de riquezas (capital e bens), que abandona sua matriz industrial edificada, exclusivamente, sobre a exploração (predatória) da força de trabalho humano associada ao desenvolvimento de tecnologia produtiva massificadora e alienante.

Logo, o capitalismo, enquanto sistema parasitário, “[...] *como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimentos [...]*”, mas, sua fome, cedo ou tarde, acaba por consumir as forças do hospedeiro, acabando com “[...] *as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência*”. No entanto, a diferença entre o capitalismo e os outros parasitas está na sagacidade com que busca e encontra “[...] *novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiosincrasias de seus novos pastos.*” (BAUMAN, 2010, p. 8-10)

Posta assim a questão, pode-se afirmar que o processo de globalização ofereceu novas pastagens ao capitalismo, com a retomada da ideologia

liberal, sob as vestes neoliberais, promovedoras da competição, especulação financeira e do consumismo.

A intensificação das relações econômicas internacionais, altamente competitivas e voltadas à satisfação do mercado consumidor, aliada ao capital financeiro-especulativo, levou à formação de blocos econômicos, com grande circulação de pessoas (trabalhadores, empresários, turistas, refugiados, técnicos, cientistas), bens, mercadorias, transportes, investimentos no mercado financeiro (títulos, câmbios, fundos, ações).

A mudança radical na matriz tecnológica e logística pela informática e microeletrônica digital nestes tempos de globalização (instantânea) possibilitou a explosão do mercado especulativo e consumista. Tal mudança apoiou-se na rapidez da formalização das transações monetárias pela via eletrônica, que por ser “[...] *cada vez mais intenso, acelera as formas mais flexíveis de produção industrial e de meios de transporte, novas redes de interconexões entre finanças e informatização eletrônica, nova organização mundial do comércio [...]*” (BRIGADÃO; RODRIGUES, 2004, p. 18) e a reforma da gerência, organização e divisão do trabalho, tanto na iniciativa privada quanto no Estado, com reflexos, obviamente, na valorização do trabalho humano.

Nas cediças lições de Maurício Godinho Delgado (2008, p. 15-16), a nova revolução tecnológica promovida pelo aparecimento de novos instrumentos de comunicação e transmissão de dados escritos e imagens, como por exemplo, telefonia, conexões sem fio, televisão, internet, recentemente popularizados pelo acesso a baixo custo,

[...] viabiliza análises simultâneas e imediatas sobre a dinâmica do sistema econômico em diferenciadas partes da terra, permitindo também a realização de operações econômicas, pelos mesmos agentes, a partir do mesmo ponto de atuação, em inúmeras localidades. Em consequência, acentua-se a interinfluência entre as diversas regiões e economias ou, em grande parte dos casos (como, regra geral, verificou-se na América Latina) aprofunda-se a tradicional influência de certas economias e regiões sobre outras.

Nesta linha de pensamento, tem-se que o desenvolvimento tecnológico e científico, além de encurtar distâncias e achatar o mundo, revitalizou o

capitalismo, sob o signo neoliberal, que além de torná-lo um sistema caracterizado pela competição, especulação financeira e consumo, igualmente determinou o surgimento da tensão entre os interesses locais e globais. Sobre este tema, Zygmunt Bauman (2005, p. 124-125) assevera:

Globalização significa, entre outras coisas, a progressiva separação entre poder e política. Como assinalou Manuel Castells no seu recente monumental estudo de três volumes sobre a “sociedade da informação”, o capital, e especialmente o capital financeiro, “flui”, não mais limitado pelo espaço e a distância, enquanto a política continua como sempre localizada, presa ao território. O fluxo escapa cada vez mais ao alcance das instituições políticas. Podemos dizer que o poder e a política ocupam espaços diferentes. O espaço físico, geográfico continua sendo a casa da política, enquanto o capital e a informação habitam o ciberespaço, no qual o espaço físico é abolido ou neutralizado. [...] A “localidade” é desvalorizada nesse processo. O capital tornou-se extraterritorial, não mais submetido às fronteiras dos Estados e aos custos proibitivos de viagem. Do mesmo modo que a informação – o que é simbolicamente representado pelas taxas “locais” iguais que pagam os que recebem informação de qualquer *web* mundial, seja ela produzida na casa pegada ou do outro lado do planeta. Nos dois casos a localidade perde o privilégio da comunicação direta, face a face, e já não oferece sobre lugares longínquos as vantagens outrora decorrentes da dificuldade e alto custo do transporte e da relativa lentidão da comunicação indireta, mediatizada [...] A localidade é logo expropriada de seu outrora formidável “poder de influência”, perdendo importância como território de uma economia ou cultura auto-suficiente, contida em si mesma.

No emaranhado de interesses locais e globais, o capitalismo neoliberal financeiro-especulativo-consumista incentiva a competição mercadológica empresarial e interestatal ou de blocos econômicos, mediante a indução ao consenso sobre a necessidade de flexibilizar ou desregulamentar¹³ as relações contratuais laborais.

Por conseguinte, a rigidez contratual alicerçada em direitos disponibilizados aos trabalhadores, antes considerada necessária à valorização do

¹³ Quando se fala em flexibilização e desregulamentação, refere-se a duas medidas neoliberais distintas. Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 139), “Desregulamentação é vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a flexibilização. Distinguem-se ambas quanto ao âmbito a que se referem, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e flexibiliza-se o individual. Portanto, a desregulamentação é a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho.”

trabalho humano, à segurança do trabalhador e meio de apaziguamento da tensão entre o capital e o trabalho, gradualmente se torna descartável, passível de flexibilização ou desregulamentação, para atender à lógica mercadológica do capitalismo neoliberal: especulação, competição e do consumo.

Deste modo, a competição entre os Estados faz o investimento especulativo ir de um lugar a outro em busca de melhores benefícios. Como visto, enquanto o poder político permanece local, o capital é personagem global e, nessa esteira, a matriz tecnológica eletrônica e informática funciona como meio facilitador do fluxo da moeda (eletrônica), de um lugar para outro, sem nem mesmo haver necessidade do investidor sair de sua casa, haja vista que, com alguns cliques em seu computador, transfere os capitais que estão em seu poder para onde bem entender, de acordo com seus interesses. Deste modo, se um país oferece taxa de juros superior a de outro país para atrair capitais de investidores, certamente, outro país também tentará atrair para si tais investimentos, transferidos instantaneamente. *“Essas idas e vindas de transferências, quando envolvem muito dinheiro ou muitos investimentos ao mesmo tempo, são um complicador para a estabilidade de governos [...]”* (BRIGADÃO; RODRIGUES, 2004, p. 74), geram insegurança política, econômica, social, precarização das relações laborais e a exclusão social do trabalhador.

Mais uma vez, tem-se que a solução apresentada pelo capital é a desregulamentação e a flexibilização para acirrar a competição no mercado globalizado. Em uma tentativa de minar o primado do trabalho, a ideologia neoliberal agride a matriz cultural do trabalho e do emprego, o que tende a conferir, na prática, ao Direito do Trabalho e aos direitos fundamentais sociotrabalhistas, a mera função discursiva.

Para o sistema capitalista neoliberal globalizado e seu investidor, a confiança que os encoraja a investir depende da competição entre os Estados, mediante o *“[...] controle de gastos públicos, redução de impostos, a reforma do sistema de proteção social e o “desmantelamento das normas rígidas do mercado de trabalho”.*” (BAUMAN, 1999, p. 112)

O sentido tradicional de emprego regular mostra-se anacrônico dentro do sistema capitalista neoliberal globalizado. A ordem aos Estados é flexibilizar e desregulamentar, pois “[...] *o mercado é rígido demais; precisa tornar-se flexível, quer dizer, mais dócil e maleável, fácil de moldar, cortar e enrolar, sem oferecer resistência ao que quer que se faça com ele*” (BAUMAN, 1999, p. 112), para competir, produzir e consumir.

Diversamente disso, a desregulamentação e a flexibilização contratual não são as melhores soluções, sobretudo porque o trabalho é meio de inclusão social e econômica do trabalhador e de sua família. Ademais, o trabalho também serve de instrumento à autodeterminação individual e coletiva do ser humano dotado de dignidade, que tem na rigidez da legislação trabalhista a segurança do primado do valor trabalho.

Noutras palavras, a redução da rigidez trabalhista por meio de medidas flexibilizadoras ou desregulamentadoras criaria “[...] *mecanismos de desestabilização do valor trabalho digno [...]*” (DELGADO, G. N., p. 195) em favor da predominância do capital especulativo-financeiro neoliberal, combatente do primado do trabalho, colocando em risco o patamar mínimo de direitos civilizatórios construído em defesa dos trabalhadores.

Posta assim a questão, Bauman evidencia o verdadeiro significado das expressões flexibilidade e desregulamentação para o capital neoliberal globalizado. Esclarece o sociólogo polonês, que a tão desejada flexibilização/desregulamentação pelos neoliberais, revela a vontade do capitalismo neoliberal de usufruir da “[...] *liberdade de ir aonde os pastos são verdes, deixando o lixo espalhado em volta do último acampamento para os moradores locais limparem*”, o que também significa, acima de tudo, “*desprezar todas as considerações que não fazem sentido economicamente [...]*” (BAUMAN, 1999, p. 112). Certamente, em um contexto neoliberal globalizado, o trabalho e seu primado constituem-se em considerações a serem desprezadas, para dar lugar ao capital financeiro-especulativo, consumista e competitivo, e o lixo espalhado materializa-se

no desemprego¹⁴, na aplicação de fórmulas contratuais precárias e excludentes, na insegurança política, social e econômica.

Por seu turno, é nesse contexto que surge a terceirização, modelo contratual flexível (e no caso brasileiro, embora esteja disciplinado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ainda não há legislação específica sobre o tema), baseado em contratos temporários, em regime de tempo parcial, por tempo determinado, relacionados a atividades secundárias, complementares e instrumentais. É modalidade contratual inspirada no modelo *toyotista* de produção, voltada para a redução de custos (enxugamento da estrutura produtiva e administrativa, o que envolve a diminuição do quadro de pessoal e investimentos em ativo imobilizado) e fomento da competitividade. Nos dizeres de Thomas L. Friedman, a terceirização representa a quinta força propulsora do achatamento do mundo, com reflexos sobre a gerência, organização e divisão do trabalho, amplificada pelo desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de comunicação e transmissão de dados, exemplificado logo abaixo:

Assim, com o ano 2000 pendendo sobre suas cabeças, os Estados Unidos e a Índia começaram a namorar – e sua relação teve um imenso efeito nivelador por demonstrar, para tantas empresas diferentes, que a combinação PC-internet-fibra óptica havia criado a possibilidade de uma modalidade inteiramente nova de colaboração e criação horizontal de valor: a terceirização. Qualquer serviço, call center, operação de apoio administrativo ou trabalho intelectual que pudesse ser digitalizado poderia ser delegado para o fornecedor mais barato, mais preparado ou mais eficiente do planeta. Com estações de trabalho interligadas por cabos de fibra óptica, os tecnólogos indianos poderiam penetrar no sistema da empresa e efetuar todos os ajustes, mesmo estando a meio mundo de distância. (FRIEDMAN, 2009, p. 157)

¹⁴ A respeito do desemprego, Nelson Mannrich (1998, p. 81) esclarece que “O mundo contemporâneo vive o flagelo do desemprego, sendo a geração de emprego meta prioritária para muitos países [...] Parece haver consenso em torno da origem econômica como sendo a causa principal do desemprego, mencionando-se, entre outras, o ajuste econômico sem conteúdo social (destinação escassa de recursos às políticas sociais), o avanço das tecnologias, a globalização da economia com a criação de situações desvantajosas, a incompatibilidade entre o sistema formal de ensino e as necessidades do mercado de trabalho.” Seguindo a linha do autor, chega-se à conclusão que o desemprego resulta das ações do capitalismo neoliberal sem reciprocidade.

Enfim, estes foram alguns aspectos da globalização que colaboraram para a aceleração do achatamento do mundo, impulsionada pela ascensão da ideologia neoliberal que, como se verá, tem a terceirização de serviços como instrumento viabilizador da competição mercadológica-produtiva, justamente por ser modelo contratual que privilegia a redução de custos (enxugamento de quadro de pessoal e menores investimentos) e a flexibilidade contratual, elementos que impactaram o modo de gerenciar, organizar e dividir o trabalho, tanto na iniciativa privada quanto no âmbito da Administração Pública.

2 TERCEIRIZAÇÃO

O desenvolvimento tecnológico e científico alinhado ao surgimento de novos métodos de gerência, organização e divisão do trabalho ocasionaram o espraiamento da terceirização em campo econômico e político dominado pela ideologia neoliberal.

Por isso, tem-se que a difusão do fenômeno terceirizante decorre justamente da faculdade oferecida ao tomador dos serviços, consistente em dedicar-se exclusivamente àquela atividade que ele considera principal e, por este motivo, exige-lhe maiores investimentos econômicos em tecnologia e treinamento de empregados para atingir altos níveis de competitividade, eficiência e qualidade de seus produtos em um mercado globalizado.

O fenômeno da terceirização, que teve suas primeiras aplicações em países de alto potencial industrial, não foi recebido pelos brasileiros com indiferença. Embora ainda não exista no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que regule os contratos de trabalho firmados no molde terceirizante, a afirmação do mercado globalizado de acumulação de capital monopolista levou à disseminação de empresas prestadoras de serviço no plano nacional brasileiro, diante da necessidade do setor produtivo em se reorganizar internamente para poder competir, tanto no mercado nacional quanto no mercado internacional.

Do mesmo modo, por ser vista como meio de redução de custos e modelo flexível de contratação de trabalhadores para a execução de atividades consideradas secundárias, a terceirização foi adotada como modelo de organização e apresenta duas faces distintas: a da precarização das relações de emprego, mediante a supressão de direitos fundamentais e a do fomento ao trabalho pela absorção de mão de obra pouco qualificada, o que será analisado pormenorizadamente nos tópicos posteriores.

Atualmente, no Brasil, a terceirização é disciplinada pela via jurisprudencial, designadamente pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que fixa as quatro situações-tipo aceitas como possibilidades legais de contratação

de serviços por empresa interposta e, ainda, trata da responsabilidade do tomador de serviços.

2.1 Evoluções no cenário brasileiro

Embora a terceirização tenha se dado tardiamente quando comparado a países europeus, asiáticos e norte-americanos, o Brasil, país de economia periférica e em crescimento, também passou por profundas modificações no modo de organização, gerência e divisão (social) do trabalho, reflexos do desenvolvimento acentuado do modo de produção capitalista aliado ao desenvolvimento tecnológico, científico e à globalização econômica e mercantil.

A alta competitividade e o encurtamento de distâncias em virtude do avanço tecnológico e científico, no setor logístico ou de comunicação, exigiram novos modos de contratação de trabalhadores, descentralizados e de contratação flexível, com o fim de reduzir os custos empresariais relacionados a gastos com empregados.

No Brasil a industrialização teve início no Século XIX em decorrência da expansão da produção cafeeira, baseada no trabalho escravo. Porém, o trabalho escravo, mesmo ao proporcionar alta produtividade sem custos elevados com pagamento de empregados, impediu o desenvolvimento da indústria nacional, ao impossibilitar a formação do mercado consumidor interno e fortaleceu a dependência econômica externa.

Somente após a eliminação do trabalho escravo por meio da edição da Lei Áurea em 13 de maio de 1888 e o surgimento do trabalho livre para os negros, houve no Brasil a estruturação inicial do mercado consumidor interno, agora vivo, com necessidades a serem supridas pela produção industrial baseada no modelo de produção capitalista. O novo paradigma brasileiro de divisão social do trabalho, caracterizado pelos “[...] pressupostos para o surgimento de uma relação de trabalho bilateral, subordinada, considerada basilar no sistema capitalista de

produção [...]” (DELGADO, G. N., 2003, p. 62), inaugura um novo momento econômico, jurídico e social, baseado na relação empregatícia.

Impulsionado pela formação de um mercado de trabalho e de consumo, a industrialização brasileira tomou seu rumo em direção ao capitalismo liberal de acumulação já afirmado na Europa e América do Norte. Já no século XX o setor de produção nacional se desenvolve, sobretudo, na região sudeste, precisamente na cidade de São Paulo. Contudo, o trabalho não era executado por negros e seus descendentes recém libertados, mas por imigrantes¹⁵ espanhóis, portugueses, italianos, alemães, dentre outros.

O modelo organizacional das empresas, neste período, era extremamente verticalizado e concentrado, baseado nos modelos *fordista* e *taylorista* de produção, no qual a relação empregatícia e os contratos de trabalho eram inexoravelmente inflexíveis. A organização empresarial, no tocante à divisão do trabalho e gerência não apresentava dinamicidade alguma e, assim, perdurou no Brasil até a década de cinquenta do Século XX.

Enquanto isso, no plano internacional, assistia-se ao início de uma revolução nas relações de emprego. Houve a quebra do paradigma bilateral da relação de emprego, posto que a terceirização passou a ser utilizada intensamente durante a Segunda Guerra Mundial, “[...] quando as empresas produtoras de armas estavam sobrecarregadas com a demanda [...]” (MARTINS, S. P., 2011, p. 2). Assim, perceberam os fornecedores de materiais bélicos que somente poderiam aumentar a produção se transferissem determinados serviços a empresas terceiras, que com elas atuariam em sistema orgânico empresarial de colaboração (parcerias).

No Brasil, as primeiras noções acerca da terceirização enquanto modelo de gerência, organização e divisão do trabalho, consolidaram-se a partir de 1950, com a instalação das primeiras montadoras de veículos, quando o governo brasileiro, em momento econômico favorável, fomentou a “[...] indústria automobilística por meio de incentivos fiscais e de investimentos estatais em infra-

¹⁵ Segundo Gabriela Neves Delgado (2003, p. 64), “Apesar do imigrante europeu, tal como o brasileiro que migrava do campo para a cidade, possuir baixo nível de qualificação profissional para o trabalho urbano, os empregadores preferiam a utilização daquela mão-de-obra estrangeira, em detrimento da nacional, porque consideravam ser a capacidade de adaptação dos imigrantes à vida urbana muito maior que a dos próprios brasileiros.”

estrutura e na indústria de base. Nesse período instalaram-se empresas como a Volkswagen, a Simca, a Willys, a Mercedes-Bens, a Scania e a Toyota [...]” (MARCELINO, 2004, p. 19)

No que tange a utilização em larga escala da terceirização, seguindo o padrão *toyotista*, descentralizado, horizontal, flexível e enxuto de produção ocorrida a partir da década de 1970, em diversos países, como consequência da crise do modelo fordista-taylorista, esta onda gerencial, organizatória e de divisão do trabalho também atingiu o Brasil, mas de forma tímida e com notáveis diferenças quando se compara com o processo terceirizante ocorrido em países de economia mais desenvolvida.

Isto porque no Brasil, desde seu início, a utilização da terceirização reestruturou a produção de modo defensivo, por meio da diminuição de custos produtivos e a adoção de métodos empresariais de sobrevivência. O modo defensivo como transcorreu a reestruturação produtiva brasileira, revela a influência da estagnação econômica, investimentos insuficientes, pouco avanço tecnológico aliado à resistência do mercado interno à abertura comercial e financeira (POCHMANN, 2008, p. 40). “*De 1970 em diante, passaram as empresas, em nova estratégia, a procurar o giro dos ativos, para tornarem-se mais ágeis, mais competitivas, enxugando sua estrutura no plano administrativo [...]”* (SITRÂNGULO, 1993, p. 43), repassando-as para terceiros.

Passados alguns anos, precisamente a partir de 1990, iniciou-se o processo de reestruturação produtiva brasileiro, todavia, agora mais arrojado. A abertura do mercado brasileiro durante o governo do então Presidente Fernando Collor de Melo, inserindo-se definitivamente no mercado econômico mundial, altamente competitivo, leva as empresas brasileiras a organizarem-se ainda mais em torno do modelo terceirizante *toyotista*. A organização horizontal, descentralizada, flexível, enxuta e ainda mais focalizada na atividade principal prioriza a qualidade produtiva e a diminuição dos custos, o que levou à utilização de dois tipos de terceirização:

O primeiro tipo refere-se às atividades externas (secundárias) ao processo produtivo. Em geral, pode-se definir como a terceirização-

base, concentrada na atividade meio do interior do circuito de produção de bens e serviços. [...] Assim, a terceirização responde mais às atividades periféricas do processo produtivo, mais especificamente as tarefas de segurança, transporte, alimentação, manutenção, limpeza, asseio e conservação, entre outros. [...] O segundo tipo refere-se às atividades internas (primárias) ao processo produtivo. Na maior parte das vezes, pode-se identificar como superterceirização da mão-de-obra, caracterizada por atividade-fim do interior do circuito da produção de bens e serviços. [...] Na superterceirização, as principais atividades constituem núcleo da cadeia produtiva, atendendo a tarefas e funções de produção, vendas, logísticas, organização, supervisão e gerência, entre outras. (POCHMANN, 2008, p. 53)

Quanto às disposições legais, não havia e, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro, lei que trate especificamente da terceirização, todavia, existem leis que despretensiosamente (porque não dizer ineficazmente) regulam a transferência das atividades empresariais a terceiros antes mesmo da expansão do modelo *toyotista* terceirizante no cenário nacional.

Nesse sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho trata da subcontratação em dois artigos. O artigo 455 estabelece a possibilidade de empreitada e subempreitada, e o artigo 652, alínea “a”, inciso III cuida da pequena empreitada. Pode-se afirmar que a inserção de modalidades de subcontratação no texto consolidado foi, de fato, totalmente despretensiosa, tendo-se em vista que o Decreto-lei nº 5452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) foi elaborado em período em que a transferência de atividades empresariais a terceiros não fazia parte da realidade empresarial brasileira, ainda baseada, principalmente, no modelo organizacional de produção *fordista-taylorista*, centralizador, verticalizado e inflexível¹⁶.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2006, p. 429),

¹⁶ Ciro Pereira da Silva (1997, p. 16) explica que a centralização produtiva permaneceu como modo de organização da produção brasileira por longo período “[...] para garantir a nacionalização de seus produtos, as empresas passaram a fugir de seu core business e a fabricar componentes, subconjuntos e, até mesmo, na ausência de prestadores de serviços, a criar seus próprios serviços internos, tais como transporte, vigilância, alimentação, assistência médica e tantos outros. Nada mais natural para um país que, não tendo um parque industrial desenvolvido, não tinha também desenvolvida a chamada atividade predominante do terceiro milênio, a “indústria da prestação de serviços”, grande absorvedora de mão-de-obra.”

Afora essas ligeiras menções celetistas (que hoje podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante), não despontaram outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo justrabalhista brasileiro. Isso se explica pela circunstância de o fato social da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à ascensão industrializante iniciada nos anos de 1930/40. Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 50, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.

Seguidamente, outras leis permitiram a transferência de atividades a terceiros. Tome-se como exemplo a Lei nº 4594/1964, ao estabelecer que as seguradoras somente poderiam vender seguros por intermédio de corretores autônomos ou de corretora. Os Decretos-Lei nº 1212 e 1216, ambos do ano de 1966, autorizaram os bancos a contratarem empresas de segurança para prestação de serviços especializados em segurança bancária. Em seguida o Decreto nº 62756/1968 regularizou a atuação das agências de colocação ou de intermediação de mão de obra e o Decreto-lei nº 1034/1969 possibilitou às instituições bancárias ou de crédito fazer uso da contratação direta de seguranças ou, por meio de empresas especializadas em segurança de valores.

Ainda no segmento privado, em 1974 a Lei nº 6019, atualmente vigente, veio para tratar do contrato de trabalho temporário, admitindo-se, assim, a relação trilateral, sem a configuração da relação de emprego com o tomador de serviços. A contratação temporária, por intermédio de empresa interposta, não permite a manutenção dos serviços por prazo indeterminado, pois esta forma de contratação restringe-se às eventuais necessidades empresariais descritas no artigo 2º desta lei.

Outra referência legal relacionada à terceirização é a Lei nº 7102/1983, preconizadora de situações específicas de terceirização permanente de serviços de vigilância estritamente para o setor econômico de serviços bancários. Posteriormente, a Lei nº 8863/1994 inovou ao permitir a contratação de serviços

especializados de vigilância patrimonial ofertado por empresa prestadora de serviços a qualquer segmento produtivo e econômico, público ou privado, bem como para pessoas físicas, transporte de valores ou qualquer tipo de carga (GIRAUDEAU, 2010, p. 26).

Anos mais tarde, precisamente em 1994, foi editada a Lei nº 8949/1994 que acrescentou ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho o parágrafo único e introduziu nova situação jurídica passível de ser adjetivada como espécie de terceirização: a sociedade cooperativa de trabalho. Neste caso, as disposições contidas no artigo 442 do texto consolidado afastam a formação de vínculo jurídico empregatício entre os membros da cooperativa e entre estes e a empresa que toma seus serviços.

Na esfera pública, os primeiros movimentos em direção à terceirização de serviços voltada para a dinamicidade, diminuição de custos, enxugamento da máquina administrativa e busca por melhorias nos atendimentos aos administrados girou em torno do Decreto Lei nº 200/1967.

Em seu artigo 10, o Decreto nº 200/1967 oferece a alternativa administrativa de recorrer à execução indireta de tarefas de cunho executivo “*[...] mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de execução.*”

Seguidamente, no ano de 1970, a Lei n. 5645 designou quais seriam as atividades que a Administração Pública poderia viabilizar a terceirização, ao exemplificar através da apresentação dos serviços públicos relacionados com transporte, custódia, operação de elevadores, limpeza e assemelhados, considerados meras atividades de apoio à administração. Portanto, poderiam ser dispensadas contratações diretas com fins de redução de custos e diminuir os gastos com a contratação e manutenção no quadro administrativo de servidores públicos que realizariam apenas atividades acessórias.

Novas regulações diretamente editadas para a Administração Pública se avolumaram. Em 1972 desponta a Lei nº 5845, hoje revogada pela Lei nº 9527/1997, que impediu a transferência a terceiros de atividades englobadas no Grupo de Serviços Auxiliares do funcionalismo público federal.

Atualmente o tema terceirização de serviços e seus limites, tanto no âmbito público quanto no privado, dominam os debates no Tribunal Superior do Trabalho¹⁷ e na Academia Nacional de Direito do Trabalho¹⁸.

Isto se analisarmos a evolução histórico-legislativa atinente à terceirização facilmente percebemos que, até o presente momento, as disposições legais são esparsas e regulam insuficientemente o fenômeno da terceirização de serviços no Brasil. Nem todas as modalidades de terceirização de serviços possíveis ante o avanço tecnológico e científico estão compreendidas nos textos legais apresentados.

Nem mesmo o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331, inseriu em seu texto todas as possibilidades de terceirização de serviços possíveis, todavia, deve-se ressaltar que a atuação deste tribunal especializado quando se trata da terceirização colaborou, ao menos, para firmar o entendimento de que a terceirização, enquanto modalidade de contratação de serviços que engloba relação de natureza civil (entre a tomadora e a prestadora de serviços) e trabalhista (entre o trabalhador e a prestadora de serviços) é legal (ou aceitável), desde que aplicada dentro dos limites estabelecidos na própria súmula, na Constituição Federal e legislação específica.

Na esfera legislativa, foram apresentados no Congresso Nacional alguns projetos com vistas à melhor regulação da terceirização. Dentre eles se destacam os projetos apresentados pelos Deputados Sandro Mabel e Vicente Paulo da Silva, este último mais conhecido como Vicentinho, representantes de vertentes extremamente opostas.

O projeto de lei nº 4330/2004, de autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, empresário do setor de alimentos, busca alargar as possibilidades de terceirização para toda e qualquer atividade empresarial. Seu projeto prevê a “[...] *terceirização de atividade-fim ou atividade-meio da tomadora (inerentes, acessórias*

¹⁷ Nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 realizou-se audiência pública na sede do Tribunal Superior do Trabalho, quando se debateu sobre a terceirização de serviços.

¹⁸ Em 25 de novembro de 2011, a Academia Nacional de Direito do Trabalho organizou na cidade de São Paulo o II Colóquio “A Responsabilidade do Estado na Terceirização: Novos Rumos da Jurisprudência”, com a participação de juristas e do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Aloysio Correa.

ou complementares à atividade da contratante) [...]”, bem como estabelece que a tomadora do serviço deve controlar periodicamente as obrigações trabalhistas da prestadora do serviço contratado, sob pena de ver-se responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento destas obrigações (GIRAUDEAU, 2010, p. 28).

O Deputado Federal Vicentinho, de origem política nas ações sindicais, parte em sentido contrário ao do Deputado Federal Sandro Mabel, já que seu projeto de lei nº 1621/2007 não é tão permissivo quanto a possibilitar a terceirização de qualquer atividade empresarial.

O projeto do Deputado Federal Vicentinho, em primeiro lugar, conceitua a prestadora de serviços como aquela pessoa jurídica que somente exerce atividade especializada, sendo vedada a atuação em atividades compreendidas na atividade-principal (ou atividade-fim, *core business*, foco empresarial) da empresa tomadora de serviços.

Além disso, segundo Michel de Olivier Giraudeau (2010, p. 28),

O projeto impõe a obrigação de a tomadora fazer prévia comunicação ao sindicato da categoria profissional de seus empregados, com antecedência de seis meses, sobre: os serviços que pretende terceirizar; o número de trabalhadores envolvidos; o valor de redução de custos pretendidos; o local da prestação e as prestadoras que pretende contratar para a execução dos serviços. Veda, ainda, a distinção de salários, jornadas, benefícios e ritmos de trabalho, entre os empregados da tomadora de serviços e os da terceirizada que ali laborem. Proíbe por fim, o fornecimento de mão de obra, ressalvados os casos de trabalho temporário, vigilância e asseio e conservação, e prevê a responsabilidade solidária da tomadora, “independentemente de culpa”, pelas obrigações “trabalhistas, previdenciárias e quaisquer outras”.

A diferença entre os dois projetos é clara. O primeiro projeto contém a visão empresarial da terceirização, busca a flexibilidade contratual presente na relação trilateral terceirizante com o fim único de proporcionar ao tomador de serviços ampla liberdade gerencial, organizatória e divisória do trabalho, sem que lhe seja conferida responsabilidade direta e imediata quando o trabalhador for lesado pela empresa prestadora de serviços em consequência, por exemplo, da

inadimplência de suas obrigações contratuais de natureza trabalhista. O segundo projeto, organizado pelo Deputado Federal Vicentinho, tem caráter mais “conservador” no que diz respeito à amplitude da terceirização, inclusive, exige que a empresa tomadora de serviços cumpra determinações específicas, veda discriminações entre os empregados das empresas envolvidas no contrato de natureza civil e prega pela responsabilidade solidária da tomadora de serviços, objetivando-se, deste modo, o impedimento de qualquer prejuízo ao obreiro, o que, como será visto adiante, de fato melhor atende aos fins constitucionais quando se fala em efetivação de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores e sua existência digna.

O impasse ainda persiste no Poder Legislativo. Obviamente, muitas questões estão em jogo entre os deputados federais e senadores que apreciarão os projetos de lei submetidos nas casas do Congresso Nacional. Certamente, interesses particulares, a pressão de sindicatos patronais e de categorias, dos segmentos privados de produção e investimento e até mesmo da Administração Pública, influenciarão a “decisão” legislativa que ainda será tomada.

Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho chamou para si a tarefa de encontrar uma solução, ou melhor, um consenso sobre os limites a serem impostos à flexibilização contratual característica da terceirização, sobretudo, para evitar a precarização das relações de emprego.

Como bem expõe Alice Monteiro de Barros (1993, p. 50), “*Inegável, pois, que a jurisprudência é a expressão do Direito, podendo proporcionar a solução mais eficaz nos conflitos entre capital e trabalho [...]*”, adequando o Direito aos novos fatos sociais.

Exatamente isso foi o que o fez Tribunal Superior do Trabalho.

O primeiro passo dado pelo Tribunal Superior do Trabalho resultou na Súmula 239 de 1985 ao dispor que “*É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico*”. Esta Súmula não trata especificamente de terceirização de serviços como fenômeno global, mas de fato isolado ambientado pela organização do trabalho bancário, e teve como objetivo evitar que os bancos contratassem mão de

obra mais barata por meio de empresa interposta, somando-se, ainda, a aplicação de jornada de trabalho diferenciada. Portanto, o principal objetivo desta súmula foi assegurar aos empregados terceirizados de processamento de dados bancários o benefício da jornada de trabalho reduzida, anteriormente prevista para os empregados contratados diretamente pelas instituições financeiras. (MIRAGLIA, 2008, p. 147)

Sérgio Pinto Martins (2011, p. 102) explica que a Súmula 239 tratou na verdade de um caso específico, do Banco Banrisul, que inicialmente estruturou a empresa de processamento de dados Processul, posteriormente transformada na empresa Banrisul de Processamento de Dados, cuja atividade principal resumia-se à contabilidade¹⁹. Complementa o jurista com a crítica que chama atenção para o fato de que:

Ao tratar de um caso específico do Banco Banrisul, o citado verbete não pode pretender estender sua solução a todos os casos de empresas de processamento de dados examinados pelo Judiciário trabalhista. Mister se faz ressaltar que em cada caso seja analisada a existência de fraude, principalmente se o empregado não era bancário, não sendo enquadrado como bancário, mas como empregado de empresa de processamento de dados, mesmo tratando-se da prestação de serviços a banco integrante do mesmo grupo econômico. Deve-se interpretar cada caso particular, *cum granum salis*, buscando em cada hipótese concreta se houve ou não fraude. (MARTINS, S. P., 2011, p. 102)

A redação atual da Súmula 239 pouco mudou. Ao seu texto, foi acrescentada somente a exceção consistente no afastamento da condição de bancário quando “[...] a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.” Portanto, se aceita a terceirização de serviços de processamento de dados, inclusive

¹⁹ Sobre o precedente Banrisul, “Mencionava o acórdão proveniente do Tribunal Regional que 99,80% das atividades do Banrisul provinham de serviços prestados às empresas do mesmo grupo, sendo que o próprio diretor da Banrisul era funcionário do banco, recebendo salários e pagamento de honorários pela Banrisul, que tem sua sede no edifício do banco, que também lhe cede móveis, utensílios e equipamentos necessários, além de parte da mão de obra. Foi levado em conta que “houve concomitância entre a extinção do setor de processamento de dados do Banco e o surgimento da reclamada, tendo sido absorvidos os serviços realizados pelo setor que deixou de existir. Parte de seu pessoal era originário do Banco, justamente do setor de Processamento de Dados a que se deu fim. Estava instalada no prédio do próprio Banco, sem pagar aluguel, usando os mesmo arquivos, fazendo mais de 90% dos serviços para a holding do grupo.” (MARTINS, S. P., 2011, p. 103)

em bancos, e ao Poder Judiciário cabe analisar as circunstâncias factuais para constatar se houve ou não fraude decorrente da contratação legal de serviços com empresa prestadora dos serviços, e se houve desenvolvimento irregular do contrato de trabalho firmado entre esta e o trabalhador terceirizado.

A segunda súmula do Tribunal Superior do Trabalho que merece destaque é a de nº 257, editada pela Resolução nº 5/1986, no qual está previsto que “*O vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário.*” Antes mesmo da edição desta súmula a Lei nº 7102/1983 já havia estabelecido que, por questões de segurança, as instituições bancárias deveriam contratar serviços de vigilância²⁰ especializada, pois as funções relacionadas à segurança não estão intimamente ligadas à atividade preponderante destas instituições.

Outra súmula de grande importância editada pelo Tribunal Superior do Trabalho é a de nº 256. Esta súmula trata a terceirização de modo mais genérico e sua redação, divulgada pela Resolução nº 4/1986, inicialmente estabelecia que:

Salvo os casos de trabalho temporário e serviços de vigilância previstos na Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974 e, 7.102, de 20 de junho de 1.983, é ilegal a contratação por empresas interpostas, formado-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.

A Súmula nº 256²¹ representou a posição restritiva do Tribunal Superior do Trabalho à época quanto à terceirização de serviços. Prevaleceu

²⁰ Vale lembrar que não se podem confundir os serviços de vigilância com os de vigia. Segundo o artigo 16 da Lei nº 7102/1983, vigilante é o empregado que preenche os seguintes requisitos: “*I – ser brasileiro; II – ter idade mínimo de 21 (vinte e um) anos; III – ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau; IV – ter sido aprovado em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta Lei (red. L. 8.863/94); V – ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico; VI – não ter antecedentes criminais registrados; VII – estar quite com as obrigações eleitorais e militares.*” Enquanto isso, o trabalho de vigia pode ser executado “*por qualquer pessoa física, independentemente de qualificação técnica ou profissional.*” (DELGADO, G. N., 2003, p. 131)

²¹ Alice Monteiro de Barros (1993, p. 57), ao tratar da Súmula 256, diz que “*No RR 3442/84, que deu origem ao Enunciado n. 256, ressaltou-se que empregador é quem contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, enfatizando-se que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, sobre princípios entre os quais se destaca a valorização do trabalho como condição de dignidade humana e a expansão das oportunidades de emprego. O mesmo acórdão lembrou que a liberdade de escolha do empregador é assegurada aos trabalhadores, os quais deverão, por força de preceito constitucional, integrar-se na vida e no desenvolvimento da*

durante certo tempo o entendimento de que a terceirização de serviços somente poderia ser utilizada pelo empregador nos casos excepcionados por legislações específicas. Pode-se dizer que a época o Poder Judiciário não entendeu o fenômeno que modificava as relações de emprego à sua volta. O número de empresas prestadoras de serviços aumentou e, conseqüentemente, o número de empregos gerados neste setor econômico também cresceu. Cita-se como exemplo dados referentes ao Estado de São Paulo: “Entre 1985 e 1990, por exemplo, os empregos terceirizados representaram somente 3,5% do total de vagas abertas”, porém, entre os anos de 1990 e 2005 “quase 16% dos empregos criados foram em empresas de terceirização de mão-de-obra” (POCHMANN, 2008, p. 57). Mesmo assim, em um primeiro momento, serviços de conservação e limpeza até então considerados serviços especializados terceirizáveis passaram a ser restringidas, e ainda deixou-se de lado a análise sobre a terceirização de serviços no âmbito público.

Deste modo, a súmula em questão:

Pareceu fixar um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua própria absorção pelos operadores jurídicos. Afinal, as expressas e claras exceções contidas no art. 10 do Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 – exceções consubstanciadoras de um comando legal ao administrador público – não constavam do leque firmado pela súmula em exame. A par disso, a posterior vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Carta Constitucional de 1988 (art. 37, II e § 2º), não tinha guarida na compreensão estrita contida na Súmula 256. (DELGADO, M. G., 2006, p. 437)

Embora o entendimento jurisprudencial sumulado tenha tido a válida pretensão de coibir as fraudes praticadas por empregadores mediante a utilização

empresa, com participação nos lucros e gestão da mesma. Esclarece, outrossim, que quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou impedir a aplicação de preceitos consolidados são nulos. Com fundamento nos princípios peculiares do Direito do Trabalho, em encíclicas papais e normas internacionais, assevera que a possibilidade de o tomador de serviços não assumir diretamente os ônus trabalhistas, valendo-se para tanto do contrato de natureza civil, só poderá ser permitida excepcionalmente, em caso de serviço transitório e não vinculado à atividade normal da tomadora. Do contrário, a relação jurídica mantida entre a locadora dos serviços e o contratado com as características de arrendamento, locação ou aluguel da força de trabalho reveste-se da ilicitude, pois os homens não podem ser objeto – ainda que velado – deste tipo de contrato, mas somente as coisas.”

da contratação de trabalhadores terceirizados apenas para a redução de custos e melhor organização empresarial, mais conhecido como *marchandage* ou intermediação de mão de obra, que “[...] consegue colocação para o trabalhador e toma dele, com este ato, parte de sua remuneração, tratando o empregado como mercadoria.” (LEIRIA, SARATT, 1995, p. 30), acabou por evidenciar o anacronismo existente entre a jurisprudência e a realidade das relações jurídicas empresariais e de emprego, pois a terceirização de serviços já era prática de organização, gerência e divisão do trabalho difundida e muito aplicada.

Assim, a realidade confrontada com a ineficiência das leis pontuais e das súmulas relatadas e, ainda, os grandes debates jurisprudenciais e na literatura jurídica, tendo como tema a terceirização de serviços, levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Resolução 23/1993, com a primeira redação da Súmula 331, que será analisada detalhadamente em tópico posterior, juntamente com suas modificações textuais.

2.2 O conceito e caracterização da terceirização

Resumidamente, do ponto de vista da administração empresarial, a terceirização nada mais é do que um modo de gerência, organização e divisão do trabalho no seio da atividade empresarial, ou melhor, trata-se do planejamento empresarial realizado mediante a análise dos custos e benefícios empresariais no tocante à produção, competitividade e qualidade dos produtos disponibilizados para o mercado consumidor, o que resultará na definição de quais seriam as atividades secundárias passíveis de transferência a terceiros com vistas a estes objetivos. Parte-se do pressuposto de que a redução de setores de produção e do quadro de funcionários decorrente da transferência das atividades secundárias a outras prestadoras de serviços possibilita o melhor desenvolvimento da atividade principal, com produtos de melhor qualidade, decorrentes do surgimento de novas tecnologias produtivas, e a conseqüente diminuição de gastos com pagamento de empregados.

Em outras palavras,

A terceirização é...

...uma tecnologia de administração que consiste na compra de bens e/ou serviços especializados, de forma sistêmica e intensiva, para serem integrados na condição de atividade-meio à atividade-fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com intuito de potencializar ganhos em qualidade e competitividade. (FONTANELA, TAVARES, LEIRIA, 1994, p. 19)

Na literatura jurídica trabalhista²² encontra-se que a terceirização pode ser conceituada como “[...] o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente [...]” (DELGADO, M. G., 2006, p. 428), ou, ainda, é a relação trilateral, que envolve três personagens intrinsecamente ligados, designadamente o trabalhador (obreiro), a empresa terceirizante e a tomadora de serviços, que compõem esta modalidade de contratação de prestação de serviços de natureza cível entre duas entidades (pública e/ou privada), na qual a empresa terceirizante (prestadora de serviços) responde pela direção dos serviços efetuados pelo empregado, por ela contratado, e que realiza as atividades específicas em benefício da empresa tomadora de serviços.

Sérgio Pinto Martins (2009, p. 176) conceitua a terceirização como a “[...] possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa [...]”, o que pode compreender “[...] tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.”

Dos conceitos anotados extrai-se que a relação trilateral existente nos casos de terceirização foge completamente do modelo clássico de relação de emprego firmado no artigo 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, pois, não obstante estejam presentes todos os elementos necessários à caracterização

²² Outros conceitos merecem ser mencionados, devido à clareza na apresentação do fenômeno chamado terceirização: “[...] enfatiza a descentralização de determinadas atividades, para destiná-las ao subcontratado, com o intuito de permitir, ao tomador de serviços, que se dedique ao foco de sua atividade principal, no planejamento, organização e controle de seu próprio negócio.” (GIRAUDEAU, 2010, p. 19); “[...] é uma forma de organização empresarial que visa descentralizar as atividades acessórias da empresa tomadora, delegando-as a uma empresa prestadora de serviços, com a qual se forma o vínculo empregatício dos obreiros contratados (terceirizados), os quais, contudo, laboram dentro e em prol do empreendimento principal.” (MIRAGLIA, 2008, p. 214)

da relação empregatícia vinculada, tais como, subordinação, pessoalidade, onerosidade, habitualidade e serviço prestado por pessoa física, o empregado terceirizado mantém seu vínculo jurídico empregatício com a empresa prestadora de serviços, no entanto, as atividades relacionadas ao seu trabalho são realizadas diretamente ao tomador destes serviços, sem que com isso este seja efetivamente seu empregador.

Assim, ficam afastados os pressupostos contratuais subordinação, onerosidade e até mesmo a pessoalidade, pois o empregado contratado pela prestadora de serviços para trabalhar na tomadora pode ser substituído por outro empregado da empresa prestadora de serviços, sem que os trabalhos sejam paralisados.

Portanto, extrai-se do conceito de terceirização, que suas características podem ser resumidas nos seguintes quesitos: relação trilateral de trabalho, na qual há ausência de subordinação direta entre o obreiro prestador de serviços e a tomadora dos serviços contratados junto à empresa prestadora de serviços; a prescindibilidade do requisito contratual *pessoalidade* contido no artigo 3º do texto consolidado. Na visão empresarial, a terceirização caracteriza-se pela redução de custos, busca de qualidade dos produtos, melhor gerência, organização e divisão do trabalho; concentração da tomadora de serviços em sua atividade principal (*core business*; atividade-fim; foco empresarial).

A princípio, destaca-se a questão em torno da ausência de subordinação direta entre o trabalhador que executa os serviços terceirizados e o prestador de serviços.

O conceito de subordinação trazido pela Consolidação das Leis do Trabalho, conjugando-se os artigos 2º e 3º, tem como paradigma a relação bilateral empregado-empregador, e é considerado elemento objetivo de caracterização do contrato de trabalho, em uma relação hierárquica e de submissão ao empregador. É a subordinação jurídica, social e técnica do empregado que caracterizaria a relação de emprego.

