



INTER
FACES
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

ISSN ELETRÔNICO 2316-381X

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dayse Coelho de Almeida¹

RESUMO

O Poder Público tem contratado prestadoras de serviços, mediante processo licitatório, para a realização das atividades de seu interesse. Esta prática vem se tornando corriqueira e se ampliando de forma paulatina, o que diminui numérica e qualitativamente os concursos públicos. Imperativo, pois, analisar o fenômeno da terceirização trabalhista na Administração Pública frente aos princípios constitucionais e administrativos, discutindo sua validade e constitucionalidade, principalmente após a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16-9 e a alteração da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Administração Pública. Constitucionalidade. Posições jurisprudenciais. Terceirização.

ABSTRACT

The Government has contracted service providers, through a bidding process, to carry out activities of interest. This practice has become commonplace and is expanding in a gradual way, which decreases numerically and qualitatively tendering. Imperative, therefore, to analyze the phenomenon of outsourcing labor in the public face of constitutional principles and administrative discussing its validity and constitutionality, especially after the Direct Action of Constitutionality No. 16-9 and the change of Precedent 331 of the Superior Labor Court.

KEYWORDS

Public Administration. Constitutionality. Jurisprudential positions. Outsourcing.