A modernização produtiva oriunda de novas tecnologias de produção e de comunicação-logística, bem como as exigências mercadológicas

forçaram a revisão desta relação bilateral composta pelo empregado e empregador. São muitas as situações em que o trabalhador não está submetido direta e diariamente ao seu empregador direto quando exerce suas funções. Dentre estas situações incluem-se as relações trilaterais consistentes em terceirizações.

As novas relações de trabalho originadas pelas novas formas de organização, divisão e gerência do trabalho, levaram a jurisprudência e a literatura jurídica trabalhista a desenvolver a teoria da subordinação estrutural, relacionadas diretamente à terceirização de serviços e o trabalho à distância, reconhecendo-se nestes casos a presença do elemento subordinação enquanto pressuposto inafastável das relações de emprego quando, por exemplo, for evidente a participação do empregado contratado por empresa interposta em “[...] atividades que se encontram integradas à estrutura e dinâmica organizacional da empresa, ao seu processo produtivo ou às suas atividades essenciais [...]” (GARCIA, 2010, p. 149). Portanto, deixa-se de lado a posição clássica da jurisprudência e da literatura jurídica quando se fala em subordinação e na exigência de ordens diretas do empregador ao empregado.

Karen Artur (2007, p. 54-55), apoiada em Alvarez & Uriarte²³, chama a atenção para a constatação que tiveram estes dois autores: que o conceito de subordinação, elemento caracterizador do contrato de trabalho, quando comparado a outras modalidades contratuais, tem sido questionado nos seguintes pontos:

- Fuga do Direito do Trabalho – recorre às contratações por meio de terceiros, celebra os contratos de trabalho com forma de contratos civis, constitui uma empresa real ou falsamente autônoma, faz contratação por meio de cooperativas, declara legalmente que determinados trabalhadores passam a ser independentes.
- Educação em geral e formação profissional em particular – esses dois pontos são mencionados como fatores de diluição da subordinação, pois um trabalhador educado e qualificado apresentaria melhores condições para diminuir a dependência no momento de conseguir um emprego, de exercer sua cidadania e de participar das decisões da empresa.

²³ Oscar Hernandez Alvarez e Oscar Ermida Uriarte são co-autores do texto “Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación”, publicado na Revista de Direito de Trabalho, volume 27, nº 103, de 2001.

- Novas formas de organização do trabalho – gerariam um número reduzido de trabalhadores estáveis, altamente qualificados e bem-remunerados, que trabalhariam o tempo todo na empresa, e, um número elevado de trabalhadores periféricos e instáveis, requeridos para pequenas tarefas e por períodos curtos; dessa forma, seria uma necessidade definir a subordinação e a responsabilidade das empresas usuárias e intermediárias.

Nessa esteira, o conceito de subordinação não pode apenas limitar-se ao entendimento que se refere somente à “[...] dependência hierárquica ou dependência pessoal, alcançando outros elementos suplementares, porém essenciais, como a alteridade, a assunção do risco da atividade pela empresa e a dependência econômica do trabalhador.” (DALLEGRAVE, 2010, p. 68)

Por tais razões, a jurisprudência²⁴ e a literatura jurídica do Direito do Trabalho devem acompanhar o desenvolvimento e o surgimento de novas formas

²⁴ Em entrevista a jurista Karen Artur (2007, p. 56-59), a Juíza Rosita de Nazaré S. Nassar discorre sobre a relação entre a evolução histórica das relações de trabalho e o Direito do Trabalho: “Na CLT, as normas foram elaboradas tendo em vista um modelo de organização do trabalho, que é esse modelo fordista-taylorista, de absoluta divisão de tarefas. Nós vamos ver isso, por exemplo, no ‘desvio de função’. A CLT assegura ao empregado que foi desviado da função da tarefa para o qual foi contratado, o pagamento daquele salário da função da qual ele foi desviado. Só que esse modelo começou a sofrer modificações, não só decorrentes de crises econômicas desencadeadas na década de 70 com os choques do petróleo, mas também, em grande parte, pelo desenvolvimento de tecnologia [...], o que passou a demonstrar que o modelo de relação de trabalho que está dentro da CLT não consegue mais explicar as modalidades de trabalho chamadas atípicas, porque elas não se enquadram mais dentro da definição de empregado e empregador que está dentro da CLT – artigo segundo e terceiro. O Direito do Trabalho vive uma crise de identidade, chegando num momento em que são colocados em cheque princípios basilares do Direito do Trabalho. [...] Hoje em dia, já surge modalidade de contratação em que uma pessoa trabalha para várias empresas ao mesmo tempo. Uma forma que é usual nos Estados Unidos, o job sharing, a partilha do emprego por vários empregadores. Outra coisa, a própria subordinação que a gente vê como uma característica fundamental do contrato de trabalho, que o distingue de outros contratos que lhe são afins. Hoje em dia, o que se nota é uma retomada do trabalho em domicílio através de computadores, com auxílio da informática, da telemática, o chamado teletrabalho, que é realizado à distância das vistas do empregador. Ele vai tornando o vínculo subordinativo mais tênue, não aquela subordinação rigorosa que a gente pode constatar quando a pessoa trabalha dentro do estabelecimento do empregador. Então, são vários fatores que estão ocorrendo no mundo atual que mostram que o conceito de relação de emprego contido na CLT não se presta a abrigar todo o conjunto de relações de trabalho atípicas que estão surgindo. O Direito do Trabalho começa a entrar numa crise de identidade porque os trabalhadores passam a ficar à margem do Direito do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho. Os que estão no mercado informal ou os que estão prestando serviços de uma forma que não se enquadra mais efetivamente nessa definição podem ficar mais desamparados. Aí, o Direito do Trabalho que surgiu para proteger o trabalhador passa a ser um direito de elite, que passa a proteger, entre outras, aquelas pessoas que tem a felicidade de ter um emprego nos moldes que a CLT trata. Isso que o Direito do Trabalho passa pode ser explicado pela teoria da crise dos paradigmas, que o antigo paradigma sob o qual se assentou a legislação trabalhista, o modelo fordista-taylorista, sofre modificações e a realidade passa a exigir que o Direito do Trabalho se modifique ou amplie sua

contratuais de trabalho, simplesmente para ter sob sua guarda o trabalhador de todos os setores produtivos da economia. Para isso, faz-se necessária a atualização recorrente de conceitos, para que a seara trabalhista não se torne obsoleta perante a dinamicidade das relações existentes na sociedade e no mundo do trabalho. Aliás, é por esse motivo que a “[...] *análise da subordinação nas relações de trabalho pode seguir, assim, dois caminhos: o primeiro tendendo ao seu desaparecimento e o segundo levando a um sensível alargamento de seus conceitos.*” (PESSOA, 2009, p. 58)

A normalização experimentada pelas grandes empresas transnacionais na direção de suas atividades e de pessoas, inseridas no dia a dia da relação bilateral empregador-empregado, superior hierárquico-empregado, marcada pela subordinação, independentemente de sua adjetivação (jurídica, econômica, moral), perde lugar para relações mais flexíveis e horizontalizadas, como consequência do desenvolvimento de novos métodos de gerência, organização e divisão do trabalho, sobre os quais, repisa-se, conjugados com o surgimento de novas tecnologias de informática e de comunicação, revolveram o Direito do Trabalho e as relações sociais.

Enquanto no modelo industrial de processo produtivo centralizado e hierarquizado, facilmente se distingue o trabalho subordinado do trabalho independente ou terceirizado, atualmente, a tecnologia, as exigências econômicas globalizadas (competição mercadológica) que alteraram o modo de organizar o espaço empresarial, dificultam esta distinção. Sobretudo porque a noção de subordinação (obediência às ordens) de determinado superior hierárquico em uma organização empresarial é mitigada por novas formas de contratação, dentre elas, a terceirização de serviços, que acaba por horizontalizar a empresa e estabelecer novas relações no seio empresarial, nem sempre hierarquizadas, mas inseridas em uma espécie de sistema interempresarial orgânico, horizontal e flexível.

Outro requisito contratual encontrado na Consolidação das Leis do Trabalho, imprescindível para o reconhecimento do vínculo jurídico empregatício é a

tutela. Enfim, que ele saia da posição em que está porque sua posição é muito restrita. Inclusive, não atende sua própria denominação, ‘Direito do Trabalho’ porque hoje em dia muitas pessoas que trabalham estão fora dessa dita proteção do Direito.”

personalidade, elemento dispensável à relação contratual trilateral firmada no modelo terceirizante.

A personalidade refere-se à prestação de serviços direta por pessoa física, que não pode fazer-se substituir por outro trabalhador, tendo-se em vista que a relação jurídica empregatícia reveste-se de caráter de infungibilidade quanto ao trabalhador e *intuitu personae* (DELGADO, M. G., 2006, p. 291). A relação pactuada entre o trabalhador e seu empregador não pode ter seu objeto transferido para outro trabalhador, sob pena de ver-se a relação de emprego desfigurada.

Nas relações trilaterais envolvidas pela terceirização a personalidade nem sempre é levada ao extremo, sobretudo naquelas atividades que, em tese, não necessitam de trabalhadores que possuam alto grau de escolaridade ou especialidade, como serviços de asseio e conservação, transporte e vigilância.

Nestes casos, a empresa prestadora de serviços pode substituir o trabalhador que exerce suas funções na tomadora de serviços sem prejudicar o seu foco produtivo. O *core business*, ou seja, a atividade vista como principal, pode prosseguir normalmente, pois funções que não exigem alto grau de especialização ou de escolaridade podem ser exercidas por pessoas que possuam qualquer qualificação profissional ou acadêmica.

Além disso, a baixa qualificação profissional e escolar dos trabalhadores que exercem funções como as acima citadas leva a alta rotatividade de empregados (flutuação/fragilização/descartabilidade da mão de obra) e à conseqüente precarização das relações de emprego, conseqüência dos baixos salários. Vale lembrar que para as funções relacionadas a asseio, conservação e vigilância encontra-se facilmente no mercado de trabalho mão de obra ociosa, com baixa qualificação profissional e escolar, o que certamente favorece o quadro precarizante.

O mesmo não se dá quando se fala em serviços que exigem especialização ou grau de escolaridade mais avançado, pois não se substitui facilmente estes empregados prestadores de serviços, sob pena de ver-se a atividade acessória executada por empregados da prestadora de serviços

influenciarão direta e negativamente a produtividade da atividade final da empresa que contratou os serviços (tomadora).

A título de exemplo, apresentam-se as montadoras de veículos. Estas fazem da terceirização de serviços um meio de inserir-se cada vez mais no mercado globalizado, competitivo, marcado pela grande concorrência entre si, cujo foco central está na montagem de veículos. A produção de componentes eletrônicos, peças, rodas, bancos, pneus são repassados a outras grandes empresas ou, até mesmo, a pequenas empresas, que cobram preços inferiores por seus serviços. Tem-se, portanto a terceirização da produção de componentes de veículos, com vistas à obtenção de qualidade, competitividade no mercado, redução de custos e do ativo imobilizado, diminuição do quadro fixo de funcionários, melhor gerência, organização e divisão do trabalho.

Todavia, o fornecimento de componentes não poderá ser realizado por qualquer empresa prestadora de serviços, nem mesmo produzido por qualquer trabalhador, sob pena da empresa não obter a qualidade desejada e conseqüentemente não atingir seus objetivos mercadológicos. Por conseguinte, há a necessidade de que os produtos sejam produzidos por pessoas capacitadas, que tenham especialização suficiente ao ponto de oferecer produtos que atendam a qualidade exigida pelos padrões da empresa tomadora de serviços, isto aliado à redução de custos e melhor operacionalidade sistêmica das empresas envolvidas no processo.

A exigência de alta especialidade, de certo modo, acaba por fortalecer o requisito “pessoalidade” na relação trilateral, pois o trabalhador especializado contratado pela prestadora de serviços, inserido dentro do sistema e padrão produtivo da tomadora de serviços, não é facilmente substituído por outro trabalhador que esteja disponível no mercado de trabalho, justamente por não estar ambientado às condições precedentes.

Daí porque é comum a formação de inúmeras pequenas e microempresas, algumas familiares, prestadoras de serviços em acirrada competição mercadológica, criadas por ex-empregados da tomadora de serviços incentivados a pedir demissão e constituí-las para prestar serviços novamente à

tomadora, porém, agora na condição de pequeno ou microempresário, que assume os riscos de seu empreendimento, contrata e treina o empregado, produz e assume para si os encargos trabalhistas, previdenciários e fundiários dos poucos empregados que contrata formalmente. São novos prestadores de serviços que já conhecem as exigências da tomadora de serviços no que diz respeito à produção e qualidade de produtos e, possuem conhecimento técnico suficiente para eles mesmos treinarem novos empregados para atender a demanda que lhe é oferecida.

Não se pode perder de vista que o surgimento de muitas empresas de micro e pequeno porte proporcionado pela terceirização, obviamente, leva ao crescimento deste setor, o que não significa que se tenha a plena absorção da mão de obra ociosa, pois o crescimento do setor de serviços traz a ideia de competitividade combinado à qualidade produtiva. Isto exige do prestador de serviços capacidade de investimentos financeiros em novas tecnologias e treinamento de empregados, o que não é possível para todos em um mercado globalizado e competitivo.

Assim, a pessoalidade, juntamente com a subordinação, são os enigmas da terceirização. Representam a tenuidade entre a contratação direta e indireta do trabalhador, e levam a concluir que:

- as empresas que terceirizam preservam, por via indireta, empregados ligados às atividades terceirizadas. Mas por consequência enxugam sua organização administrativa, demitindo técnicos, gerentes e outros profissionais antes ligados àquela atividade e que a microempresa não pode absorver;
- constata-se um grande crescimento no número de micro e pequenas empresas para, pouco tempo depois, observar-se que menos da metade sobreviveu, ou porque acabaram sendo preteridas em favor de outros fornecedores, ou não buscaram alternativas e se limitaram a um único cliente;
- essas micro e pequenas empresas não se estruturaram administrativamente, não buscaram especialização e não incorporaram novas tecnologias, perdendo a competitividade. (SILVA, C. P., 1997, p. 52)

A terceirização apresenta ainda como características a redução de custos, busca de qualidade dos produtos, melhor gerência, organização, divisão do

trabalho e concentração da atividade empresarial da tomadora de serviços em sua atividade principal (*core business*).

Mais uma vez a terceirização rompe com um paradigma clássico: o da organização administrativa empresarial e produtiva centralizada, verticalizada e rígida que marcam as empresas administradas, sobretudo, de acordo com o modelo de acumulação de capital *fordista-taylorista*.

A terceirização praticada pela empresa tomadora de serviços repassa as atividades consideradas secundárias a terceiros com a finalidade de reduzir custos, enxugar o quadro de empregados dos setores de produção, de serviços e do administrativo, diminuir o ativo imobilizado e investimentos em tecnologia e treinamento de empregados nessas áreas. Há a completa transformação do ambiente de trabalho. Agora o movimento organizacional da empresa pode se dirigir tanto de “dentro para fora” (*outsourcing*) quanto de fora para dentro.

A atividade da tomadora de serviços concentra-se estritamente em sua atividade central, prioritária (*core business*), o que representa a transição do modelo *fordista-taylorista* para o modelo *toyotista* de produção, que segundo Helder Santos Amorim (2009, p. 46), pode ser explicado pela teoria do foco, na qual a empresa tomadora de serviços deixa de lado as atividades secundárias e concentra-se na sua atividade fim, tendo em seu horizonte a maior especialização, racionalização de recursos e qualidade dos produtos. A dedicação aos serviços acessórios, auxiliares e instrumentais fica para as prestadoras de serviços.

Assim se estabelece a relação empresarial orgânica, voltada para a redução de custos, qualidade e competitividade²⁵.

Inobstante isso, vale frisar que a verdadeira terceirização formalizada pela tomadora de serviços, seja ela voltada para a divisão do trabalho,

²⁵ Fazendo-se uso das reflexões de Ciro Pereira da Silva (1997, p. 30-31) pergunta-se: “*Por que deveria uma fábrica de televisores ou de automóveis preocupar-se com a fabricação de transistores, escapamentos, bancos, etc.? Alguma cervejaria se preocupa com a fabricação de latas de alumínio ou garrafas de embalagem de seus produtos? Afinal, existem hoje muitos fornecedores para esses itens e que os tomam como seu produto principal. E de quem iriam as empresas comprar seus componentes senão do fornecedor que oferecer a melhor qualidade, a melhor tecnologia e os melhores preços? Esta competição sadia entre fornecedores é a melhor garantia das empresas clientes de que terão no mercado produtos de excelência e baixo custo.*”

mediante a transferência da produção de elementos secundários a serem fornecidos por empresas inseridas em um contexto sistemático e orgânico de produção ou, para a prestação de serviços menos complexos, tais como alimentação, asseio e conservação, transporte e vigilância, não é aquela que visa apenas a redução drástica de custos administrativos por meio da redução do quadro de funcionários ou compra de serviços a baixo custo. A verdadeira praxe terceirizante volta-se para a qualidade e, também, para a inclusão social do trabalhador.

Portanto, a relação entre as empresas envolvidas na relação trilateral deve ser harmoniosa, e harmoniosa deve ser a relação destas com o empregado que trabalha nas funções que foram terceirizadas. Estas relações devem ser pautadas em atitudes que têm por escopo promover de benefícios para todos os envolvidos no processo, sobretudo o trabalhador, em um jogo cujo resultado confirma a vitória de todos: “[...] *ganho eu, ganhas tu, ganha a sociedade [...]*” (FONTANELLA, TAVARES, LEIRIA, 1994, 38).

2.3 A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: marco jurisprudencial

A primeira²⁶ redação da Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho revisou o Enunciado de nº 256 editado pelo mesmo tribunal.

A revisão do Enunciado nº 256 ocorreu para suprir a omissão legislativa quanto à regulação da terceirização, haja vista que o texto sumulado não estava consonante à realidade laboral terceirizante vivida pela sociedade brasileira,

²⁶ A primeira redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi aprovada por meio da Resolução 23/1993, DJ, de 21 de dezembro de 1993 com a seguinte redação: “I – A contratação de trabalhador por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.74). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial. (Res. TST 23/93, DJ, 21.12.93).

influenciada pela globalização e culto à flexibilização contratual, considerada solução para problemas relacionados à onerosidade contratual e produtiva.

O texto da Súmula 331 foi modificado pela primeira vez em 18 de setembro de 2000, quando a Resolução de nº 96/2000 alterou as disposições do inciso IV, ao acrescentar que os órgãos da Administração Pública direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista têm responsabilidade subsidiária pela inadimplência de verbas trabalhistas de responsabilidade contratual direta do empregador-prestador de serviços, desde que estejam inseridas na relação processual e constem em título executivo judicial.

No ano de 2011, a Súmula 331 recebeu nova redação (Resolução 174/2011, DEJT divulgada em 27, 30 e 31 de maio de 2011), na qual nota-se que o Tribunal Superior do Trabalho modificou o texto do inciso IV e inseriu os incisos V e VI, cujas disposições seguem abaixo para depois serem analisadas:

Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes 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.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Enfim, mais uma vez o Tribunal Superior do Trabalho supriu a omissão legislativa e, com a edição da Súmula 331 tratou de forma mais aprofundada sobre os casos de terceirização, embora a dinamicidade das relações laborais impeça que a súmula regule todas as situações passíveis de serem qualificadas como terceirização.

De positivo, além do estabelecimento de limites à terceirização, retira-se que o Tribunal Superior do Trabalho entendeu sua missão constitucional e atuou tendo os direitos fundamentais no horizonte, justamente por perceber que a terceirização, quando perversamente utilizada, pode ir de encontro aos direitos fundamentais e aos princípios protetores característicos do Direito do Trabalho.

Agora, passa-se à análise de cada inciso da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, marco decisório e regulatório da terceirização de serviços, tanto na esfera pública quanto privada, diante da inoperância legislativa.

O inciso I veda a contratação de trabalhador por empresa interposta e oferece ao empregador a possibilidade de fazer uso da contratação de trabalhadores via empresa terceirizadora somente quando houver necessidade de se formalizar contratações temporárias, nos termos da Lei 6019/1974. Caso contrário, forma-se o vínculo jurídico empregatício entre o tomador dos serviços e o trabalhador terceirizado.

A questão principal neste inciso da Súmula 331 gira em torno do combate ao *marchandage*, prática ilegal de exploração do trabalho, consistente na intermediação da contratação da mão de obra por meio de empregador interposto, que vende a força de trabalho como se esta fosse mercadoria e, por isso, retém parcela remuneratória do empregado como pagamento pelo fornecimento da “*mercadoria trabalho*”.

A Constituição Federal de 1988 tem, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), nada mais que o cerne do ordenamento jurídico brasileiro, e que por si só afasta a coisificação do homem pelo

homem e o tratamento do homem pelo homem como mercadoria ou objeto negociável.

Diante disso, a simples intermediação de mão de obra é incompatível com a Constituição Federal e com os valores que norteiam o Direito do Trabalho. A *marchandage* não pode ser confundida com a terceirização, porque nesta forma de contratação “[...] não há delegação de atividade da empresa tomadora, mas simples contratação de trabalhador por meio da prestadora, no intuito de fraudar normas trabalhistas [...]” (MIRAGLIA, 2008, p. 151) e acentuar o acúmulo de capital por meio da utilização da mercadoria trabalho, sem que com isso o trabalhador envolvido na contratação seja beneficiado.

O que não está vedado pela súmula é a contratação de trabalhador por empresa interposta nos casos de necessidade temporária, nos termos da Lei nº 6019/1974.

O artigo 2º da Lei nº 6019/1974²⁷ define o contrato temporário como “[...] aquele contrato prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.” O artigo 4º da mesma lei viabiliza a relação trilateral terceirizante ao definir que é legal a constituição de empresa de trabalho temporário, formada por pessoa física ou jurídica “[...] cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.”

Deste modo, a legislação pertinente taxa as hipóteses²⁸ em que se permite ao empregador formalizar contratos de trabalho por meio de empresa

²⁷ Maurício Godinho Delgado (2006, p. 450) explica que “O trabalhador temporário não se confunde com a figura do trabalhador admitido a prazo certo, por curto período, pela própria empresa tomadora de serviços (por contrato de temporada, por exemplo). Esse último é empregado clássico, firmando relação de emprego com o tomador real de seu trabalho, regendo-se integralmente pela CLT e não pela Lei n. 6.019/74. As regras de seu contrato a termo estão insculpidas nos arts. 443 e 445 da CLT, por exemplo, ao passo que o temporário tem sua relação de emprego firmada com a empresa de trabalho temporário e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se, ademais, à regência normativa da Lei n. 6.019.”

²⁸ São exemplos comuns que levam à contratação temporária de mão de obra, seja pela via clássica empregado-empregador ou pela via indireta, consubstanciada na relação trilateral formada pela empresa contratante, a prestadora de serviços e o obreiro: a substituição de empregada licenciada pelo período de cento e vinte dias decorrente de licença maternidade (artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal), a substituição de empregado em período de férias (artigo 7º, inciso XVII da Constituição Federal), a substituição de empregado afastado de suas funções por motivos de saúde mediante a

interposta que lhe oferecerá trabalhadores especializados, pelo prazo máximo de três meses, prorrogável uma única vez por mais três meses, o que é permitido pela Portaria nº 550 do Ministério do Trabalho e Emprego²⁹ (MARTINS, S. P., 2011, p. 129).

A Lei nº 6019/1974 faz com que a contratação de trabalhadores temporários por empresa interposta, regente do contrato de trabalho, sem a formação de vínculo jurídico empregatício com a empresa tomadora de serviços seja

percepção de auxílio doença, o aumento extraordinário da demanda em período próximo a datas comemorativas nacionais, tais como Natal, Páscoa, Dias dos Namorados, Dia dos Pais, Dia das Mães etc.

²⁹ Para a melhor visualização do problema, disponibiliza-se o texto da Portaria nº 550 de 12 de março de 2010, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego: O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto nos arts. 8º e 10 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e no art. 27 do Decreto nº 73.841, de 13 de março de 1974, resolve: Art. 1º Estabelecer instruções para a prorrogação do contrato de trabalho temporário, para a celebração deste por período superior a três meses e para o fornecimento de dados relacionados ao estudo do mercado de trabalho. Art. 2º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, em relação a um mesmo empregado, deve ser necessariamente por escrito e conter expressamente o prazo de duração, que não pode exceder de três meses. Parágrafo único. Mediante autorização prévia do órgão regional do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, o prazo de vigência do contrato poderá ser ampliado para até seis meses, quando: I - houver prorrogação do contrato de trabalho temporário, limitada a uma única vez; II - ocorrerem circunstâncias que justifiquem a celebração do contrato de trabalho temporário por período superior a três meses. Art. 3º A empresa de trabalho temporário deverá solicitar a autorização prevista no parágrafo único do art. 2º desta Portaria à Seção ou Setor de Relações do Trabalho - SERET da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do estado da Federação onde for prestado o serviço. Art. 4º A solicitação deverá ser feita por intermédio da página eletrônica do MTE, no endereço www.mte.gov.br, por meio do Sistema de Registro de Empresa de Trabalho Temporário - SIRETT. § 1º A solicitação para a prorrogação de contrato de trabalho temporário deve ser feita até o penúltimo dia anterior ao termo final do contrato. § 2º Nos contratos previstos no inciso II do art. 2º, a solicitação deve ser feita até dois dias antes de seu início. Art. 5º A empresa de trabalho temporário deverá acessar o SIRETT, preencher os dados requeridos pelo Sistema e transmitir a solicitação via eletrônica. Parágrafo único. A transmissão ensejará o envio automático de mensagem ao correio eletrônico - e-mail da chefia da SERET do estado indicado pela empresa de trabalho temporário para a autorização. Art. 6º A concessão de autorização constará de certificado gerado pelo SIRETT, que será enviado para o e-mail da empresa de trabalho temporário constante de seu registro no Ministério do Trabalho e Emprego. Parágrafo único. Cabe à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, se julgar necessário, empreender ação fiscal para verificação da veracidade dos dados informados pela empresa de trabalho temporário. Art. 7º A partir de 1º de maio de 2010 as empresas de trabalho temporário deverão informar mensalmente ao MTE, por meio do SIRETT, os contratos de trabalho temporários celebrados e prorrogados no mês anterior, com os dados identificadores da tomadora, do empregado e o motivo da contratação, para fins de estudo do mercado de trabalho temporário, conforme previsto no art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974. § 1º As empresas de trabalho temporário ficam dispensadas de informar, na forma do caput deste artigo, os contratos já incluídos no SIRETT em face de autorizações para contratação por período superior a três meses e para prorrogação do contrato inicial. § 2º A falta de envio das informações previstas no caput deste artigo consiste em infração ao art. 8º da Lei nº 6.019, de 1974, e implicará aplicação de multa, conforme dispõe o art. 3º, inciso III, da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989. Art. 8º Fica revogada a Portaria nº 574, de 22 de novembro de 2007. Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

inserida definitivamente no cenário jurídico brasileiro, caracterizada pela estrutura trilateral, independentemente da transitoriedade destas contratações.

Convém ressaltar que não se encontra na legislação relacionada aos contratos de trabalho temporários qualquer menção sobre o que seria considerado trabalho especializado, nem mesmo quais seriam as atividades passíveis de substituição temporária. Com o objetivo de suprir esta falta de orientação, a Instrução Normativa MTb/GM 3/1997, em seu artigo 10, § 2º estabelece que “*O trabalhador temporário pode atuar tanto na atividade-meio, quanto na atividade-fim da empresa tomadora ou cliente [...]*”, o que, fatalmente, leva à conclusão de que qualquer atividade, seja ela especializada ou não, pode ser objeto de contratação temporária.

Como se vê, de acordo com a instrução normativa do Ministério do Trabalho e Emprego, a contratação temporária pode ser realizada para atender as necessidades da empresa tomadora, tanto para as atividades meio quanto para as atividades-fim (o foco da atividade empresarial, seu *core business*) durante prazo determinado, e é por este motivo que *Ciro Pereira da Silva* (1997, p. 28) afirma que há uma grande diferença entre a terceirização, enquanto modelo de gerência, organização e divisão do trabalho e o contrato de trabalho temporário. Para o autor, as duas modalidades de contratação, embora flexíveis e caracterizadas pela relação trilateral não podem ser confundidas, sobretudo porque a Lei nº 6019/1974, parte do princípio de que o trabalhador contratado por empresa interposta (locadora de mão de obra) permanecerá em suas funções junto à tomadora de serviços temporariamente, apenas para suprir necessidade extraordinária, enquanto a terceirização tem caráter permanente, com o fornecimento de produtos ou serviços. Some-se a isto o fato de que a terceirização caracteriza-se pela transferência das atividades acessórias, auxiliares ou complementares a terceiros, para que a tomadora de serviços possa concentrar-se em seu foco produtivo, isto é, em sua atividade principal, enquanto a contratação temporária pode ser formalizada para atender as necessidades da tomadora relacionadas diretamente com sua atividade principal, o que é permitido pela Instrução Normativa MTb/GM 3/1997, em seu artigo 10, § 2º.

Nesse sentido, a análise comparativa entre terceirização e trabalho temporário, faz notar que:

O trabalhador temporário é contratado para os exercícios de atividades inerentes à própria empresa tomadora, e ali se apresenta como força de trabalho fornecida pela empresa de trabalho temporário. Distingue-se da terceirização quanto ao objeto da contratação, porque no segundo caso contrata-se a prestação de serviços especializado, para o que seria o destacamento de uma divisão da empresa contratante e o desenvolvimento daquela especialidade de trabalho, com mobilização de estrutura e materiais específicos à atividade contratada. [...] A atividade da empresa de mão de obra temporária não deve confundir-se com o fornecimento de serviços terceirizados, já que, no primeiro caso, temos a própria intermediação de mão de obra (para as situações excepcionadas da Lei n. 6.019/74) e, no segundo, a prestação de serviços especializados. (GIRAUDEAU, 2010, p. 73-74)

O entendimento sumulado ainda firma, no inciso I, que as terceirizações fraudulentas, ou seja, todas as contratações que tenham por objeto o simples fornecimento de mão de obra, sem obediência às disposições legais supra, levarão ao reconhecimento do vínculo jurídico empregatício entre o trabalhador terceirizado e a tomadora de serviços, combinada à consequente declaração de nulidade da relação de emprego entre aquele e a prestadora de serviços, variante fundamentada no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Passa-se agora a discorrer sobre o inciso II da Súmula 331, que afasta a formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e a Administração Pública, mesmo que a contratação por empresa interposta seja irregular, fundamentado no artigo 37, *caput*, inciso II da Constituição Federal.

O artigo 37 da Constituição Federal enumera os princípios norteadores da conduta da Administração Pública direta e indireta: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tendo em vista os princípios da moralidade e impessoalidade, o inciso II, do artigo 37, preconiza que a contratação de servidores públicos somente será válida desde que a contratação seja formalizada após prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. Portanto, nenhuma investidura em cargo ou

função pública poderá ser efetivada sem a aprovação em concurso público de provas e títulos como exigido pelo texto constitucional.

Isto não significa que a Administração Pública não possa terceirizar, pois não há impedimento legal. O que se veda na Súmula 331 é o reconhecimento de vínculo de emprego com a Administração Pública, até mesmo quando houver irregularidade contratual ou o desenvolvimento irregular dos trabalhos. Por exemplo, quando o trabalhador terceirizado é diretamente subordinado a servidor público aprovado em concurso de provas e títulos ou, ainda, quando empregado contratado por empresa interposta exerce as funções de servidor público contratado nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Com efeito, a Administração Pública, no que tange à contratação de servidores, tem sua atuação pautada pelo princípio da legalidade e certamente a contratação de servidor público ou o reconhecimento de vínculo de emprego³⁰ sem a prévia aprovação em provas e títulos não atenderia este princípio constitucional, basilar do Estado Democrático de Direito. No mais, mesmo quando estão preenchidos todos os pressupostos necessários ao reconhecimento do vínculo de emprego, quando se trata da Administração Pública, deve-se sempre ter em conta que a força normativa da Constituição faz com que as regras celetizadas e os princípios característicos do Direito do Trabalho, como o princípio da primazia da realidade, não prevaleçam sobre normas de ordem pública como a contida no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal (MARTINS, S. P., 2009, p. 212).

Outro fator de extrema importância, quando se fala em terceirização de serviços no âmbito público, refere-se às licitações.

Em obediência ao princípio da licitação pública, todas as contratações de empresas prestadoras de serviços devem ser realizadas em

³⁰ Sobre a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego em situações de comprovada utilização irregular da fórmula terceirizante por parte da Administração Pública, Maurício Godinho Delgado (2006, p. 446-448) apresenta três vertentes. A primeira vertente opta pelo não reconhecimento do vínculo de emprego, em virtude da vedação constitucional imposta pelo artigo 37, II. A segunda corrente entende que se deveria reconhecer o vínculo de emprego mesmo diante da ausência de concurso público, afastando-se, assim, a vedação constitucional. A terceira corrente faz uso do caminho hermenêutico, e chega a um meio-termo entre as duas correntes anteriores: afasta o reconhecimento do vínculo de emprego e assegura ao trabalhador prejudicado pela aplicação perversa da terceirização o direito a todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis à relação laboral do empregado estatal. A última corrente é a mais aceita pela literatura jurídica e pelos tribunais.

processo licitatório vinculado, no qual serão avaliadas as propostas apresentadas à Administração Pública (SILVA J. A., 2004, p. 653-654), nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e Lei 8666/1993 (Lei de Licitações).

Segundo Zulmar Fachin (2011, p. 409), “[...] a licitação tem por escopo obter a proposta mais vantajosa à administração pública [...]” e, para atingir seus fins, todo o processo licitatório assegurará “[...] igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas a estabelecerem obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta ofertada [...]” e, à Administração Pública, quando analisa as propostas apresentadas em certame licitatório, além de sopesar questões de seu interesse, cabe verificar a idoneidade do empregador que lhe prestará os serviços contratados, com o fim de evitar que o trabalhador terceirizado seja prejudicado pela inadimplência contratual.

A Administração Pública, quando terceiriza a prestação de serviços especializados via processo licitatório, certamente busca a redução de custos, todavia, não se pode olvidar que nem sempre a proposta que atende aos seus interesses administrativos e econômicos guardará em suas linhas intenções de cumprir com as obrigações contratuais de natureza trabalhista, fundiária e previdenciária, pois a contratação por baixo custo poderá resultar em prejuízo futuro ao trabalhador terceirizado, caso o empregador interposto opte por cumprir apenas as obrigações contratuais firmadas no contrato de prestação de serviços em vez de arcar com as despesas contratuais inerentes ao contrato de trabalho do trabalhador contratado para realizar as atividades relacionados à atividade-meio do ente público tomador dos serviços.

Por sua vez, o inciso III da súmula em questão estabelece as situações-tipo de terceirização, adjetivadas na literatura jurídica e jurisprudência como terceirizações lícitas, designadamente, as contratações de prestadoras de serviços de vigilância, asseio e conservação, atividades especializadas relacionadas à atividade-meio do tomador de serviços, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta.

Na verdade este inciso reafirma a permissividade contida na Lei nº 7102/1983, que possibilitou, antes mesmo da edição da Súmula 331, a transferência

de atividades de vigilância³¹ para empresas especializadas na área de segurança patrimonial.

Além disso, este inciso nomeia outras atividades sujeitas à terceirização, como os serviços de conservação e limpeza, atividade que, na prática, antes mesmo da aprovação do texto da Súmula 331, já era transferida para terceiros. Ainda encontra-se no texto jurisprudencial que todas as atividades ligadas à atividade-meio do tomador dos serviços podem ser terceirizadas para empresas especializadas³², desde que não estejam presentes na relação entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços (na esfera pública ou privada) os elementos contratuais pessoalidade e subordinação direta, agora relativizados pela contratação interposta.

Por essas razões, as empresas tomadoras de serviços passaram a transferir para as empresas prestadoras de serviços diversas atividades enquadradas em suas atividades-meio, isto é, aquela atividade que não seja seu foco principal, o objeto central de sua produção. Em vez de terceirizar somente a vigilância, a conservação e limpeza, adotaram a terceirização constante do transporte, preparação de refeições, comercialização de produtos, logística, contabilidade, recursos humanos, montagem de componentes que formarão o produto final, assessoria jurídica, dentre outros serviços.

A produção do tomador de serviços fica horizontalizada, torna possível a redução de custos, o enxugamento do quadro de empregados e o crescimento produtivo aliado à qualidade, pois a reorganização promovida pela nova distribuição do trabalho facilita a gerência e a dedicação somente ao *core business*.

³¹ Vale lembrar que embora exista a faculdade de terceirizar as atividades de vigilância, quando a empresa opta por criar em seu quadro funcional grupo cuja atividade se destina à segurança patrimonial, estes obviamente serão seus empregados. Por exemplo, as instituições financeiras para poder abrir suas portas, devem contratar seguranças diretamente ou por empresa interposta. Caso resolvam contratar diretamente, o empregado contratado pertencerá à categoria dos bancários, por outro lado, se preferir a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de vigilância patrimonial, formada estará a relação trilateral, sem o vínculo de emprego entre o tomador dos serviços e o empregado vigilante, que não será considerado bancário.

³² Quando se refere à especialização da prestação dos serviços, o Tribunal Superior do Trabalho não se referiu ao trabalhador. A especialização exigida na Súmula 331 dirige-se à empresa prestadora de serviços, pois, como bem explica Sérgio Pinto Martins (2011, p. 191), os empregados contratados por empresas prestadoras de serviços da área de conservação e limpeza, no geral, não possuem qualquer especialização, no entanto, a empresa deve ser especializada.

Neste passo, cumpre analisar os incisos IV, V e VI. Estes incisos tratam da responsabilidade do tomador dos serviços, devendo-se atentar ao fato de que o inciso V é direcionado exclusivamente para as terceirizações de serviços firmados no âmbito da Administração Pública.

Dos incisos IV e VI depreende-se que é subsidiária a responsabilidade do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações contratuais trabalhistas do empregador direto (prestador de serviços), o que abrange todas as verbas referentes ao período contratual ou de comprovada prestação laboral.

A responsabilidade subsidiária é uma espécie de “[...] reforço de ou em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços) paga o devedor secundário a empresa tomadora de serviços [...]” (MARTINS, S. P., 2001, 137). Portanto, hoje, o trabalhador terceirizado, quando procura a satisfação jurisdicional, primeiro busca o adimplemento das verbas a que teria direito juntamente com a empregadora direta (prestadora de serviços) e, caso sua contenda reste infrutífera, responderá subsidiariamente a tomadora de serviços para pagar as verbas fixadas em condenação referente a todo o período contratual comprovado.

Para isto, desde o ajuizamento da Reclamatória Trabalhista, exige-se que a empresa tomadora de serviços esteja inscrita no pólo passivo da ação em litisconsórcio necessário, caso contrário, não estará configurada sua participação na relação processual e, posteriormente, não constará no título executivo judicial.

Em linhas gerais, não teria cabimento afastar a responsabilidade do tomador de serviços que se beneficiou do trabalho de empregado fornecido por empresa prestadora de serviços, ainda mais por ser comum encontrar no mercado de trabalho empresas prestadoras de serviços inidôneas, incapazes de cumprir com suas obrigações contratuais de natureza trabalhista, por oferecer serviços em troca de pagamentos em valores reduzidos, que, em razão disto, as conduzirá ao desaparecimento. O tomador de serviços que se beneficia do trabalho terceirizado, a baixo custo, deve ser responsabilizado, ainda que subsidiariamente, como meio de se evitar a precarização das relações de emprego. Apesar da responsabilização

subsidiária, resultar no ressarcimento moroso do trabalhador, sua instituição pela via jurisprudencial é válida, principalmente porque tem por escopo assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, valorizar o trabalho humano e viabilizar a existência digna do trabalhador terceirizado.

Em depoimentos à jurista e socióloga Karen Artur (2007, p. 111), o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra destaca que a escolha pela responsabilização subsidiária³³:

Sem dúvida nenhuma, foi uma alternativa que me parece a mais idônea possível porque não está apenando aquele que, exercendo uma faculdade legal, contra uma empresa prestadora de serviços, mas está lhe impondo uma obrigação de contratar uma empresa idônea para que o empregado não seja prejudicado com isso. Foi uma forma de se evitar a precarização do trabalho e sobretudo de deixar as pessoas à margem de qualquer proteção. Acredito que tem perfeita lógica essa discussão do enunciado 331 porque as contratações de empresas terceirizadas prestadoras de mão-de-obra se faziam sem rigor. Hoje é necessário o rigor na contratação porque a responsabilidade subsidiária acaba virando uma responsabilidade principal se a empresa contratada for inidônea.

Segundo a literatura jurídica e o entendimento jurisprudencial majoritário, a responsabilização subsidiária do tomador de serviços decorre de sua culpa *in vigilando* e *in eligendo*.

Como visto, do ponto de vista empresarial, a terceirização é sinônimo de redução de custos, da dedicação exclusiva à atividade-fim, isto é, ao foco da atividade empresarial (*core business*), para se chegar a um padrão de

³³ Também em depoimento à jurista e socióloga Karen Artur (2007, p. 112), a Juíza Rosita de Nazaré defendeu a responsabilização solidária da empresa tomadora de serviços. Para a Juíza, "*Quando a responsabilidade é subsidiária, você tem que primeiro fazer a execução do responsável principal e tentar todos os meios de encontrar bens desse responsável principal. Só depois que for certificado pelo oficial de justiça que ele não tem condições de pagar, é que o juiz vai ordenar que se vá atrás do segundo responsável, que é o subsidiário, que é aquele quem vai atender, caso o principal não possua bens. E até se chegar a essa conclusão muito tempo se passou, muitas diligências foram feitas, de modo que se torna um tanto teórica ou inócua essa providência da responsabilidade subsidiária. Ao passo que, se a responsabilidade for solidária, os dois ao mesmo tempo, aquele que todo mundo sabe que tem condições patrimoniais, financeiras, econômicas para atender aquela dívida, o juiz vai direto determinar a penhora dos bens dele. Não só depois de ter cumprido essa via crúcis que é a execução trabalhista com relação ao primeiro. Aí já não existe o segundo, já desapareceu, já foi embora, não é encontrado. Eu acho que não é eficiente, é eficiente para o ente público porque o ente público não desaparece com tanta facilidade como desaparece a empresa privada.*"

qualidade combinada com a redução de custos que possibilite à tomadora de serviços competir no mercado nacional e internacional globalizado.

O sucesso da tomadora dos serviços terceirizados passa pela escolha adequada sobre qual empresa lhe prestará os serviços, de modo que a competição também é acentuada entre as empresas prestadoras de serviços, setor econômico que apresentou nas últimas décadas um crescimento extraordinário.

Por estas razões, embora seja comum a formalização de contratação tendo como parâmetro principalmente o preço do serviço contratado, o entendimento sumulado parte do pressuposto de que a empresa contratante (tomadora de serviços) deve colher todas as informações possíveis sobre a idoneidade da empresa que pretende contratar.

Nesse sentido, a coleta de dados sobre estrutura operacional, qualidade dos serviços, cumprimento das obrigações contratuais de natureza trabalhista, realização de recolhimentos previdenciários e fundiários, se é recorrente o ajuizamento de reclamações³⁴ trabalhistas em face da prestadora de serviços, torna-se imperioso.

A ausência destas averiguações ou inadimplência do prestador de serviços no que tange à suas obrigações contratuais trabalhistas leva à conclusão de que o tomador de serviços incorreu em culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho adota, portanto, o critério da responsabilidade subjetiva do tomador dos serviços.

A culpa *in vigilando* decorre da má fiscalização das obrigações contratuais. O entendimento jurisprudencial sumulado entende que o tomador dos serviços deve exigir da prestadora de serviços “[...] o regular cumprimento de suas obrigações como empregadora dos trabalhadores que ali lhe prestam serviços [...]” (GIRAUDEAU, 2010, p. 90), do mesmo modo, com o objetivo de eximir-se de

³⁴ Atualmente a Justiça do Trabalho disponibiliza no sítio do Tribunal Superior do Trabalho presente na web mundial o Cadastro Nacional de Débitos Trabalhistas, importante instrumento de auxílio ao trabalhador em sua luta em face da precarização das relações de emprego. Trata-se de mais uma ferramenta útil para a averiguação da idoneidade de empresas prestadoras de serviços utilizadas apenas como meio de obtenção de mão de obra barata, geralmente prejudicada pela inadimplência contratual.

qualquer culpa pelo inadimplemento, deve a tomadora eleger com cautela a prestadora que lhe oferecerá os serviços. Em outras palavras,

Sabendo-se que a contratação de mão de obra faz-se, presumidamente, mediante vínculo de emprego entre trabalhador e o próprio contratante, a Súmula 331 do TST reflete entendimento segundo o qual o tomador de serviços terceirizados, ao optar por essa modalidade de contratação, tem o dever de observar critérios cuidadosos de eleição da empresa prestadora, e ainda exercer permanente fiscalização e vigilância sobre a empresa eleita, sob pena de pesar, contra o tomador, a presunção de abuso de direito. (GIRAUDEAU, 2010, p. 91)

Posta assim a questão, a Súmula 331 remete à ineficácia de qualquer disposição contratual firmado entre a tomadora e a prestadora de serviços que afasta a responsabilidade subsidiária, por ser entendimento jurisprudencial de ordem pública e irrevogável (GARCIA, 2010, p. 352).

A responsabilidade subsidiária também se aplica às terceirizações de serviços firmados no âmbito público. O inciso V é claro ao estabelecer a responsabilidade subsidiária dos entes da Administração Pública direta e indireta, remetendo o leitor ao inciso IV da própria súmula, o que torna possível a responsabilização desde que comprovada a conduta culposa no cumprimento das obrigações contidas na Lei nº 8666/1993, principalmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços.

A exigência de comprovação da conduta culposa resulta da não responsabilização imediata em caso de simples inadimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, o que força a concluir que a responsabilização subsidiária da Administração Pública somente será aplicada quando o trabalhador terceirizado, em eventual reclamatória trabalhista, comprovar a ocorrência de conduta administrativa culposa.

Em que pese o entendimento sumulado ter se consolidado nos últimos anos, a responsabilização da Administração Pública ainda suscita discussões em nossos tribunais e na literatura jurídica, quando se confronta o

entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho com o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993.

O artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 (Lei de Licitações) preconiza que “*O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato [...]*”, sendo que a “*[...] inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.*” Conclui-se, portanto que, segundo este artigo, não existe qualquer responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos de natureza trabalhista, fiscal, previdenciária e fundiária.

Ressalte-se, que é esta contradição existente entre o entendimento sumulado e o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 que fez emergir no cenário jurídico brasileiro intenso debate sobre o tema.

O tema responsabilização estatal, inclusive, levou ao ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, cujo objetivo foi obter pela via jurisdicional a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993.

O Supremo Tribunal Federal julgou a questão, cuja ementa do julgamento segue abaixo:

Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhista, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032 de 1995.

Nota-se facilmente que o Supremo Tribunal Federal optou por declarar a constitucionalidade de artigo 71, § 1º da Lei de Licitações que afasta a responsabilidade do Estado.

Todavia, antes de chegar-se ao ponto final sobre a questão acerca da responsabilização da Administração Pública, nos casos em que ela seja a tomadora de serviços e à decisão suprema sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, instaurou-se no cenário brasileiro um grande debate doutrinário e jurisprudencial, que resultou na edição da Súmula 331, resultado da adoção, pelo Tribunal Superior do Trabalho, dos seguintes argumentos:

[...] (1) que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 somente se aplica na hipótese em que o contratado age dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, pautando-se o órgão público contratante nos estritos limites e padrões da normatividade; evidenciado o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*; (2) que é incompatível com o princípio da moralidade administrativa a recusa da administração pública em assumir responsabilidade por seus atos administrativos quando caracterizada sua ação omissiva ou comissiva geradora de prejuízos a terceiros; e (3) que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva da administração pública, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro, pouco importando que esse dano se origine diretamente da administração ou indiretamente de terceiro que com ela contratou e executou obra ou serviço em decorrência de ato administrativo. (AMORIM, 2009, p. 127)

Impende observar que alguns juristas entendem que o artigo 71 da Lei nº 8666/1993 não trata diretamente de contratos de terceirização de serviços públicos, mas somente de contratos firmados pela Administração Pública para a realização de obras e edificações, o que afastaria a aplicação direta deste artigo e possibilitaria, deste modo, a responsabilização subsidiária pelo inadimplemento de encargos trabalhistas. Ademais, ainda afirmam os seguidores desta linha de pensamento, que a súmula trata apenas do tomador de serviços, afastando, deste modo, qualquer conflito entre o texto da lei e da súmula³⁵.

³⁵ Segundo Toshio Mukai (2009, p. 192-193), a Súmula 331 não viola artigo 71 e seus parágrafos, porque esta disposição não trata dos serviços, mas sim das obras. O inciso IV da súmula referida fala em “tomador dos serviços”, restringindo, assim, a sua aplicação aos casos de eventuais

Todavia, deve-se atentar para o fato de que os contratos de terceirização de serviços públicos também são formalizados por meio de licitações e da formalização de contratos. O sujeito principal e maior beneficiário é a Administração Pública, que deve exigir da empresa prestadora de serviços o cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas, sob pena de ver-se suprimidos os direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

Com efeito, diante da possível falha da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331, valeu-se, sobretudo, do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo, com objetivo de obrigá-lo a reparar os danos causados por sua omissão fiscalizatória ou, ainda, quando causar prejuízo ao trabalhador por meio da formalização de contratos de prestação de serviços terceirizados com empresas inidôneas financeiramente, constituídas apenas para lesar o patrimônio público com o desvio de verbas destinadas ao pagamento dos obreiros ou, mediante a aceitação de proposta licitatória de baixo custo, que certamente resultará no incumprimento do contrato e inadimplemento de verbas de natureza trabalhista, fundiárias e previdenciárias.

Assim, embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha efetivamente optado pela responsabilização objetiva do Estado, viu a responsabilização subjetiva e subsidiária da Administração Pública,

[...] como um meio de responsabilizar o tomador de serviços e de provocar nas empresas privadas e na Administração Pública a fiscalização das empresas que são contratadas para prestar serviços. A escolha dessa responsabilidade também significou um meio de não onerar diretamente o tomador de serviços, já que a empresa prestadora será a principal responsável pelo cumprimento das obrigações. (ARTUR, 2007, p. 114)

terceirizações ou prestação de serviços normais à Administração Pública. No mesmo sentido Maria Silvia Zanella Di Pietro (2011, p. 353) diz que “*Aparentemente, existe um conflito entre os itens 4 da súmula e o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666. No entanto, a análise sistemática permite afastar esse conflito, tendo-se em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra (que é ilegal), enquanto o artigo 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei nº 8.666, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial.*”

Não se pode perder de vista que o processo licitatório tem como objetivo escolher a prestadora de serviços que melhor execute as atividades contratadas por um preço que resulte em economia de verbas à Administração Pública, e promover o gasto eficiente de verbas diante de seu quadro orçamentário limitado. Por outro lado, empresas prestadoras de serviços que apresentam valores demasiadamente inferiores em licitações, obviamente, não conseguirão cumprir com suas obrigações legais decorrentes das relações de emprego justamente pelo fato de receberem por seus serviços valores extremamente baixos. Por este motivo, a Ministra Maria Cristina Irigoyen em declaração a jurista e socióloga Karen Artur (2007, p. 113-114), informa que

Nesses casos, foi muito frequente os empregados contratados por empresas que se constituíam para celebrar um contrato especialmente com a administração pública. Depois elas sumiam do mapa e os trabalhadores ficavam sem qualquer proteção, especialmente no serviço público, onde ele não tinha concurso público. Portanto, ele não tinha vínculo, e vínculo direto não se pode estabelecer com o serviço público. Então, se estabeleceu a responsabilidade subsidiária justamente para preservar a remuneração do trabalhador. Ela não importa no conhecimento de vínculo direto, que este não pode a Justiça determinar porque seria inconstitucional. Mas se estabelece essa responsabilidade subsidiária que significa apenas responsabilizar em relação ao contrato civil, subsidiariamente. Houve a prestação de serviço por interposta pessoa e esta interposta pessoa que tinha um contrato de natureza civil não cumpriu o seu contrato adequadamente. Então, aquele que celebrou o contrato e tinha o dever de fiscalizar e vigiar quem estava sendo contratado, tem a responsabilidade supletiva, ou seja, apenas nessas condições, no caso do empregador não cumprir suas obrigações, de responder pelas mesmas mesmo sem ser o empregador.

Na literatura jurídica encontra-se, por exemplo, que a Lei de Licitações buscou em seu artigo 71, § 1º afastar a responsabilidade do Estado, seja ela solidária ou subsidiária, bem como que o entendimento da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em sua antiga redação do inciso IV já afastava esta disposição, pois a irresponsabilidade estatal preconizada na lei que regula as licitações não estaria consentânea com o “[...] *preceito constitucional do art. 37, § 6º, de responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, abrangendo*

inclusive as pessoas jurídicas, de direito privado, prestadora de serviço público.” (GIRAUDEAU, 2010, p. 66).

No entanto, antes de se defender a irresponsabilidade inflexível estatal, os juristas e magistrados devem colocar em pauta que, diante das disposições constitucionais e de uma análise acurada dos objetivos e valores firmados na carta política originária do Estado Democrático de Direito brasileiro, o Estado Brasileiro, acima de toda e qualquer responsabilidade, tem a responsabilidade social à sua frente.

Ao Estado não cabe apenas buscar o desenvolvimento econômico e a maximização do emprego de recursos públicos limitados a baixo custo (inclusive essa é uma característica da licitação, busca-se, sobretudo, baixos custos, e não a qualidade), pois a ele cabe, essencialmente, privilegiar o desenvolvimento autodeterminante e digno do ser humano, isto pela imposição constitucional que aponta como bases a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano.

Ademais, o entendimento firmado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho nunca se referiu à constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações³⁶. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal optou pela irresponsabilidade do Estado quando declarou a constitucionalidade do referido artigo ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16.

O Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 (Lei de Licitações) não teve a intenção de constituir em favor da Administração Pública o direito de lesar ou furtar-se de suas obrigações legais (constitucionais e infraconstitucionais) ou contratuais. Do mesmo modo, não teve a intenção de mitigar o princípio da legalidade e da moralidade administrativa. A decisão em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade teve apenas como fim, assegurar a aplicação da responsabilidade subjetiva do Estado, o que exige aferir a conduta, no sentido de verificar se a atuação da Administração Pública colaborou para a ocorrência do prejuízo.

³⁶ “O TST, ao dispor sobre a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, jamais alegou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Apenas o interpretou, mitigando a proibição de transferir débitos trabalhistas para a Administração Pública, para admitir sua responsabilidade subsidiária.” (SILVA, A. A., 2011, p.83)

Ao final, os dois tribunais, em verdade, entendem apenas que a Administração Pública deve ser responsabilizada quando sua conduta for culposa, sendo este o entendimento firmado na nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer claramente que “[...] 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.”

2.4 A terceirização regular e irregular: aspectos determinantes

Inicialmente, cumpre frisar que não há no ordenamento jurídico brasileiro vedação legal à prestação de serviços terceirizados ou legislação que regule de modo generalizado a sua formalização. Sendo assim, diante desta lacuna na legislação da seara trabalhista brasileira é que o Tribunal Superior do Trabalho percebeu o anacronismo existente entre o Direito do Trabalho, principalmente constante no texto consolidado, e a realidade das relações laborais após a difusão de novos paradigmas de gerência, organização e divisão do trabalho no mundo globalizado.

Desde o início das discussões a respeito da terceirização de serviços, nos Fóruns de Primeiro Grau trabalhistas, Tribunais Regionais do Trabalho até o Tribunal Superior do Trabalho, muito se debateu sobre quais seriam os limites³⁷ à terceirização e qual caminho a jurisprudência e a literatura jurídica deveriam seguir.

Como visto, o ponto final (paliativo, mas por enquanto aquele que resolve de imediato o problema) dado à questão hoje está personificado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que em seu texto estabelece algumas

³⁷ O administrador e consultor de empresas Lívio Antônio Giosa (1999, p. 32) entende que “[...] a terceirização não tem limites. Dede que a empresa se dedique mais à sua vocação, à sua missão, seus esforços tendem a se concentrar mais na execução e na gestão, exigindo qualidade, preço e inovações.”

permissividades específicas no que tange à terceirização ou relações trilaterais firmadas por empresa interposta, trabalhador terceirizado e tomadora de serviços³⁸.

Antes de aprofundar o tema tratado nesta seção, vale comentar que na literatura jurídica e na jurisprudência se encontra, comumente, os verbetes *lícito* e *ilícito* para qualificar a terceirização, a partir da verificação de sua consonância com as disposições sumuladas e legais específicas.

Maurício Godinho Delgado (2006, p. 439), por exemplo, diz que “[...] as situações-tipo de terceirização lícita estão, hoje, claramente assentadas pelo texto da Súmula 331, TST”. Sérgio Pinto Martins (2011, p. 159) trata das hipóteses de terceirizações lícitas. A mesma qualificação é utilizada pelas juristas Karen Artur (2007, p. 101), Gabriela Neves Delgado (2003, p. 143-148), dentre outros autores.

No entanto, diante da inexistência de vedação legal às suas formalizações, parte-se do pressuposto que todas as terceirizações ou relações trilaterais, firmadas tanto no âmbito público quanto no âmbito privado, são lícitas e devem apenas observar as disposições jurisprudenciais, legislativas ordinárias, portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, balizando-se, também, nos princípios de dignidade constitucional. Não há dúvida de que o desenvolvimento de novas técnicas produtivas pode desencadear novas formas de contratação, o aumento da oferta de empregos, o crescimento econômico e a inclusão social do trabalhador.

Aliás, a Constituição Federal coloca entre seus fundamentos a livre iniciativa, combinado-a com a valorização do trabalho humano (ambos presentes no artigo 1º, inciso III) e apresenta entre seus objetivos garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II) e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III), o que certamente se pode alcançar pelo fomento aos meios de produção e ao trabalho, como medidas de combate ao desemprego.

Na Constituição Federal consta, ainda, precisamente no artigo 170, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de promover a existência digna dos brasileiros, norteado pelos

³⁸ No item anterior foram apontados diversos fatores que, por exemplo, evidenciam que o contrato de trabalho temporário, embora seja caracterizado pela relação trilateral, não se confunde com a terceirização de serviços, esta vista como modelo de gerência, reorganização e divisão do trabalho no espaço empresarial.

princípios da livre concorrência, redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego.

Assim, não há como adjetivar as terceirizações por *lícitas* ou *ilícitas*. O mais correto seria adjetivá-las pelas expressões *terceirização regular* ou *sumulada* para aquelas terceirizações ou relações trilaterais formalizadas tendo como limites as determinações jurisprudenciais contidas na Súmula 331.

As disposições da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho indicam o caminho a ser trilhado quando se analisa casos envoltos pela terceirização de serviços, mas não exaure as situações possíveis de terceirização, sobretudo quando se tem em vista a dinamicidade do mundo do trabalho.

De igual forma, também, deve-se nomeá-las por *terceirização irregular* ou *desvirtuada*, quando não seguirem as orientações jurisprudenciais, as normatizações restritivas já comentadas e as orientações de dignidade constitucional.

Nestes termos, resumidamente, a Súmula 331 e as disposições legais específicas apresentam quais são as hipóteses de relação trilateral ou terceirizações sumuladas aceitas pelo Tribunal Superior do Trabalho: a contratação temporária (Lei nº 6019/1974); serviços de vigilância, limpeza, conservação ou aqueles serviços especializados relacionados à atividade meio do tomador de serviços, desde que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação (artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho).

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho firma o entendimento de que para a regularidade da terceirização “[...] não podem existir elementos pertinentes a relação de emprego no trabalho terceirizado, principalmente o elemento subordinação [...]” (MARTINS, S. P., 2011, p. 160), caso contrário, a inobservância das exigências sumulares “[...] implicaria a configuração da ilicitude da prática terceirizante, com a conseqüente fixação de vínculo empregatício clássico com o tomador de serviços.” (DELGADO, G. N., 2003, p. 144)

Ao contrário disso, no trabalho temporário, diferentemente do exposto no parágrafo anterior, há relação subordinada e pessoal direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços. O trabalhador temporário está

inserido na organização empresarial e divisão do trabalho diretamente ligada à atividade-fim da empresa tomadora dos serviços³⁹. Certamente seja por isso que:

Excedido o prazo de três meses – por coincidência, ou não, igual ao do contrato de experiência – e o trabalhador continuar prestando serviços à mesma empresa, passa a ser empregado desta, tacitamente ou não, perdendo sua condição de terceiro quanto a ela. (CATHARINO, 1997, p. 79)

Indubitável é que quando a relação trilateral terceirizante por prazo indeterminado apresenta em sua realidade os pressupostos contratuais pessoalidade e subordinação, resta caracterizada como terceirização irregular ou desvirtuada.

A verdadeira terceirização consiste na delegação de atividade-meio ao prestador de serviços, sem qualquer relação de pessoalidade e subordinação entre o trabalhador terceirizado e o tomador dos serviços, sobretudo porque, quando se fala em pessoalidade, deve-se ter em vista que na terceirização não deverá importar “[...] à empresa contratante, quem está realizando o serviço. O que convém nesse caso, é tão somente a efetivação da tarefa contratada, não importando quem as cumpriu [...]” (MIRAGLIA, 2008, p. 154). O tomador de serviços nem mesmo pode determinar à empresa prestadora de serviços que contrate determinado trabalhador com o objetivo de que este futuramente lhe preste serviços.

Com relação à subordinação, esta deve existir exclusivamente entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, ou seja, a subordinação jurídica de natureza trabalhista restringe-se à relação entre o prestador de serviços e o trabalhador terceirizado. Portanto, o contratante dos serviços junto à empresa prestadora não poderá se considerar “[...] como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal [...]”, o empregado terceirizado deve ser independente, “[...] deve

³⁹ Semelhantemente, Gabriela Neves Delgado (2003, p. 144) afirma que as exigências contidas na Súmula 331 restringem-se “[...] apenas às hipóteses de terceirização permanente, não sendo pressuposto de licitude para a hipótese de terceirização temporária (contraponto do texto do inciso I com o do inciso III da referida súmula). Isto quer dizer que no trabalho temporário, o trabalhador poderá exercer seu ofício com pessoalidade e subordinação em relação ao tomador de serviços, sem que ocorra desconfiguração do vínculo empregatício com a empresa terceirizante”.

haver total autonomia [...] inclusive quanto a seus empregados [...]” (MARTINS, S. P., 2011, p. 160). Isto significa,

[...] na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados. (DELGADO, M. G., 2006, p. 441)

Por isso, a simples intermediação de mão de obra voltada para uma simulação de contrato de trabalho terceirizado (falsa realidade que pode ser afastada com a aplicação dos princípios da primazia da realidade aliados aos princípios constitucionais) *“[...] evidencia-se na hipótese de interferência do tomador dos serviços no trabalho executado, especialmente nas situações em que ele exige especificamente quem vai executá-los, além de comandar, dirigir e fiscalizar a prestação [...]”* (GIRAUDEAU, 2010, p. 63).

A simples inobservância destas vedações leva à descaracterização da terceirização, e sua irregularidade tem como consequência a nulidade do contrato de trabalho firmado entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, fundada no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Outro efeito está o reconhecimento do vínculo jurídico empregatício entre obreiro e o tomador dos serviços terceirizados, conforme preceitua a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

A título de exemplo, cita-se a montadora de veículo Honda. Desde sua instalação no Brasil fez uso da terceirização de serviços e, para isto, participou diretamente da constituição da empresa que lhe presta serviços, a Logística Sumaré Ltda. Segundo Paula Regina Pereira Marcelino (2004, p. 35-36),

A empresa foi aberta no Brasil com o nome de LSL (Logística Sumaré Ltda.) devido ao impedimento que a legislação brasileira coloca – provavelmente assim como a da maioria dos países do mundo – para que uma empresa tenha dentro de si sua própria terceira sob a mesma razão social. Essa atitude caracterizaria

diferenciação salarial dentro da mesma categoria de trabalhadores. Segundo os funcionários da LSL e as lideranças sindicais metalúrgicas, nos outros países, a logística tem o nome de Honda Express. Observando o cadastro da empresa na Junta Comercial do Estado de São Paulo, pudemos constatar que em 17 de setembro de 1998, a LSL tinha um capital de 1 milhão de reais, dos quais R\$ 999.999,00 correspondiam à participação da Honda Express Co. Ltda. na sociedade e o R\$1,00 restante era a parte que cabia a um sócio-diretor de origem japonesa.

O exemplo Honda enquadra-se perfeitamente em uma das práticas de terceirização irregular ou desvirtuada apontada por Gabriela Neves Delgado (2003, p. 148) apoiada em Enio Rodrigues de Lima, consistente na criação de uma empresa que irá absorver algum setor produtivo, prestando-lhe os serviços com exclusividade, mediante o pagamento de salários reduzidos e estabelecimento de jornadas de trabalho extenuantes.

A *regularidade* ou *irregularidade* da terceirização também gira em torno de qual seria a atividade-meio especializada terceirizável e qual o limite a sua proximidade com a atividade-fim (*core business*, o foco empresarial).

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho trata genericamente sobre este tema, ao entender válida a terceirização de “[...] *serviços especializados ligados à atividade-meio [...]*”.

A atividade-meio especializada nada mais é do que “[...] *a atividade de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador [...]*” (GARCIA, 2010, p. 345). Em outras palavras, é aquela atividade especializada objeto de contrato de natureza civil entre a tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviços, complementar e de apoio, que não representa, ao final, o objetivo principal do tomador de serviços.

Em um primeiro momento, a ideia de especialização traduz “[...] *que apenas serviços de relativa qualificação técnica é que poderão ser terceirizados, como alternativa para que práticas fraudulentas sejam evitadas [...]*”, porém, a jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho, desde seus Tribunais Regionais ao Tribunal Superior do Trabalho amplia o alcance casuístico do termo ao considerar “[...] *que serviço especializado é aquele que esteja inserido, efetivamente, na dinâmica da atividade-meio da empresa [...]*” (DELGADO, G. N., 2003, p. 145-146).

Esta interpretação ampliativa faz com que serviços como de conservação e limpeza, vigilância, que não exigem especialização, sejam inseridas dentro dos possíveis serviços especializados.

Na verdade, não existe um parâmetro claro para se distinguir a atividade-meio da atividade-fim⁴⁰. Há uma tênue diferença que as separa, que em muitas situações não é suficiente para diferenciá-las claramente, em uma zona de aproximação nublada, confusa, que pode ter como consequência o desvirtuamento da terceirização. O que importa, necessariamente, é verificar se ao menos a empresa prestadora de serviços de fato é especializada em alguma atividade que, embora seja coordenada (parceira entre as empresas) com a atividade-fim, não esteja inserida em seu objetivo final, ou seja, no foco empresarial (*core business*).

Com efeito, os conceitos de atividade-meio e atividade-fim podem variar. A relação entre produção e labor é dinâmica. O surgimento de novas técnicas de produção, o avanço tecnológico, o surgimento de novos métodos de organização, gerência e divisão do trabalho, como as já ocorridas durante o recente desenvolvimento histórico-capitalista nos mostra que aquilo que “[...] hoje é especializado pode tornar-se genérico e o que é fim pode se transformar em meio para a obtenção de um novo fim.” (SILVA, A. A., 2011, p. 77)

Igualmente, a evolução tecnológica coloca em pauta o conceito atual de que a terceirização:

[...] só deve ser utilizada em atividades meio e não na atividade fim
 [...] São inúmeros os exemplos de empresa com atualização tecnológica que atuam na linha de produção de empresa contratante. Como dissemos, são inúmeros os exemplos de empresas de embalagens que montam uma verdadeira fábrica na linha de produção da empresa contratante, visando aumento de escala de produção com a conseqüente redução de custos e qualidade porque

⁴⁰ A confusão entre atividade-meio e atividade-fim destaca-se na indústria automobilística “[...] que hoje se tem configurado mais como empresas montadoras de veículos a partir de peças fabricadas por outras do que como produtoras diretas, essa distinção entre atividade-meio e atividade fim torna-se mais nebulosa. Qual parte do carro a ser montada deve ser considerada atividade-fim? A montagem de pneus, caixas de transmissão e de direção – atividades que, como nos apontou Robles (2001), estão progressivamente sendo integradas ao leque de funções dos operadores logísticos subcontratados – podem ser consideradas atividade-meio de uma indústria cuja atividade fundamental é montar veículos? Ou mesmo o trabalho tradicionalmente considerado como sendo logístico, o de fazer a movimentação de peças, não é parte dessa montagem de carros?” (MARCELINO, 2004, p. 157-158)

utiliza efetivamente o *know-how* mais atualizado de uma forma criadora. (FERRAIUOLO, 1993, p. 71)

Em última análise, a Súmula 331 estabeleceu os parâmetros mínimos para a formalização de terceirizações de serviços, no mais, quando caracterizada a irregularidade da terceirização, e enquanto durar a omissão legislativa quanto à regulação do fenômeno terceirizante, deve-se buscar a solução na literatura jurídica e na própria jurisprudência, sobretudo a inovadora (não se está a defender posturas jurisprudenciais criacionistas, discricionárias ou arbitrárias, conforme será exposto em tópico posterior), sem deixar de lado a Constituição Federal e os princípios de Direito do Trabalho. Apenas desta maneira se pode pretender a efetivação dos direitos fundamentais e dirimir a precarização das relações de emprego terceirizados. Este papel, como se verá, pertence ao Poder Judiciário.

2.5 A exclusão social e sua relação com a fórmula terceirizante

Do ponto de vista empresarial, a terceirização nada mais é do que meio de redução dos custos produtivos, que possibilita à empresa tomadora de serviços dedicar-se somente à sua atividade principal (atividade-fim, *core business* ou foco empresarial), para poder participar da disputa mercadológica, hoje globalizada, com capacidade para competir (e vencer seus concorrentes) mediante o oferecimento de produtos de alta qualidade.

Sob outro enfoque, a terceirização constitui-se em uma relação coordenada entre empresa tomadora e prestadora de serviços (parceria empresarial), como se constituíssem um sistema de produção orgânico, sistematizado, que conta com o fornecimento de serviços a baixo custo e alta qualidade.

A literatura jurídica aponta como um dos problemas da terceirização justamente a redução dos custos, refletida, por exemplo, em alto índice de

desemprego, via enxugamento do quadro de funcionários da tomadora, flutuação da mão de obra prestadora de serviços, rebaixamento de salários e a consequente exclusão social do trabalhador terceirizado.

Mas existem outras questões relacionadas à terceirização que colaboram para a exclusão social do trabalhador terceirizado. Cita-se a título de exemplo, a dificuldade de organização sindical, a discriminação salarial no mesmo ambiente de trabalho, o inadimplemento de verbas de natureza trabalhista e fundiária e a diminuição da qualidade do ambiente de trabalho na tomadora dos serviços, o que fatalmente atenta contra os direitos fundamentais dos trabalhadores.

O aviltamento salarial⁴¹ é um dos maiores problemas que se tem na relação trilateral terceirizante. A exclusão social do trabalhador terceirizado consubstanciado na discriminação salarial é latente e afeta diretamente sua existência enquanto ser humano dotado de dignidade. Privilegia-se a redução dos custos e o empregado, antes contratado diretamente, passa a realizar, em alguns casos, a mesma função de empregados ainda mantidos diretamente pela tomadora de serviços, todavia, com salário reduzido.

No Brasil, a terceirização foi efetivamente difundida no meio empresarial em um momento de crise, no qual as empresas tomadoras dos serviços viram no processo terceirizante “[...] *uma forma de defesa contra os efeitos da recessão, enquanto para os empregados se apresenta como risco de desemprego e perda de condições melhores de trabalho já conquistadas [...]*” (SITRÂNGULO, 1993, p. 43). Nessa esteira, a redução salarial “[...] *é visto como o motivo da terceirização, e não como um efeito.*” (MARCELINO, 2004, p. 189)

⁴¹ A indústria automobilística serve de exemplo quando se trata de redução de custos e salário através da terceirização. As montadoras de veículos centralizam suas terceirizações para as indústrias de autopeças. “*Enquanto as montadoras praticam salário médio de aproximadamente U\$S 1.200, a indústria de autopeças anda cerca de 40% abaixo desse patamar. Indústrias como Volkswagen, Mercedes Bens, General Motors e outras reduziram, desde o início desta década, aproximadamente 30% do efetivo de seu pessoal em razão da busca de produtividade, aí embutida a terceirização. Evidente que a massa salarial foi reduzida na mesma proporção. E as indústrias de autopeças, absorvendo mesmo que parcialmente esta mão-de-obra, oferecem salários menores. Houve assim efetivamente uma redução da média salarial do segmento automobilístico, ao longo de sua cadeia produtiva. Isto, se estendido aos demais setores industriais, significa menor poder de compra, queda de consumo e, em consequência, retração de vendas e menos abertura de postos de trabalho.*” (SILVA, C. P., 1997, p. 109)

Não é por acaso que Márcio Pochmann (2008, p. 20-21) apresenta os seguintes dados:

Em geral, a remuneração do trabalhador terceirizado representa, em média, cerca de 2/3 da remuneração média dos empregados formais no ano de 2005 [...] Considerando-se somente a terceirização no interior do mercado de trabalho assalariado formal, constituído por 26,4 milhões de empregados no setor privado e uma massa de rendimento anual estimada em quase 364 bilhões de reais em 2005, percebe-se que a terceirização representa uma economia de 20,2 bilhões de reais ao ano (5,6% a menos da massa de rendimento total). [...] Isso ocorre porque os 4,1 milhões de empregados formais do segmento terceirizado recebem uma remuneração menor em relação ao trabalhador não terceirizado no exercício da mesma ocupação. Se considerar ainda o impacto no custo do trabalho total (com encargo social incluído), o impacto na redução da contratação da mão-de-obra assalariada chega a 26 bilhões de reais no ano de 2005 (7,1% da folha de pagamento das empresas).

Daí retira-se que é comum não encontrar, no fenômeno da terceirização, a observância de princípios constitucionais, como o da igualdade e valorização do trabalho humano. O homem transforma-se, em muitos casos, em mero instrumento do capital. O embate entre capital e trabalho é travado todos os dias, e o único derrotado é o trabalhador.

Embora a jurisprudência sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho tenha, de certo modo, tomada as rédeas no que tange à terceirização de serviços, o controle civilizatório da terceirização, enunciado por Maurício Godinho Delgado (2006, p. 461-462), ainda está por vir.

Isto porque, além do aviltamento salarial é comum ver as grandes empresas tomadoras de serviços incentivar a formação de pequenas empresas prestadoras de serviços por seus ex-funcionários, já treinados e inseridos na sistemática empresarial. Estes, além de prestar serviços, ainda treinariam outras pessoas que futuramente passariam a prestar serviços ao tomador.

Como bem crítica Alice Monteiro de Barros (1993, p. 62):

[...] intolerável é “terceirizar” misteres a ex-empregados da empresa, que ali exerceram tais atribuições, e agora na condição de supostos prestadores de serviços autônomos ou de sócios de sociedade

constituída para esse fim, deixam, num passe de mágica, de serem empregados e transformam-se em empregadores, em patrões deles mesmo, quando é sabido que esses trabalhadores, na sua grande maioria, não possuem capacidade jurídico-econômica de organização própria, através da qual possam desenvolver seu impulso de livre iniciativa. A hipótese traduz relação de emprego mascarada.

Com efeito, o incentivo à formação⁴² de pequenas e microempresas prestadoras de serviços tem como consequência a constituição de empresas desde o início enfraquecidas, não somente pela falta de capacidade econômica, jurídica e de organização, como alerta Alice Monteiro de Barros, mas também pela alta concorrência entre as prestadoras de serviços e rebaixamento dos valores cobrados pelos serviços. O impacto disto no mercado de trabalho é imediatamente sentido pelo fechamento das prestadoras de serviços e o aumento da flutuação da mão de obra e do número de desempregados entre os economicamente ativos⁴³.

Salienta-se, ainda, que além dos aspectos organizatórios, jurídicos e econômicos, o ex-empregado incentivado a tornar-se empresário prestador de serviços, quando condicionado à prestação exclusiva a seu antigo empregador, que lhe impõe esta condição devido ao receio de que ocorra transferência de tecnologia para empresa concorrente, fica sujeito à estagnação, sem possibilidade de crescimento e aderência a novas tecnologias.

⁴² Amador Paes de Almeida (1993, p. 36) defende a ideia de que “[...] a contratação de empresas prestadoras de serviços, entre se constituir numa forma de aperfeiçoamento das operações fundamentais indispensáveis à própria atividade-fim, é meio de incremento de emprego, utilizando, no mais das vezes, embora não necessariamente, de mão-de-obra ociosa e desqualificada (faxineiros, vigias, etc.), num País que, segundo estatísticas confiáveis, o número de trabalhadores desempregados ultrapassa os sete milhões.” Em que pese o texto do jurista ser de 1993, a realidade brasileira ainda é marcada pelo alto índice de desemprego, no entanto, quando defende a terceirização como meio de combater o desemprego, esquece-se que muitas vezes o emprego assegurado junto à prestadora de serviços vem acompanhado da precarização das relações de emprego, mediante a supressão de direitos trabalhistas e o aviltamento das condições de trabalho. Tanto o desemprego, quanto a terceirização de serviços excluem socialmente o trabalhador, a grande questão é: como solucionar de forma eficiente este problema?

⁴³ Convém ressaltar que o tomador, quando terceiriza, também pretende a obtenção de qualidade associada à redução de custo. Certamente há empresas prestadoras de serviços que fecham suas portas por oferecerem ao tomador, serviços especializados de baixa qualidade, por exemplo, empresa prestadora de serviços que fornece alimentação de baixa qualidade, o que vem a ocasionar a intoxicação dos empregados contratados diretamente pelo tomador dos serviços. Outro exemplo, instituição financeira que contrata serviços de vigilância com o objetivo de diminuir o índice de roubos às suas agências, mas não tem sucesso em virtude do treinamento inadequado dos vigilantes.

Assim, por um lado tem-se o aumento do desemprego, por outro a diminuição do emprego formal e a exclusão social do trabalhador terceirizado.

O aumento do desemprego também decorre do enxugamento do quadro de funcionários contratados diretamente pelo tomador dos serviços, seja no âmbito público ou privado. O sucesso da relação trilateral voltada para a competitividade, produtividade e qualidade depende da redução do quadro funcional do tomador dos serviços, que tem como consequência direta a diminuição de energia em gerenciamento, organização e divisão do trabalho no ambiente empresarial e público. No entanto, isto acarreta a elevação do índice demissional (desemprego e insegurança – flutuação da mão de obra), com reflexos no plano social.

Inobstante isso, há a ilusão de que a adoção da terceirização em larga escala geraria grande número de empregos formais em empresas prestadoras de serviços. Porém, não é o que acontece, e a exclusão social do trabalhador permanece, conforme exemplifica Ciro Pereira da Silva (1997, p. 106):

A tecnologia de ponta e o enxugamento administrativo pedem mais investimentos e menos mão-de-obra. No ano de 1996 e neste ano, 1997, Sorocaba-SP deverá receber cerca de uma dúzia de novas indústrias, mas elas vão oferecer apenas 3 mil novos empregos. Apesar dos US\$ 250 milhões de investimentos da Volkswagen em São Carlos-SP, somente 320 empregos foram criados para fabricar motores em alta escala. Calcula-se que apenas 100 empregos indiretos, nas áreas de suporte foram criados. É na terceirização, se assim se pode chamar os serviços que estão sendo prestados a novas fábricas que já nasceram horizontalizadas, que poderiam aparecer os esperados empregos, aqui propriamente chamados de indiretos, mas o ritmo também é mais lento e muito menor que o desejado.

Outro impacto da terceirização sobre os direitos, a duras penas conquistados pelos trabalhadores, está relacionado à sindicalização e atuação sindical.

A terceirização favorece a desmobilização sindical. A fragmentação das prestações de serviços em diversas profissões dificulta o enquadramento e a filiação sindical, bem como a mobilização dos trabalhadores contratados por

prestadores de serviços. Não há identificação coletiva ou de classe de trabalhadores. “*A noção de ser coletivo obreiro, basilar ao Direito do Trabalho e a seu segmento juscoletivo, é inviável no contexto de pulverização de força de trabalho, provocado pelo processo terceirizante.*” (DELGADO, M. G., 2006, p. 469).

O ideal seria conceder ao empregado terceirizado a possibilidade de filiar-se ao sindicato da categoria profissional da própria empresa tomadora, pois é lá que se concretizam os serviços por ele prestados. Deve-se romper com as condições clássicas de enquadramento sindical, a fim de garantir ao trabalhador terceirizado a fruição da organização sindical preconizada no artigo 8º, inciso II da Constituição Federal.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2006, p. 469-471):

A idéia de formação de um sindicato de trabalhadores terceirizados, os quais servem a dezenas de diferentes tomadores de serviços, integrantes estes de segmentos econômicos extremamente díspares, é simplesmente um contra-senso. Sindicato é unidade, é agregação de seres com interesses comuns, convergentes, unívocos. [...] a ordem jurídica brasileira trata categoria profissional como uma expressão social elementar (art. 511, § 2º, CLT) básica, que é composta pela “...similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas” [...] No caso dos trabalhadores terceirizados, encontra-se na empresa tomadora de serviços sua essencial similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, como dispõe a CLT; é ali que se encontra sua essencial similitude em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas [...] por isso, é no universo de trabalhadores da empresa tomadora de serviços [...] que ele encontrará sua categoria profissional e seu efetivo sindicato.

Contudo, a complexidade da sindicalização do trabalhador terceirizado torna-se crítica quando se pensa em trabalhador terceirizado que presta serviços a diversas tomadoras, de diferentes áreas produtivas, e na administração pública. Neste último caso, como se daria o enquadramento sindical? O trabalhador contratado por empresa interposta prestadora de serviços à Administração Pública teria alguma aproximação coletiva/sindical do servidor público concursado?

São questões para serem pensadas e repensadas, debatidas a exaustão na literatura jurídica e na jurisprudência, para se chegar a um veredicto que melhor atenda às necessidades dos trabalhadores terceirizados.

O trabalhador terceirizado sem a chancela sindical⁴⁴ eficiente, bem organizada e integrada à sua realidade fica enfraquecido nas negociações com o sindicato patronal ou diretamente com a própria empregadora, seja a temática reduzida à remuneração ou precarização das condições de trabalho (supressão de direitos), o que conduz da mesma sorte, à exclusão social.

A terceirização tem outra característica que colabora para a exclusão social do trabalhador: a especialização. Em países de economia periférica, como o Brasil, não se encontra no mercado de trabalho mão de obra especializada em abundância. O deficiente sistema educacional brasileiro restringe a uma pequena parcela da população a possibilidade de ingressar no mercado de trabalho com preparação técnica e intelectual suficiente para competir pelo emprego. Sobra para a grande maioria a informalidade ou os empregos de baixas remunerações e condições precárias de trabalho, ocasionada pela inobservância de disposições de natureza trabalhista básica (e de dignidade constitucional), dentre eles alguns serviços prestados por empresas especializadas em limpeza, conservação, vigilância, transporte, alimentação.

A especialização da mão de obra, imperante na racionalização liberal capitalista acerca da divisão e organização do trabalho⁴⁵, influi diretamente em questões sociais, e afasta o trabalhador, menos especializado ou sem qualquer

⁴⁴ Em fevereiro do ano 2000 a montadora de veículos Honda e os empregados da prestadora de serviços Logística Sumaré Ltda. – LSL entraram em rota de colisão. Os trabalhadores terceirizados organizaram greve que contou com número expressivo de adesão de trabalhadores. “*Segundo depoimento dos trabalhadores, todo o movimento foi organizado por dois funcionários da LSL que buscaram apoio no Sindicato dos Metalúrgicos de Campinas e Região, sindicato que representa os trabalhadores da Honda. As reivindicações dessa greve eram: reajuste de 33% nos salários e redução de jornada sem redução de salário e sem flexibilização (acordo que estava firmado com os trabalhadores da Honda). Além disso, a greve buscava que fosse mudada a representação sindical, que os trabalhadores da LSL passassem a ser representados pelo sindicato cutista*”, pois o sindicato que os representava, nomeadamente o SEAAC Americana firmava acordos sem o consentimento dos trabalhadores em assembleia, além disso, os trabalhadores terceirizados nem mesmo sabiam quem eram seus dirigentes sindicais. (MARCELINO, 2004, p. 209-210)

⁴⁵ Vale lembrar que Adam Smith já valorizava o trabalho especializado, por diminuir a perda de tempo ocasionada pela troca de tarefas entre os empregados, o que influenciou as locuções de Taylor sobre a racionalização do trabalho.

especialização, de qualquer possibilidade de ascensão social. A realidade do trabalhador terceirizado, na maior parte das vezes reside na limitação à ascensão social (individual, mas que influencia o familiar) como consequência da sua incapacidade para trabalho especializado, pela deficiência educacional.

Ao mesmo tempo, o trabalho que exclui socialmente o trabalhador por exigir a sua especialização em determinada atividade, também exclui aquele trabalhador especializado em apenas uma atividade. Sua limitação, neste momento, não é somente econômica. Não obstante seus ganhos pelo trabalho (às vezes) sejam satisfatórios, agora seu trabalho torna-se “*mecânico*”, invariável, não se tem conhecimento de todo o processo produtivo do qual ele participa. É a alienação do trabalho excludente, que hoje exige a permanente e constante atualização técnica do trabalhador especializado. É o homem máquina, programado somente para labor específico, sem capacidade de pensar.

Igualmente, criam-se “*castas*” de trabalhadores, os especializados e os não especializados. Esta divisão entre os trabalhadores, na qual os primeiros possuem melhores remunerações, mais vantagens sociais à sua disposição, melhores condições de trabalho e têm maiores chances de serem contratados diretamente por grandes conglomerados econômicos-produtivos, só vem evidenciar a diferença entre estes e os trabalhadores não especializados, contratados por baixos salários, para serviços (terceirizados ou não) que obviamente não exigem especialidade.

Além disso, os trabalhadores sem especialização sofrem com a alta rotatividade no emprego. A fácil substituição promove a alta rotatividade (flutuação) da mão de obra, que contará com menos direitos sociais e de dignidade constitucional a sua disposição, sem se esquecer das piores condições de trabalho, resultante da exploração do homem pelo homem, voltada para redução de custos operacionais.

Em última análise, a verdadeira terceirização não pode ser resumida à redução de custos através da diminuição do quadro de empregados e da contratação de serviços a baixo custo, pois a legítima terceirização não exclui o trabalhador, não provoca o desemprego, nem a violação sistemática de direitos

trabalhistas e dos axiomas constitucionais. A legítima terceirização tem impacto social positivo, é para o bem, não segrega, preza pela inclusão social do trabalhador, fundada na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano e na dignidade da pessoa humana, como meio de viabilizar a existência digna e o desenvolvimento harmonioso das relações sociais e de emprego.

3 TERCEIRIZAÇÕES DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública não passou imune à “revolução” imposta pelos novos métodos de gerenciamento, organização e divisão do trabalho, desenvolvidos pelos meios de produção privados, como resultado da crescente evolução tecnológica e científica financiada pelo capitalismo monopolista dos meios de produção, hoje, inseridos no mercado global de competitividade implacável.

A partir de 1970, o mercado petrolífero desencadeou uma crise econômica em nível mundial, que interrompeu o largo crescimento econômico iniciado logo após a Segunda Guerra Mundial, tanto em países de economia central, quanto nos países de economia periférica como o Brasil. Por outro lado, no mesmo período se viu o fortalecimento do mercado econômico globalizado, aliado à tecnologia desenvolvimentista.

Ante a ocorrência da referida crise, o modelo do Estado de Bem-Estar Social entra em colapso em suas divisões social, econômica e administrativa e, juntamente com a redefinição do papel do Estado na economia e na sociedade, surge a necessidade de reorganizá-lo administrativamente, no sentido de reduzir os gastos públicos e repensar sua atuação na regulação econômica.

Com efeito, impulsionados pela globalização e com o constante progresso tecnológico e científico que criaram atalhos (encurtamento das distâncias, ampliação do mercado internacional e concorrência acirrada entre conglomerados empresariais e mercados internos) em novo paradigma mundial economicamente instável, as alterações sofridas que incidentes sobre o processo produtivo privado influenciaram a organização Estatal (agora dotada de menos recursos e mais déficits orçamentários). A Administração Pública passa a privilegiar a redução de custos operacionais dos serviços públicos oferecidos à população, o que implicou na redução dos gastos com pessoal combinada com a pretensão de dotar o aparato estatal burocrático de eficiência por meio de sua flexibilização.

O Estado que antes era presente e intervencionista precisou ser reinventado do ponto de vista administrativo, pois paulatinamente perdeu sua força e

governabilidade, evidente consequência da diminuição dos recursos econômicos e da influência globalizante sobre as economias nacionais.

Neste contexto, as políticas estatais intervencionistas não representavam mais os interesses da ordem capitalista e o “*alto custo do Estado de Bem-Estar tornou-se o grande entrave da ordem econômica*”, que dentre outras exigências, preconizava o livre mercado, com o mínimo de intervenção estatal nas relações econômicas, “[...] *redução da carga tributária, a flexibilização dos direitos trabalhistas e o corte das despesas públicas*”. (AMORIM, 2009, p. 57)

Assim, a solução para os problemas administrativos públicos passou pela ideia de adaptação governamental à globalização, mediante a implementação de aparato burocrático mais ágil e flexível, atento às mudanças econômicas tanto internas quanto externas (ABRUCIO, 1997, p. 10), remetidas, além de outras providências⁴⁶ desoneradoras do Estado, à ideia da descentralização administrativa fundada na terceirização de serviços públicos.

Inicia-se, assim, o processo terceirizante (ou superterceirização de serviços) na esfera pública, influenciado pela ideologia *neoliberal* consolidada por Margareth Thatcher na Inglaterra⁴⁷ e Ronald Reagan nos Estados Unidos, influentes na organização política, econômica e administrativa de outros países, inclusive do Brasil.

Vale lembrar, portanto, que não foi por acaso que a terceirização de serviços e a reforma administrativa sempre estiveram ligadas. O novo modelo de gerenciamento estatal que objetiva a redução de custos em geral, tem na terceirização a solução para o problema dos gastos excessivos com pessoal e melhoria na qualidade dos serviços oferecidos aos administrados, todavia, como se

⁴⁶ As outras providências tomadas na reorganização administrativa do Estado foram, por exemplo, a privatização, a permissão e concessão de serviços públicos.

⁴⁷ Do início de seu governo ao final no ano de 1997, Margareth Thatcher “[...] *privatizou praticamente tudo o que havia sido mantido sob o controle estatal no período trabalhista, reduziu quase à extinção o capital produtivo estatal, desenvolveu uma legislação fortemente flexibilizadora das condições de trabalho [...] Os órgãos públicos estatais ingleses foram incentivados, neste período, a contratarem firmas privadas (ou seja, a desestatizar) “serviços públicos” essenciais, como a manutenção e limpeza de vias públicas e a coleta de lixo urbana, assim como a terceirizar “atividades de apoio administrativo” até então consideradas públicas por natureza, como limpeza e manutenção de prédios públicos.*” (AMORIM, 2009, p. 58)

verá no decorrer deste trabalho, marcada pela constante precarização das relações de emprego e a exclusão social do trabalhador terceirizado.

3.1 A reforma administrativa brasileira

No Brasil, por mais que se impressione com a ampliação de medidas voltadas para o enxugamento da Administração Pública com o fito de equilibrar seu orçamento a partir da década de noventa, as primeiras *nuances* de uma reforma administrativa influenciada pelo modelo gerencial privado-capitalista-neoliberal, voltado para a busca de alternativas à maior acumulação do capital, datam do ano de 1967, com a edição do Decreto nº 200/1967.

Em 1967 ainda não se havia concretizado o mercado globalizado que tanto afetou a economia dos Estados. A tecnologia e o início da maturação de um sistema de comunicação que acabaria por encurtar distâncias já anunciava o que estava por vir: a forte influência do mercado internacional globalizado e competitivo sobre as economias domésticas e a estabilização de conglomerados produtivos que calharam por diminuir o poder interventivo e a autonomia político-econômica do Estado de Bem-Estar social.

Diante da necessidade de reformar a Administração Pública, o governo militar brasileiro, ao editar em 1967 o Decreto de nº 200, empreendeu “[...] *uma tentativa de superação da rigidez burocrática [...] Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta [...]*,” (PEREIRA, 1997, p. 11) voltada para a eficiência e flexibilidade contratual trabalhista.

O referido decreto, em seu artigo 10, § 7º⁴⁸ estabeleceu um novo modelo administrativo público, fortemente influenciado pelo gerencialismo produtivo

⁴⁸ Livia Mendes Moreira Miraglia (2008, p. 173) relaciona a edição e publicação do Decreto 200/1967 com o discurso neoliberal existente à época. Para a jurista o texto do Decreto 200/1967 expõe que a Administração Pública poderia contratar empresas terceiras desde que estes não correspondessem à atividade-fim e, que “*A possibilidade dessa forma de contratação deu-se, precipuamente, com fundamento na necessidade de desafogar a máquina estatal – ideologia imposta pelo discurso neoliberal e que até hoje prevalece –, que apregoava a intervenção estatal mínima e a menor onerosidade possível do setor público.*”

privado de cunho neoliberal, bem como pelo desenvolvimento de novas tecnologias que modificaram a organização e a divisão do trabalho, voltado para a acumulação de capital, ao dispor que a Administração Pública Federal deveria optar pela descentralização de atividades executivas, no que tange a “[...] *planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa [...]*”, transferindo-se tais atividades à “[...] *iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar encargos de execução.*”

A descentralização administrativa promovida pelo Decreto nº 200/1967 considerou, sobretudo, a possibilidade de garantir à Administração Pública a redução de custos e eficiência através da transferência de atividades antes mantidas pela administração direta a autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas e privadas com capacidade para atender a demanda estatal.

Assim, a Administração Pública, antes centralizada e verticalizada pelo sistema burocrático rígido, inspirada no modelo burocrático *fordista-taylorista* passa a experimentar a descentralização administrativa, horizontalizada, flexível, com vistas à eficiência e enxugamento do aparato estatal.

Como se vê, logo na primeira reforma administrativa pública brasileira os interesses da Administração Pública convergiram para os da iniciativa privada, pois, ao optar pela descentralização (administrativa e produtiva) teve como primeiro objetivo a redução de custos operacionais. No entanto, restava a dúvida sobre o que a Administração Pública poderia descentralizar.

Para suprir esta definição sobreveio a Lei nº 5645/1970, que em seu artigo 3º exemplificou quais seriam as tarefas da Administração Pública suscetíveis de repasse executório à entidade privada, a saber, “*As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta*”.

Neste ponto, a reforma administrativa, ocorrida ao final dos anos de 1960, representou o início da implantação no espaço público do gerenciamento racionalizado de recursos, calcado na transferência de atividades “[...] *unificadas*

pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividade-meio [...]” (DELGADO, M. G., 2006, p. 433), cujo rol exemplificativo foi pela primeira vez recomendado na Lei nº 5645/1970.

O resultado destas disposições legais, que visavam a redução de custos administrativos, não foi o esperado. Isto porque antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia a exigência de aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para a contratação de empregados públicos, de contrato de trabalho regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, em verdade, permitiu à Administração Pública manter suas contratações diretas sem concurso público para suas atividades executivas, mantidas “*[...] com a flexibilidade de admissão e dispensa própria do regime de Direito Privado [...]*” (AMORIM, 2009, p. 62). Inviabilizou-se, portanto, a adoção efetiva da reforma administrativa orientada pelas disposições do Decreto nº 200/1967 e Lei nº 5645/1970.

É por isso que Helder Santos Amorim (2009, p. 63) afirma que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que se instaurou no Brasil novo modelo gerencial para a Administração Pública brasileira, caracterizada pela rigidez e inflexibilidade em face das diretrizes constitucionais, a contratação indireta e a transferência de atividades acessórias, complementares e instrumentais a terceiros, da iniciativa privada “*[...] figurou apenas como um instrumento flexível, ao lado da própria contratação direta de empregados sem concurso, para o exercício de praticamente quaisquer atividades administrativas.*”

Nesse sentido, apesar de ter sido pouco utilizado como fundamento para a contratação indireta de trabalhadores, as disposições do Decreto nº 200/1967 e da Lei nº 5645/1970 ocasionaram

[...] duas consequências inesperadas e indesejáveis. De uma lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como burocrática ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, assim, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível, selecionados

através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais. (PEREIRA, 2008, p. 11)

Assim, pode-se afirmar que estas disposições legais acabaram por colaborar para a configuração de um quadro de pessoal consideravelmente elevado no âmbito público, refletindo, obviamente, na elevação de gastos com seu pagamento. A tão pregada descentralização administrativa sucumbiu perante a ineficiência das disposições legais e constitucionais vigentes até a mudança de paradigmas imposta pela Constituinte de 1988, que em seu artigo 37, inciso II passou a exigir a contratação direta de servidor e empregado público somente após a aprovação prévia em concurso de provas e títulos.

Por conseguinte, a figuração administrativa desgovernada no que tange à contratação de trabalhadores, permaneceu sem mudanças significativas até o ano de 1988, ano da promulgação da Constituição Brasileira vigente, que contém em seu texto diversos princípios orientadores da atuação estatal direcionados à Administração Pública, designadamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴⁹ (artigo 37, *caput*).

Embora a Constituição Federal de 1988 seja o marco inaugural do Estado Democrático de Direito Brasileiro fundado na dignidade da pessoa humana, para o administrador público sobrou o enrijecimento da engrenagem burocrática estatal, ocasionada justamente pela exigência de submissão a concurso público de provas ou de provas e títulos para admissão em cargo ou emprego público, nos termos firmados no artigo 37, inciso II da Constituição Federal.

Deste modo, impossibilitou-se a contratação desmedida de trabalhadores para funções inerentes a cargos ou empregos públicos, que a partir de então deveriam ser ocupados somente por servidores ou empregados públicos capacitados e avaliados em concurso de provas ou de provas e títulos.

O gerencialismo administrativo caracterizado pela livre contratação de trabalhadores para cargos e empregos públicos perdeu espaço para a administração burocrático-constitucional, baseada nos princípios norteadores da

⁴⁹ O princípio da eficiência foi adicionado à Constituição Federal em 1998 pela Emenda Constitucional de nº 19.

atuação administrativa estatal designadas no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal.

Como se observa, a Constituição Federal de 1988, ao estruturar uma nova ordem administrativa pública “[...] acabou por inibir qualquer dúvida quanto à exigência de que as atividades tipicamente estatais sejam desenvolvidas por mão-de-obra cuja relação com o Estado não se estabeleça de forma precária.” (FORTINI; VIEIRA, 2011, p. 29)

A adoção destas medidas voltou-se para o enxugamento da máquina estatal, e isto não foi por acaso. Embora medidas de flexibilização contratual favorecessem a Administração Pública por meio da diminuição de custos, o legislador constituinte originário percebeu que o governo de exceção, ao adotar estratégias descentralizadoras a partir de 1967, “[...] havia aberto um certo espaço para o clientelismo, principalmente no nível dos estados e municípios – clientelismo esse que se acentuara após a redemocratização.” (PEREIRA, 1998, p. 12)

Para isso foram vedadas as contratações e a vinculação jurídica ao Estado sem a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, o que “[...] implicou uma imediata redução do número de funcionários públicos federais (o número de servidores civis ativos do Poder Executivo da União caiu de 713 mil em 1989, para 580 mil em 1995) [...]”, revela Helder Santos Amorim (2009, p. 63).

Em contrapartida à redução do quadro de servidores e empregados públicos, as necessidades sociais por serviços estatais diretos aumentou vertiginosamente e continuou em evolução crescente.

Diante deste quadro, a Administração Pública postou-se inerte e incapaz de suprir a demanda. Em vez de suplantar as deficiências dos serviços estatais pelo reduzido número de servidores públicos por meio da formalização de contratações nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, abriu espaço para captação de recursos humanos em modalidades contratuais alternativas, flexíveis e de valores reduzidos, dentre elas a terceirização, que quando tem sua fórmula mal utilizada (desvirtuada ou irregular), sobretudo no âmbito público, caracteriza-se pela precarização das relações de emprego, desvalorização

do trabalho humano, discriminação e exclusão social do trabalhador e abandono das diretrizes constitucionais.

Essencialmente a partir de 1990, o modismo⁵⁰ terceirização, tomado como solução gerencial na iniciativa privada, também invade a Administração Pública, dando início à superterceirização dos contratos de trabalho da esfera administrativa pública.

A subcontratação de trabalhadores terceirizados foi vista como solução aos problemas ocasionados pelo engessamento constitucional, por facilitar a contratação de trabalhadores por intermédio de empresa interposta sob a justificativa de que assim chegar-se-ia à maior eficiência dos serviços públicos, juntamente com o suprimento da alta demanda por estes serviços com qualidade.

Por seu turno, a terceirização como meio de flexibilização contratual e “[...] mecanismo de redução de custos foi adotada sem limites [...] ganhou crescente espaço no interior do emprego em todas as esferas do setor público brasileiro [...]” o que permitiu à Administração Pública direta, indireta e fundacional atuar como se empresa privada fosse, mediante a transferência de gastos com recursos humanos para terceiros, em patamar salarial semelhante aos trabalhadores terceirizados do setor privado (POCHMANN, 2008, p. 59).

Do ponto de vista jurídico, a Administração Pública não estava autorizada a proceder a terceirização como bem lhe aprouvesse. A Lei nº 5645/1970 autorizava somente a terceirização de atividades relacionadas ao transporte, conservação, custódia, operação de valores, limpeza e assemelhados. No entanto, esta limitação foi superada em 1997, após a edição e publicação do Decreto nº 2271⁵¹, permissivo quanto à contratação de prestadoras de serviços (execução

⁵⁰ Neste ponto, quando se qualifica a terceirização como simples modismo administrativo, refere-se à terceirização de serviços no âmbito público (ou, porque não dizer, falsa terceirização) adotada como “[...] uma panacéia capaz de resolver todos seus problemas [...]” e capaz de “[...] recuperar competitividade e estabilidade [...]” sem qualquer preocupação com análise de resultados (benéficos ou não) e metodologia. (SILVA, C. P., 1997, p. 39)

⁵¹ Para o melhor entendimento sobre esta alteração legislativa, é necessário transcrever trecho da Lei nº 2271/1997: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, DECRETA: 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. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes,

indireta) de limpeza, conservação, segurança, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios equipamentos e instalações.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que ampliou as possibilidades de terceirização de serviços no âmbito público, o Decreto nº 2271/1997, em seu artigo 1º, § 2º, firmou o entendimento de que estava vedada a “[...] *execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente*”.

O mesmo decreto ainda estabeleceu em seu artigo 3º que a terceirização de serviços no âmbito público deve objetivar a contratação de empresas prestadoras de serviços em processo licitatório (Lei 8666/1993) e não simplesmente o fornecimento de mão de obra, prática ilegal repugnada pelo ordenamento jurídico brasileiro (*merchandage*).

Nesse sentido, a prestação de serviços via terceirização na esfera pública é permitida, desde que precedida de processo licitatório, exigência constitucional preceituada no artigo 37, inciso XXI.

Da análise sobre a alargada reforma administrativa brasileira iniciada em 1967, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 221) expõe que

Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia.

De toda esta breve análise acerca da reforma administrativa brasileira, que envolve o impasse entre a flexibilização contratual, redução de custos e do quadro de pessoal, eficiência, maximização da aplicação de recursos públicos, e o engessamento administrativo via dispositivos constitucionais, chama atenção o fato de que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que prepara para a Administração Pública uma série de imposições inflexíveis e inafastáveis da boa

informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

administração, enquanto princípio de natureza constitucional, apresenta-lhe como escape e fundamento para a flexibilização contratual na esfera pública, o inciso XXI do artigo 37, que viabiliza a contratação de serviços junto a terceiros (iniciativa privada) mediante processo licitatório.

Neste passo, a terceirização enquanto execução indireta⁵² de serviços (e obras) toma conta da Administração Pública brasileira, dando início à superterceirização dos serviços públicos com objetivos bem traçados: eficiência e redução de custos.

Com efeito, a reforma administrativa brasileira em direção à superterceirização prosseguiu com a Emenda Constitucional de nº 19/1998, conhecida como a Reforma do Aparelho do Estado, que programou definitivamente o modelo organizacional e de administração pública gerencial.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 teve como ponto central a desoneração da Administração Pública, ao manter a rigidez do núcleo estratégico⁵³ e das atividades exclusivas do Estado, permitindo, tão somente, o repasse à esfera privada da prestação de serviços não exclusivos ou que por serem excessivamente competitivos, exigiriam maiores dispêndios econômicos e, ainda, aquelas atividades que tem como objeto final a produção de um bem ou o oferecimento de um serviço (de natureza pública ou privada).

Igualmente, teve como objetivo a modificação das disposições dos artigos 39 e 41, ambos, da Constituição Federal, que asseguravam ao servidor da administração direta, autarquias e fundações o regime jurídico único e plano de carreira beneficiado pela estabilidade na posição ocupada no quadro público.

Ademais, com a pretensão de flexibilizar as relações contratuais formalizadas pela Administração Pública, tentou-se, por intermédio da Emenda

⁵² Hely Lopes Meirelles (1995, p. 639), em clássica obra da literatura jurídica brasileira não deixou o tema escapar às suas observações, tanto que para o jurista “[...] a execução indireta das obras e serviços da Administração, mediante contratos com particulares, pessoas físicas ou jurídicas, tem por finalidade aliviá-las das tarefas executivas, garantindo, assim, a melhor realização das suas atividades específicas (planejamento, coordenação, supervisão e controle, bem como evitar o desmesurado crescimento da máquina administrativa.”

⁵³ O núcleo estratégico da Administração Pública “[...] corresponde aos órgãos de governo, em sentido lato, que define as leis e as políticas públicas e cobra seu cumprimento; compreende os Poderes Legislativo, Judiciário, Ministério Público e, no Poder Executivo, o Presidente da República, os Ministros e seus auxiliares e assessores diretamente responsáveis pelo planejamento e formulação de políticas públicas”. (DI PIETRO, 2011, p. 33)

Constitucional de nº 19/1998 garantir a estabilidade somente ao servidor público estatutário inserido no quadro de carreiras estratégicas do Estado, deixando de fora o empregado público contratado dentro do regime de Direito Privado, isto é, cuja relação contratual de natureza trabalhista é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, alocados em atividades que embora não sejam terceirizáveis, constituem grupo de funções auxiliares ou intermediárias.

Contudo, logo de início, as intenções reformistas foram frustradas pelo Tribunal Superior do Trabalho, que ao editar a Súmula 390, inciso I equiparou o empregado público celetista ao servidor público estatutário, assegurando-lhe o benefício da estabilidade no emprego prevista no artigo 41 da Constituição Federal.

Pode-se afirmar que a decisão sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho foi totalmente inadequada, tendo-se em vista que a Emenda Constitucional 19/1998 procurou assegurar a estabilidade somente aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo, portanto,

[...] não mais se justifica a outorga de estabilidade ao servidor celetista, que é contratado (e não nomeado) para o emprego (e não cargo). A distinção entre cargo e emprego resulta claramente da Constituição, especialmente do artigo 37, I, II e VIII, e também do respectivo regime previdenciário. Os ocupantes de emprego são beneficiados com os direitos sociais previstos no artigo 7º (proteção contra a despedida arbitrária, seguro-desemprego, fundo de garantia), não assegurados aos servidores estatutários; e o próprio regime previdenciário é diverso, consoante decorre do artigo 40, § 13 da Constituição. A Súmula 390, I, do TST iguala situações que, pela Constituição, são submetidas a regimes jurídicos diferenciados. (DI PIETRO, 2011, p. 595)

Acrescenta-se outro instituto jurídico aos fatores terceirizantes até aqui apontados, designadamente a edição e publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a qual instituiu no ordenamento jurídico brasileiro limites aos gastos públicos em diversos setores administrativos, inclusive para gastos com quadro de empregados e servidores públicos.

Portanto, somados todos os fatores designados, a rigidez constitucional instaurada a partir de 1988 foi, até certo ponto, dirimida pelas modificações reformistas via emenda constitucional e infraconstitucional. No entanto,

foi insuficiente para se chegar à efetiva desverticalização e, à tão esperada descentralização da Administração Pública, que encontrou na fórmula terceirizante a solução para seus problemas estruturais relacionados à eficiência e redução de custos operacionais por meio do enxugamento do quadro de pessoal e manutenção de serviços.

Daí porque a influência da esfera privada, amparada em ideais neoliberais capitalistas, fez com que o Administrador Público adotasse a relação trilateral terceirizante como modelo ideal para a reforma administrativa. A utilização da terceirização teve a finalidade precípua de evitar a falência administrativa, conter o aumento de gastos públicos, reduzir o quadro de pessoal, direcionar adequadamente os recursos públicos, orientando-se em direção à maior eficiência possível dos serviços oferecidos à população.

Desse modo, construiu-se junto à Administração Pública um sistema contratual fundado, sobretudo, na terceirização de serviços públicos inspirado na administração de empresas privadas voltada para a redução de custos, eficiência e competitividade no mercado neoliberal globalizado, dinâmico, competitivo e que ultrapassa todas as fronteiras físicas, econômicas, jurídicas e sociais existentes.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a rigidez burocrática instituída pela Constituição Federal de 1988 conduziu o administrador público a buscar alternativas fiéis às ideias neoliberais que influenciaram a reforma gerencial na esfera privada que, conforme já elucidado, acabou por ser acolhida no âmbito da Administração Pública.

Talvez seja por isso que o administrador público tenha buscado “[...] *novos caminhos, alguns lícitos, outros ilícitos* [...]”, colocando-o, de certo modo, à frente do legislador por entender melhor a realidade vivida pelo Estado diante da demanda por serviços públicos que a sociedade apresenta. Esta realidade deu origem a um modelo administrativo público que, além de deixar de lado as diretrizes constitucionais, indiretamente, privilegia a precarização das relações de emprego ao constituir quadros paralelos⁵⁴ de servidores públicos, mal remunerados,

⁵⁴ A reforma administrativa do Estado não pode ser desmesurada. Devem-se colocar na balança os benefícios e o ônus ao trabalhador ocasionado pela modernidade (desburocratização) administrativa. Não há o que impeça a revisão das “[...] *estruturas, torná-las mais leves, flexíveis e horizontalizadas*

discriminados e que exercem suas funções em condições por vezes precárias, cuja relação laboral se desenvolve sem a observância dos axiomas constitucionais e é recheada de condições excludentes, geralmente originadas pela “[...] utilização do instituto da terceirização, porém de uma falsa (para não dizer ilícita) terceirização, de que os governos se socorrem para burlar as normas constitucionais sobre servidores públicos [...]” (DI PIETRO, 2011, p. 27-28) e, também, sobre gastos públicos.

Assim, apesar de existirem impedimentos constitucionais relevantes, a superterceirização dos serviços públicos ganhou cada vez mais espaço, justamente por ser meio de fuga destes impedimentos. O mais interessante é que, embora a reforma administrativa fundada na terceirização (e nas demais medidas descentralizadoras) tenha obtido como resultado imediato a redução do quadro de servidores e empregados públicos concursados, em virtude da substituição do concurso público pela contratação de trabalhadores terceirizados, isto não significou que os objetivos traçados pelos administradores públicos tenham sido alcançados.

Segundo Helder Santos Amorim (2009, p. 72), a superterceirização de serviços públicos ocasionou a impensável contratação de trabalhadores terceirizados para laborar em atividades que deveriam ser exclusivas de servidores públicos contratados após aprovação em concurso de provas e títulos, e cita como exemplo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que destinou aos contratados terceirizados, além das atividades acessórias, instrumentais e complementares, outras relacionadas com suas atividade principal, como a fiscalização e o controle. O jurista ainda evidencia o exemplo do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que já terceirizou as atividades de concessão, habilitação e formatação de benefícios em sistema de processamento de dados.

[...]”, pois são “[...] ações fundamentais para estabelecer uma máquina pública que cumpra efetivamente as suas funções. A reforma gerencial, a dita mudança do paradigma burocrático para o pós-burocrático ou gerencial, faz-se necessária, com a ressalva de que não seja apenas a transferência de tecnologias gerenciais do setor privado para o setor público. É necessário verificar o que faz, ou não, sentido ser importado do setor privado, tendo em vista a especificidade do setor público, que possui uma lógica própria. Há também a necessidade de refletir sobre o impacto dessas mudanças na subjetividade do servidor público e o quanto à ideologia gerencial e a pressão da gestão atual podem prejudicar as relações de trabalho nas organizações públicas, ao invés de desenvolvê-las.” (MENDES; SIQUEIRA, 2009, p. 242)

É por isso que se pode afirmar que, com certeza, a terceirização tem para o administrador público a função de álibi para suas incursões administrativas para fora da área dos concursos públicos. Isto se reflete na qualidade e eficiência dos serviços públicos ofertados à população, haja vista que a terceirização desenfreada do aparato estatal impede que se avaliem adequadamente aqueles que serão responsáveis pela execução direta dos serviços.

Não se pode esquecer que a superterceirização de serviços no âmbito público tem os mesmos reflexos sociais que a terceirização praticada no âmbito privado, quais sejam, o aviltamento salarial, precarização das condições do trabalho, supressão de direitos sociais dos trabalhadores, dificuldades no enquadramento sindical (diminui a mobilização coletiva) e a discriminação, ou seja,

[...] coloca o Estado na rota da exploração desmedida da mão-de-obra privada flutuante, sob o mesmo regime de controle quantitativo que move a iniciativa privada na busca pelo absoluto domínio do capital sobre o trabalho, ao passo em que os seus próprios servidores, envolvidos nas mesmas atividades de finalidade social, gozam de maior segurança jurídica e social e trabalham sob regime mais benéfico, de controle qualitativo e profissional. (AMORIM, 2009, p. 78)

Do ponto de vista jurídico, a terceirização enfraquece a Constituição, pois retira substancialmente a efetividade dos princípios assecuratórios da boa administração, tais como impessoalidade, moralidade e legalidade, pela prática da corrupção administrativa, do nepotismo camuflado, “[...] *deflagrado nas situações em que trabalhadores terceirizados tornam-se beneficiários de uma indevida estabilidade no exercício da mesma função terceirizada por força de proteção pessoal [...]*” (AMORIM, 2009, p. 77) obtida junto às pessoas que participam diretamente da Administração Pública ou sobre elas tenha alguma influência política.

O mesmo pode-se dizer de processos licitatórios, cujo resultado pode ser direcionado para prestadoras de serviços, que tem os gestores escolhidos por administradores públicos, ou são constituídas por pessoas intrinsecamente ligadas à Administração Pública pela via parental ou política. São situações como estas que facilmente podem ocorrer, que estão à margem da legalidade, impessoalidade e moralidade, princípios inafastáveis da boa administração pública.

Por estas razões, a reforma administrativa brasileira iniciada em 1967 e potencializada nos anos noventa sob a batuta da ideologia neoliberal em confronto com as disposições constitucionais de 1988, caminhou em direção à descentralização administrativa, e dentre todos os modos de desafogar a máquina estatal, destaca-se a terceirização de serviços, que inserida em um jogo de interesses entre os trabalhadores e o Estado no campo ideológico neoliberal que privilegia o domínio do capital sobre o trabalho, constitui ponto singular de discussões no plano administrativo, constitucional e do direito do trabalho.

3.2 O que é serviço público?

A reforma administrativa brasileira teve como pretexto a redução de despesas e a melhoria dos serviços (eficiência) oferecidos à população e, apesar das dificuldades decorrentes da rigidez constitucional, no que tange à contratação de servidores e empregados públicos, encontrou na terceirização de serviços públicos um meio de sobrepujar impedimentos constitucionais e infralegais vinculados ao tema.

Para o melhor entendimento sobre quais seriam os serviços geridos pela Administração Pública passíveis de terceirização, faz-se necessário conceituar e delimitar o que é serviço público e quais são os serviços públicos que integram o núcleo de atividades estatais intransferíveis a terceiros mediante realização de procedimento licitatório.

Não obstante a conceituação de serviços públicos seja tarefa das mais difíceis, em virtude de que não há na literatura jurídica uma formulação uniforme, resumidamente, em sentido restrito, Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 620) conceitua o serviço público como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhes

faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Este conceito restringe os serviços públicos àqueles que são úteis ou fruíveis diretamente pelos administrados, como os serviços de saneamento básico, energia elétrica, telecomunicações. Contudo, há outros serviços públicos de extrema utilidade e importância que não são usufruídos pela coletividade diretamente, pois se desenvolvem em repartições internalizadas da Administração Pública, tais como “[...] *serviços diplomáticos, os trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade.*” (DI PIETRO, 2011, p. 101).

Sob outro enfoque, conceituando-se em sentido amplo os serviços públicos, pode-se dizer que tais serviços variam de acordo com as “[...] *necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico [...]*”, e é por isso que Hely Lopes Meirelles (1995, p. 294) conceitua serviço público de modo geral, ao dizer que nada mais são do que os serviços prestados pela “[...] *Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.*”

Para o jurista, o conceito de serviços públicos deve ser geral, justamente, porque varia de acordo com a realidade social, política, jurídica e econômica vivida pela coletividade. Não se restringe, portanto, a definições típicas de serviços públicos, haja vista que existem atividades de interesse público que podem ser oferecidas concomitantemente pelo Estado e pela iniciativa privada, como serviços de saúde, educação e previdência, de modo que deve sempre prevalecer a “[...] *vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta [...]*”, pois, é certo que existem serviços que são exclusivos do Estado e por seus órgãos competentes deverão ser oferecidos à coletividade, assim como existem outros serviços que podem ser prestados tanto pela Administração Pública, quanto pela iniciativa privada dentro dos limites constitucionais, mediante o balizamento da distribuição de serviços em “[...] *critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela*

legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação.” (MEIRELLES, 1995, p. 295)

Registre-se, ainda, a formação conceitual de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o conceito de serviços públicos deve considerar alguns elementos de definição, designadamente os elementos subjetivo, formal e material.

O elemento subjetivo evidencia a responsabilidade do Estado por determinado serviço público criado por lei, cuja importância para a coletividade o faz desenvolver as atividades por não ser conveniente transferir a iniciativa privada, porém, após criada e organizada a atividade, nada impede que o Estado ofereça os serviços direta ou indiretamente por meio de concessões e permissões dadas à pessoas jurídicas de direito privado criadas ou não pelo próprio Estado. (DI PIETRO, 2011, p. 103-104)

O segundo elemento delimitador da conceituação da expressão serviço público é o formal. Deste elemento retira-se que o regime jurídico do serviço público é definido por lei⁵⁵, desde a contratação de servidores públicos, definição dos bens, e a contratação de serviços rege-se pelo direito administrativo, aplicando-se as disposições de direito privado somente em situações previstas em lei e na Constituição. No entanto, quando se trata de serviços de natureza comercial e industrial, o regime jurídico adotado é de direito comum civil e comercial, combinados com as disposições de direito público, prevalecendo o “[...] *direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso [...]*”, de modo que “[...] *nunca se aplicará em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas.*” (DI PIETRO, 2011, p. 104)

Por fim, tem-se a materialidade como terceiro elemento constituinte da conceituação de serviço público. Este elemento considera que os serviços públicos são aqueles que correspondem a uma atividade de interesse público, no sentido de que tem por escopo atender à demanda de serviços, voltada para suprir

⁵⁵ O critério formalidade que prega pelo regime jurídico legal para o serviço público é dirigido por princípios de natureza constitucional orientadores da conduta estatal perante os administrados, tais como o dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, o princípio da supremacia do interesse público, os princípios da adaptabilidade, universalidade, impessoalidade, continuidade, transparência, motivação, modicidade das tarifas e do controle interno e externo sobre as condições da prestação. (MELLO, 2003, p. 625-627)

necessidades públicas, o que envolve serviços oferecidos à coletividade pela via direta por serem exclusivos do próprio Estado, ou pela via indireta prestado pela iniciativa privada (concessão ou permissão), observando-se os preceitos legais de natureza constitucional e infralegal.

Em virtude dessas considerações é que Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 103), enfim, conceitua serviço público como toda “[...] *atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.*”

Diante do exposto, tem-se que a conceituação da expressão serviço público colabora para o entendimento sobre quais serviços são passíveis de terceirização, ou melhor, sujeitos à prestação via formalização da relação trilateral envolvendo atividades de natureza pública, ou que tenham origem na atuação estatal perante os administrados por meio de sua atuação direta ou indireta.

Não quer dizer isto, entretanto, que somente a delimitação conceitual seja suficiente ao entendimento pretendido sobre a relação entre terceirização e serviços públicos. Ainda encontram-se na literatura jurídica critérios de classificação dos serviços públicos, que conjugados à sua conceituação, permitem precisar, de maneira mais segura, quais seriam os serviços terceirizáveis.

Mister faz-se ressaltar que não se pretende neste trabalho classificar os serviços públicos de forma aprofundada e exaustiva, mas apenas apresentar contornos que tornem mais claro os limites à terceirização de serviços no âmbito público e seus aspectos precarizantes.

Com efeito, adotar-se-á a divisão classificatória de serviços públicos em próprios e impróprios, *uti singuli* e *uti universi*, exclusivos ou não exclusivos. Quanto ao objeto, os serviços públicos serão classificados em administrativos, comerciais ou industriais e sociais.

São classificados como serviços públicos próprios⁵⁶ aqueles serviços oferecidos diretamente ou indiretamente (por meio da concessão ou permissão) pelo

⁵⁶ Sob outro enfoque, o da essencialidade, Hely Lopes Meirelles (1995, p. 296) classifica os serviços próprios como aqueles que se “[...] *relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa*

Estado e que têm a pretensão de atender às necessidades coletivas. Já os serviços de natureza imprópria são aqueles destinados a atender a demanda coletiva por serviços públicos, todavia, não são assumidos direta ou indiretamente pelo Estado que tem a si reservado apenas o dever de autorizar, regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços. (DI PIETRO, 2011, p. 110)

Quanto ao objeto, os denominados serviços públicos administrativos são os que a Administração Pública “[...] *executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza [...]*” (MEIRELLES, 1995, p. 296). Os serviços públicos de cunho industrial ou comercial são os executados direta ou indiretamente (por seus órgãos e entidades ou por concessionárias, permissionárias e autorizados) pela Administração Pública voltados para o atendimento de necessidades coletivas de caráter permanente ou transitório inseridas na ordem econômica, inconfundíveis com as atividades deferidas pelo artigo 173 da Constituição Federal, tendo-se em vista que neste caso, o Estado tem atuação suplementar à iniciativa privada. (DI PIETRO, 2011, p. 111). Em terceiro lugar, as atividades públicas podem ser classificadas como sociais, as quais visam atender demanda relacionada às áreas da educação, saúde, previdência, meio-ambiente, cultura, (DI PIETRO, 2011, p. 112), efetivadoras dos direitos fundamentais dispostos no texto constitucional.

Quanto à maneira de satisfação das necessidades públicas, os serviços podem ser *uti singuli*, quando satisfazem direta e individualmente os interesses individuais e, por isso, envolvem prestações de serviços públicos de natureza subjetiva por serem serviços de utilização individual, facultativa e onerosa, tais como os serviços de telefonia, educação, saúde, saneamento, gás, transporte. De outro lado estão as prestações de serviços *uti universi*, voltadas para o atendimento de toda a população, como, por exemplo, os serviços de iluminação

da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.” Com relação aos serviços impróprios, o jurista segue a mesma linha de pensamento, ao dizer que são os serviços que “[...] *não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação para concessionárias, permissionários ou autoritários.”*

pública, polícia, calçamento de vias, serviços diplomáticos, que, por serem indivisíveis, são oferecidos de modo indeterminado, isto é, a todos os membros da coletividade sem que com isso sejam considerados direitos subjetivos. (MEIRELLES, 1995, p. 297; DI PIETRO, 2011, p. 112-113)

O último enquadramento classificatório é de extrema importância para a avaliação sobre a regularidade ou não da terceirização de serviços no plano administrativo público. Trata-se da delimitação da exclusividade e da não exclusividade dos serviços de ordem pública.

Os serviços públicos exclusivos e de prestação obrigatória pelo Estado são os delimitados, por exemplo, no artigo 21 da Constituição Federal, tais como o serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X), os serviços de telecomunicações (inciso XI), radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes (inciso XII). São também de exclusividade do Estado o poder de legislar, tributar, policiar, a defesa nacional (Forças Armadas), os órgãos de fiscalização, regulamentação, transferência de recursos e, ainda, o seu núcleo estratégico, no qual se definem as leis, reformas administrativas e constitucionais, bem como o setor administrativo onde se direciona as políticas públicas, constituído pelo Presidente da República, Ministros de Estado e cúpula de Ministérios, Supremo Tribunal Federal e Tribunais Federais, Ministérios Públicos, Congresso Nacional, sendo que nos Estados da federação e municípios encontra-se estrutura correspondente ao núcleo estratégico federal. (PEREIRA, 1998, p. 20)

No que diz respeito aos serviços não exclusivos, estes se caracterizam por serem prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, desde que autorizada. Por exemplo, saúde, educação, previdência social e assistência social. Assim, não são exclusivos aqueles serviços que, embora não envolvam o poder de Estado, este o:

[...] realiza e/ou subsidia porque os considera de alta relevância para os direitos humanos ou porque envolvem economias externas, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado através da cobrança de serviços. Os serviços sociais científicos, como escolas, universidades, hospitais, museus, centros de pesquisas, instituições de assistência social etc. fariam parte desse setor. (PEREIRA, 1998, p. 22)

A par da conceituação da expressão serviço público e sua classificação, cabe agora diferenciar a terceirização de serviços no âmbito público dos demais modos de transferência de atividades públicas (descentralização administrativa) para a iniciativa privada mediante autorização, concessão, permissão, sem deixar de lado as especificidades licitatórias (Lei nº 8666/1993).

3.3 Terceirização, permissão, concessão e autorização de serviços públicos: diferenças pontuais

A descentralização administrativa do Estado, desde os seus primeiros passos em 1967, por meio das modificações inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 200, até a sua intensificação na década de noventa, foi marcadamente influenciada pelos ideais neoliberais que modificaram o gerencialismo na iniciativa privada, com reflexos na organização e divisão do trabalho humano.

Sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 inúmeras atividades não exclusivas do Estado ou não relacionadas às funções inseridas em seu núcleo estratégico, antes centralizados no próprio Estado, tiveram sua execução transferida para a iniciativa privada, tendo-se como limite à descentralização as disposições constitucionais e ordinárias direcionadas à gerência estatal sobre as atividades e serviços oferecidos à coletividade.

Sob a forma de concessão, permissão, autorização e terceirização buscou-se ao máximo a diminuição da intervenção estatal na prestação de serviços, os quais poderiam ser prestados pela iniciativa privada para obter resultados mais satisfatórios à equação “*redução de custos somada à eficiência*” dos serviços oferecidos.

Conforme já declinado, a terceirização enquanto modo de descentralização administrativa, inserida no âmbito público como reflexo de sua ampla aplicação na esfera privada, sempre foi vista como meio flexibilizatório de

contratação de serviços por baixo custo. Também, a terceirização é vista como modelo contratual que alivia economicamente a máquina administrativa, quando se trata dos altos custos para manutenção de quadro funcional necessário ao regular oferecimento de serviços de natureza pública.

Indubitável é que as diversas possibilidades de transferência da atividade executiva estatal à iniciativa privada podem levar à confusão, quando se verifica qual modalidade descentralizadora é utilizada pela Administração Pública, para formalizar a sua desincumbência executiva sobre determinado serviço público autorizado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Posta assim a questão, é de se dizer que a terceirização de serviços no âmbito público não se confunde com nenhuma das modalidades contratuais descentralizadoras dispostas legalmente à Administração Pública.

Desse modo, a terceirização não pode ser confundida com a concessão ou permissão de serviços públicos, modalidades descentralizadoras autorizadas no artigo 175 da Constituição Federal.

A concessão⁵⁷ de serviços públicos regulados pela Lei nº 8987/1995 exige para a sua formalização, assim como a terceirização de serviços públicos (artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal), a precedência de procedimento licitatório regulado pela Lei nº 8666/1993.

Contudo, a concessão exclusiva de serviços resulta da atribuição de determinado serviço de natureza pública principal, isto é, atividade-fim, conferida pelo Estado a “[...] alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público [...]”, sem que com isso haja contraprestação pecuniária direta pelos serviços, “[...] mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro, remunerando-se pela

⁵⁷ A Lei 11079/2004 instituiu no Brasil as normas gerais de licitação para as parcerias público-privadas, mais conhecidas como PPP, que faculta à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades que tenham a participação estatal firmarem contratos de concessão na forma patrocinada ou administrativa, sendo que a concessão patrocinada é a concessão voltada para serviços ou obras públicas, regulada pela Lei 8987/1995, na qual há a cobrança de tarifa do usuário e, ainda, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado. A concessão administrativa é a concessão firmada entre o poder público e a iniciativa privada que envolva a execução de obra ou instalação de bens em benefício direto ou indireto da Administração Pública. (MEDAUAR, 2011, p. 350)

própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço [...]” (MELLO, 2003, p. 652).

Além disso, a concessão, nos termos do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8987/1995 somente será formalizada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Por outro lado, para a terceirização, em virtude da inexistência de legislação específica regulamentar, não há qualquer determinação legal nesse sentido, sendo, portanto, livre a contratação com pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, o contrato de concessão de serviços públicos, além de ser previsto em norma Constitucional, tem legislação específica que o regulamenta (o que não ocorre na terceirização), sendo, ainda, autorizada ao concessionário a cobrança de tarifas⁵⁸ pelo oferecimento do serviço de natureza pública, permissividade vedada à prestadora de serviços públicos terceirizados que, embora assumam a atividade pública por sua conta e risco, inclusive no que tange às despesas contratuais de natureza trabalhista e fundiária com seus empregados, tem seus serviços resumidos às atividades acessórias, complementares e instrumentais ligadas à atividade-meio, diretamente relacionadas com a atividade-fim de natureza pública, e são remuneradas diretamente pela Administração Pública.

Além disso, a Lei nº 8987/1995 estabelece algumas prerrogativas próprias do Poder Público ao concessionário, tais como, “[...] *promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital do contrato [...]”* (artigo 31, inciso VI); fazer uso do poder de polícia sobre os bens vinculados à prestação de serviços, isto é, “[...] *zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente [...]”* (artigo 37, inciso VII); “[...] *captar, aplicar e gerir os recursos financeiros*

⁵⁸ Uma das principais diferenças entre a concessão de serviços públicos e a terceirização está no pagamento pelos serviços. Na terceirização o pagamento é realizado diretamente pelo ente público contratante (tomador dos serviços), enquanto na concessão é feito por tarifas, cujo valor é definido previamente pela concedente em procedimento licitatório ou pela própria concessionária vencedora de licitação que tem como critério de avaliação o menor valor de tarifa, porém, o artigo 17 da Lei 8987/1995 estabelece que o Estado poderá subsidiar concessionária de serviço público “[...] *desde que autorizado em lei, previamente à concorrência, e esteja à disposição dos demais concorrentes. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo permite, implicitamente, que entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente participe da concorrência, desde que não dependa, para esse fim, de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade.*” (DI PIETRO, 2011, p. 109).

necessários à prestação do serviço [...]” (artigo 37, inciso VIII) e, por fim, subconceder a atividade, que passará a ser gerida diretamente pelo subconcessionário, desde que constante no contrato e autorizado pelo poder concedente (artigo 26).

Ao contrário disso, na terceirização de serviços de natureza pública, a empresa prestadora de serviços não terá tamanha liberdade administrativa na condução da execução dos serviços relacionados à atividade-meio e de natureza pública. Sobretudo porque a prestadora de serviços simplesmente oferece serviços especializados à Administração Pública e gerencia apenas os serviços por ela oferecidos, de modo que não tem autorização para desapropriar ou exercer poder de polícia. Igualmente não pode transferir para outra empresa os serviços que lhe foram repassados após procedimento licitatório.

Logo, também não se pode confundir a terceirização com a permissão de serviços públicos, que é “[...] *ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante paga pelo usuário.*” (DI PIETRO, 2011, p. 304)

Embora neste item haja a pretensão de diferenciar a terceirização de serviços públicos das demais modalidades descentralizadoras nomeadas, há que se ressaltar a semelhança prática entre permissão e concessão de serviços públicos e apontar suas diferenças para, então, revelar seu distanciamento da fórmula terceirizante.

Em primeiro lugar, nota-se que as duas medidas administrativas descentralizadoras são reguladas pela Lei nº 8987/1995 e autorizadas pelo artigo 175 da Constituição Federal. As diferenças entre as duas medidas administrativas são pontuais. Por exemplo, a permissão pode ser atribuída à pessoa física ou jurídica, enquanto a concessão somente pode ser formalizada entre a Administração Pública e consórcio de empresas ou pessoa jurídica. Outrossim, a concessão atribui serviços de longa duração com vistas ao retorno de investimento a concessionária mediante a cobrança de tarifa diretamente do usuário, enquanto a permissão é utilizada para serviços que exigem contratações de média ou curta duração

(MEDAUAR, 2011, p. 348), no entanto, também utiliza-se da tarifa como meio remuneratório. Por fim, a concessão somente será formalizada por meio de concorrência pública em licitação (artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8987/1995), enquanto que para a permissão não há qualquer referência legal nesse sentido (DI PIETRO, 2011, p. 306) e pode ser formalizada após licitação ou por outorga gratuita ou onerosa (MELLO, 2003, p. 702).

Como se vê, as pequenas diferenças existentes entre a permissão e concessão de serviços públicos evidenciam que estas não podem ser confundidas com a terceirização, tendo-se em vista que, basicamente, nas duas figuras tem-se a remuneração, tanto do concessionário quanto do permissionário, mediante a cobrança de tarifas diretamente do beneficiado (usuário) pelos serviços, enquanto na terceirização a contraprestação pelo serviço prestado em atividade meio de caráter acessório, complementar e instrumental é feita diretamente pela Administração Pública.

Finalmente, a terceirização também difere da modalidade administrativa descentralizadora denominada autorização.

A autorização de serviços públicos constitui “[...] ato unilateral e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício [...]” (DI PIETRO, 2011, p. 307), por sua conta e risco, independentemente de licitação, sendo possibilitada ao Estado apenas a fiscalização.

Diferencia-se, portanto, da terceirização, pelo fato de que não há necessidade de proceder-se a certame licitatório para a escolha do autorizatário, requisito inafastável da formalização do fenômeno terceirizante no âmbito público. Ao autorizar a execução de serviço público de sua titularidade, o Estado transfere ao autorizatário a prestação de serviço de natureza pública relacionada à atividade-fim (o foco da prestação de serviço), o que também afasta a figura descentralizadora da terceirização, esta, como visto, restrita à atividade-meio acessória, complementar e instrumental aos serviços principais gerenciados pela Administração Pública.

As distinções expostas evidenciam as diferenças entre as modalidades descentralizadoras objeto da análise e indicam que as concessionárias,

permissionárias e autorizadas, investidas em serviço de natureza pública, ao assumir suas atividades principais, podem terceirizar as atividades não relacionadas à atividade-fim dos serviços que lhes foram transferidos pela Administração Pública.

Por conseguinte, a terceirização inerente a atividade-meio dos serviços públicos serve de modelo gerencial descentralizador de atividades de natureza pública, tanto para a Administração Pública, quando esta executa diretamente suas atividades, quanto para as concessionárias, permissionárias e autorizadas que assumem para si a missão de oferecer à coletividade serviços de natureza pública eficiente, mediante pagamento de tarifas em valor suficiente para a sua manutenção, investimento em melhorias técnicas e estruturais, associadas ao aumento do lucro.

3.4 Limites à terceirização de serviços públicos

Apesar de não haver na legislação infraconstitucional qualquer regulação específica sobre a terceirização de serviços no âmbito público (ou privado), existem limites constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudenciais a serem considerados.

Deste modo, os objetivos administrativos traçados em direção à contenção de despesas públicas, enxugamento do quadro de pessoal, eficiência e maximização aplicativa dos recursos e serviços públicos, via terceirização, encontram barreiras constitucionais e legais que impedem a adoção da fórmula trilateral desmesurada, sobretudo para evitar o conflito entre os interesses da Administração Pública e os valores constitucionais.

Os impedimentos resultam do fato de que até a promulgação da Constituição Federal de 1988 à Administração Pública era permitida a contratação de empregados sem submissão a concurso público de provas e títulos, conforme já mencionado.

Vale lembrar que os serviços de natureza pública executiva, a partir do Decreto nº 200/1967, passaram a ser terceirizados ou os trabalhadores eram

contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se esta fosse entidade da iniciativa privada, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que, de certo modo, conferia ao ente público contratante maior flexibilidade para contratar e demitir seus funcionários.

Todavia, o uso desgovernado da terceirização teve como consequências o inchaço da máquina administrativa pública e o elevado custo para a manutenção do quadro de pessoal.

Registre-se, ainda, que a utilização irracional do modelo contratual anterior à Constituição vigente favorecia o nepotismo e o clientelismo administrativo, marcado pelo favorecimento de pessoas próximas aos administradores públicos à obtenção de cargos ou empregos públicos, prática atualmente vedada por ir de encontro aos princípios constitucionais voltados à boa administração.

Nessa esteira, tem-se como primeira limitação de ordem constitucional à terceirização de serviços públicos o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a investidura em cargo ou emprego de natureza pública somente após aprovação prévia em concurso de provas e títulos.

A Constituição Federal de 1988 representa a mudança dos paradigmas político, jurídico e social brasileiros, fundada em valores humanísticos correspondentes aos direitos fundamentais e inafastáveis da caracterização do Estado Democrático Constitucional de Direito, sem perder de vista a delimitação principiológica da atuação estatal pela via direta ou indireta, ao mantê-la sob o controle dos princípios direcionados à consecução da boa administração, enquanto princípio de dignidade constitucional, designadamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, os princípios orientadores da atuação administrativa estatal, além de orientá-la e controlar o ímpeto nepotista do administrador público, sob o viés da inflexibilidade contratual, indicam como perseguir e tornar eficaz o princípio da boa administração, enquanto direito fundamental dos administrados e corolário do Estado Democrático de Direito, pois,

[...] cuida-se de norma constitucional implícita, de direta e imediata eficácia, decorrente da própria subordinação que o Estado Democrático de Direito determina ao administrador.

Na mesma linha de convicção, têm-se Sarlet ([s/d.], p. 1-2), evocando o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa para afirmar que a “Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Tal opção constitucional, a ver do autor gaúcho, decorreria do compromisso expresso no art. 1º, III, da CF, com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e ainda do contido no art. 37 CF, ao elencar os princípios diretivos da administração pública: “com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos que lhes são inerentes”. (VALLE, 2001, p. 79-80)

Para isso, no que se refere à contratação de pessoal destinada à execução de serviços de caráter público realizados diretamente pelo Estado ou pela administração indireta, os princípios da moralidade e impessoalidade, combinados ao artigo 37, inciso II⁵⁹ da Constituição Federal, apresentam-se como condição de validade para a admissão de pessoal em cargo ou emprego público, sob pena de ver-se a contratação eivada de nulidade (artigo 37, § 2º).

É neste ponto que a terceirização desgovernada de serviços reservados a cargo ou emprego públicos, obviamente ligados à atividade finalística do Estado estão impedidas de serem terceirizadas, justamente para evitar que práticas nepotistas, que por atender somente a interesses particulares, caminham em direção oposta aos princípios constitucionais balizadores da atuação estatal.

Nessa esteira, o direito ao acesso a cargo e emprego público depende da observância recorrente dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, combinados com as disposições do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, caso contrário, tem-se prática administrativa ilegal e nula, totalmente díspar aos fins constitucionais.

⁵⁹ A própria Constituição Federal Brasileira apresenta como exceção ao princípio do concurso público a contratação temporária, explicada por Zulmar Fachin (2012, p. 411) como a contratação por tempo determinado “[...] para atender a necessidades transitórias de excepcional interesse público (artigo 37, IX). Observe-se que a administração pública não pode contratar, sem concurso público, por prazo indeterminado. A contratação deve ser exclusivamente por prazo determinado e para atender a circunstâncias de excepcional interesse público.” Esta exceção constitucional ao princípio do concurso público é regulada pela Lei nº 8745/1993.

Certo é que a vedação constitucional à contratação direta, sem concurso público, leva ao engessamento da Administração Pública por não possibilitar a flexibilização das relações de emprego no âmbito público, hoje inserido em um mercado de trabalho globalizado e competitivo que incide na estrutura econômica, cultural, jurídica, política, social e também da administração pública.

Contudo, ao mesmo tempo em que se vê a Administração Pública impedida de atuar semelhantemente à iniciativa privada, no que tange à contratação e demissão de pessoal para ocupar cargo ou emprego público, as disposições constitucionais primam por forçar o administrador público a atender a vontade de Constituição da coletividade, no sentido de oferecer indistintamente aos brasileiros a possibilidade real, inteiramente dotada de índole moral e impessoal, da ocupação de cargo ou emprego público intrinsecamente ligado às atividades-fim do Estado.

Portanto, os fundamentos constitucionais levam à conclusão de que a terceirização de serviços públicos, relacionadas à atividade-fim da Administração Pública direta e indireta é inteiramente inconstitucional, haja vista que as atividades finalísticas estatais estão reservadas à atuação estatal, que delas não pode se desincumbir mediante a transferência executória a terceiro da iniciativa privada ou mesmo da esfera pública.

Não foi por outro motivo que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, diante da omissão legislativa sobre o tema terceirização firmou o entendimento jurisprudencial sumulado de que somente serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como os serviços especializados ligados à atividade-meio poderão ser terceirizados, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta, e afastou definitivamente qualquer dúvida sobre a vinculação à Administração Pública, via terceirização de serviços, ao claramente estabelecer que, mesmo em casos de contratação irregular não há vinculação empregatícia entre o trabalhador e a Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

A Constituição Federal ainda estabelece como limite à terceirização desenfreada de serviços públicos, a exigência de licitação (artigo 37, inciso XXI, regulamentado pela Lei nº 8666/1993) em igualdade de condições entre os participantes de todo processo, baseada nos princípios da igualdade, legalidade,

moralidade e impessoalidade. Estas balizas constitucionais jamais poderão se afastar das licitações públicas quando forem exigidas por lei para a devida formalização de contratos que tenham por objeto a descentralização administrativa.

Tem-se, novamente, dispositivo constitucional que objetiva impedir a prevalência do ímpeto nepotista do administrador público sobre os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e igualdade entre os interessados em prestar serviços (atividade-meio) terceirizados especializados à Administração Pública.

O inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, na verdade, não trouxe nenhuma novidade para o ordenamento jurídico brasileiro ao dispor que a contratação de serviços deverá ser precedida de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os participantes. O legislador constituinte originário adotou os conceitos jurídicos anteriormente firmados no Decreto-Lei nº 2300/1986 que instituiu no período pré-constituinte “[...] *o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica [...]*”, inclusive com a definição de quais seriam os serviços terceirizáveis, “[...] *tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, manutenção, transporte, comunicação ou trabalhos técnicos profissionais*”.

A par destas definições, o legislador especificou, analogamente, no artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8666/1993, algumas atividades passíveis de terceirização, ao dizer que os serviços úteis e de interesse da Administração Pública, exemplificando-os com a “[...] *demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais [...]*” poderiam ser transferidos a terceiros mediante a terceirização dos serviços após a realização de certame licitatório conduzido pelos princípios constitucionais voltados à boa administração pública.

A noção do que é serviço contido na Lei nº 8666/1993 “[...] *impede acolher como válida toda e qualquer atividade contratada pela Administração Pública*

com terceiro [...]”, no entanto, ratifica a prática terceirizante no âmbito público ao estabelecer um perfil das atividades classificadas como terceirizáveis, limitando-as a serviços de indubitável caráter acessório, complementar e instrumental – atividade-meio – (FORTINI; VIEIRA, 2009, p. 31), necessários ao alcance da eficiência nas atividades finalísticas do Estado.

Sob os moldes da terceirização, o artigo 13 da nº Lei 8666/1993 ainda define quais seriam os serviços profissionais especializados⁶⁰ terceirizáveis, dentre eles os estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias e avaliações em geral, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras, a fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, a restauração de obras de arte e bens de valor histórico, com a possibilidade de contratação sem licitação pública⁶¹ (artigo 25, inciso II e § 1º, da Lei nº 8666/1993).

A contratação de serviços profissionais especializados tem sua legitimidade condicionada à contratação de serviços relacionados à atividade-meio, caso contrário, “[...] se determinada atividade se configura como finalística (atividade-fim), ainda que se caracteriza como profissional especializada [...]” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 57) ao Poder Público cabe tomar as medidas cabíveis para a estruturação legal e impessoal de quadro funcional próprio, acessível somente após avaliação e aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos exigida pela Constituição Federal.

Soma-se às limitações e à formalização da terceirização de serviços públicos, as alterações constitucionais promovidas pela Emenda Constitucional

⁶⁰ Luciano Ferraz (2007, p. 14) entende que a contratação de serviços técnicos especializados não se afigura “[...] propriamente ‘contratos de terceirização’ (em sentido estrito), tais avenças compreendem serviços de caráter singular, os quais, em razão de sua especificidade, podem não vir a ser desempenhados por servidores ou empregados pertencentes aos quadros do órgão ou entidade. A escolha é discricionária.”

⁶¹ A má utilização da combinação do artigo 13 com o artigo 25, inciso II e § 1º, da Lei nº 8666/1993 resulta no desvirtuamento da terceirização de serviços profissionais especializados. “Tratando-se de serviços especializados, é comum que o prestador se caracterize como tendo notória especialização, o que torna a licitação inexigível. Portanto, não é fácil a identificação conceitual, como reconhece a doutrina em geral. O certo é que, se a Administração celebra contrato administrativo com esse objeto, sem realizar a prévia licitação, pode estar mascarando um processo de terceirização de mão-de-obra (merchandagem) sem observância dos requisitos constitucionais.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 57)

19/1998, que modificou a redação do artigo 169, posteriormente regulamentada pela Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

As alterações do artigo 169 da Constituição Federal e a posterior edição da Lei Complementar nº 101/2000 estabeleceram percentuais máximos⁶² de gastos da Administração Pública com quadro de pessoal, tendo como base de cálculo a receita líquida de cada ente federativo, limitando-se os gastos da União em 50% (cinquenta por cento) e dos Estados e Municípios em 60% (sessenta por cento), conforme o artigo 19.

Além de estabelecer limitações aos gastos com quadro de pessoal contratado nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal define em seu artigo 18 que a despesa total com pessoal é o “[...] somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias”. Ainda inclui nestes gastos os “[...] valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos [...]”, que “[...] serão contabilizados como Outras Despesas de Pessoal [...]” (artigo 18, § 1º).

Com efeito, a possibilidade de inclusão ou não dos serviços terceirizados no cômputo de gasto com pessoal gerou inúmeros debates na literatura jurídica e nos tribunais.

Porém, quando se trata de terceirização de serviços no âmbito público, a limitação imposta pela Lei Complementar nº 101/2000 se reflete diretamente nos contratos formalizados sob a moldura terceirizante, simplesmente pelo fato de que a terceirização foi utilizada, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como “[...] válvula de escape à realização de concursos públicos, com vistas a contornar a regra do artigo 37, II da Constituição [...]” (FERRAZ, 2007, p. 7), haja vista que no paradigma constitucional anterior o

⁶² Interessante anotar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, enquanto ferramenta de contenção e controle dos gastos públicos, ainda dispõe que no caso de inobservância dos percentuais limitantes do quadro de pessoal, o ato do administrador público que promover o aumento dos gastos de pessoal além dos limites dispostos em lei serão prontamente declarados nulos (artigo 21 da Lei Complementar nº 101/2000).

artigo 97, § 1º⁶³ permitia a contratação de empregados públicos sem a aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos.

Posta assim a questão, nada mais correto para desencorajar a formalização desgovernada de terceirizações burladoras da Constituição Federal e das disposições legais limitadoras da atuação do administrador público quando se fala em gastos com pessoal, do que computar os gastos referentes à terceirização de serviços públicos entre os custos a serem contabilizados a este título. Isto é, quando a formalização da terceirização não seguir as diretrizes legais impostas pela Constituição Federal ou, consistir na transferência de atividade-fim do Estado à iniciativa privada, com o fim único de promover a redução de custos operacionais dos serviços, o que, como já defendido, tem correlação direta com a precarização das relações de emprego envolvidas pela área pública, deve-se, obrigatoriamente, contabilizar os gastos referentes à terceirização juntamente com os gastos com quadro de pessoal contratado após a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Certo é que, similar ao que ocorre na iniciativa privada, a terceirização é sinônimo da redução de custos, naturalmente, porque sua utilização surgiu para o Estado como remédio contra a inflexibilidade contratual imposta pela Constituição Federal e para o crescente aumento dos gastos públicos com o pagamento de pessoal contratado nos moldes constitucionais, diminuído pela intensificação da prática terceirizante caracterizada pelo aviltamento salarial e a consequente precarização das relações de emprego.

A verdade que salta aos olhos é a de que a Administração Pública quando faz uso da terceirização de serviços públicos relacionados à atividade-meio, de caráter complementar, acessório e instrumental, procura desafogar suas contas ordinárias sem procurar atender o princípio da eficiência constitucionalmente dignificado.

⁶³ O artigo 97 da Constituição de preconizava que “Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preenham os requisitos estabelecidos em lei. § 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.”

Esta afirmação decorre da constatação de que, costumeiramente, o administrador público tenta escapar das limitações constitucionais e legais impostas pelo legislador mediante a transferência de atividades executivas de índole finalística para terceiros (contratante interposto), aliada ao pagamento de baixos valores pela prestação dos serviços contratados.

As limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal são importantes não somente para conter os gastos públicos com o pagamento de pessoal, mas também para rechaçar a precarização das relações de emprego no âmbito público, fato incontroverso quando se trata da iniciativa privada, hoje dominada pela figura da terceirização de serviços, marcado pela organização do trabalho cada vez mais fracionada e alienante, bem como pela desestruturação dos meios de defesa coletivos dos trabalhadores, em consequência direta do enfraquecimento dos sindicatos⁶⁴.

Em sintonia com as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000), o legislador ordinário prosseguiu com a imposição de barreiras à contratação de serviços em desacordo com as disposições constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudenciais.

Não obstante seja lei federal, a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de nº 9995/2000 serve de parâmetro interpretativo para os Estados e Municípios.

O artigo 64 desta lei dá melhor interpretação ao artigo 18, § 1º da Lei Complementar nº 101/2000, ao preceituar que “[...] *aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos [...]*”, não se considerando como substituição de servidores e empregados públicos contratados de acordo com os ditames constitucionais, os contratos de terceirização de serviços que simultaneamente “[...] *sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem*

⁶⁴ Assim como ocorre na iniciativa privada, o trabalhador contratado por empresa interposta prestadora de serviços terceirizados no âmbito público sofre com a dificuldade no enquadramento sindical. Ademais, quando há o enquadramento sindical, geralmente estes não têm à sua disposição benefícios que irremediavelmente seriam concedidos a servidores ou empregados públicos contratados para a execução de atividade-meio mediante aprovação prévia em concurso de provas e títulos, sem esquecer-se, ainda, das diferenças remuneratórias e das garantias constitucionais.

área de competência legal do órgão ou entidade [...] e, ainda, “[...] não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente [...]”⁶⁵.

Resumidamente, a interpretação dada pelo artigo 64 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União ao artigo 18, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal exclui do cômputo geral de gastos com pessoal no âmbito público as terceirizações de serviços que não consistam em substituição de empregados ou servidores públicos. Noutras palavras, se “[...] compararmos o *Enunciado nº 331 com essa Lei Federal, podemos concluir que ambos só admitem a terceirização para atividade-meio. A atividade fim está excluída [...]*” (DI PIETRO, 2009, p. 77). Tem-se claramente que a qualquer substituição de empregado ou servidor público está diretamente relacionada com a atividade-fim estatal, sendo que nestes casos a substituição pela prestação de serviços terceirizados mostra-se desvirtuada e inconstitucional.

A limitação legal à substituição de empregados e servidores públicos por trabalhadores terceirizados, oriunda de sua inclusão nos gastos com pessoal, quando for constatada a formalização de terceirização desvirtuada ou irregular, pois a terceirização das atividades enumeradas no Decreto nº 2271/1997, Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Lei nº 8666/1993, por serem toleradas, não serão consideradas para este fim.

Por iguais razões, Helder Santos Amorim (2009, p. 132) explica que:

Na hipótese de substituição de servidores de carreira por trabalhadores terceirizados em atividades acessórias, instrumentais ou complementares, mediante a extinção administrativa dos respectivos cargos vagos, a redução de despesas decorrente desta extinção de cargos, na rubrica de gastos com pessoal, não é seguida da correspondente inclusão, nesta rubrica, das novas despesas com a terceirização que a substitui, o que confere às contas governamentais aparência redutora de “despesas com pessoal”.

⁶⁵ Impende observar que tanto a criação quanto a extinção de cargo e emprego público se dá através de lei, conforme prevê o artigo 84, inciso XXV, da Constituição Federal, ao atribuir tal incumbência ao Chefe do Executivo. A Constituição Federal também atribui ao Chefe do Executivo a faculdade de declarar a desnecessidade de cargos e empregos públicos (artigo 41, § 3º) sem a ocupação de vagas, que ficam desativadas.

Todas estas disposições legais, de fato, limitam as contratações diretas dos servidores e empregados públicos por meio da submissão a concurso de provas e títulos. Todavia, também incentivam a contratação de trabalhadores via terceirização de serviços que, em verdade, não implica necessariamente redução de custos operacionais, mas, certamente, serve de manobra para escapar das limitações de gastos com pessoal impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Indubitável é que a terceirização de serviços leva à Administração Pública a redução de custos com despesas de quadro de servidores e empregados públicos contratados diretamente, haja vista que os contratos firmados com prestadoras de serviços prezam pelo baixo custo dos serviços e pagamento de baixos salários aos trabalhadores terceirizados. A exclusão dos contratos de terceirização da insígnia “*despesas com pessoal*” encobre a realidade da Administração Pública, que ao optar pela mão de obra terceirizada “[...] *passa a ter seu custo mascarado com o rótulo de despesas operacionais, incitando o desmonte de carreiras públicas sem qualquer compromisso com a racionalidade no uso dos recursos públicos.*” (AMORIM, 2009, p. 133)

Todas as observações até aqui apresentadas giram em torno do questionamento sobre quais seriam os serviços considerados atividade-meio complementares, auxiliares e instrumentais sujeitos a terceirização de serviços na esfera administrativa pública. As disposições constitucionais e normativas infralegais, embora não tratem especificamente da terceirização de serviço no âmbito público, quando analisadas conjuntamente com o entendimento jurisprudencial sumulado, firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho e literatura jurídica de Direito Administrativo, do Trabalho e Constitucional, calham por restringir a fórmula trilateral terceirizante às atividades-meio do tomador dos serviços.

Ainda que a Constituição Federal seja clara quanto ao tema contratação de pessoal para ocupar cargo ou emprego público e estabeleça limites para isso, inclusive remetendo à Lei Complementar nº 101/2000 a regulamentação dos gastos públicos com quadro de pessoal, a terceirização de serviços de fato é muito utilizada como meio de burlar as bases principiológicas e diretrizes

administrativo-constitucionais, sem se esquecer das poucas leis ordinárias, que de modo secundário, acabam por tratar ao menos sobre quais atividades seriam terceirizáveis no âmbito público.

Como resultado tem-se a comentada superterceirização da Administração Pública, expressão cunhada por Márcio Pochmann. A superterceirização do aparato administrativo público decorre da habilidade do administrador público em utilizar as regras do jogo normativo e principiológico a seu favor.

Entretanto, deve-se ter em mente que as disposições legislativas, ordinárias e constitucionais, não são os únicos impedimentos à superterceirização de serviços no âmbito público, qualificada como fenômeno precarizante (o que também ocorre na iniciativa privada). Esta afirmação resulta, estritamente, da comprovação de que a cultura administrativa pública brasileira procurou nesta fórmula contratual, especialmente, a redução dos custos operacionais, mediante a formalização de contratos de prestação de serviços após procedimento licitatório, cujo parâmetro principal é o baixo custo dos serviços. Serviços estes certamente oferecidos por empresas prestadoras que pagam aos seus empregados salário consideravelmente inferior aos recebimentos auferidos por ocupantes de cargo ou emprego público eventualmente incumbidos das mesmas atividades funcionais.

Negar ocorrência da precarização via terceirização é negar a própria realidade da Administração Pública brasileira. Pois não há como dizer que a terceirização neste molde não ocasiona a precarização das relações de emprego e trabalho, ao menos pelo aviltamento salarial, exigências de jornadas de trabalho extenuantes, péssimas condições ambientais de trabalho, formalização de contratos flexíveis causadores da flutuação de mão de obra, o que causa diminuição das condições existenciais do trabalhador.

Como visto, a terceirização de serviços no âmbito público, ao privilegiar licitações direcionadas pelo menor preço, nem sempre resultam na contratação da prestadora de serviços mais capacitada para a execução dos serviços. Na maioria das vezes, tem como efeito imediato a contratação de prestadoras de serviços inidôneas por preços tão abaixo dos apresentados pelos

demais concorrentes que, certamente, sem socorrer-se de análises mais aprofundadas, pode-se prever que não haverá o cumprimento das obrigações contratuais trabalhistas e nem mesmo a realização dos serviços contratados.

A constitucionalização das relações de emprego, mediante a inserção ao texto constitucional de diversos dispositivos e valores direcionados à proteção do trabalhador e o impacto dos direitos fundamentais sobre a Administração Pública, por si só constituem barreiras às práticas contratuais abusivas e precarizantes na esfera pública (e privada), justificadas pela conquista da eficiência combinada à redução de custos operacionais.

Não há como negar que as bases constitucionais da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, respectivamente incisos III e IV, do artigo 1º, além de constituírem alicerces do Estado Democrático de Direito, aliam-se aos direitos fundamentais sociais (artigos 6º ao 11º) e se consubstanciam em grupo de impreteríveis axiomas reguladores da atividade estatal.

Nessa esteira, os direitos sociais relativos aos trabalhadores⁶⁶, nas lições de José Afonso da Silva (2004, p. 288), são normas que “[...] importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as [...]”, sendo que o direito ao trabalho “[...] compreende o direito à existência [...]” e “[...] objetiva proporcionar a sobrevivência e velar pela dignidade da pessoa.” (MARTINS, S. P., 2008, p. 65)

Vale lembrar que os direitos fundamentais sociais, relativos aos trabalhadores, também são instrumentos para a “[...] concretização da dignidade da pessoa humana, sendo este valor o grande fundamento de busca da efetividade dos chamados direitos fundamentais [...]” (SANTOS JUNIOR, 2008, p. 48) e, da mesma forma que se impõem nas relações entre sujeitos da esfera privada (eficácia

⁶⁶ Como bem explica Santos Junior (2010, p. 46), “[...] todos os direitos classificados como sociais pelo nosso sistema constitucional são também direitos fundamentais dos trabalhadores. Entretanto, estes direitos são em regra exclusivos dos empregados urbanos e rurais, extensivos a outras categorias apenas nos casos expressamente dispostos em lei e nos limites da própria lei, como se vê, por exemplo, da leitura do inciso XXXIV e do parágrafo único, ambos do art. 7º da Constituição, que os estende à categoria dos trabalhadores avulsos e apenas alguns deles à categoria dos domésticos. Em contrapartida, os típicos direitos sociais são direitos de todos os cidadãos, conforme se conclui pela leitura do art. 6º da Constituição Federal.”

horizontal), surgem na Constituição Federal como personagens centrais do constitucionalismo hodierno.

Daí porque a Administração Pública, além de ter sua atuação vinculada aos princípios condutores à boa administração, dispostos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, também tem sua atuação vinculada aos direitos fundamentais sociais relativos aos trabalhadores, principalmente quando utiliza a fórmula terceirizante, pois, por se tratarem de elementos concretizadores da dignidade da pessoa humana, sustentam obstáculos axiomáticos que designam ao Estado, a “[...] *meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos [...]*”, não restando qualquer dúvida de “[...] *que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção [...]*” (SARLET, 2010, p. 126).

Nessa esteira, tem-se na Administração Pública o principal meio de promoção destes direitos sociais. Sob a veste promocional, concretizadora e protetiva do trabalhador, costurada por princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não é constitucional a formalização de contratos de terceirização de serviços públicos de natureza acessória, instrumental e complementar (atividade-meio) que tenham como consequência a precarização das relações de emprego dos trabalhadores terceirizados. Nesse sentido, também é inconstitucional a desvalorização do servidor e do empregado público.

A influência da globalização⁶⁷ sobre a maneira de administrar o Estado através da descentralização administrativa, com vistas à maior eficiência e redução de custos operacionais, não autoriza o administrador público a deixar de lado as bases principiológicas e normativas contidas na Constituição Federal e legislação ordinária.

⁶⁷ A globalização trouxe consigo uma nova concepção de eficiência que “[...] *passa a ser vital para todas as nações, embora em diferentes focos e graus, consentâneos com o processo de globalização em curso, e erigida a um imperativo não só de desenvolvimento como de sobrevivência, pois se trata de atender a instâncias de um mundo em que as demandas não podem deixar de ser satisfeitas a contento, seja pelas instituições públicas, seja pelas instituições privadas. Com efeito, as pessoas de todas as latitudes querem ter seus interesses satisfeitos, pouco importando quem o faça ou deles se ocupe: se uma entidade privada ou governamental e se será uma entidade nacional, multinacional ou estrangeira.*” (MOREIRA NETO, 2008, p. 104)

A redução de custos pela via terceirizante em busca da eficiência

[...] como uma qualidade do exercício do poder [...] exigida das organizações dotadas de poder – políticas, econômicas ou sociais – passou a ser vital no processo de globalização, alçada a imperativo não só de desenvolvimento como da própria sobrevivência desses entes, inclusive dos próprios Estados, em um mundo em que as demandas não podem deixar de ser atendidas a contento: sejam pelas instituições públicas, sejam pelas instituições privadas. É inegável, portanto, ante essa dupla temática, que a globalização atinge profundamente o Estado e tem influência fortemente as suas importantes mutações, notadamente nessa linha que poderia ser resumida como a de um *novo humanismo*, ou dito de modo mais modesto, e quiçá, mais apropriadamente, como um amadurecer de *novos aspectos finalísticos do humanismo* [...]. (MOREIRA NETO, 2008, p. 61)

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 103-105), a eficiência a ser implementada é aquela voltada à produção de “*um complexo de resultados em benefício da sociedade*”, o que envolve a satisfação das demandas tradicionais e emergentes da sociedade brasileira sem sacrifícios dos envolvidos na atividade prestadora. Obviamente, a terceirização de serviços públicos, desvirtuada e modista, caracteriza-se pela ineficiência, pois privilegia a redução de custos operacionais sem ater-se aos direitos fundamentais dos trabalhadores, à valorização do trabalho e à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, as expectativas constitucionais e a posição do Estado como garantidor da observância dos valores que fundam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, combinados com os princípios específicos do Direito do Trabalho, levam à construção de modelo protetivo do trabalhador terceirizado no âmbito público. Trata-se de modelo protetivo que tem por objeto evitar a coisificação humana em favor do capital (redução de custos) e da alegada eficiência em um paradigma econômico e político globalizado, para, então, ter-se o valor “dignidade” como bem indisponível e base do trabalho humano, passível de efetivação pela via jurisdicional.

4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIOTRABALHISTAS E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

Quando se fala em terceirização de serviços no âmbito público, duas questões polêmicas ocupam as atenções dos juristas: a efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados pela via jurisdicional e a responsabilidade da Administração Pública pela inadimplência de verbas trabalhistas de obrigação do contratante interposto contratado em certame licitatório.

São temas intrinsecamente ligados, pois diante da omissão legislativa quanto à regulamentação específica da terceirização de serviços no âmbito público (e privado), a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores terceirizados depende da prestação jurisdicional neste sentido.

Por esta razão, o Tribunal Superior do Trabalho, em atendimento à sua missão constitucional categoricamente posta pelo legislador constituinte originário no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, edificou as bases limitadoras da terceirização na Súmula 331, inclusive no que diz respeito à responsabilidade da Administração Pública direta e indireta pela inadimplência das verbas de natureza trabalhista e fundiárias, consolidando-a em sua responsabilização (subjéctiva) subsidiária.

A referida súmula não impõe somente limites à terceirização de serviços e responsabiliza, subsidiariamente, a Administração Pública direta e indireta pelo eventual incumprimento das cláusulas contratuais trabalhistas, de obrigação da prestadora de serviços, contratada após as apreciações licitatórias. O entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho traça linhas jurisprudenciais enraizadas na literatura jurídica do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, como supedâneo para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados pela via jurisdicional e sua inclusão social.

Destarte, inobstante as intenções sumuladas não sejam o melhor remédio para a solução dos problemas de ordem constitucional, a Súmula 331, edificada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao menos indica o caminho a ser

seguido para se chegar responsabilização solidária do ente público tomador dos serviços. A atribuição da responsabilidade solidária de natureza constitucional é essencial à finalidade humanística e dignificante da concretização dos direitos fundamentais sociotrabalhistas pela via jurisdicional, por ser reflexo da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro constantes, respectivamente, no artigo 1º, incisos IV e III, da Constituição Federal.

4.1 Os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados e sua efetividade pela via jurisdicional: responsabilidade, função política do direito e inclusão social

Os direitos fundamentais hoje constitucionalizados em diversos ordenamentos jurídicos nacionais são, essencialmente, direitos de vestes humanísticas, singularmente previstos no corpo de tratados internacionais de Direitos Humanos, idealizados após a Segunda Guerra Mundial pelos países membros da Organização das Nações Unidas. São direitos integrados por diretrizes valorativo- principiológicas direcionadas tanto para os Estados signatários, em suas relações entre si, quanto para os Estados signatários e particulares (eficácia vertical), nacionais ou estrangeiros, também estendidos aos particulares em suas relações privadas (eficácia horizontal), mediante a elevação da dignidade da pessoa humana ao epicentro da ordem jurídica internacional e nacional.

O Brasil não passou imune às influências dos direitos adjetivados pela expressão Direitos Humanos, que assumiram a posição central no ordenamento jurídico supranacional e nacional de inúmeros países, sobretudo os ocidentais. Por conseguinte, o governo brasileiro ratificou⁶⁸ diversos tratados

⁶⁸ O Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na mesma data de adoção e proclamação pela Resolução n. 217A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas. Em que pese o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais terem sido ratificados pelo governo brasileiro somente em 1992, nos respectivos Decretos de nº 592 e 591, estes pactos influenciaram a organização dos direitos individuais e sociais dispostos na Constituição Federal, por representarem a postura política e ideológica liberal (Estados Unidos da América) e socialista (União das Repúblicas Socialistas

internacionais inseridos no corpo de tratados de Direitos Humanos, tais como a inaugural Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), todos convergentes à máxima dignidade da pessoa humana.

Sob estas influências, a Constituição Federal de 1988, promulgada após o fim do regime de exceção militar, denota claramente sua vocação humanística, ao apresentar os direitos fundamentais civis, políticos e sociais como parâmetros à consagração da dignidade da pessoa humana, sendo que “[...] os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar [...]” (BRITO, 2007, p. 88). Por isso, a força normativa da Constituição (dirigente e compromissória) vincula toda a atuação estatal, acentuando-se, portanto, a sua importância para a devida caracterização do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Com relação aos direitos sociais, estes estão dispostos no texto constitucional em seu Capítulo⁶⁹ II, a partir do artigo 6º, contudo, os direitos fundamentais sociais estritamente relacionados aos trabalhadores em suas relações laborais (de emprego e de trabalho) estão designados a partir do artigo 7º, indistintamente dirigidos a todos os trabalhadores urbanos ou rurais, independentemente de rotinas contratuais.

Do mesmo modo que os demais direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, tais como o direito social à educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, proteção à maternidade e à infância, os direitos sociais relativos aos trabalhadores, igualmente,

Soviéticas), que polarizaram a política internacional da década de sessenta até o fim da década de oitenta.

⁶⁹ Convém ressaltar que os direitos fundamentais sociais, por serem normas constitucionais que exigem prestações positivas estatais pela via direta ou indireta, “[...] valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade [...]” (SILVA, J. A., 2004, p. 286). Do mesmo modo, são os direitos fundamentais sociais ferramenta para a consagração do princípio da autodeterminação individual e coletiva, justamente por criarem condições materiais ao exercício da verdadeira liberdade que possibilita a autodeterminação (artigo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e artigo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966) enquanto pessoa sujeita de direitos e dotada de dignidade, que tem o direito de livremente estabelecer sua condição política.

têm a finalidade de consagrar a máxima principiológica da dignidade da pessoa humana, não apenas por meio de prestações positivas estatais, mas, também, pelo trabalho humano, sustentado nestes direitos sociotrabalhistas, os quais visam “[...] proporcionar condições mais dignas de trabalho [...]”. Por este motivo, não foi por acaso que o legislador constituinte originário estabeleceu na Constituição Federal “[...] uma série de garantias mínimas a serem observadas na relação trabalhista, sem prejuízo de outras estabelecidas em lei, tratados internacionais⁷⁰ ou até mesmo acordo entre patrões e empregados [...]” (MARMELSTEIN, 2008, p. 176).

Como bem explica Maurício Godinho Delgado (2006, p. 127), a Constituição Federal, em sua

[...] linha isonômica, que é sua marca pronunciada, igualizou direitos entre empregados urbanos e rurais (art. 7º, *caput*, CF/88), estendendo a mesma conduta aos trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV). De par disso, avançou, significativamente, o rol de direitos cabíveis à categoria empregatícia doméstica (parágrafo único, art. 7º, CF/88). Ampliou as proteções jurídicas à empregada gestante, seja através do mais largo prazo de licença previdenciária – 120 dias (art. 7º XVIII, CF/88), seja através da garantia de emprego instituída, com prazo até cinco meses após o nascimento (art. 10, ii, “b”, ADCT, CF/88). Ao lado disso, ampliou de um para cinco dias a interrupção do contrato de trabalho para o pai, no período de nascimento do filho (art. 7º, XIX e art. 10, § 1º, ADCT, combinados com art. 473, III, CLT). Suprimiu, ainda, o aviso prévio de oito dias (art. 487, I, CLT), ampliando o prazo para trinta dias (art. 7º, XXI, CF/88). Também estendeu para cinco anos o prazo bienal de prescrição do art. 11, CLT, mitigando os efeitos derruidores do antigo preceito celetista excessivamente restritivo (art. 7º, XXIX, “a”, CF/88). Na temática da extinção do contrato de emprego, a Carta de 1988 caracterizou-se, contudo, por certa perplexidade, não firmando conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (art. 7º, III, CF/88), ampliando o acréscimo rescisório (art. 10, I, CF/88): fala-se em “multa fundiária”) e minorando, desse modo, os efeitos negativos da dispensa para o empregado. Mas, em contrapartida,

⁷⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos trata dos direitos dos trabalhadores nos artigos 23 e 24, como se pode notar na transcrição textual: “Artigo 23. § 1º Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. § 2º Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. § 3º Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. § 4º Toda pessoa tem direito de organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses. Artigo 24. Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias periódicas remuneradas.”

extinguiu a velha indenização celetista (art. 7º, I, CF/88); art. 477, *caput*, CLT), remetendo à legislação complementar a fixação de indenização compensatória. Com isso, deu caráter de relativa permanência à liberalização do mercado laboral insculpida pela Lei nº 5.107/66.

Tem-se, portanto, a configuração do Estado Constitucional cooperativo⁷¹ brasileiro mediante a inclusão dos direitos sociais dos trabalhadores dentre os direitos fundamentais, que visam proporcionar a existência digna e promover a inclusão social do trabalhador, cujo esforço produtivo atua em favor do capital, hoje desprovido de barreiras (globalizado), cada vez mais predatório em sua busca por novas alternativas que facilitem a acumulação de riquezas, nas quais se configura, por exemplo, a terceirização de serviços no âmbito público, voltada à redução de custos operacionais e caracterizada pela valorização secundária do trabalho, sob influência de ideologia neoliberal (liberalismo readequado ou ultraliberalismo), justificada, principalmente, pela busca da eficiência na Administração Pública e resultados satisfatórios no que tange à equação envolvendo a alocação de recursos e o atendimento das necessidades sociais.

Contudo, a dignidade constitucional conferida aos direitos fundamentais dos trabalhadores não os afasta das dificuldades quanto ao entendimento sobre a sua eficácia (eficácia normativa-constitucional e aplicabilidade) e efetividade pela via jurisdicional.

A preocupação quanto à eficácia dos direitos sociais dos trabalhadores resulta do fato de que há na literatura jurídica corrente doutrinária que não os tem “[...] como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”. No entanto, há outro

⁷¹ Segundo Peter Haberle (2007, p. 11-12) o “[...] Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança do Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. Ele constituiria uma mudança constitucional “de fora”, se essa ideia não fosse duvidosa em razão de seu esquema interno/externo. Estados Constitucionais e Direito Internacional ou relações internacionais influenciam-se hoje, também, mutuamente, em suas mudanças – a doutrina dos “dois mundos” ou dos “dois reinos” torna-se questionável – e ambos são, simultaneamente, sujeito e objeto de mudança. O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado “Constitucional”! [...] nesse ponto, hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma ideia exata. O resultado é o “Direito comum de cooperação”.”

entendimento que de forma majoritária desenvolve uma literatura jurídica mais convergente aos fins constitucionais, que “[...] *refuta esta tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais [...]*”, isto é, como “[...] *direitos fundamentais do homem social [...]*” e instrumentos para a realização dos direitos e liberdades preconizados no próprio texto constitucional. A Constituição Federal brasileira, dirigente e compromissória, segue esta linha e, não é pelo “[...] *fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público [...]*”, que sua aplicabilidade e natureza de direitos fundamentais podem ser retiradas. (SILVA, J. A., 2009, p.151)

Ademais, analisando-se todo o contexto histórico-político-social precedente à promulgação da Constituição Federal de 1988, documento político-jurídico que expressa a vontade de Constituição do povo brasileiro, não se pode olvidar que

[...] o constituinte originário tinha o poder-dever de incluir os direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais a partir do momento em que este mesmo constituinte estabeleceu os princípios e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, pois cabe inicialmente ao próprio constituinte dar instrumentos e mecanismos de implementação dos fundamentos traçados. A partir do momento em que a Constituição Federal estabelece o Brasil como um estado social e democrático de Direito e, sobretudo, traça os princípios fundamentais que precisam ser implementados, ganhando relevo neste aspecto os princípios da dignidade da pessoa humana, do reconhecimento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, constantes nos arts. 1º e 3º da CF, passa a ser dever do Estado implementar estes fundamentos. Nesse sentido, com base nas premissas estabelecidas, não haveria nenhum espaço para que os direitos sociais não tivessem o reconhecimento que formalmente tiveram como direitos fundamentais materiais e formais, pois a maioria deles visa justamente concretizar os princípios fundamentais traçados na Lei Fundamental, notadamente na busca da efetiva dignidade da pessoa humana. (SANTOS JÚNIOR, 2010, p. 50)

Portanto, os direitos sociais dos trabalhadores, por serem inquestionáveis direitos fundamentais, vinculam todas as atividades da Administração Pública, inclusive aquelas direcionadas à flexibilização contratual e administrativa via terceirização de serviços que, como visto, leva à precarização das

relações de trabalho e emprego e, ainda, à conseqüente exclusão social do trabalhador, tendo-se em vista que aqueles que utilizam esta fórmula contratual prezam, demasiadamente, a redução de custos operacionais por meio de pagamento de baixos salários aos trabalhadores contratados por prestadoras de serviços interpostas. Isso sem mencionar a precarização das condições de trabalho no que se refere à estipulação de jornadas de trabalho exaustivas, exposição do trabalhador a riscos de acidente de trabalho e à sua saúde em ambientes de trabalho desequilibrados, flutuação contratual da mão de obra, dentre outros dissabores.

Por isso, a conclusão de José Afonso da Silva (2009, p. 164) é no sentido de que as normas constitucionais de caráter programático, bem como os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, pois

I – Estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que a ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem [...].

Sem condicionar os direitos fundamentais sociotrabalhistas a qualquer classificação quanto à sua aplicabilidade, pode-se dizer que tais direitos são de inquestionável observância e aplicabilidade direta nas relações trilaterais consistentes em terceirização de serviços orquestradas pela Administração Pública⁷².

⁷² Nem todos os direitos sociais trabalhistas foram devidamente regulamentados, constituindo-se, assim, em normas constitucionais incompletas. No entanto, na seara trabalhista, muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho já oferecia como mecanismo efetivador de normas incompletas de direitos dos trabalhadores, a utilização da jurisprudência, da analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, sobretudo os de direitos do trabalho, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, o que é hoje utilizado para dar a maior aplicabilidade e eficácia possível aos direitos fundamentais de índole laboral.

Conforme relatado anteriormente neste trabalho, em que pese a força dissuasória do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando se trata de terceirização de serviços no âmbito público, a prejudicial omissão legislativa favorece a utilização desregrada da fórmula terceirizante, voltada principalmente para a redução de custos operacionais dos serviços públicos oferecidos à população. Estas são características da terceirização modista, para o atendimento dos interesses econômicos da Administração Pública e dos interesses do administrador público em manter as finanças por ele geridas afinadas às limitações orçamentárias destinadas a gastos com a contratação de empregados e servidores públicos, passível de burla pela contratação de prestadoras de serviços terceirizados.

O árido solo legislativo em que vive o trabalhador terceirizado, ventilado pelas fortes brisas vindas do processo globalizante e dos ideais neoliberais sobre a Administração Pública, revitaliza diariamente a fórmula trilateral “salvadora” da boa administração no que tange à redução eficiente de custos, todavia, precarizante e excludente, caracterizada pelo recorrente desprezo aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, que no discurso político-jurídico são considerados direitos de suma importância para a viabilização da existência humana digna.

Sem sombra de dúvida, a reversão deste cenário inquietante passa pela garantia ao trabalhador de que seus direitos, constitucionalmente dignificados, não serão relevados em benefício da Administração Pública em sua constante busca pela redução de custos operacionais e eficiência econômica da máquina pública.

A concepção constitucional de Administração Pública ultrapassa a visão de eficiência, restrita aos melhores resultados econômicos (redução de custos) que a terceirização de serviços oferece nos tempos de globalização. Os resultados sociais devem ser considerados, incluindo-se nestes resultados os reflexos das contratações formalizadas mediante a terceirização de serviços, em seus aspectos positivos e negativos, a fim de constatar se as necessidades da sociedade foram satisfeitas da melhor maneira possível e sem o sacrifício dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados no âmbito público. “*Em uma palavra: o que importa é*

a eficiência aferida pelo resultado [...]” (MOREIRA NETO, 2008, p. 105), válidos somente quando convergirem para os direitos fundamentais dos trabalhadores, à valorização do trabalho e à dignidade da pessoa.

O mais interessante é que o Estado Democrático de Direito Brasileiro instaurado a partir de 1988, ao mesmo tempo em que adota parâmetros administrativos de cunho capitalista-neoliberal e gestão socioeconômica excludente, como a terceirização de serviços, contradiz-se ao expor, na Constituição Federal, direitos sociotrabalhistas que pretendem incluir o trabalhador social e economicamente.

Do exposto até aqui, conclui-se que diante da utilização da terceirização de serviços no âmbito público, sobretudo para a redução de custos por intermédio do aviltamento salarial, do oferecimento de condições laborais precárias, do desvirtuamento contratual da fórmula terceirizante em confronto com diretrizes administrativo-constitucionais e da omissão legislativa quanto ao tema, não há outra via, senão a jurisdicional, como meio realizador dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, em direção à efetividade destes direitos refletores do primado do trabalho e do emprego.

Em outras palavras, a inclusão social do trabalhador depende da observância das disposições axiológicas e normativas contidas no texto constitucional, e a missão endereçada ao Poder Judiciário no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal o legitimam neste sentido.

Neste contexto, deve-se ter sempre claro na memória que a jurisdição não pode estar restrita à sua função clássica e, igualmente, apostar na separação absoluta das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado, como se fossem barreiras intransponíveis, configurando-as como impedimento à prestação jurisdicional em face das ingerências e omissões dos poderes Executivo e Legislativo.

A questão gravita ao redor da postura judicial ativa, em rompimento com a concepção clássica de jurisdição e o paradigma da separação dos poderes, o que envolve a possibilidade do Poder Judiciário censurar os demais poderes funcionais do Estado, quando estes praticarem atos que atentem aos fins

constitucionais ou impor às funções legislativa e executiva condições que viabilizem a inclusão social, por meio da disciplina e aplicação direta dos axiomas constitucionais estruturadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Atualmente, a pluralidade e a complexidade social existentes no cenário brasileiro fazem com que o papel da jurisdição se modifique. A função jurisdicional não está limitada unicamente para ser uma “[...] *função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei [...]*” (CHIOVENDA, 1943, p. 11) ou, ainda, na visão de Francesco Carnelutti, de dar a justa composição da lide nos termos do direito, haja vista que as concepções clássicas sobre a função da jurisdição provavelmente impossibilitem o atendimento das necessidades sociais pela via jurisdicional, e colaborem para a inefetividade dos direitos fundamentais (sociais) com a consequente exclusão social (do trabalhador).

Vale lembrar, que as teorias clássicas da jurisdição foram elaboradas em período histórico e econômico não modulado pelos efeitos da globalização comandada pela ideologia neoliberal hegemônica do final do século XX e meados do século XXI. Este fator, por si só, chama a atenção ao anacronismo destas concepções, quando se tem à frente a complexa teia social-global estruturada nas inovações tecnológicas e científicas que calharam por modificar o mundo do trabalho e aproximar as relações econômicas, sociais e políticas antes regionalizadas.

Com efeito, a rígida separação das funções do Estado, com fundamento na teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu⁷³, não pode ser colocada à frente da plena efetividade dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores voltada à maximização da dignidade da pessoa humana e da inclusão social.

Como bem explica Paulo Bonavides (2011, p. 65),

⁷³ A doutrina da separação dos poderes de Montesquieu foi prontamente abraçada pelos liberais e espalhou-se entre os países que adotaram a doutrina político-econômica liberal entre os séculos XVIII e XIX, mantendo-se até hoje como modelo de organização política-administrativa do Estado. Somente no Século XVIII a obra de Montesquieu “*O Espírito das Leis*”, lançada em 1748, “*alcançou 22 edições em 18 meses*” (MALUF, 1991, 206).

A separação dos poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção dos direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo. Desde que o constitucionalismo entrou a evoluir no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico.

Seguindo esta linha de pensamento, quando se fala em terceirização de serviços no âmbito público, fórmula de cariz precarizante das relações de trabalho e emprego, tem-se que a efetivação dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores pela via jurisdicional depende exclusivamente da adaptação da visão de jurisdição à finalidade dos axiomas constitucionais de natureza humanísticos, inclusive, no que tange à sua interpretação sobre quais limitações esbarrariam na prestação jurisdicional, pois a exclusão social pela terceirização, decorrente da fragilização do valor-trabalho, certamente seria acentuada com o surgimento “[...] de uma má interpretação de princípios constitucionais ou até mesmo pela própria inaplicabilidade de normas legais, em nome de certos dogmas construídos pelos postulados clássicos – como é o caso da teoria da separação dos poderes” (PAULA, 2002, p. 37).

Nesse sentido, a Constituição Federal, explicitamente estabelece que os fins jurisdicionais estabelecidos no artigo 3º buscam a “*realização da justiça social*”. Por este motivo “[...] a legitimidade da jurisdição ocorrerá, em última análise, quando se realizarem atos em prol da sociedade, alinhados conforme os preceitos estipulados no artigo 3º, da CF [...]” (PAULA, 2002, p. 39), o que, obviamente, envolve a efetivação dos direitos fundamentais, os quais abrangem os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, de inadiável efetivação em Estados que se dizem Democráticos de Direito e dirigidos pelo constitucionalismo hodierno. Ficam

superados os dogmas impeditivos a uma melhor satisfação dos objetivos constitucionais.

Deste modo, a concepção humanística de jurisdição parte do pressuposto de que o combate à exclusão social deve, sobretudo, impactar o ambiente social, justamente por ter como finalidade a inclusão social por intermédio da aplicação irrestrita dos valores sociais fundamentais com vistas à sua plena efetivação. A desejada inclusão social pela via jurisdicional implica no atendimento das necessidades sociais mediante a observação da realidade social (hoje sob influências globais, em decorrência do encurtamento das distâncias promovida pelo avanço tecnológico dos meios de comunicação, que rompeu as barreiras econômicas e sociais ao aproximar as populações antes regionalizadas), sem deixar de lado as singularidades dos diversos grupos que a compõe, dentre eles os trabalhadores (parte hipossuficiente no processo globalizante de índole liberal), transformando-a, para então, legitimar sua atuação por meio da realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro prescritos no artigo 3º da Constituição Federal⁷⁴.

Portanto, a jurisdição lastreada pelo humanismo informador da Constituição, voltada para a inclusão social (do trabalhador terceirizado), deve ser entendida como

[...] uma atividade que se destina à formação e composição de uma sociedade livre, justa e solidária, onde está garantido o desenvolvimento nacional, com a pobreza e a marginalização erradicados e reduzidas as desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (PAULA, 2002, p. 87)

Nota-se que os elementos legitimadores da jurisdição includente, invariavelmente, corresponderão aos objetivos fundamentais do Estado Democrático

⁷⁴ A respeito escreveu Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 49) que “[...] à jurisdição compete, mediante processo, conferir eficácia forçada às relações jurídicas espontaneamente ineficazes, impondo uma sanção jurídica em razão do dever jurídico descumprido, como forma de atendimento ao direito que foi lesado ou ameaçado. No caso em tela, a justiça social ocorrerá com a realização do artigo 3º, da CF. Noutras palavras, a justiça social ocorrerá com a inclusão social dos grupos mais necessitados.”

Brasileiro dispostos no artigo 3º da Constituição Federal. Pode-se afirmar que se trata de um artigo programático⁷⁵, de vinculação obrigatória à atividade estatal, que exige a atuação conjunta e coordenada de todos os poderes públicos em busca de sua concretização, seja através da elaboração de leis, projetos governamentais ou da atuação jurisdicional⁷⁶, para que, assim, o Estado possa cumprir os seus fins sociais por meio de suas escolhas administrativas envolvidas, nos casos de terceirização de serviços, por intermédio dos axiomas constitucionais.

Assim, a atuação conjunta de todos os poderes estatais em busca da inclusão social, tendo como diretrizes os direitos fundamentais, a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana, exige que “[...] *ante a falha do Poder Executivo (ausência de ação) e a falha do Poder Legislativo (ausência de legislação), resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no artigo 3º, da CF.*” (PAULA, 2002, p. 62). A ausência de disposição legislativa para regular a terceirização de serviços, exige a adoção desta postura pelo Poder Judiciário quando analisa os casos de terceirização de serviços no âmbito público, marcadas pela precarização das relações de trabalho e emprego e violação de direitos sociotrabalhistas dos obreiros terceirizados.

Não é por outro motivo que a tripartição das funções estatais, de origem liberal, adotada pelo constitucionalismo, ainda em sua fase embrionária e mantida até hoje, de caráter organicista das funções públicas, já não tem mais sentido. À atividade jurisdicional cabe verificar se as escolhas feitas pelo administrador público (e pelos legisladores) estão consoantes com a Constituição

⁷⁵ “Agora a programaticidade tem que ser vista como descrição dos programas mínimos de todo e qualquer governo. Antecipado molde para o recorte de políticas públicas passíveis de ampliação, sem dúvida, mas não de descarte. Um fazer primeiro que a Constituição ordena, impessoalmente, para somente depois se pensar (havendo folga financeira) em empreitadas que signifiquem a personalizada ocupação da cadeira do Poder por esse ou aquele bloco de parlamentares, por esse ou aquele chefe do Poder Executivo. Aqui, bastando que tais empreitadas (sempre de assento legal) sejam compatíveis com o Magno Texto. Não o afrontem. Ali, mais que uma fria ou linear compatibilidade, mais que um simples não-desrespeitar a Constituição, um somente fazer o que ela imperativamente determina. Logo, um contracenar no palco das ações político-administrativas sem a mínima possibilidade de fuga do script constitucional” (BRITO, 2007, p. 102)

⁷⁶ “De igual forma, mostra-se absolutamente incoerente algumas interpretações dadas pelo Poder Judiciário em algumas questões, como a impossibilidade do Poder Judiciário apreciar questão da administração pública, quando essa referir-se aos objetivos do art. 3º, da CF [...] Essas questões - de nítido caráter social - devem direcionar o direito processual e a atividade jurisdicional para a justiça social e com isso legitimar o exercício do ofício jurisdicional.” (PAULA, 2002, p. 61)

Federal, e se convergem para os valores nela consagrados. Deve-se entender que não se trata de invasão de competências, trata-se da genuína atividade jurisdicional, que personifica a figura de guardião da Constituição (art. 5º, XXXV, CF), e tem como premissa a inclusão social, política, cultural e econômica.

Neste quadro, a atividade jurisdicional deve ter em conta que:

[...] A sociedade contemporânea é integrada por indivíduos, mas também por grupos. A sociedade identifica-se com o espaço onde circulam os indivíduos e os mais diferentes grupos: os seres coletivos. São as grandes corporações, os sindicatos, os partidos políticos, as associações culturais e de classe, a igreja, as grandes empresas, os conglomerados bancários; grupos dotados de interesses próprios, quase nunca coincidentes com aqueles do Estado, que muitas vezes disputam poder com este, e não muitas vezes são mais poderosos que ele. (CLEVE, 2000, p. 43)

Nesta esteira, a análise dos casos de terceirização de serviços públicos, postos à frente da Justiça Especializada do Trabalho, exige que, para se disseminar a ética constitucional no ambiente social, o magistrado, no exercício da função jurisdicional, tem a óbvia obrigação de compreender a aptidão da jurisdição em realizar os objetivos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais sociais do trabalhador, da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana, pois, não há dúvida alguma de que:

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige a firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social. (CAMBI, 2010, p. 181-182)

Tem-se, portanto, que a atuação “invasiva” do Poder Judiciário, junto aos demais poderes estatais, é constitucionalmente permitida, quando estão em jogo os objetivos traçados pelo artigo 3º da Constituição Federal⁷⁷. Não se está a afirmar que o texto constitucional autoriza o ativismo criacionista, subjetivo, solipsista e arbitrário, injustificado pela intervenção judicial em assuntos administrativos ou legislativos, que dependem de apreciação técnica informada por órgãos competentes. Defende-se, exclusivamente, a intervenção quando os demais Poderes públicos estatais tornarem inefetivos os axiomas constitucionais inafastáveis do verdadeiro Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, não convirjam para a consagração da dignidade da pessoa humana.

Seria demasiado simples tratar sobre a jurisdição especializada do trabalho e sua atuação em favor da inclusão social do trabalhador terceirizado que presta serviços junto à Administração Pública, limitando-se o tema apenas às formalidades jurisdicionais atinentes à morosidade processual, exigência de comprovação de hipossuficiência financeira para se conceder a assistência judiciária gratuita, gratuidade dos serviços periciais, prevalência de uma conotação finalista que exige o preenchimento das condições da ação e pressupostos processuais, a informatização da justiça por meio de sistemas eletrônicos de baixa qualidade.

Certamente, são questões importantes quando se trata de inclusão social e efetividade dos direitos sociotrabalhistas, por meio da tutela jurisdicional, mas a questão principal não é esta.

A questão principal é que vivemos um tempo em que muito se fala em direitos fundamentais. O constitucionalismo de índole humanista protagoniza o cenário político, jurídico, social e cultural como nunca visto antes em nossa história,

⁷⁷ “Neste aspecto, a atividade jurisdicional, que é a única que se legitima com o exercício da sua atividade propriamente dita, deve tomar a postura de realizar a justiça social e não permitir ser controlada politicamente pelos outros poderes. Justificativa legal existe: a regra do tão cantado artigo 3º, da CF, posto que, os objetivos lá delineados também são objetivos a serem cumpridos pelo Poder Judiciário...Por isso, aceita-se a intervenção judicial em assuntos de administração pública quando forem lesados ou ameaçados interesses sociais; assim, como aceita-se a intervenção judicial em assuntos legislativos quando houver omissão legislativa na regulamentação de direito constitucional. Mas que fique bem delineado os limites da intervenção judicial: inefetividade do artigo 3º, da CF” (PAULA, 2002, p. 82).

associada à criação de direitos de dignidade constitucional⁷⁸ (direitos humanos) a toque de caixa, em consequência do rápido desenvolvimento científico e tecnológico em um mundo, hoje, caracterizado por relações globalizadas.

Entretanto, o desenvolvimento tecnológico e científico não faz incidir benefícios imediatos para a sociedade, haja vista que estes progressos, embora globalizados⁷⁹, colaboram para a manutenção do estado excludente, quando não a acentuam, em vez de dirimir as diferenças sociais, econômicas e culturais.

A terceirização de serviços personifica tais afirmações. Conforme já mencionado neste trabalho, a partir da crise e substituição do modelo de Estado de Bem-Estar Social pelo Neoliberal, consolidada a partir de 1970, instaura-se o processo globalizante competitivo, estruturado na ideologia neoliberal associada ao desenvolvimento de tecnologias que afetaram definitivamente a organização, gerência e divisão do trabalho na iniciativa privada, que também acabaram por influenciar as medidas reformadoras da postura administrativa ocorridas no âmbito público.

A partir destas influências, parte-se do modelo de organização produtivo *fordista-taylorista* verticalizado, de inflexibilidade contratual-trabalhista para o modelo de produção *toyotista*, desverticalizado e flexível no que tange à contratação de trabalhadores, caracterizado pela precarização das relações de trabalho e emprego, como consequência da redução dos custos produtivos oriundos do aviltamento salarial e exigência de jornadas de trabalhos extenuantes por meio

⁷⁸ Sobre o surgimento de novos direitos e sua efetivação Norberto Bobbio (2004, p. 80) leciona que: “[...] descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de Direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal de progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mede pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio.”

⁷⁹ “Portanto, a globalização, seja por ser efetiva causa ou por ser o bode expiatório de plantão, exclui grupos sociais de melhorias. A globalização excludente atua, sobretudo, no plano econômico, mas também decorre de posturas no plano político, cultural, ética, ciência e tecnologia...Em razão disso, o fenômeno globalizante, exclusão social e jurisdição devem ser vistos com maior proximidade, a fim de que se possa apresentar horizontes para a inclusão social”. (PAULA, 2002, p. 143)

da aplicação da fórmula contratual trilateral-terceirizante, flutuação da massa ativa de trabalhadores. Aumenta-se a produção, e em troca o trabalhador se vê excluído e inseguro.

A crise instaurada e agravada em 1973 não causou apenas a troca do modelo de Estado de Bem-Estar Social fundado em medidas *keynesianas* pelo Estado de política econômica e social Neoliberal, mas, sobretudo, coloca em segundo plano o valor “trabalho”, e em seu lugar passa a figurar como protagonista o capital especulativo-financeiro, apoiado pelo consumismo.

Torna-se imperiosa, portanto, a solução das questões relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais. Estes direitos, genuínos representantes da vontade de constituição da sociedade brasileira em determinado momento histórico, político e social, projetados do passado para o presente e, do presente para o futuro, não foram sequer implementados em seus aspectos básicos pelo Poder Executivo em suas ações administrativas ou pelo Poder Legislativo por intermédio da elaboração de leis, cabendo, neste passo, ao Poder Judiciário, suprir esta falta⁸⁰.

Por isso, a despeito de qualquer formalidade no que se refere à terceirização de serviços na esfera pública (e privada), o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula 331, atendeu às enunciadas premissas.

Em que pese o entendimento sumulado pelo egrégio tribunal especializado do trabalho não seja suficiente para regulamentar todas as hipóteses possíveis de terceirização de serviços, ao menos supre a carência de limitações específicas ante a omissão legislativa, e estabelece parâmetros a serem observados tanto pela Administração Pública quanto pela iniciativa privada para a formalização regular da relação trilateral terceirizante, sem se esquecer da responsabilização do tomador dos serviços pelo incumprimento das obrigações contratuais e legais (direitos sociotrabalhistas), para, assim, assegurar a inclusão social do trabalhador

⁸⁰ “Como reflexo da falência da administração do Bem Estar Social, o Estado passou a diminuir sua presença em setores nos quais ele era prescindível para atender eficazmente o setor em que ele era indispensável: a promoção social. Essa mudança de comportamento político foi motivada pela seguinte situação: observou-se que o Estado que muito promete e pouco cumpre, é um Estado ineficaz; mas um Estado que pouco promete, e cumpre, é um Estado eficaz. Assim, em nome da eficácia do Estado com o objetivo de promover uma melhora na qualidade do serviço, justifica-se a sua esfera de interferência. Em contrapartida, deve o serviço jurisdicional – assim como outros serviços exercidos pelo poder público – corresponder às pretensões dos cidadãos brasileiros.” (PAULA, 1999, p. 80)

terceirizado e a efetividade de seus direitos fundamentais sociais, colocando o primado do trabalho como primeira opção.

Nesse sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula (1999, p. 86), quando trata da premissa sociológica da jurisdição, explica que:

A jurisdição não só distribui riquezas entre os integrantes de diversas classes sociais, ela também serve para corrigir desigualdades sociais e colocar seus integrantes em condições de competir no mercado econômico. [...] Enfim, de maneira direta ou indireta, faz circular e distribuir rendas e bens de consumo. As classes desfavorecidas são as que mais necessitam da jurisdição como meio de promoção individual e ascensão social.

Convém ressaltar que as escolhas feitas pelo administrador público na condução das atividades do Estado, necessariamente passam pela sua conformação à realidade social, orientando-se sempre nas diretrizes constitucionais específicas à Administração Pública e nos direitos fundamentais, que quando não correspondidos pedem satisfação pela via jurisdicional.

Desta afirmação retira-se, mais uma vez, que o Poder Judiciário poderá imiscuir-se nas escolhas do administrador público, inclusive no que diz respeito à contratação de serviços (atividade-meio) diretamente ligadas a atividades finalísticas do Estado. Por conseguinte, também pode (e deve) o Poder Judiciário “[...] *imiscuir, inclusive, nas escolhas ou opções do legislador, quando observar desacordo com metas, finalidades, enfim com parâmetros de juridicidade previstos no ordenamento jurídico [...]*” (BARROS, M. A. F., 2008, p. 140) e na Constituição.

Nos casos de terceirização de serviços realizados pela Administração Pública, a omissão legislativa conduz a este “controle” fundamentado no artigo 3º, da Constituição Federal, para impedir a utilização desgovernada da fórmula trilateral, caracterizada pela flexibilização contratual e precarização das relações de trabalho e emprego, a favor de resultados competitivos e eficientes, em um ambiente globalizado.

Para isso, o Poder Judiciário, em tempos de pós-positivismo, deve ter a Constituição compromissória e dirigente como ponto de partida e ponto de chegada hermenêutica e abandonar a ideia positivista de que o texto constitucional

esteja ilhado “[...] em um mundo exclusivo de leis positivas, descuidando igualmente da tarefa, senão mais essencial, de fazê-la valer como força constitutiva de um *idem sentire político, difundido em todos os estratos sociais*” (ZAGREBELSKY, 2004, p. 23, tradução livre do autor). Nesse sentido, o Poder Judiciário deve afastar a compreensão de que a Constituição seja simplesmente o vértice do ordenamento jurídico brasileiro, confrontado-a com a realidade da Administração Pública e social do trabalhador terceirizado para atingir os fins constitucionais e proporcionar à jurisdição sua atuação como elemento de inclusão social, revitalizando as regras do jogo democrático (PAULA, 2002), balizada nos princípios (valores) e regras constitucionais indissociáveis do Estado Democrático de Direito de índole humanista.

A construção de uma Constituição socialmente vivente, por intermédio da atuação do Poder Judiciário, tem como efeito a sua dotação de plena capacidade transformadora, por servir de instrumento para a inclusão social, cristalizando-se, deste modo, a

[...] capacidade da Constituição, planejada como lei, de converter-se em *ius*; fora de formalismos, na capacidade de sair da área do poder e das frias palavras de um texto para deixar-se atrair a esfera vital das convicções das idéias queridas, sem as quais não se pode viver e que se adquire com calor. (ZAGREBELSKY, 2004, p. 22, tradução nossa)

A Súmula 331 claramente estabeleceu limites à terceirização de serviços no âmbito público (e para a iniciativa privada). Por conseguinte, ao suprir a omissão legislativa, o Tribunal Superior do Trabalho fez mais do que ponderar sobre limites à Administração Pública no tocante à terceirização de serviços, haja vista que, sobretudo, atuou em consonância com as exigências do Estado Democrático de Direito, ao promover a defesa dos direitos fundamentais específicos dos trabalhadores terceirizados, mediante o reconhecimento sumulado de prática administrativa ainda não regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, caracterizado pela precarização das relações de trabalho e emprego. Estabeleceu-se, deste modo, entendimento jurisprudencial que, embora não seja o ideal, ao menos acaba por incluir socialmente o trabalhador terceirizado, justamente por definir os limites à

transferência de serviços aos prestadores de serviços (contratante interposta), sem se esquecer de tratar da responsabilidade do tomador de serviços pelo incumprimento das obrigações legais, constitucionais ou ordinárias, integradoras do contrato de trabalho, que, porventura, venham a causar prejuízos ao trabalhador.

Pode-se afirmar que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho, em período histórico de hegemonia política e ideológica do capitalismo readequado, evidencia que a inclusão social do trabalhador, seja ele terceirizado ou não, passa pelas garantias de direitos mínimos associados aos valores constitucionais, que nada mais são do que as balizas integradoras de todo o Estado Democrático de Direito Brasileiro e instrumento à autodeterminação individual e coletiva, em direção à máxima axiomática da dignidade da pessoa humana.

Frisa-se, não se pretende defender, neste trabalho, o criacionismo judicial ou o ativismo judicial descabido, sem critério, de protagonismo egocêntrico sumulado, porém, defende-se a participação social do Poder Judiciário, como guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais. Trata-se da defesa da atuação judicial por meio de medidas de extremo impacto social, e por isso mesmo devem ser vistas como medidas de exceção.

Portanto, a capacidade interventiva do Poder Judiciário não confere ao magistrado a possibilidade de influenciar a conduta dos demais poderes por meio de uma interpretação “criativa”, politizada ao extremo de retirar qualquer razoabilidade que sua decisão poderia ter, o que acabaria por degenerar a própria Constituição.

Neste texto busca-se, simplesmente chamar a atenção para o fato de que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho pugnou, desde seu início, por uma interpretação dialética, realista, observadora das condições sociais originadas pela exploração desgovernada da mão de obra terceirizada no âmbito público, consequência da adoção de ideias liberais readequados aos novos tempos do capitalismo, que tanto influenciaram a determinação de novos métodos gerenciais, de organização e divisão do trabalho, primeiro na iniciativa privada, para depois orientar as reformas administrativas na esfera pública. Neste último caso, principalmente pela redução de custos operacionais e eficiência na prestação de

serviços especializados, acessórios, instrumentais e complementares, utilizados para facilitar a realização de atividades finalísticas do Estado.

Por isso, deve-se ter em mente que “[...] julgar é uma tarefa essencialmente axiológica, não podendo o juiz contentar-se com a idéia de que a justiça está toda contida nos veículos legislativos, mas ser um crítico dos preceitos ditados pelo legislador [...]”, para tornar-se personagem essencialmente “[...] responsável pela legitimação social do direito e, conseqüentemente, por uma tutela jurisdicional justa”. (CAMBI, 2008, p. 134)

Ressalte-se que essa forma de atuação jurisdicional, além de promover a inclusão social mediante a conferência de efetividade aos direitos fundamentais sociais do trabalhador terceirizado, ante a interação da realidade social e o texto constitucional, fortalece a Constituição e a democracia, pois impede que a Constituição sofra com incessantes modificações (reformas) ao nível de uma lei ordinária e, assim, se evita que a matéria constitucional se confunda com “[...] a luta política cotidiana...A lei da boa vida das constituições é o desenvolvimento na continuidade. O instrumento normal é a jurisprudência.” (ZAGREBELSKY, 2006, p. 165, tradução nossa).

Revela-se, por conseguinte, um importante papel da jurisdição no Estado Democrático de Direito: a de atribuir função política ao Direito.

Daniel Marques de Camargo (2009, p. 59-62), ao tratar da função política do direito escreveu:

A função política do direito confirma a fuga que deve ocorrer da força dos códigos, da literalidade da norma, da interpretação matemática. Função política do direito que se faz presente quando o ordenamento jurídico não tem cunho somente legalista, mas sim procura respaldar e efetivar os direitos fundamentais. Função política que é exercida quando se tem visão crítica, socializada e humanística do direito e de suas interações [...] O direito, é certo, deve mesmo ter função política, a ser exercida especialmente em consonância com as diretrizes constitucionais que lhe dão força e orientação.

Não obstante o Tribunal Superior do Trabalho tenha firmado entendimento sumulado que colabora para a inclusão social do trabalhador terceirizado, mediante a imposição de limitações à terceirização de serviços, a

responsabilização subsidiária da Administração Pública pela inobservância das disposições contratuais e legais atinentes ao contrato de trabalho ainda mostra-se insuficientes à maior segurança contratual e incluyente do trabalhador terceirizado.

À guisa de se encerrar esta seção, tem-se presente que quando se trata da terceirização de serviços no âmbito público, certamente a responsabilização solidária da Administração Pública seria mais razoável e consonante aos objetivos constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, pois facilitaria a efetivação dos direitos fundamentais sociotrabalhistas inseridos na Constituição Federal. Trata-se de questão hermenêutica solucionável pela via jurisprudencial, cuja construção argumentativa, já iniciada em favor de sua aceitação, segue nas próximas seções.

4.2 A responsabilização da administração pública: aspectos controvertidos

A construção jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho em torno da terceirização de serviços foi desenvolvida a partir da edição do Enunciado nº 256, que limitadamente regularizou a terceirização formalizada através de contratos de trabalho temporários e de serviços de vigilância. Foi o primeiro passo em direção ao estabelecimento de freios à terceirização precarizante, ao firmar o entendimento de que “[...] *é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços*”.

O entendimento jurisprudencial asseverado no Enunciado 256, aprovado no ano de 1986, em período político e econômico marcadamente tomado pela ideologia neoliberal, propugnadora da desregulamentação e da flexibilização contratual trabalhista para beneficiar o aumento da competitividade empresarial no espaço mundial globalizado, não tomou conhecimento de importantes questões. Dentre elas, quais seriam os limites à terceirização de serviços no âmbito público e qual a responsabilidade da Administração Pública com relação aos prejuízos

causados pela prestadora de serviços ao trabalhador, decorrentes da violação a seus direitos trabalhistas dispostos, no período pré-constituente de 1988, principalmente, na Consolidação das Leis do Trabalho.

No lapso em que se discutiram as bases do Enunciado nº 256, ainda não havia se estabelecido no Brasil o novo paradigma constitucional, edificado sobre os direitos fundamentais, os valores sociais do trabalho, valorização do trabalho humano, primado do trabalho e a dignidade da pessoa humana, que viriam ser consagrados com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Porém, em que pese esta ausência significativa, o referido enunciado já prenunciava o que estava por surgir no palco jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, cada vez mais acionado para resolver os novos dilemas factuais trabalhistas advindos da relação trilateral terceirizante, espriada no âmbito público como solução imediata de contenção de custos operacionais relacionados à prestação de serviços públicos.

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fundada sobre bases humanísticas constitucionalizadas (direitos fundamentais), surge a primeira redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela Resolução Administrativa nº 23/1993. Embora tenha previsto em seu texto limitações contratuais à terceirização de serviços, inclusive para a Administração Pública, a incipiente Súmula 331 não tratou especificamente de sua responsabilidade, restringindo-se, exclusivamente, a tratar de modo generalizado sobre esta questão em seu inciso IV.

Concomitantemente às inovações trazidas pela Súmula 331, o ano de 1993 reservou ao administrador público a publicação da Lei de Licitações e Contratos, designadamente Lei nº 8666. Em seu artigo 71, § 1º, a Lei de Licitações e Contratos opta pelo afastamento da responsabilidade da Administração Pública, ao dispor que “[...] a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas [...] não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.”

Diversamente disso, o Tribunal Superior do Trabalho manteve vivo seu entendimento jurisprudencial. Por meio da edição da Resolução de nº 96

modificou a redação do inciso IV, da Súmula 331, para, assim, tratar da responsabilidade dos órgãos da Administração Pública direta, indireta, das autarquias, das fundações e empresas públicas e sociedades de economia mista, ao firmar a sua responsabilização subsidiária, desde que tenham participado da relação processual e constem no título executivo judicial.

Registre-se, ainda, que a Súmula 331 viria a sofrer sua terceira e mais importante alteração textual em 24 de maio de 2011, por meio da edição e publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho de nº 174, que além de alterar o inciso IV, acrescentou os incisos V e VI.

Dentre todas as modificações textuais, a mais relevante no que tange à terceirização de serviços na esfera pública está no inciso V. Este inciso trata da responsabilidade subsidiária, especificamente da terceirização de serviços relacionados à atividade-meio, de caráter complementar, acessória e instrumental à atividade-fim de natureza pública, na qual estejam envolvidas a Administração Pública direta e indireta, em caso de constatação de sua conduta culposa quanto ao cumprimento das obrigações contratuais de natureza trabalhista de responsabilidade da prestadora de serviços escolhida em certame licitatório.

Com estas alterações, pela primeira vez o Tribunal Superior do Trabalho tratou especificamente da responsabilidade da Administração Pública, quando esta faz uso da terceirização de serviços em seu benefício, por ser fórmula contratual largamente utilizada pelo administrador público, principalmente a partir de 1990, influenciado pelas mudanças gerenciais e de divisão e organização do trabalho na iniciativa privada, em busca de redução de custos e maior competitividade mercadológica, promovidas pela difusão de ideais neoliberais como remédio para a crise econômica iniciada nos anos de 1970.

Reforça-se, deste modo, o entendimento jurisprudencial pela responsabilização subsidiária da Administração Pública direta e indireta, quando participarem da relação processual e constarem no título executivo judicial. Contudo, a nova redação aprofunda-se consideravelmente, ao assegurar a responsabilização por conduta culposa (*in eligendo* ou *in vigilando*) no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações sociotrabalhistas por parte da prestadora de serviços,

conduta esta que será averiguada em cada Reclamatória Trabalhista ajuizada perante a Justiça Especializada do Trabalho.

De todo modo, apesar dos esforços dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, a Súmula 331 mostra-se ineficiente para combater plenamente a precarização das relações de emprego e de trabalho no âmbito público, pela via terceirizante, tendo-se em vista que a terceirização é cada vez mais utilizada pela Administração Pública, fundamentalmente, como meio de redução de custos operacionais e de gastos com quadro de pessoal, com o objetivo precípua de não extrapolar os índices estabelecidos na comentada Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) para este aspecto administrativo, o que, obviamente, implica rebaixamento salarial, aviltamento das condições de trabalho e adoção do critério do menor preço em licitação pública.

Daí porque é comum se ver a formalização de contratos de prestação de serviços terceirizados no âmbito público, por intermédio de procedimento licitatório que preza a contratação da prestadora de serviços que apresente o menor valor cobrado (menor preço) por seus serviços. A par disso, também é comum se ver a contratação de empresas prestadoras de serviços inidôneas, que apresentam valores abaixo das outras concorrentes em procedimento licitatório, apesar de saberem que serão montantes insuficientes para cumprir com as determinações contratuais firmadas com a Administração Pública ou com as obrigações contratuais e legais trabalhistas.

Como agravante, tem-se o fato de que o administrador público, mesmo em situações de flagrante apresentação de preços irreais em processo licitatório, opta pela contratação do prestador de serviços que sabe que não cumprirá com suas obrigações legais e contratuais trabalhistas.

Privilegia-se o menor preço em licitação, o que facilita a precarização das relações de emprego formalizada sob o amparo da fórmula trilateral-terceirizante, quando o ideal para a Administração Pública seria avaliar a capacidade técnica e a especialização do prestador de serviços.

Não foi por mero acaso, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho optou por responsabilizar, ao menos de modo subsidiário, a Administração

Pública, quando sua conduta for culposa no que diz respeito à má fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços, isto é, quando sua atuação administrativa colabora para a precarização das relações de emprego e exclusão social do trabalhador terceirizado.

Assim, os debates jurisprudenciais e na literatura jurídica acerca da responsabilização da Administração Pública permaneceram ainda mais acalorados, sobretudo, diante da pendência de julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, que visou a Declaração de Constitucionalidade do artigo 71, da Lei nº 8666/1993, junto ao Supremo Tribunal Federal. Por certo, esta lei também se aplica à terceirização de serviços no âmbito público, haja vista que esta modalidade contratual facultada ao administrador público, apenas poderá ser formalizada se precedida de procedimento licitatório e obedecidas as limitações legais que delimitam quais as atividades são passíveis de terceirização.

Os debates tem como tema o confronto entre o texto da Súmula 331 e o texto do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993.

A saber, surgiram teses defensoras da inconstitucionalidade⁸¹ do referido artigo da Lei de Licitações e Contratos, diante da construção jurisprudencial da Súmula 331, o que levou outros juristas a afirmarem que a atuação do Tribunal Superior do Trabalho violou a cláusula de reserva de plenário (Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal).

⁸¹ Dentre os renomados juristas que advogaram a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 temos o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Maurício Godinho Delgado (2006, p. 459). Para o Ministro, a exceção do mencionado artigo da “[...] Lei de Licitações desrespeitaria, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais (a regra da responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, inculpada já há décadas na história das constituições brasileiras). Semelhante preceito constitucional responsabilizatório não só foi mantido pela Carta de 1988 (art.37, § 6º, CF/88) como foi inclusive ampliado pela nova Constituição, abrangendo até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (§ 6º do art. 37, CF/88). Ora, a Súmula 331, IV, não poderia, efetivamente, absorver e reportar-se ao privilégio de isenção responsabilizatória contido no art. 71, § 1º da Lei de Licitações – por ser tal privilégio flagrantemente inconstitucional. A súmula enfocada, tratando, obviamente, de toda a ordem justralhista, não poderia incorporar em sua proposta interpretativa da ordem jurídica – proposta construída após largo debate jurisprudencial – regra legal afrontante de antiga tradição constitucional do país e de texto expresso da Carta de 1988...Não poderia, de fato, incorporar tal regra jurídica pela simples razão de que a norma inconstitucional não deve produzir efeitos.”

Sob outro enfoque, alguns juristas argumentaram que o texto sumulado privilegiou o interesse particular do trabalhador em detrimento do interesse público. Para o bem da verdade, tem-se que não foi uma coisa, nem outra.

De fato, a ampla utilização da terceirização de serviços no âmbito público, sem legislação específica a sua regulação⁸², e o crescente número de reclamações trabalhistas movidas por trabalhadores terceirizados, junto ao setor público, fez com que o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciasse sobre o tema, fixando sua jurisprudência sumulada em dois parâmetros:

A – Em face das exigências previstas no inciso II do art. 37 da CF/88, quanto à necessidade de aprovação prévia em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, *não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional*”, preservando a não transferência prevista no art. 71 da Lei n. 8.666/93.

B – Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim essa mesma diretriz legal. (GERMIGNANI, 2010, p. 214)

Inobstante isso, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o entendimento jurisprudencial sumulado na seara trabalhista acerca da terceirização de serviços no âmbito público, implicitamente declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 e, por consequência,

⁸² Conforme consta no Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal, publicado em 02 de dezembro de 2010, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Ministro Carlos Ayres Brito foi voto vencido. Seu voto “[...] *dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.*”

violou a Súmula Vinculante⁸³ de nº 10, pois, embora não tenha declarado expressamente a inconstitucionalidade do artigo designado, afastou a sua incidência, no todo ou em parte.

Nessa esteira, ao analisar o problema jurídico, a Ministra Cármen Lúcia desenvolveu a tese promotora da declaração de inconstitucionalidade tácita ou explícita de lei ou ato normativo e expôs que nestes casos, o magistrado, ao aplicar a lei e, posteriormente, ao declará-la inconstitucional, fundamentando sua decisão na Constituição Federal, “[...] *automaticamente suscita o incidente de controle de constitucionalidade, que exige a maioria absoluta dos membros do tribunal ou órgão competente [...]*” (SILVA, A. A., 2011, p. 86). Nestes termos, para a Ministra, a reserva de plenário deve ser observada.

Contudo, é preciso insistir: o Tribunal Superior do Trabalho, quando determinou a responsabilização subsidiária da Administração Pública por meio da edição da Súmula 331, em nenhum momento analisou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos.

Nos dizeres de Tereza Aparecida Asta Germignani (2010, p. 220), em primeiro lugar, tem-se que a responsabilização subsidiária não significou a transferência dos encargos patronais do empregador interposto para a Administração Pública, o que por si só afasta qualquer controvérsia entre o texto da súmula e o artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos.

A clara intenção do Tribunal Superior do Trabalho, após a constatação recorrente de postura negligente do ente público, no que diz respeito à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais (direitos fundamentais sociotrabalhistas) de responsabilidade da prestadora de serviços, ou pela escolha de empresas inidôneas em licitação pública, resultado da adoção do critério do menor preço, foi a de assegurar ao trabalhador a reparação de eventuais prejuízos. As disposições sumulares revelam intenção de evitar o aumento do impacto da precarização das relações de emprego, via terceirização de serviços sobre o trabalhador terceirizado, parte hipossuficiente nesta relação trilateral, marcada pela

⁸³ A Súmula Vinculante de nº 10 estabelece que “[...] viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.”

exclusão social do trabalhador diante da característica inefetividade de seus direitos sociotrabalhistas nestes casos, sem que com isso se tenha a transferência imediata de qualquer responsabilidade para a Administração Pública. Não houve a responsabilização objetiva.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva exige a avaliação, caso a caso, da conduta culposa (*in eligendo* ou *in vigilando*) do ente público tomador dos serviços.

Em síntese, manteve-se intocável o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993, sem qualquer menção implícita ou explícita sobre sua inconstitucionalidade.

Vale mencionar que o tão comentado artigo 71 e seu § 1º da Lei de Licitações e Contratos não exige a Administração Pública da obrigação de fiscalizar o contratante interposto quanto ao cumprimento de suas obrigações contratuais e legais trabalhistas, sejam elas de origem constitucional ou ordinária.

No mais, a própria interpretação do § 1º, do artigo 71, da lei nº 8666/1993,

[...] desafia sua leitura conjunta e contextualizada com vários outros dispositivos legais que imputam à Administração Pública, de forma correlata e proporcional, o dever de fiscalizar eficientemente a execução de seus contratos de terceirização, por imperativo de legalidade e moralidade pública (Constituição, art. 37, *caput*), inclusive em relação ao adimplemento dos direitos dos trabalhadores terceirizados, tendo em vista que se trata de *direitos fundamentais* (Constituição, art. 7º) cuja promoção e fiscalização incumbe aprioristicamente ao Estado, como razão essencial de sua existência. (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 76)

Por este motivo é que a fiscalização das obrigações contratuais constitui-se elemento imprescindível aos contratos de prestações de serviços.

O padrão fiscalizatório para a escolha da prestadora de serviços está bem definido no artigo 44, § 3º, da Lei nº 8666/1993⁸⁴, nos artigos 19, inciso III,

⁸⁴ Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. [...] § 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha

IX, XVIII, 19-A, inciso IV e 29, § 3º, da Instrução Normativa 02/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁸⁵.

Além disso, o exercício da fiscalização está definido nos artigos 67 da Lei nº 8666/1993⁸⁶. Em complemento, estão os artigos 31, e 34 a 36, dispostos na Instrução Normativa 02/2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e

estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

⁸⁵ Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber: [...] III - o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços, conforme Anexo III desta Instrução Normativa, o qual constituirá anexo do ato convocatório e deverá ser preenchido pelos proponentes; [...] IX - a exigência da indicação, quando da apresentação da proposta, dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço, quando for o caso; [...] XVIII - disposição prevendo que a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra; [...] Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra: [...] IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis. [...] Art. 29. Serão desclassificadas as propostas que: § 3º Se houver indícios de inexeqüibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, para efeito de comprovação de sua exeqüibilidade, podendo adotar, dentre outros, os seguintes procedimentos: I - questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexeqüibilidade; II - verificação de acordos coletivos, convenções coletivas ou sentenças normativas em dissídios coletivos de trabalho; III - levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, e junto ao Ministério da Previdência Social; IV - consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares; V - pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas; VI - verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada; VII - pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes; VIII - verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente; IX - levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa; X - estudos setoriais; XI - consultas às Secretarias de Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal; XII - análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços; e XIII - demais verificações que porventura se fizerem necessárias.

⁸⁶ 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. § 1º O representante da Administração anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Gestão⁸⁷, compreendidos, também, o estabelecimento de punições ao contratante interposto, nos termos dos artigos 77, 78, 79 e 87, III, todos da Lei nº 8666/1993.

⁸⁷ Art. 31. O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato consistem na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93 e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97. [...] Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso: I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada; II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas; III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados; IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida; V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e VI - a satisfação do público usuário.

§ 1º O fiscal ou gestor do contrato ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993. § 2º A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada dos mesmos, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso. § 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993. § 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993. § 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações: I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas: a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição federal sob pena de rescisão contratual; b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório; c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior; d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível; e) pagamento do 13º salário; f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei; g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso; h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei; i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED; j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada, podendo ainda utilizá-la para o pagamento direto aos trabalhadores no caso da empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e no art. 19-A, inciso IV desta Instrução Normativa.

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos: § 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações: I - do pagamento da remuneração e das contribuições

Estabelece-se um padrão fiscalizatório para a Administração Pública Federal que orienta os demais entes federativos para a melhor projeção de “[...] suas normas internas acerca da matéria, em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa.” (VIANA; DELGADO; AMORIM, 2011, p. 78)

Posto isto, ressalta-se que a responsabilização subsidiária imposta pela Súmula 331, simplesmente decorre da responsabilização subjetiva da Administração Pública, somente configurada se presentes a culpa⁸⁸ *in eligendo* ou a culpa *in vigilando*, quando atua sem observar as disposições constitucionais e infralegais enumeradas.

Nesse sentido, mesmo que configuradas a culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando*, estas não se traduzem na responsabilização direta e imediata do ente público, haja vista a exigência de benefício de ordem, isto é, seguindo a linha de pensamento condutora da jurisprudência pacificada no Tribunal Superior do Trabalho, tem-se que a responsabilidade principal sempre será do contratante interposto, relegando-se à responsabilização subsidiária à Administração Pública, desde que comprovada sua culpa.

Ou seja, haverá responsabilização subsidiária da Administração Pública, quando esta, por sua escolha e de acordo com os critérios adotados em licitação pública, mantiver vínculo contratual consistente em prestação de serviços

sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados; II - da regularidade fiscal, constatada através de consulta "on-line" ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666/93; e III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração. § 2º O descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS ensejará o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das sanções cabíveis.

⁸⁸ Segundo Michel Olivier Giraudeau (2010, p. 91), “sabendo-se que a contratação de mão de obra faz-se, presumidamente, mediante vínculo de emprego entre trabalhador e o próprio contratante, a súmula 331 do TST reflete entendimento segundo o qual o tomador de serviços terceirizados, ao optar por essa modalidade de contratação, tem o dever de observar critérios cuidadosos de eleição da empresa prestadora, e ainda exercer permanente fiscalização e vigilância sobre a empresa eleita, sob pena de pesar, contra o tomador, a presunção de abuso de direito.”

(terceirização) restritas à atividade-meio e, culposamente, eleger mal seu representante (contratante interposto) ou, se omitir do dever de vigilância sobre este agente, ocasionando, indiretamente, danos ao trabalhador terceirizado, que levam a precarização das relações de emprego e à exclusão social pela inefetividade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas.

Noutras palavras, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331, tratou apenas de pacificar o entendimento jurisprudencial que já vinha se consolidando nos tribunais regionais e fóruns do trabalho, que ao interpretarem o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993, entenderam que este artigo refere-se exclusivamente aos contratos administrativos formalizadores da terceirização de serviços e, por isso, alcança somente a relação contratual bilateral constituída pela Administração Pública e o prestador de serviços, excluindo-se, deste modo, o trabalhador, pedra angular na relação jurídica trilateral, que modestamente oferece sua força laboral e por ela tem direito a retribuição, sob pena de se ver violados o valor-trabalho, os direitos fundamentais sociotrabalhistas e os princípios da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana.

Como bem explica Antônio Álvares da Silva (2011, p. 87), além de não ter tratado da inconstitucionalidade do artigo em questão, a diretriz interpretativa da Súmula 331, faz referência

[...] à Lei n. 8.666/1993, não para acoimá-la de inconstitucional, mas para reafirmá-la por meio da interpretação sumulada, ou seja, cabe ao órgão público a responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas, caso a empresa contratada pela Administração Pública, direta e indireta, não os cumpra.

No mesmo sentido, definitivamente se consolidou o entendimento sumulado pelo colendo tribunal superior trabalhista, na oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, pois, ao mesmo tempo em que declarou a constitucionalidade⁸⁹ do artigo 71, §

⁸⁹ Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal: “PLENÁRIO. ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 – 3. Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 (“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º

1º, da Lei nº 8666/1993, a corte constitucional não dotou a Administração Pública de absoluta irresponsabilidade, pois reconheceu que a responsabilização subsidiária faz-se necessária para garantir, ao trabalhador terceirizado, a efetivação de seus direitos fundamentais sociotrabalhistas e o respeito ao primado do trabalho.

No entanto, a responsabilidade subsidiária não se revela em seu pronto reconhecimento genérico, ou seja, não há a responsabilização objetiva⁹⁰ do ente público (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal). O Supremo Tribunal Federal apenas projeta a responsabilidade subsidiária mediante a análise da instrução probatória⁹¹ dos fatos relatados em reclamatória trabalhista (análise caso a caso da

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensejara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.”

⁹⁰ O Informativo nº 610 do Supremo Tribunal Federal, publicado em 02 de dezembro de 2010, dias após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, informou que o “Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.”

⁹¹ A responsabilização subsidiária possibilita a “chance de ampla defesa à Administração Pública. Se ela não vem a juízo nem se defende, como às vezes acontece, ou se defende, mas seus argumentos não são aceitos, pois visam comumente apenas protelar o que deve, não lhe resta outro caminho senão o de arcar com a responsabilidade subsidiária. Os “fatos da causa” estão provados contra ela.” (SILVA, A. A., 2011, p. 89)

culpabilidade), a fim de verificar se estão presentes a culpa *in vigilando* ou a culpa *in eligendo*.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 353),

O STF, no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC 16-DF), em que se objetiva a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, decidiu, em sessão plenária do dia 24-11-2010, por maioria de votos, que é constitucional o referido dispositivo legal. Houve consenso no sentido de que o STF não pode impedir o TST de, com base em outras normas, analisadas em cada caso, reconhecer a responsabilidade do poder público, especialmente quando haja omissão culposa no exercício da fiscalização.

Oportuno se torna dizer que o Tribunal Superior do Trabalho, além de não se manifestar sobre a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, nem mesmo aventou a possibilidade de responsabilizar objetivamente (artigo 37, § 6º, Constituição Federal) a Administração Pública. Também não se considerou a responsabilização solidária do ente público tomador dos serviços.

O afastamento da responsabilidade objetiva considerou que, quando a Administração Pública figura como tomadora de serviços, por meio da terceirização regular, não presta serviços públicos diretamente ou por delegação particular, de modo que os serviços terceirizados por ela contratados constituem-se em serviços de natureza privada⁹², estritamente limitados à sua atividade-meio.

De todo o exposto, resumidamente, retira-se que não houve violação da cláusula de reserva de plenário, pois a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 não foi objeto de análise implícita ou explícita do Tribunal Superior do Trabalho durante a definição das bases jurídicas da Súmula 331. Por esta razão, durante o julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Ministro César Peluso ponderou que:

⁹² Há que se destacar que em “[...] casos de danos causados a terceiros pelos trabalhadores contratados de forma ilícita, incide a responsabilidade do Estado, que é objetiva e independe de quem seja o agente causador do dano, conforme artigo 37, § 6º, da Constituição. Vale dizer que, embora contratado ilicitamente, esse agente é considerado agente público para fins de responsabilidade civil do Estado.” (DI PIETRO, 2011, p. 355)

[...] não havia sentido em apreciar o pedido, pois a presunção de constitucionalidade do referido dispositivo não estava em cheque, sendo que além de assegurar a satisfação dos débitos trabalhistas, mediante a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviço, a Súmula do TST preservou o constante do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, cuja menção expressa consignou no referido verbete, concluindo não ter sido demonstrada a existência de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma. (GERMIGNANI, 2010, p. 221)

Cumpre examinarmos, neste passo, a argumentação de que o texto sumulado tenha privilegiado o interesse particular do trabalhador ou de grupo de trabalhadores terceirizados, inseridos indiretamente no âmbito público mediante prévio procedimento licitatório, que licitamente escolheu o contratante interposto, deixando-se em segundo plano o interesse público ao aplicar “ilegalmente” a responsabilização subsidiária.

Aliado ao princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular⁹³, também conhecido como princípio da finalidade, decorre da “[...] bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração”. Apesar de não se tratar de princípio específico do Direito Administrativo, pois informa todos os ramos do direito, o princípio da supremacia do interesse público é essencial para a construção de mais princípios relacionados à consecução da boa administração, por isso, serve de inspiração ao “[...] legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.” (DI PIETRO, 2011, p. 64-65)

O legislador constituinte originário quando transmutou o paradigma jurídico brasileiro para o modelo de Estado Democrático de Direito alicerçado em valores e princípios de índole humanística, por consequência, também modificou a abrangência do princípio da legalidade, agora integrado não somente por normas ordinárias, mas, principalmente, por axiomas de dignidade constitucional, de observância imprescindível para o administrador público.

⁹³ O artigo 2º, inciso II da Lei nº 9784/1999 trata expressamente do princípio da supremacia do interesse público, ao preconizar que cabe ao administrador público o “[...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.”

Portanto, há o impacto dos direitos fundamentais e das diretrizes constitucionais de cunho administrativo (artigo 37 e seguintes da Constituição Federal) sobre a atuação da Administração Pública, bem como sobre a eleição de quais medidas necessariamente seriam qualificadas como de interesse público.

Isto quer dizer que a partir da Constituição Federal de 1988 a Administração Pública “[...] passa a orientar-se pelo pleno desenvolvimento dos direitos fundamentais, elementos norteadores de toda a atividade no sistema jurídico a que se integra [...]” (SANTOS NETO, 2008, p. 406) o Direito Administrativo⁹⁴.

Neste passo, a discricionariedade administrativa estaria limitada pelo princípio da legalidade, agora composto pela lei e axiomas fundamentais do Estado Democrático de Direito, que refletem sobre o controle judicial, renovado em sua função jurisdicional, que passa a verificar a conformação da validade dos atos administrativos firmados em nome do interesse público com o espectro legal e principiológico-normativo do novo paradigma constitucional, integradores dos interesses primários do Estado Constitucional.

Posto isto, a supremacia do interesse público sobre o privado depende da convergência entre os interesses primários, isto é, aqueles interesses da coletividade como um todo, e os interesses secundários, consistentes naqueles interesses que o Estado (Administração Pública) tem como se fosse uma pessoa física ou jurídica sujeita de direitos.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 63),

⁹⁴ Nessa esteira, “[...] o fato de os direitos humanos fundamentais estabelecerem-se como pedra angular de todo o ordenamento jurídico resulta de eles constituírem “a própria essência do regime constitucional”, além de acompanharem a definição dos domínios do Estado Social e Democrático de Direito. Da combinação entre os direitos humanos e o Estado Social e Democrático de Direito estabelece-se uma relação que atinge os pilares do direito administrativo e na opinião de parte da doutrina fez estabelecer um verdadeiro “direito administrativo constitucional”, que a despeito de não ignorar que a Administração Pública deve sempre servir com objetividade ao interesse público, sua razão de existir, na sua atual conformação, obriga a que se passe a entendê-lo (o interesse público), como a “consolidação dos direitos fundamentais no Estado Social”, que ora pode ser visto também como algo que é chamado para “potencializar os direitos fundamentais”. O que propõem os estudiosos do direito hodierno, então, é que o direito administrativo de bases constitucionais compreenda que o “Estado Social rompeu as barreiras artificiais que o separavam do Estado-Sociedade”, pelo que obtempera-se que o que se espera de sua operatividade é justamente a busca do necessário reforço e da indispensável materialização dos direitos fundamentais como “marco de uma ação combinada Estado-Sociedade”. (SANTOS NETO, 2008, p. 403)

Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de negar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àqueles que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos. Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Neste íterim, quando se trata de supremacia do interesse público sobre o privado, não se está a autorizar a Administração Pública a satisfazer seus interesses secundários indiscriminadamente.

Obviamente, quando o administrador faz uso da terceirização de serviços, em primeiro lugar, tem o objetivo de atender aos interesses secundários da Administração Pública vinculados à redução de custos operacionais, diminuição de quadro de pessoal e atendimento às restrições orçamentárias impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

A terceirização de serviços no âmbito público, mesmo que legalizada por procedimento licitatório ou regularmente limitada à atividade-meio, geralmente tem como critério a busca pelo menor preço, o que tem como primeiro efeito a precarização das relações de emprego pelo aviltamento salarial, agravada, ainda, pela inércia fiscalizatória do ente público, iludido por valores irrealistas. Daí porque é comum a Administração Pública contratar prestadoras de serviços inidôneas que, além de não cumprir com o avençado em contrato administrativo, deixa de adimplir suas obrigações contratuais de natureza trabalhista ou estabelece condições de trabalho aviltantes.

Diante deste quadro, certamente, a não responsabilização da Administração Pública nos casos de terceirização colaboraria para a insegurança do

trabalhador e para a maior inefetividade dos direitos sociotrabalhistas, o que tem como resultado imediato a nefasta exclusão social do trabalhador terceirizado.

Por tudo isso, a supremacia do interesse público sobre o privado somente deve ser invocada quando o administrador público pretender a satisfação de interesses públicos legitimados por representarem fielmente os interesses de toda a coletividade, em razão de que a Administração Pública não tem autorização para utilizar-se deste princípio “[...] *para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais.*” (MELLO, 2003, p. 63)

Neste diapasão, não se pode perder de vista que a Constituição Federal de 1988 primou pela valorização do trabalho (artigo 1º, inciso IV), colocando-o como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, da ordem econômica (artigo 170) e social (artigo 193), constituidoras de interesse público, de natureza primária. São valores inafastáveis da boa Administração Pública, de modo que impedir sua responsabilização subsidiária, quando se trata de terceirização de serviços, revela o “[...] *flagrante desrespeito explícito à Constituição que repetidamente valorizou o trabalho humano.*” (SILVA, A. A., 2011, p. 89)

Inadequado seria esquecer-se de mencionar de que quando constatada a irregularidade da terceirização de serviços pelo descumprimento das disposições constitucionais e infraconstitucionais dirigidas à regulação da atividade estatal, compreendidos os contratos de terceirização de serviços, ao Estado cabe promover a responsabilização dos agentes públicos (servidor ou empregado público) e/ou políticos envolvidos.

Sendo assim, tanto os agentes políticos, quanto os agentes públicos (servidores ou empregados públicos), comprovada a irregularidade, deverão ser responsabilizados civil e criminalmente, sendo que estes últimos, também serão responsabilizados na via administrativa.

Os agentes políticos serão responsabilizados criminalmente, quando sua conduta incidir em crime de responsabilidade, apurado mediante instauração de ação penal pelo Ministério Público, que geralmente toma conhecimento dos fatos ou atos tipificados como crimes funcionais ou de responsabilidade por meio do

recebimento de sindicâncias, processos administrativos e comissões parlamentares de inquérito. Quanto à responsabilização civil, o agente político poderá sofrer o sequestro e bloqueio de bens, contas bancárias, aplicações financeiras, para reparar os danos causados ao erário público.

No mesmo sentido, os agentes públicos, ocupantes de cargo, função ou emprego público, serão responsabilizados administrativamente, após apuração da irregularidade na formalização do contrato de terceirização em sindicância ou processo administrativo, em que se verificará a falta funcional, infração funcional ou administrativa e ilícito administrativo cometido pelo agente no exercício de suas atividades. Constatada a uma das faltas e havendo lesão ao erário público, o Estado deverá obter o ressarcimento por meio da promoção de ação de regresso, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sem prejuízo de punição na esfera criminal⁹⁵.

Em resumo, o Tribunal Superior do Trabalho, ao sumular a exigência de que a Administração Pública fiscalize efetivamente o contratante interposto, no que diz respeito às suas obrigações contratuais trabalhistas de ordem constitucional e ordinária e, ainda, que escolha⁹⁶ diligentemente os prestadores de serviços terceirizados idôneos por meio de processo licitatório, não atende somente ao interesse individual do trabalhador ou de determinado grupo de trabalhadores prejudicados pela aplicação da fórmula terceirizante, mas, essencialmente, cumpre sua missão de dignidade constitucional, ao situar o fundante valor-trabalho

⁹⁵ A formalização dos contratos de terceirização de serviços no âmbito público devem ser precedidas de procedimento licitatório. Sendo assim, a Lei nº 8666/1993, estabelece do artigo 89 ao 99 quais são os crimes e as penas a serem impostas àqueles que não observarem as disposições legais regulatórias das licitações. Na mesma lei, do artigo 100 até o 108, está definido o processo e o procedimento judicial, sendo possibilitado a qualquer pessoa provocar a participação do Ministério Público.

⁹⁶ “Como vislumbrar que está sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve escolha de proposta menos vantajosa por apresentar números e valores irreais, já contanto com o posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições? [...] A responsabilização subsidiária visa a preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contanto com a futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições devidas.” (GERMIGNANI, 2010, p. 225)

insculpido no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, associado à dignidade da pessoa humana, como barreira à precarização das relações de emprego e instituto promovedor da inclusão social do trabalhador.

4.3 A responsabilidade solidária constitucional

À guisa de encerrar este capítulo, verifica-se que inobstante o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho tenha fixado no inciso V, da Súmula 331 a responsabilização subsidiária da Administração Pública, seguramente, pode-se afirmar que a adoção da responsabilização solidária constitucional seria mais prudente e adequada à efetividade dos direitos fundamentais sociais do trabalhador terceirizado com vistas à sua inclusão social.

A responsabilização subsidiária pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 331,

[...] deixa sem resposta inúmeras situações em que a Constituição impõe ao administrador uma conduta “inibitória” de práticas que violam a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados e os demais princípios republicanos, tais como: (a) quando o ente público contratante dos serviços interfere na escolha dos empregados da empresa terceirizada; (b) quando descuida no procedimento de licitação para a escolha de empresas economicamente solváveis, desencadeando contratos de alto risco para os trabalhadores; (c) quando adota posturas de proteção aos interesses econômicos da empresa terceirizada em detrimento dos direitos dos trabalhadores; (d) quando explora o estado de necessidade do trabalhador terceirizado abandonado pela empresa empregadora (empresários que evadem da execução dos contratos), submetendo-o a acordos financeiros espúrios sob promessa de recontração através de futura empresa prestadora do mesmo serviço, com a finalidade de evitar ou diminuir um passivo trabalhista a ser arcado, subsidiariamente, pelo erário etc. (AMORIM, 2009, p. 223)

Observa-se que no âmbito público a utilização da fórmula terceirizante é, sobretudo, modista, reproduzida para a redução de custos operacionais e maior flexibilidade contratual.

Trata-se, geralmente, de terceirização que, a despeito de sua formalização regular em processo licitatório para a contratação de serviços relacionados à atividade-meio, tem como pressuposto atender, *prima facie*, apenas o interesse econômico e administrativo do administrador público. Para exemplificar, no que diz respeito ao enxugamento da máquina pública, é comum a utilização da fórmula trilateral-terceirizante para atender às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, sem se considerar de fato se o interesse é público, isto é, se o interesse da sociedade que clama por melhores serviços é saciado.

Não há dúvida de que a terceirização de serviços, em muitas ocasiões, não se traduz em melhoria dos serviços públicos, mas em benefícios administrativos e econômicos ao tomador de serviços e prejuízos ao trabalhador, notavelmente diante da constante despreocupação do ente público em fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais de natureza trabalhista de responsabilidade da prestadora de serviços interposta.

Igualmente, a utilização do critério do menor preço, resulta na contratação de prestadora de serviços interposta que não têm condições técnicas e estruturais para assumir a execução das atividades contratadas.

Diante do exposto, conclui-se que independentemente da regularidade da terceirização de serviços, com relação à atividade terceirizada, o maior beneficiado pela adoção da fórmula contratual em evidência é o próprio Estado. Sem dúvida esta conclusão independe de se constatar se os serviços terceirizados estão estritamente relacionados à atividade-meio de características complementares, acessórias e instrumentais, não correspondente, por conseguinte, à atividade-fim do ente público tomador dos serviços ou, se a contratação da prestadora de serviços interposta entre o ente público e o trabalhador foi formalizada em certame licitatório (em obediência às diretrizes constitucionais voltadas à boa administração).

Por isso, a incessante busca pela redução “eficiente” de custos por parte da Administração Pública encontrou na terceirização de serviços os melhores resultados. Porém, são resultados baseados, por exemplo, na precarização das relações de emprego e exclusão social do trabalhador terceirizado pelo aviltamento salarial, oferecimento de condições de trabalho inadequadas, inadimplência contratual, escolha de empresas inidôneas em certame licitatório orientado pelo critério do menor preço dos serviços.

A redução de custos se expressa na redução de direitos (desregulamentação, flexibilização e inobservância de disposições infraconstitucionais e constitucionais), salário e benefícios. “*Em resumo, qualquer trabalhador sabe que terceirizar é, ao fim e ao cabo, precarizar. E não se trata de retórica, é a lógica do capital.*” (VALENTE, 2009, p. 105)

Assim, não se pretende defender a responsabilidade solidária da Administração Pública fundamentando-a em disposições infraconstitucionais⁹⁷, mas

⁹⁷ São três as teorias existentes na literatura jurídica fundamentadas em argumentos de natureza civilista, defensoras da responsabilização solidária nos casos de terceirização. A primeira teoria fundamenta-se no artigo 932, inciso III do Código Civil. Para os juristas que a defendem, a responsabilidade quanto à inadimplência contratual ou lesão a direito fundamental do trabalhador terceirizado deve ser objetivamente imputada ao ente público, pois este, enquanto tomador dos serviços seria o comitente, ou seja, aquele que incumbe “[...] a empresa terceirizada, mediante pagamento, de executar um trabalho em seu nome, e sob sua direção”. (GIRAUDEAU, 2010, p. 87). Trata-se de responsabilizar a tomadora de serviços por ato de terceiro, no qual a contratante interposta é qualificada como representante do tomador de serviços. Esta teoria apresenta entendimento extremamente controvertido, pois segundo seus defensores a tomadora de serviços estaria relativamente subordinada ao tomador de serviços, representando-o em sua relação com seus empregados, contudo, considerando-se o fato de que em terceirizações regulares a prestadora constitui-se em empresa especialista em determinada atividade, com seu quadro funcional, ramo de atividade bem definido e outros clientes. Portanto, nos casos de terceirizações regulares, mesmo diante da existência de diretrizes a serem observadas pela contratante interposta, não se vislumbra qualquer subordinação entre esta e o ente público tomador dos serviços, nem mesmo há atuação da prestadora de serviços em nome do tomador, caso contrário estar-se-ia diante da mera intermediação de mão de obra (*merchandage*), prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A segunda teoria defensora da responsabilidade solidária fundamenta-se no artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Resumidamente, esta teoria, pugna pela aplicação da teoria do risco, “[...] no sentido de se aceitar, ou não, a classificação da simples subcontratação dos serviços como atividade de risco [...]”, na qual o ente público “[...] tomador dos serviços terceirizados assume os riscos que são inerentes à própria terceirização [...]” (GIRAUDEAU, 2010, p. 88). Em última análise, tem-se a responsabilização solidária do tomador dos serviços com fundamento no artigo 187 do Código Civil combinado com o artigo 170 da Constituição Federal, caso constate-se a terceirização desvirtuada prejudicial ao trabalhador terceirizado. Porém, alerta-se que “[...] não se pode atribuir esse critério também às situações regulares de terceirização, sob pena de se estabelecer, como regra, um tratamento fundado na presunção de má-fé [...]” (GIRAUDEAU, 2010, p. 89). Como se vê, são teorias relativamente frágeis e incapazes de influenciar no futuro alguma mudança na jurisprudência

procurou-se entrelaçar os aspectos factuais e constitucionais ensejadores da configuração da responsabilidade solidária de dignidade constitucional.

Considerando-se toda a argumentação jurídica apresentada até aqui, bem como o modo como se desenvolvem as relações trilaterais-terceirizantes, percebe-se que a discussão em torno da responsabilização subsidiária da Administração Pública, nos casos de terceirização de serviços, ainda está longe de ser encerrada. Com efeito, muito mais distante está o consenso acerca da responsabilização solidária constitucional.

Portanto, protagoniza esta seção a solidariedade sob o viés constitucional, alicerçada nas regras e princípios firmados pelo legislador constituinte originário na Constituição Federal de 1988, caracterizadores do legítimo Estado Democrático de Direito de ordenação jurídica convergente à dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, ainda que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho tenha optado pela responsabilização subsidiária da Administração Pública, decorrente da adoção da culpabilidade subjetiva (*culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*) pela inadimplência contratual das obrigações trabalhistas de responsabilidade da contratante interposta ou pela má escolha da prestadora de serviços, a inexistência de legislação específica para delimitar as possibilidades de terceirização de serviços no âmbito público, lança ao Poder Judiciário um desafio ainda maior: o de melhor hermeneutizar os princípios envolvidos no claro conflito existente entre os interesses da Administração Pública e os interesses dos trabalhadores terceirizados.

Desponta como desafio ao Poder Judiciário, a apresentação da resposta mais adequada à Constituição, sem sustentar sua decisão em criacionismos jurisdicionais, discricionários, arbitrários, subjetivos, solipsistas, desprovidos de fundamentação adequada (coerência e integridade do Direito) e, portanto, contrários ao paradigma constitucional definido pelo legislador constituinte originário quando instaurou o Estado Democrático de Direito Brasileiro em 1988.

pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho em direção à responsabilidade do ente público tomador dos serviços terceirizados.

Embora a Constituição Federal estabeleça regras (artigo 37, *caput* e inciso II e XXI) que servem de óbice à terceirização desregulada no âmbito público, e a ordem infraconstitucional contenha leis que orientam a conduta estatal para a devida formalização e desenvolvimento regular de seus contratos administrativos (Lei nº 8666/1993; Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Gestão e Orçamento), como se fossem instrumentos de promoção das próprias regras constitucionais, é nos axiomas constitucionais que a Administração Pública encontra sua razão de ser. Portanto, são os axiomas constitucionais (de natureza humanística, dirigente e compromissória) o maior impedimento à terceirização precarizante no âmbito público.

Verdade seja, em tempos de pós-positivismo, a hermenêutica (constitucional) tem papel fundamental quando se trata de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociotrabalhistas.

A fórmula subsuntiva fato-norma, característica do modelo exegético-positivista⁹⁸, foi definitivamente superada ao ser substituída pelo (neo)constitucionalismo principiológico de vestes humanísticas, que além de alicerçar o Estado Democrático de Direito, expressa a vontade de Constituição da sociedade em uma Constituição compromissória e dirigente que, por isso, norteia a atuação do Estado.

O processo civilizatório que se espalhou, principalmente pelo Ocidente, após a segunda metade do Século XX (pós Segunda Guerra Mundial),

⁹⁸ Sobre o positivismo, Lênio Streck (2010, p. 83-86) explica que o “[...] termo positivismo é entendido aqui como sendo fatos [...] Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. [...] Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito.” Trata-se do positivismo exegético, no qual “[...] a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito.” O segundo momento do positivismo pode ser denominado por positivismo normativista, desenvolvido por Hans Kelsen, enfatizado na semântica, de interpretações subjetivistas “[...] provenientes de uma razão prática solipsista.”

assinalou a reaproximação entre o Direito e a Moral (ética)⁹⁹, em movimento discrepante do positivismo jurídico, avesso a esta conjugação paradigmática.

Surge nesta quadra da história o constitucionalismo moderno, centralizado em princípios de dignidade constitucional. Os axiomas (valores) originados pela reaproximação entre a Moral (ética) e o Direito, materializados nas primeiras disposições político-jurídicas internacionais, voltadas à proteção dos Direitos Humanos, dão substância ao constitucionalismo emergente. Ressalta-se que esta mudança paradigmática não ocasiona o “[...] retorno puro e simples ao *jusnaturalismo*, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma visão subjetiva [...]”, essencialmente porque os princípios de dignidade constitucional explícitos ou não, qualificadores do “neo” paradigma constitucional instaurado, além de personificarem a índole política da sociedade e suas bases morais e jurídicas, estão agora dotados de densidade normativa.

A singularidade do novo constitucionalismo está justamente na densidade normativa dos axiomas constitucionalizados, que passam a unificar e harmonizar o ordenamento jurídico nacional em torno de princípios declaradamente fundamentais (BARROSO, 2010, p. 328-329) à pessoa humana e à caracterização do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o constitucionalismo axiomático pós-positivista, marcado pelo prefixo “neo”, que atualmente qualifica o constitucionalismo, representa a ruptura neoconstitucionalista com os paradigmas positivista e constitucional liberal (STRECK, 2008, p. 7), outrora dominantes, para transformar a Constituição e os valores morais (princípios) nela consagrados, em ferramentas de transformação e inclusão social.

⁹⁹ Sobre a reaproximação entre a Moral (ética) e o Direito, Lênio Streck (2008, p. 176-177) comenta que no paradigma constitucional pós-positivista, “*Os princípios – ou, se se quiser, a materialidade principiopológico-constitucional – passam a compor, dessa maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das “fases” anteriores do Estado e do direito [...] Por isso, o avanço representado por esse novo paradigma: a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito. Direito e moral são co-originários porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não prescinde (mais) da moral. A moral não é (mais) instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está co-originariamente referida “ao direito gerado democraticamente” e juridicamente institucionalizado.*”

Em outras palavras, a reconciliação entre a moral e o Direito, resultou em um “[...] *ideal de “vida boa [...]”, dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.*” (STRECK, 2008, 177-178)

Por outro lado, no campo interpretativo do Direito, literatos jurídicos, magistrados, advogados e acadêmicos de Direito, ainda se encontram contaminados e atrelados a posturas positivistas, de raízes kelsenianas.

Tal assertiva assenta-se na constatação de que é comum encontrar adeptos de posturas interpretativas típicas do positivismo, calcadas em subjetivismos-solipsitas, na discricionariedade interpretativa, conducente a arbitrariedades, múltiplas respostas fundadas em axiologismos e criacionismos jurisprudenciais. Lênio Streck (2008, p. 8) denuncia que se trata da manutenção do esquema sujeito-objeto, da subjetividade assujeitadora, na qual prevalece a filosofia da consciência, que alimenta uma dogmática jurídica retrógada, incompatível com o Estado Democrático de Direito, sobretudo porque,

[...] de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e, de outro busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos.*

Especialmente em países de economia periférica e modernidade tardia, como o Brasil, no qual ainda está presente o espectro da desigualdade social, a hermenêutica de raízes constitucionais está envolvida pelo constitucionalismo dirigente e pela necessidade do Poder Judiciário apresentar, ao cidadão, respostas adequadas à Constituição.

Diante da ausência de específica previsão normativa, infraconstitucional e constitucional, acerca da terceirização de serviços, tanto para o âmbito público, quanto para a iniciativa privada, a elaboração de uma resposta adequada à Constituição, quando se analisa a responsabilidade da Administração Pública, é imprescindível.

Associada à estruturação e à afirmação de uma literatura jurídica que tem por escopo a responsabilização solidária constitucional da Administração Pública nos casos de terceirização de serviços, busca-se na perspectiva da hermenêutica constitucional, elementos que condicionem a obtenção da desejada resposta adequada.

Atualmente, no cenário jurídico brasileiro, as Teorias Substancialista, Procedimental Habermesiana (teoria do discurso) e da Argumentação tem relevante destaque dentre as teorias que pretendem oferecer ao intérprete o caminho mais seguro para alcançar a resposta mais condizente aos fins constitucionais.

Adiante será demonstrado, que neste trabalho, no qual se analisa a terceirização de serviços no âmbito público (desde as possibilidades de formalização da fórmula trilateral-terceirizante até a responsabilização do ente público tomador dos serviços), adotou-se a Teoria Hermenêutica Substancialista para sustentar a responsabilidade solidária constitucional da Administração Pública como a resposta mais adequada à Constituição.

Ao propósito, faz-se necessário diferenciar as Teorias Procedimentais do Discurso e da Argumentação da Teoria Substancialista. Mais além, torna-se imperioso apresentar seus principais elementos teóricos-interpretativos, com o objetivo único de ressaltar os motivos pelos quais se acolheu a Teoria Substancialista nessa busca pela resposta mais adequada à Constituição.

A primeira teoria a ter seus principais elementos expostos é a Teoria Procedimental-discursiva, desenvolvida por Jurgen Habermas.

A corrente procedimental habermesiana estrutura-se sobre a separação entre os discursos de fundamentação e discursos de aplicação. Como resultado da cisão entre os atos de fundamentar e aplicar, o raciocínio interpretativo da teoria procedimental em análise, parte do entendimento de que discurso de fundamentação ou de justificação das normas é universal (indistintamente dirigido), enquanto o discurso de aplicação decorre da argumentação dirigida à aplicabilidade da norma em um caso particular (situação concreta).

À conta disso, o procedimentalismo habermesiano assenta sua teoria na aplicabilidade legítima da norma em uma situação específica (situação ou

caso concreto), se antes da aplicação existir discurso prévio de fundamentação ou justificação da norma (universal), que englobe todas as singularidades da situação concreta avaliada, com a finalidade de se chegar a uma resposta coerente (adequada) a todas as possibilidades normativas aplicáveis. Nestes termos, tendo como objetivo assegurar a coerência das normas existentes no ordenamento jurídico, a correção da norma e a sua aplicação adequada, necessita de fundamentação precedente, elaborado em “[...] *um processo discursivo anterior, em que tenham participado todos os possíveis afetados e tenham sido levadas em conta todas as circunstâncias do caso.*” (CAMBI, 2009, p. 282)

Sob esta perspectiva, os discursos prévios de fundamentação ou justificação (antecipação prévia do discurso ideal consensualmente elaborado) enunciam a desoneração jurisdicional em fundamentar a sua decisão¹⁰⁰. Aqui reside a primeira crítica a esta teoria, solidificada na constatação de que,

[...] no fundo, essa cisão ou autonomização dos discursos de fundamentação coloca o papel do juiz em segundo plano – ao que tudo indica, de forma dedutiva – “deverá examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto”. Ora, o que será isso senão a velha subsunção ou dedução? [...] Aliás, nisso talvez esteja o ponto central da controvérsia com Habermas. Ao retirar do juiz/intérprete a responsabilidade pela elaboração de discursos de fundamentação, ele nada mais faz do que confessar a co-existência de dois paradigmas: o da representação (filosofia da consciência), para ele somente superável através da desoneração do intérprete daquilo que ele, Habermas, considera que é *inexoravelmente solipsista*, e o da intersubjetividade, no interior do qual “desapareceria o perigo da atuação desse sujeito (fundacional). Trata-se da admissão de uma perspectiva *dual*: “o mundo sensível” em que laboram os juízes (o mundo do solipsismo, da razão prática) e o “mundo supra-sensível” do agir comunicativo (o dos discursos de fundamentação prévia). (STRECK, 2008, p. 66-68)

Outros dois fatores relevantes afastam a utilização da teoria habermesiana para a obtenção da resposta mais adequada: os papéis conferidos por esta teoria à Constituição e à jurisdição de cariz constitucional.

¹⁰⁰ Em suas críticas ao procedimentalismo habermesiano, Lênio Streck deixa claro a sua opinião, quando diz que os discursos prévios de fundamentação retira do magistrado a obrigação de fundamentar a fundamentação, o que, certamente, não converge para o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Em linhas gerais, o modelo interpretativo procedimental habermesiano, relega à Constituição o papel de coadjuvante delineador do processo democrático (participação popular e das minorias). Esta assertiva decorre da constatação de que o procedimentalismo organizado por Habermas fundamenta-se em uma democracia fantasiosa, na qual os participantes do processo têm os mesmos direitos (igualdade) e não sofrem qualquer coerção para aceitar as normas que todos, consensualmente (liberdade), escolhem para atender às suas expectativas. Nesta democracia imaginária, que pretende ser libertária e igualitária, vence o melhor argumento e não se tem a preocupação de garantir a realização das condições materiais¹⁰¹ (direitos sociais) indispensáveis para a efetiva autodeterminação individual e coletiva (autonomia), que realmente promova a participação política.

Sobre a articulação entre democracia e condições materiais necessárias à sua efetivação, José Joaquim Gomes Canotilho (2010, p. 19) assevera que:

[...] só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar do governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais das pessoas e acaba nos direitos sociais.

Em consequência da despreocupação com os direitos sociais fundamentais, a Teoria Procedimental do Discurso confere ao Poder Judiciário a função de mero garantidor do processo democrático e aos direitos fundamentais

¹⁰¹ Eduardo Cambi (2009, p. 285) assevera que a democracia idealizada por Jurgen Habermas é criticável por não se preocupar com as condições materiais da sociedade. A par disso, sustenta sua crítica com os seguintes dizeres: “*Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semi-letrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem adequado atendimento médico-hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas. Não basta assegurar direitos sem que seus titulares possuam condições mínimas de, efetivamente desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade, onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis.*”

constitucionalizados, principalmente os sociais, a limitada função discursiva (carência de efetividade). Assim, ao mesmo tempo em que retira da atividade jurisdicional a capacidade de tornar viva a Constituição (enquanto elemento de inclusão social), por meio da concretização de direitos sociais, o procedimentalismo habermesiano limita a interferência constitucional no mundo prático, colocando-a como simples organizadora do quadro político-democrático (participação popular, inclusive das minorias) a ser protegido pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, passaremos agora aos apontamentos sobre a Teoria da Argumentação proposta por Robert Alexy, inegavelmente a teoria interpretativa mais festejada pelos juristas brasileiros.

A Teoria Procedimental da Argumentação desenvolvida por Robert Alexy coloca os princípios na posição de mandados de otimização hierarquizados. Nesta teoria se estabelece uma abertura interpretativa, amparada na ponderação¹⁰² dos princípios (e regras), tarefa repassada ao intérprete, que assujeitando (subjetivismo, juízo discricionário) os princípios (e as regras) em conflito, postos a sua frente, escolhe o resultado de acordo com a sua consciência (filosofia da consciência).

De acordo com a Teoria Procedimental Argumentativa, o modo como se utilizam as técnicas de interpretação variam de acordo com a dificuldade do caso apresentado. Por isso, divide os casos em fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*). Nos casos fáceis ou simples não há ponderação, pois da mera subsunção do fato a norma (esquema interpretativo sujeito-objeto), o intérprete obtém a resposta para a questão. No entanto, nos casos difíceis ou complexos, relacionados à colisão de princípios (direitos fundamentais) ou regras, quando a resposta não for obtida pelos critérios da hierarquia, cronologia ou especialidade, será alcançada mediante a aplicação da técnica ponderativa (proporcionalidade), dependente da

¹⁰² A ponderação de valores, interesses, bens ou normas, sob a ótica da teoria procedimental da argumentação, é a “[...] técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.” (BARROSO, 2010, p. 386)

densificação normativa (regras e princípios), discricionariamente utilizada pelo intérprete.

Observamos, mais uma vez, uma teoria procedimental na qual há a cisão entre aplicação e a fundamentação (argumentação ponderativa justificadora da escolha do intérprete). A densidade normativa atribuída aos princípios (e regras) implica na formação de conjunto de critérios previamente estabelecidos à atividade ponderativa, fixadoras dos motivos pelos quais um princípio (ou uma regra) precederá o outro. Isto nada mais é do que o estabelecimento de interpretações *prima facie*, separadas do caso concreto, evidenciado-se, assim, a cisão entre argumentação aplicativa e argumentação de fundamentação, isto é, de descoberta e justificação¹⁰³ (STRECK, 2008, p. 184).

Sendo assim, para os adeptos da Teoria da Argumentação, como, por exemplo, Luís Roberto Barroso (2010, p. 387), quando a resolução da situação concreta não está previamente dada pelo ordenamento jurídico (regras a serem subsumidas), cabe ao intérprete, por meio de suas valorações subjetivas, encontrar a resposta mais adequada à Constituição. Em sua tarefa interpretativa-procedimental-argumentativa, o intérprete fará uso, por conseguinte, de normas de cláusulas abertas, princípios (direitos fundamentais) e conceitos indeterminados, que exigem sua atuação discricionária (subjetivismo ou assujeitamento) para chegar à solução (representante da vontade de Constituição da sociedade ou por ele desejada?).

Certamente, a aplicação da técnica ponderativa, justamente por estar sujeita à subjetividade assujeitadora do intérprete, possibilita aos juristas (discricionariamente) encontrar várias respostas diferentes para casos semelhantes¹⁰⁴. Pode-se afirmar que as respostas obtidas decorrem da opção feita

¹⁰³ Neste contexto, a teoria de Alexy divide a aplicação em processos de justificação interna e externa. “Na justificação interna, Alexy, em uma clássica postura lógico-analítica, retoma, paradoxalmente, o modelo subsuntivo, “suficiente”, para nos casos simples e outras formas corretivas para casos complexos. Na justificação externa, o problema diz respeito às “premissas não extraídas diretamente do direito positivo”, constantemente presentes no processo de aplicação (entra aqui o problema da moral – enquanto justificativas das premissas externas ao direito positivo –, que tem uma função corretiva em Alexy, embora tal circunstância não seja assumida explicitamente).” (STRECK, 2008, p. 184)

¹⁰⁴ A variabilidade das respostas para situações semelhantes obtidas por diferentes intérpretes quando se aplica a técnica ponderativa da Teoria da Argumentação preocupa, inclusive, adeptos

por cada um dos possíveis intérpretes por um caminho argumentativo a ser elucidado, que necessariamente não resulta em uma decisão constitucionalmente adequada, mas, simplesmente, em uma escolha interpretativa discricionária, contaminada pela subjetividade assujeitadora do intérprete, que realmente não atende aos fins constitucionais.

Portanto, a utilização do raciocínio interpretativo da teoria procedimental-argumentativa formata-se em torno da escolha (discricionariedade característica da subjetividade assujeitadora do intérprete) ponderada de princípios (ou até mesmo regras conflitantes), o que, além de dar origem a múltiplas respostas para a mesma situação concreta, também dá suporte, dentre outros aspectos, a arbitrariedades, criacionismos e axiologismos jurisprudenciais.

A partir dessas assertivas, o retorno à filosofia da consciência é indiscutível e a abertura interpretativa pugnada por esta teoria não desvela o Estado Democrático de Direito de matriz constitucional dirigente e compromissória. A técnica da ponderação de princípios (e regras) conduz à abstração, à abertura interpretativa durante a busca da resposta adequada para a equação proposta na situação concreta, mediante a reabertura argumentativa ao intérprete, que reavaliará a fundamentalidade ou não do direito declaradamente fundamental (na Constituição), como se esses direitos, considerados fundamentais, fossem negociáveis, fulminando-se, por conseguinte, a força normativa da Constituição, substituída por deliberações discursivas provenientes da argumentação jurídica. (STRECK, 2008, p. 187)

Feitas estas considerações, levando-se em conta que a Teoria Procedimental da Argumentação incumbe ao intérprete, desde o início, a tarefa de hierarquizar e escolher o princípio ou a regra aplicável à situação concreta surge a

desta teoria. Luís Roberto Barroso (2010, p. 364-365) é um deles. Para o literato jurídico, “*Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada teoria da argumentação pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de uma decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capazes de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor que a outra?*”

seguinte questão: “[...] qual é a diferença entre o “intérprete ponderador” e o intérprete do positivismo, que discricionariamente escolhe qual a “melhor interpretação?” (STRECK, 2008, p. 183)

Em sentido contrário às teorias procedimental do Discurso e da Argumentação, a Teoria Substancialista não separa os discursos de fundamentação e aplicação, nega a existência de discursos prévios de fundamentação ou justificação da aplicação normativa. A Teoria Substancialista considera que a resposta adequada somente é obtida a partir da pré-compreensão que o intérprete tem do mundo prático (modo de ser no mundo). Dito de outro modo, a resposta adequada tem conteúdo fenomenológico (STRECK, 2008, p. 59-63).

Registre-se, ainda, que a Teoria Hermenêutica Substancialista se estabelece sobre o Círculo Hermenêutico, no qual há a pré-compreensão, isto é, a antecipação de sentido que clarifica o entendimento de que compreender é aplicar. Isto porque, a compreensão parte de pré-compreensões do modo de ser no mundo e, nesta linha de raciocínio, a pré-compreensão é que leva o intérprete a efetiva compreensão-aplicação das normas e princípios. Por isso, não se interpreta para compreender, compreende-se (e aplica-se) para interpretar.

Em outras palavras, o conhecimento não é fabricado pelo intérprete, nem mesmo o sentido está à sua disposição. Por isso, o intérprete está impedido de reproduzir sentidos (ou discursos prévios de fundamentação ou justificação), sobretudo porque a compreensão (e a aplicação), decorrente de uma pré-compreensão (pré-conhecimento ou pré-juízo) já existente (antecipação de sentido), não pode ser dominada, mas possibilita a atribuição de sentido (STRECK, 2010, p. 89) em face da situação concreta (realidade fática).

Sob este prisma, encontrar a resposta adequada passa pela atuação do intérprete (sujeito) investido da pré-compreensão¹⁰⁵ (pré-juízos¹⁰⁶) do que é a

¹⁰⁵ Sobre a pré-compreensão e a jurisdição marcadamente constitucional, Eduardo Cambi (2010, p. 311) manifesta-se no sentido que “[...] haveria violação dos limites funcionais da jurisdição constitucional se a decisão judicial fosse fundada em opiniões políticas, religiosas, morais ou filosóficas particulares de cada um dos juizes. Não se ignora que os magistrados não são neutros e que como seres humanos integrantes da sociedade possuem suas pré-compreensões ou mesmo arraigadas concepções morais, filosóficas, religiosas ou políticas. Porém, o que se exige da jurisdição constitucional é que as decisões judiciais sejam tomadas, fundamentadas e justificadas segundo critérios jurídicos intersubjectivamente compreensíveis e criticáveis [...]”

Constituição, interpretando-a mediante a hermenêutica de seus valores, no sentido de compreendê-la e aplicá-la a uma situação concreta. Este *modus interpretativo* acaba por evidenciar que a Constituição tem inserido em seu texto o mundo prático conhecido. Nestes termos, é a inserção do mundo prático no qual se encontra o intérprete, inserido plano constitucional, que revela a sua característica documental político-jurídico dirigente e compromissória.

Por esta razão, “[...] o sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete [...]”, pois a práxis interpretativa não parte do pressuposto de que se está diante do texto enquanto “sujeito-objeto” a ser interpretado (o texto – objeto – não está posto para ser assujeitado por subjetivações-solipsistas, criado na prospecção da filosofia da consciência). A interpretação não ocorre no mundo contra-fático, haja vista que há um mundo fático no qual se dá a atribuição de sentido. Enfim, a “[...] Constituição é um existencial. Faz parte do modo-de-ser-no-mundo [...]” do intérprete, que ao deparar-se com o texto possui um ter e um ver previamente estabelecido, o pré-conceito a respeito da Constituição (STRECK, 2008, p. 305), que possibilita ao intérprete atribuir o sentido, ou seja, que oferece a possibilidade de se obter a compreensão-aplicação interpretativa mais adequada à Constituição¹⁰⁷.

Não se trata de condicionar a atuação do intérprete a escolhas ponderativas ou a escolher um dos discursos prévios ou consensualmente elaborados. Se a Constituição e sua força normativa conferem aos direitos fundamentais (civis e sociais) a qualidade de direitos inegociáveis, resta ao intérprete, munido da pré-compreensão do modo de ser no mundo (aspectos sociais, históricos, políticos, dentre outros), ou seja, dos pré-juízos que afastam a abstração, encontrar a resposta mais adequada à Constituição, integrando-a com a realidade fática, para convertê-la em ferramenta de transformação social (Constituição factual,

¹⁰⁶ Os pré-juízos conformadores da pré-compreensão não são inventados (abstratos), pois são reais e orientam o intérprete em sua atividade de atribuição de sentido ao texto. “A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. [...] Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único e irrepetível.” (STRECK, 2008, p. 240)

¹⁰⁷ Daí porque Lênio Streck (2008, p. 169) assevera que “[...] o texto não existe em uma espécie de ‘textitude metafísica’; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo, daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação.”

dirigente, compromissória e inclusiva). Somente nesta via a força normativa da Constituição sobressai e permanece fortalecida.

Convém ressaltar que a interpretação, segundo Konrad Hesse (1991, p. 22-23),

[...] tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, tem sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Deste modo, sob a ótica da Teoria Substancialista, retira-se que os princípios constitucionais, verdadeiros compromissos dirigentes da atividade Estatal, em verdade, não proporcionam a abertura interpretativa. Muito pelo contrário, os princípios constitucionais fecham a interpretação de índole constitucional em torno de si mesmos. A decisão do intérprete deve, fundamentadamente, convergir para a Constituição, para seus princípios fundamentais e suas regras. Insiste-se, ao intérprete não está facultada a escolha. Não se pode olvidar que escolhas estão carregadas de subjetivismos, assujeitamentos e discricionariedades incongruentes com o constitucionalismo atual.

A Constituição deve, por conseguinte, constituir a ação e ser entendida como documento jurídico-político substantivo, afirmador de um constitucionalismo dirigente e compromissório ainda não esgotado, sobretudo em países de modernidade tardia, como o Brasil. “*No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica).*” (STRECK, 2008, p.119)

Neste contexto interpretativo, as condições que se apresentam, exigem que no paradigma pós-positivista e neoconstitucional, o intérprete decida fundamentadamente, balizado pela Constituição e sem interferências de sua própria “consciência”, sob pena de se ver mitigada a força normativa da Constituição e a desconstituição da integridade e coerência do Direito.

Nessa vereda, somente sob a guarda da integridade do Direito é que a Constituição e sua força normativa estarão preservadas, ao posicionar-se a frente dos intérpretes (magistrados) para impossibilitar a elaboração de decisões conforme a sua consciência. Soçobra o subjetivismo-solipsista e emerge a obrigação de decidir alicerçado em fundamentos que observem a integridade e coerência do direito (STRECK, 2008, p. 266).

Daí decorre a necessidade de fundamentar a decisão, para mostrá-la adequada à Constituição, ou seja, para deixar claro que a decisão está integrada ao conjunto do Direito e, demonstrar que não se está diante de arbitrariedade interpretativa. Nesse sentido, destaca-se a coerência decisória, consistente na segurança de que as situações concretas, de objeto semelhante, sejam igualmente apreciadas por intérpretes diferentes (STRECK, 2008, p. 323), com resultados estruturados sobre a Constituição.

De todo o exposto, retira-se: a resposta constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão, exige que a construção interpretativa, sob o viés da hermenêutica constitucional, esteja alijada de subjetivismos, decisões criacionistas, discricionárias, carregadas de arbitrariedades, subjetivismos-solipsistas, desprovidos de fundamentação ou que originem fundamentações múltiplas para a solução de casos semelhantes, sob pena de se ver mitigada a força normativa da Constituição. Por este motivo, a Hermenêutica Substancialista, ao privilegiar a Constituição e dotá-la de capacidade transformadora da sociedade, exige a fundamentação da decisão, ou melhor, a justificação da fundamentação, contextualizada temporal e historicamente, mediante a explicitação da decisão que reconstrói o direito, a doutrina, a jurisprudência e até mesmo confronta as tradições (STRECK, 2008, 352).

Do ponto de vista teórico da Hermenêutica Substancialista, a resposta adequada é trabalhada, inflexivelmente,

[...] na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o *constitucionalismo dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional*. (STRECK, 2008, p. 33)

Em que pese o relevante protagonismo do Poder Judiciário enquanto garante da plena efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentre eles os direitos sociotrabalhistas, a este Poder constituído não está autorizada a construção de bases jurisprudenciais de caráter inconsequentemente inovadoras ou legislativas. Por outro lado, a atuação inovadora, que sob o manto constitucional, pretende a maior efetividade dos direitos sociais, mostra-se relevante, sobretudo quando os demais Poderes estatais constituídos são omissos.

Com efeito, frisa-se que não se defende a atuação desmesurada, criacionista, calcada em juízos solipsistas (filosofia da consciência) ou subjetivismos. Pretende-se, simplesmente, defender a formação de bases jurisprudenciais relacionadas à terceirização de serviços no âmbito público, alicerçadas em elementos factuais (sociais, históricos, temporais), legislativos e constitucionais, que melhor atendam aos fins constitucionais.

Ademais, é por isto que se defende a atuação do Poder Judiciário mediante a assunção para si da figura do “[...] *intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral explícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente [...]*” (STRECK, 2008, p. 32), sem colocar em risco a coerência e a integridade do Direito. A jurisdição de feitiço constitucional, de fato, é elemento de inclusão social e imprescindível para a ocorrência da transformação social sob o viés constitucional.

Em tempos de globalização e competição mercadológica, a terceirização de serviços primeiro invadiu a esfera privada, para depois impactar a organização, gerência e divisão do trabalho na esfera pública.

Convictamente, desde a formalização dos primeiros contratos envolvendo a fórmula trilateral terceirizante no âmbito público, a intenção do administrador público foi obter a máxima eficiência dos serviços públicos aliada à redução de custos operacionais, principalmente os custos relacionados ao quadro de pessoal.

Não foi por mera coincidência, que sob o comando do capitalismo neoliberal (especulativo-financeiro) propulsor da base ideológica globalizante, a valorização do trabalho humano sucumbiu perante os interesses competitivos e lucrativos dos detentores dos meios de produção.

Tanto no âmbito público, quanto privado, a ordem é terceirizar. Mas não se trata de terceirizar para qualificar os serviços, trata-se, primordialmente, da terceirização para redução de custos operacionais.

No caso da Administração Pública, não há legislação específica para limitar a formalização de contratos de terceirização. No entanto, a Constituição, dirigente e compromissória, apoiada em legislação esparsa (Lei de Licitações, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Decreto nº 2271/1997), restringe as possibilidades de formalização da fórmula trilateral-terceirizante. O artigo 37, *caput*, instituidor dos princípios basilares da atuação administrativa-estatal e o inciso II do mesmo artigo, são as primeiras disposições constitucionais de cunho administrativo a serem observadas.

No entanto, a precarização de serviços no âmbito público e a exclusão social do trabalhador terceirizado, dentre outros fatores, ocasionada pelo oferecimento de condições de trabalho inadequadas ou pela inadimplência das verbas contratuais de natureza trabalhista, ainda é um problema latente.

Conforme demonstrado, a realidade do trabalhador terceirizado é marcada, sobremaneira, pelo desvirtuamento da terceirização. Terceirizar, atualmente, é sinônimo de vantagem econômica para o tomador de serviços e para o contratante interposto. Terceirizar, no sentido modista, é reduzir custos

operacionais a qualquer custo, inclusive ao custo da supressão de direitos fundamentais sociais.

De fato, no âmbito público, inserido no contexto da globalização, a ausência de previsão legislativa limitadora da aplicação da fórmula terceirizante, resulta em sua utilização desmesurada e na conseqüente supressão de direitos fundamentais sociotrabalhistas.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao longo dos anos, desenvolveu específica linha jurisprudencial (sumulada) para coibir manifestações ofensivas da Administração Pública ao patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores terceirizados.

Sabedor da fragilidade do trabalhador terceirizado, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou acerca da responsabilização da Administração Pública. Nesse sentido, editou a Súmula 331 e limitou-se a firmar a responsabilização subsidiária do ente público tomador dos serviços, de ordem subjetiva, desde que detectadas a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Porém, a responsabilização subsidiária revela-se medida paliativa. O benefício de ordem que suporta a responsabilização subsidiária do ente público tomador dos serviços impõe primeiro, a responsabilização da prestadora de serviços terceirizados e, em segundo plano, dirige-se ao ente público tomador dos serviços. Há o truncamento da responsabilização.

Esqueceu-se o Tribunal Superior do Trabalho que a massa de trabalhadores terceirizados, tanto no âmbito público quanto privado, é composta por trabalhadores, sobretudo, de baixa qualificação técnica, inseridos em um mercado de trabalho flutuante, inseguro, de baixos salários e concorrência acirrada.

Sendo assim, o trabalhador prejudicado por terceirizações no âmbito público, mal conduzidas, isto é, nas quais o ente público tomador de serviços escolheu equivocadamente empresa inidônea em certame licitatório ou falhou em sua missão de fiscalizar a contratante interposta, além de correr o risco de integrar a mão de obra ociosa, sofre com a demora no ressarcimento dos danos que lhe são causados.

Resumidamente, esta é a realidade vivida por muitos trabalhadores terceirizados no âmbito público. De certo modo, esta realidade foi pré-compreendida pelo Poder Judiciário, que entendeu sua missão constitucional ao suprir a omissão legislativa. Assim, para limitar a prática terceirizante e estabelecer a responsabilidade subsidiária do ente público tomador dos serviços, editou a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como um de seus objetivos evitar a violação sistemática de direitos fundamentais sociais e promover a inclusão social do trabalhador terceirizado.

Por outro lado, se há pré-compreensão (pré-juízo fático) de que a formalização da terceirização de serviços desvirtuada no âmbito público ou exclusivamente voltada para a redução de gastos operacionais suprime direitos fundamentais sociais do trabalhador terceirizado (hipossuficiente), por que não assegurar a responsabilidade solidária (constitucional)? Em que pese o Tribunal Superior Trabalho não tenha firmado sumularmente a responsabilidade objetiva do ente público tomador de serviços, mas tenha se valido (pré-compreendido) desta possibilidade constitucional (artigo 37, § 6º), a resposta mais adequada não seria a responsabilização solidária após a apreciação de cada situação concreta? Em outras palavras, se há a pré-compreensão de que a Constituição Federal de 1988, compromissória e dirigente, exige a efetivação dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores terceirizados, que no caso em tela é paliativamente promovida, mediante a responsabilização subsidiária do Estado, quando este incorrer em culpa *in eligendo* ou *culpa in vigilando*, não se está diante da possibilidade de se elaborar uma resposta mais adequada à Constituição, em direção à responsabilização solidária (responsabilização imediata) constitucional do ente público tomador dos serviços?

Diante disso, a precarização das relações laborais pela via terceirizante no âmbito público evidencia um paradoxo: os tempos do neoconstitucionalismo também são os tempos de globalização neoliberal, caracterizada pelo trinômio especulação-competição-desvalorização do trabalho humano (flexibilização e desregulamentação). Todavia, não se está diante de um paradoxo intransponível, pois é superável pela hermenêutica constitucional.

Considerando-se que compreender é aplicar, diante da pré-compreensão (factual, histórica, temporal – globalização) de que a terceirização de serviços no âmbito público é caracterizada pela precarização das relações de trabalho, mais além, se há a pré-compreensão acerca do papel dirigente e compromissório da Constituição Federal, assentada em axiomas de índole humanística, acompanhada da pré-compreensão sobre a importância dos direitos fundamentais e sua concretização em favor da inclusão social do trabalhador terceirizado, não há motivo para não romper com o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Muito embora possa parecer contraditória a adoção da Teoria Substancialista e a defesa da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pois o entendimento sumulado é um discurso prévio de fundamentação, aspecto totalmente rechaçado pela Hermenêutica Substancialista, não há como negar a importância do texto sumulado, sobretudo quando se tem presente a omissão legislativa quanto ao tema terceirização de serviços no âmbito público. A adoção de súmulas não é ideal para a concretização dos direitos fundamentais sociais, haja vista que a Constituição dirigente e compromissória, dotada de força normativa, por si só, já é instrumento de inclusão e transformação social. As súmulas representam o mito da única resposta correta, condensada, transformada em regra a ser subsumida à situação concreta sem a necessidade da justificação da fundamentação. Contudo, não há como negar que o entendimento jurisprudencial da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao estabelecer parâmetros à terceirização e atribuir responsabilidade ao tomador dos serviços, teve como pressuposto a busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociotrabalhistas e a diminuição da precarização das relações laborais¹⁰⁸.

Com efeito, a Teoria Substancialista, além de pugnar por uma interpretação livre de discricionariedades, subjetivismos-solipsistas, criacionismos

¹⁰⁸ Nas palavras de Lênio Streck (2008, p. 325) “[...] o nível de generalização não pode ser transformado em uma categoria ou uma premissa, que metafisicamente, pretenda “abranger” a “substância” dos casos jurídicos, em um retorno à metafísica clássica, obnubilando a manifestação hermenêutica da especificidade do caso concreto que efetivamente molda o direito em discussão. É o caso da súmula vinculante, na qual estaria “condensada a substância” (essência) de cada “coisa” jurídica, como se as súmulas (um enunciado, pauta geral etc) fossem “juízos assertórios” e uma “proposição pudesse mostrar o seu sentido.”

jurisprudenciais ou axiologismos, entende que a Constituição é o instrumento jurídico-político transformador da sociedade em tempos de globalização neoliberal. Não se pode perder de vista que a Constituição dirigente e compromissória, como a estabelecida originariamente pelo legislador constituinte em 1988, “[...] é condição de possibilidade para a garantia do cumprimento dos direitos sociais-fundamentais previsto no texto constitucional [...]” (STRECK, 200-?, p. 16, tradução nossa), e os direitos fundamentais sociais são a condição de possibilidade do autêntico Estado Democrático de Direito.

Por esta razão, a Constituição de natureza compromissória e dirigente, enquanto representante dos valores primordiais de uma sociedade, revela-se como o contraponto à globalização neoliberal,

[...] é o espaço de resistência a essa espécie de barbárie econômica que tem como lugar culminante a *lex mercatoria*. Nunca é demais reiterar que, por exemplo, no Brasil, o assim denominado Estado Social foi um simulacro. A força interventora do Estado serviu para exacerbar ainda mais as discrepâncias sociais. Estou convencido de que todavia é possível sustentar que um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias não pode ficar relegado a um plano secundário, inclusive em virtude das novas características que assume a economia mundial ante o fenômeno da globalização. (STRECK, p. 16, tradução nossa)

No caso presente, a perspectiva Hermenêutica Substancialista coloca-se como condição de possibilidade para que o Poder Judiciário, na ausência de previsão legislativa específica para terceirização, supere a inefetividade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas para, ao menos tentar a concretização destes direitos de forma mais sólida, por meio da responsabilização solidária do ente público tomador dos serviços terceirizados.

Consoante a precisa lição de Eros Roberto Grau (2004, p. 316):

Para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania,

da cidadania e do valor social do trabalho; bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social. O fato é que nela interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação, desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste lanço, o Estado Democrático de Direito Brasileiro, assentado na Constituição Federal de vestes humanísticas, fundamentado nos valores sociais do trabalho humano (artigo 1º, inciso IV), na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), e de objetivos voltados para a construção de uma sociedade justa, erradicada de pobreza e marginalização (artigo 3º, incisos I e III), exige a plena efetividade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas, consubstanciadores da proteção social do trabalho objetiva, os quais a Administração Pública, no paradigma constitucional vigente, não tem a faculdade de deixar em segundo plano.

Dito de outro modo, não há Estado “príncipe”, intocável e inatingível pelos direitos de seus administrados, compreendidos neste verso os direitos fundamentais dos trabalhadores. A força normativa da Constituição, enquanto expressa manifestação da vontade de constituição da sociedade brasileira, faz frente aos interesses exclusivamente administrativos do ente público, que por vezes, também se vislumbram sobre diretrizes constitucionais. Portanto, não há escolhas a serem feitas, a vontade de Constituição é expressa, e sua substância está nos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos, sociais ou culturais.

Obviamente, a questão acerca da responsabilização da Administração Pública coloca em direções opostas os interesses dos trabalhadores e os interesses da Administração Pública. Todavia, a solução para a questão não envolve escolhas ponderativas. O sentido não está à disposição do Poder Judiciário.

Desde o início está claro que quando se fala em terceirização de serviços no âmbito público e responsabilidade do ente público tomador dos serviços, de um lado estão os trabalhadores, amparados nos princípios constitucionais da valorização do trabalho, da justiça social, da submissão da propriedade à sua função social e nos direitos fundamentais sociotrabalhistas. Em lado contrário estão os interesses da Administração Pública, fulcrados nos

comentados princípios da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado, associados à irresponsabilização do ente público tomador de serviços preconizado pelo artigo 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993.

Com efeito, não se trata de escolher para qual lado ir, isto é, não se trata de ponderar ou aplicar algum discurso previamente ofertado ao intérprete, tal como a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ora, para se chegar a melhor resolução do problema, o Poder Judiciário não pode se esquivar do princípio da valorização do trabalho humano. Este princípio importa na valorização do trabalho, enquanto instrumento de inclusão social do trabalhador (e de sua família), ao constituir meio de promoção da existência digna do ser humano e possibilitar a sua autodeterminação individual (e porque não dizer coletiva, pois influencia diretamente a ordem social e a construção da verdadeira democracia) enquanto pessoa sujeita de direitos fundamentais constitucionalizados. Esta valorização imposta pela Constituição Federal, especificada no direito fundamental social ao trabalho e nos direitos sociotrabalhistas contidos no artigo 7º e seguintes, também se concretiza como princípio da Ordem Econômica, fundamentada na busca pelo pleno emprego e na própria valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*, inciso VIII). Igualmente, não se pode esquecer que a valorização do trabalho humano ainda é princípio da Ordem Social baseada no primado do trabalho (art. 193).

Para Marcus Orione Gonçalves Correia (2010, p. 148), em tempos de globalização, o trabalho perdeu valor econômico, por isso,

A única forma jurídica de o fazer “inflar” de valor, para que possa resgatar a solidariedade entre os trabalhadores e aumentar a consciência de classe, é uma interpretação no direito que não se descuide desse fator. Portanto, se o valor econômico do trabalho é irrisório, o significado não lhe pode ser atribuído enquanto valor social constante da expressão constitucional. Logo, juridicamente, há que se conceber uma alternativa valorativa real, coincidente com o que a Constituição denominou “valor social do trabalho”. Portanto, cabe aos juristas aumentar o nível valorativo do trabalho, com um esforço de interpretação, nos casos concretos, neste sentido. [...] A razão é óbvia: subvalorizado no mercado, o trabalho precisa de um outro valor – o social, insculpido constitucionalmente. A interpretação, em especial dos agentes envolvidos com os direitos sociais (com destaque para os direitos do trabalho e previdenciário),

é que propiciará o contorno efetivo ao valor social do trabalho. Valorizado socialmente, por meio de categorias jurídicas próprias, embora subvalorizado economicamente, o trabalho poderá ser dimensionado a partir de perspectiva diversa daquela posta pela lógica capitalista.

Com relação ao princípio da justiça social, este se encontra inscrito no texto constitucional no artigo 3º, incisos I e II, já comentados em item precedente. Constitui alicerce para uma nova visão da jurisdição, enquanto meio de inclusão social do trabalhador, voltada para a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Este princípio foi incorporado pela Constituição Federal

[...] como verdadeira norma jurídica, princípio instigador do Direito, segundo o qual a realização material das pessoas não pode ficar sujeita apenas à sua aptidão pessoal para bem se posicionar no mercado capitalista, mas deve ser impulsionada por normas interventivas no domínio econômico capaz de assegurar a quem trabalha um mínimo existencial civilizatório. (AMORIM, 2009, p. 183)

Em colaboração ao princípio da justiça social, surge o princípio da função social da propriedade¹⁰⁹ (artigo 5º, inciso XXIII), que impõe ao detentor dos meios de produção a submissão da propriedade aos seus fins sociais, ao informar a ordem econômica para assegurar ao trabalhador a possibilidade de existir dignamente por intermédio da utilização de sua força de trabalho (artigo 170, incisos II e III).

Finalmente, os direitos fundamentais dos trabalhadores, listados entre os artigos 7º e 11º da Constituição Federal, dotados de dimensão objetiva, de eficácia horizontal (iniciativa privada) e vertical (Administração Pública). Compõem grupo de direitos fundamentais subjetivos ao trabalhador, que estabelecem um patamar mínimo dignificante e socialmente inclusivo a ser observado no desenvolvimento das relações de emprego e trabalho, o que inclui, obviamente, as relações envolvidas pela terceirização no âmbito público. Sem a sua devida efetivação restam abalados os valores humanísticos e os princípios estruturadores

¹⁰⁹ Segundo José Afonso da Silva (2003, p. 281-282), a função social da propriedade a que se refere a Constituição Federal "[...] não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade."

do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, são direitos imprescindíveis à conformação do trabalho digno.

Conforme já mencionado, a terceirização de serviços no âmbito público (e privado) possibilita ao tomador de serviços a focalização de suas atividades, isto é, a concentração de seus esforços em sua atividade-fim, mediante a transferência das atividades-meio, de caráter auxiliar, complementar e acessório à contratante interposta, que manterá relação contratual trabalhista com o trabalhador contratado para a realização destas atividades.

Além disso, em nome da *eficiência* dos serviços públicos e do *interesse público* por melhores serviços, utiliza-se da terceirização como meio de redução de custos operacionais no âmbito público, mediante a redução de quadro de pessoal e manutenção de contratos administrativos de terceirização que privilegiam o baixo custo do serviço em detrimento do fator qualidade dos serviços e especialização da contratante interposta, o que certamente ocasiona a precarização das relações de emprego, logo de início, pelo aviltamento salarial.

Assim, perante o eminente conflito de interesses, o método subsuntivo ou a ponderação de valores se mostram ineficientes à melhor solução do problema. Discursos prévios de fundamentação, como as súmulas, também não apresentam-se como a melhor solução.

A hermeneutização substancialista dos interesses, em direção a uma resposta adequada à Constituição, surge como base teórica a ser utilizada para melhor satisfazer as pretensões postas em conflito em tempos de pós-positivismo, sem deixar de lado as condicionantes hermenêuticas da força normativa da Constituição, a coerência e a integridade do Direito, a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociolaborais e o epicentrismo principiológico-normativo da dignidade da pessoa humana.

Logo, a hermeneutização sobre o conflito designado, deve considerar as situações factuais relacionadas à terceirização de serviços no âmbito público, sem olvidar que, se o Estado Democrático de Direito Brasileiro, instaurado pela Constituição Federal vigente, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, intrinsecamente ligados ao patamar

mínimo civilizatório a ser observado nas relações de emprego e trabalho existentes no âmbito público (e privado) – direitos fundamentais sociotrabalhistas, é justamente o Estado, em sua organização administrativa, o primeiro que deve procurar a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, para, deste modo, consagrar os fundamentos de sua própria existência.

Não se trata de escolhas ponderativas. A responsabilização solidária também não é criacionismo interpretativo baseado em axiologismos, subjetivismos-solipsistas. Em obediência à vontade de Constituição e à integridade e coerência do Direito, conclui-se que não há interesse público superior a efetivação dos direitos fundamentais, e isto já foi pré-compreendido quando se editou a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Sendo assim, faz-se necessário o desenvolvimento de uma interpretação de raiz constitucional que caminhe para a consolidação da responsabilidade solidária da Administração Pública, pois o “[...] *uso da terceirização torna o Poder Público “proporcionalmente” mais “solidário” para com os efeitos negativos que a sua prática enseja sobre a garantia de direitos dos trabalhadores*”. (AMORIM, 2009, p. 221)

A hermenêutica a ser finalizada pelo Poder Judiciário deve inspirar-se nas perspectivas constitucionais para ir ao encontro da pretendida efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados, sob pena de incutir a planificação da sistemática excludente no plano social.

Não há o legítimo interesse público, eficiência administrativa ou boa administração (princípio de dignidade constitucional), sem a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores. A pré-compreensão factual e a pré-compreensão acerca das disposições constitucionais e sua força normativa no Estado Democrático de Direito levam a essa conclusão. Diga-se de passagem, mais uma vez: sem a inclusão social do trabalhador terceirizado por meio da concretização dos direitos sociais trabalhistas não se pode afirmar que se está diante do legítimo Estado Democrático de Direito.

A utilização da terceirização dos serviços públicos, mesmo quando estritamente limitados à realização de atividades-meio, de caráter complementar, acessório e instrumental à melhor realização da atividade-fim do Estado,

notadamente segue a lógica do capital (neoliberal e da globalização) presente na iniciativa privada: redução de custos mediante a supressão de direitos.

De fato, a terceirização produz riqueza, mas uma riqueza manchada pela exploração do trabalho humano, consubstanciada na sua desvalorização. O entrelaçamento da relação civil-administrativa (prestador de serviços-administração pública) com a relação trabalhista (prestador de serviços-trabalhadores) constrói singular fórmula contratual que acaba por suprimir direitos garantidores do trabalho digno.

Por todas estas razões, o núcleo de direitos fundamentais delineadores do trabalho digno calha por asseverar a solidariedade do ente público, para fortalecer a ideia de que se trata de único meio de se construir uma sociedade justa, livre, economicamente desenvolvida e incluyente, com bases no primado do valor-trabalho e, que de fato, atende ao maior de todos os interesses públicos: a plena efetividade dos direitos fundamentais sociolaborais.

Em resumo, cabe ao Poder Judiciário finalizar esta hermenêutica iniciada com a edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que apesar de assegurar a responsabilização subsidiária do ente público, acertadamente supriu a omissão legislativa, ao estabelecer limitações a fórmula terceirizante. Os primeiros passos foram dados, e o consenso em torno da responsabilização solidária do ente público, firmado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹¹⁰, organizada e realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 23 de novembro de 2007, prenuncia o que está por vir.

¹¹⁰ O texto do Enunciado de nº 11 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho organizada pelo Tribunal Superior do Trabalho evidencia a tendência em responsabilizar solidariamente o ente público ao estabelecer que: "TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ascensão econômica e política da burguesia capitalista, financiadora do fortalecimento dos Estados Liberais, criou condições para o desenvolvimento do mercado econômico estável, que além de possibilitar a maior acumulação de riquezas, estabeleceu as bases materiais favoráveis às Revoluções Industriais de ideologia liberal-capitalista que se sucederiam no decorrer da evolução histórica da humanidade.

Em que pese as relações de trabalho (ou produtivas) estejam presentes nas sociedades desde a Antiguidade, a formação de expressiva massa de trabalhadores assalariados iniciou-se efetivamente somente a partir do Século XVIII, com o advento da Primeira Revolução Industrial, movimento no qual, o capitalista-liberal estruturou o sistema de produção sobre a exploração do trabalho humano.

Para isto, o industrial capitalista criou condições para tornar-se o detentor dos meios de produção e por fim à produção artesanal, substituindo-a pelo trabalho na indústria, garantidora de grande produtividade e maior acumulação de riqueza (capital e bens). Assim se estabeleceu definitivamente o mercado de compra e venda da força produtiva do trabalhador, desde o início caracterizado pelo aviltamento salarial e imposição de condições degradantes de trabalho.

Deste modo, tem-se a tomada do controle produtivo das mãos do trabalhador. O capitalista-industrial passa a deter total domínio sobre as novas tecnologias produtivas e do trabalho intelectual (máquinas a vapor e tear), inaugurando-se o trabalho alienante, assalariado e subordinado, decorrente da nova divisão do trabalho, sobrando ao trabalhador a mera execução das tarefas que lhe são ordenadas.

Esta nova concepção das relações produtivas resulta na relação bilateral empregado-empregador, impressa nos requisitos contratuais da subordinação, onerosidade, pessoalidade e habitualidade, presentes até hoje nas relações de emprego legalmente reguladas.

Resta, por conseguinte, ao capitalista industrial gerenciar, organizar e dividir o trabalho entre seus comandados (empregados), em uma relação de

domínio, na qual o detentor dos meios de produção figura como o soberano da relação bilateral, cabendo-lhe apenas gerenciar, ou melhor, racionalizar a exploração da força de trabalho assalariada, para, essencialmente, aumentar a produtividade e a acumulação de riquezas (capital e bens).

Neste contexto, Frederick Winslow Taylor, ao final do Século XIX, inaugura a escola *taylorista* de gerenciamento ou administração científica do trabalho. Os estudos de Taylor centralizaram-se no trabalho e sua execução nas indústrias, sendo que suas conclusões resultaram no racionalismo temporal do trabalho, por meio do controle do tempo despendido por cada trabalhador no exercício de sua função.

Com Frederick Taylor tem-se resolvida, sob a ótica do capitalista-liberal, a equação da divisão do trabalho. Assim, no interior da indústria, o trabalho é dividido em duas frentes. A primeira, resumida no trabalho intelectual de planejamento e fragmentação do trabalho manual, associado ao controle do tempo para estabelecer um padrão produtivo. A segunda frente consiste no trabalho manual realizado pelo trabalhador, assinalado pela repetitividade, sem a exigência de qualquer trabalho intelectual, pois ao capitalista-liberal interessava apenas que o trabalhador operasse a máquina ou mantivesse a execução padronizada das atividades laborais.

Foi neste cenário que se ergueu a fortaleza do Estado Liberal, alimentado pelo racionalismo *taylorista* industrial. A instauração deste paradigma estatal acarretou a destruição do trabalho intelectual do trabalhador, substituída pelo trabalho manual em condições de trabalho degradantes e excludentes, em benefício exclusivo do industrial capitalista-liberal, que domina e monopoliza o conhecimento produtivo, transformando o trabalhador e sua força de trabalho em mera peça da engrenagem produtiva.

Logo, em período histórico entremeado por duas guerras mundiais e marcado pelo declínio econômico, político e ideológico do Estado Liberal, não demorou a que os trabalhadores percebessem a realidade que os cercava. A degradação impingida pelo trabalho excessivo e alienante, em favor da lógica capitalista, ao mesmo tempo em que propiciou o aumento da produtividade e da

acumulação de riquezas (capital e bens) para o industrial capitalista, deu vazão aos primeiros movimentos da classe operária por melhorias nas condições de trabalho, despontando, nesse sentido, o sindicalismo e as primeiras críticas ao capitalismo liberal.

A resposta às exigências dos trabalhadores foi oferecida por Henry Ford.

Embora tenha mantido as ideias de Frederick Taylor quanto à racionalização do trabalho, inclusive no que tange à divisão do trabalho manual e intelectual (monopólio do conhecimento) e controle temporal da execução do trabalho, Ford verticalizou a empresa em funções cada vez mais específicas, de execução do trabalho fragmentado, decomposto e repetitivo, para controlar cada passo do processo produtivo e sustentar a produção em massa homogeneizada.

Em contrapartida, o *fordismo/taylorista* adotou medidas para facilitar a aceitação do trabalhador à nova investida capitalista, ao aumentar os salários de seus empregados, estipular plano de participação nos lucros e fixar a jornada de trabalho em oito horas diárias.

Por tais razões, pode-se dizer que o *fordismo/taylorista* criou condições para a instauração do modelo de Estado de Bem-Estar Social na Europa e na América do Norte, intervencionista (*keynesianismo*) e de reciprocidade social que perduraria até a década de setenta do Século XX e, de certo modo, reinventou o capitalismo ao fortalecer a sua lógica sobre a exploração do trabalho humano, mediante o oferecimento de garantias sociais aos trabalhadores. Estas são as principais características da era de ouro do capitalismo.

Contudo, o esgotamento do modelo de Estado de Bem-Estar Social acentuada pela crise energética entre os anos de 1973 e 1974, associada ao processo de globalização resultante da abertura dos mercados econômicos, altas taxas de desemprego, desregulamentação cambial, enfraquecimento do movimento sindical e encurtamento das distâncias promovidas pela Terceira Revolução Industrial ou Tecnológica pela via eletrônica e informática, acarretou a disseminação da ideologia neoliberal, que influenciaria o modo de atuar dos Estados.

A par disso, se inicia o processo de mudança de paradigmas, consistente no abandono do Estado de Bem-Estar Social intervencionista, valorizador do trabalho e de reciprocidade social. Em seu lugar assenta-se o modelo de Estado Neoliberal, do Estado Mínimo, sem reciprocidade social, baseado na reestruturação do capitalismo, centrado no capital especulativo-financeiro do mercado globalizado e competitivo, sem barreiras, exigente da flexibilização e a desregulamentação das relações laborais, caracterizadas, sobretudo, pela supressão de direitos trabalhistas e a desmobilização sindical, que acabam por excluir socialmente o trabalhador. O trabalho perde importância no ambiente político-econômico neoliberal.

Como se viu, sob a ascendência do Estado Neoliberal há a reorganização da Administração Pública brasileira por meio de reformas administrativas, tendo como modelo de organização e divisão do trabalho o *toyotismo*, racionalismo científico empresarial criado pelo engenheiro japonês Taiichi Ohno logo após o encerramento da Segunda Guerra Mundial. O *toyotismo*, desde suas primeiras aplicações, caracterizou-se pelo estabelecimento do modelo de empresa enxuta, focada apenas em suas atividades principais (*core business*, foco empresarial ou atividade-fim), que delega as atividades secundárias, instrumentais ou acessórias a outras empresas subcontratadas, especializadas na produção de determinados bens ou prestação de serviços.

O sucesso da fórmula *toyotista* consistente na transferência das atividades acessórias, instrumentais e complementares a terceiros, decorre da imediata redução do valor econômico do trabalho para o tomador dos serviços terceirizados. Este modelo administrativo acarreta a diminuição do ativo imobilizado, redução do quadro fixo de empregados e a formação de pequenas e médias empresas submissas ao poderio das potências produtivas, que passam a integrar a cadeia produtiva, agora horizontal e descentralizada.

Assim, principalmente por possibilitar a redução dos gastos operacionais, em primeiro lugar, pelo aviltamento salarial e supressão de direitos sociotrabalhistas (flexibilizados ou desregulamentados), para atender às exigências do mercado global capitalista de índole financeira-especulativa, influenciado pelo

ideal consumista de natureza neoliberal, é que a terceirização de serviços transformou-se na solução para os problemas relacionados a gastos operacionais da máquina pública, dando início à superterceirização dos serviços públicos.

No Brasil, a contratação indireta ou terceirização de serviços no âmbito público teve início com a edição do Decreto 200/1967, antes mesmo do robustecimento do modelo de Estado Neoliberal no plano internacional. Seguiram-se outras normas destinadas à regulação da transferência de atividades acessórias, complementares e instrumentais no âmbito público, como, por exemplo, a Lei 5645/1970.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se instalou no Brasil, o modelo constitucional-administrativo, rígido e inflexível, em virtude da exigência da contratação de empregados e servidores públicos, mediante aprovação prévia em concurso de provas e títulos, a contratação indireta para a realização de atividades-meio foi completamente desvirtuada. O administrador público fez uso da contratação indireta de trabalhadores, a baixos salários, para ocupar funções administrativas estatais de caráter finalísticas, não se importando com a valorização do trabalho.

Com efeito, em que pese a Administração Pública brasileira tenha recebido da Constituição Federal de 1988 nova roupagem, rígida, inflexível, balizada em diretrizes administrativas constitucionais conducentes à boa administração e pelos direitos sociotrabalhistas integrantes do patamar mínimo civilizatório para as relações de trabalho e emprego direcionadas à valorização do trabalho humano e à inclusão social do trabalhador, a influência neoliberal e a necessidade por redução de custos operacionais da máquina pública acelerou o processo de superterceirização de serviços no âmbito público.

No entanto, mesmo diante do espraiamento da terceirização de serviços, a relação trilateral terceirizante ainda não foi devidamente regulamentada por lei específica, tanto para a iniciativa privada quanto para a Administração Pública.

A par disso, o Tribunal Superior do Trabalho não fugiu de sua missão constitucional. Apoiado em conclusões obtidas durante o desenvolvimento

jurisprudencial, bem como na literatura jurídica, supriu a omissão legislativa ao editar a Súmula 331. Para isso, perfilou limites à terceirização de serviços na seara pública (e privada), ao considerar regulares apenas as terceirizações que envolvam atividades-meio de natureza complementar, instrumental e acessória.

Além disso, também para suprir a omissão legislativa, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a responsabilização subsidiária de cunho subjetivo para a Administração Pública, quando esta incorrer em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

A despeito das inovações trazidas pelo Tribunal Superior do Trabalho e das vedações constitucionais e legislativas ordinárias especificamente destinadas para a Administração Pública, a terceirização de serviços no âmbito público continuou sendo utilizada de modo desvirtuado, principalmente para fugir das disposições constitucionais orientadoras da boa administração e das limitações orçamentárias impostas, por exemplo, pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste contexto, a terceirização de serviços apresentou-se, desde suas primeiras aplicações, como a solução para os problemas administrativos públicos. Regularmente precedidas de processo licitatório, nos termos da Lei 8666/1993, tornou-se comum, no âmbito público, a contratação de tomadoras de serviços tendo como parâmetro licitatório o menor preço, refletido no pagamento de baixos salários aos trabalhadores terceirizados ou na contratação de empresas prestadoras de serviços inidôneas, que não cumprem com suas obrigações contratuais de natureza trabalhista, causadoras da exclusão social do trabalhador terceirizado e da inefetividade dos direitos fundamentais sociotrabalhistas.

Em tempos de pós-positivismo, acompanhado do emaranhado de interesses do capital financeiro-especulativo de ordem consumista, que se reflete no mundo do trabalho, a atuação da Administração Pública deve estar fundamentada na Constituição Federal, em seus axiomas e balizas direcionadas à construção da boa administração enquanto direito fundamental do cidadão brasileiro.

Nesse sentido, não há boa administração quando não se encontra nas relações trilaterais terceirizantes de caráter público a observância das

disposições legais e constitucionais que servem de indicadores ao Administrador Público em sua atuação.

O interesse público pela redução de custos operacionais, eficiência na prestação de serviços e atendimento às disposições limitadoras de gastos orçamentários não justificam a suplantação dos direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados.

Por isso, a terceirização mostra-se como um problema a ser hermeneutizado. Há claro choque entre os interesses da Administração Pública e os interesses dos trabalhadores terceirizados, aviltados salarialmente, usados para a redução de custos operacionais ou enganados por contratantes interpostos mal intencionados.

A responsabilidade do ente público, em qualquer situação de precarização das relações de emprego e trabalho terceirizados é evidente, tendo-se em vista que o Estado Democrático de Direito Brasileiro, ao valorizar o trabalho, juntamente com a dignidade da pessoa humana e, ainda, ao fundar a ordem econômica e a ordem social, respectivamente, na valorização do trabalho e em seu primado, colocou a Administração Pública como principal destinatário dos direitos sociotrabalhistas, no sentido de maximizar a sua efetivação.

Por conseguinte, se existem parâmetros, factuais, constitucionais e infraconstitucionais para assegurar a responsabilização subsidiária da Administração Pública, certamente estes mesmo parâmetros servem para garantir a construção jurisprudencial da responsabilidade solidária constitucional do ente público.

Negar a responsabilização da Administração Pública com fulcro no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, trata-se de defender posicionamento jurídico incongruente com as disposições constitucionais e legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como fecha os olhos para a realidade do trabalhador terceirizado e sua exclusão social pela supressão de direitos e garantias fundamentais sociotrabalhistas.

É por isso que a hermeneutização a ser finalizada no que tange à terceirização de serviços deve caminhar no sentido de afirmar a solidariedade constitucional do ente público tomador dos serviços, nomeada por solidariedade

constitucional, justamente, por estar alicerçada em direitos de dignidade constitucional relacionados aos trabalhadores, de modo que não há interesse público-administrativo que supere esta necessidade social, circundada pelo núcleo de direitos fundamentais delineadores do trabalho digno, que asseveram a solidariedade do Estado, para construir e fortificar uma sociedade livre, justa e solidária, economicamente desenvolvida, politicamente estável, caracterizada pela inclusão social do trabalhador no ambiente globalizado.

Não se trata de escolha a ser feita pelo Poder Judiciário, a resposta adequada à Constituição está na própria Constituição dirigente e compromissória, representante da vontade de constituição da sociedade. Também não se trata de defender a construção de uma nova súmula (discursos prévios), pois, o ideal é o Poder Judiciário analisar cada caso, justificando sua fundamentação em direção à responsabilização solidária constitucional.

Em conclusão, em tempos de pós-positivismo jurídico, a prestação jurisdicional ganha destaque. Por isso, a hermenêutica aventada neste trabalho há que ser finalizada pelo Poder Judiciário, sem a presença de criacionismos judiciais, subjetivismos-solipsistas ou axiologismos que enfraquecem a Constituição e oferecem, no lugar da prestação jurisdicional efetiva, a insegurança. Os primeiros passos foram dados com o estabelecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública e a determinação de limites jurisprudenciais à terceirização de serviços, contudo, o próximo passo deve ser dado em direção à afirmação da responsabilidade solidária constitucional, a ser estruturada sobre as balizas constitucionais e infraconstitucionais, promovedoras da inclusão social do trabalhador terceirizado.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos ENAP*, Fundação Nacional de Administração Pública, Brasília, v. 10, 1997.

ALMEIDA, Amador Paes de. A terceirização no Direito do Trabalho: limites legais e fraude à lei. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Corrêa Vaz da (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho e na Economia*. São Paulo: LTr, 1993, p. 33-38.

AMATO NETO, João. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. *Revista de Administração de Empresas*, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 33-42, mar.-abr. 1995.

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

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARTUR, Karen. *O TST frente à terceirização*. São Carlos: Edufscar, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Corrêa Vaz da (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho e na Economia*. São Paulo: LTr, 1993, p. 47-67.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Boletim Informativo nº 610. Publicado em 02 de dezembro de 2010.

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

BRIGADÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. *Globalização a olho nu. O mundo conectado*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

CAMARGO, Daniel Marques. *Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

CAMBI, Eduardo Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. 1. ed. 7. tiragem. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da Constituição Social). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-31.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. Terceirização no setor público: encontros e desencontros. In: FORTINI, Cristina (Org.). *Terceirização na Administração Pública: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 39-64.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela*. São Paulo: LTr, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Civil*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1943.

CLÉVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-172.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Contrato de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização*. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução. São Paulo: LTr, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: FORTINI, Cristina (Org.). *Terceirização na Administração Pública: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 65-78.

FERRAIUOLO, Roberto. Os empresário e a terceirização. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Corrêa Vaz da (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho e na Economia*. São Paulo: LTr, 1993, p. 69-73.

FERRAZ, Luciano. Lei de Responsabilidade Fiscal e Terceirização de mão-de-obra no serviço público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, p. 1-18, nov. dez. 2006/ jan. 2007. Acesso em: 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>

FONTANELLA, Denise. TAVARES; Eveline; LEIRIA, Jerônimo Souto. *O lado (des) humano da terceirização*. Salvador: Casa da Qualidade, 1994.

FORTINI, Cristina; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto nº 2.271/97 e a Instrução Normativa nº 2/08. In: FORTINI, Cristina (Org.). *Terceirização na Administração Pública: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25-38.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano. O mundo globalizado no Século XXI*. Tradução de Cristiana Serra, Sérgio Duarte, Bruno Casotti, Cristina Cavalcanti. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GERMIGNANI, Tereza Aparecida Asta, *Direitos Fundamentais e sua aplicação no mundo do trabalho*. Questões controversas. São Paulo: LTr, 2010.

GIOSA, Lívio Antônio. *Terceirização. Uma abordagem estratégica*. São Paulo: Pioneira, 1999.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução de Marcus Augusto Maliska, Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton. *Terceirização. Uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Editora Gente, 1995.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização. Terceirização do trabalho na Honda do Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Comentários às Súmulas do TST*. 6, ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direitos Fundamentais Trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Vera Lúcia. O impacto do capitalismo no processo de trabalho e no papel do Estado. *Revista Mediações*, Londrina, v. 3, n. 2, p. 51-57, jul. dez. 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação Científica*. A prática de fichamentos, resumos, resenhas. 11. ed. São Paulo:Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Ana Magnólia; SIQUEIRA, Marcus Vinicius Soares. Gestão de pessoas no setor público e a reprodução do discurso do setor privado. *Revista do Serviço Público*, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 3, p. 241-250, jul. set. 2009.

MERCURE, Daniel. Adam Smith: as bases da modernidade. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard, Sônia Guimarães Taborda. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Org.). *O trabalho na história do pensamento Ocidental*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 115-136.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGIOTTE, Léopold. Os filósofos gregos e o trabalho na Antiguidade. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard, Sônia Guimarães Taborda. In: MERCURE, Daniel; SPURK, Jan (Org.). *O trabalho na história do pensamento Ocidental*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 17-35.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. História e teoria geral do direito do trabalho. Relações individuais e coletivas do trabalho. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: SALIBA, Aziz Tuffi. (Org.). *Legislação de Direito Internacional*. São Paulo: Editora Rideel, 2006, p. 217-220.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

_____. *Uma visão crítica da jurisdição civil*. Leme: Editora de Direito, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, n. 1, 5-42, jan.-mar. 1998.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Relações de trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: LTr, 2009.

POCHMANN, Márcio. *A superterceirização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da Economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS JUNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: Ltr, 2010.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*. Tradução de Marcos Santarrita. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SILVA, Antônio Álvares. *Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável*. Modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SITRÂNGULO, Cid José. A negociação coletiva e a terceirização. In: CARDONE, Marly A.; SILVA, Floriano Corrêa Vaz da (Coord.). *Terceirização no Direito do Trabalho e na Economia*. São Paulo: LTr, 1993, p. 39-45.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: 2008.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales-sociales. [200-?] <www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/6.pdf>. Acesso em: 15 set. 2012.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VALENTE, Mônica. Terceirização nos serviços públicos: Trabalho Decente e serviços público de qualidade. In: DAU, Denise Motta; RODRIGUES, Iram Jácome; CONCEIÇÃO, Jefferson José da (org.). *Terceirização no Brasil*. Do discurso da inovação à precarização do trabalho (atualização do debate e perspectivas). São Paulo: Annablume; CUT, 2009, p. 103-106.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

VIANA, Marco Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, n. 1, 54-84, jan.-mar. 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley, El derecho y La constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24. Núm 72. Set.-Dez. 2004.

_____. Que és ser juez constitucional? Trad. Miguel Carbonell. *Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México*. Num. 15. Nov. 2006.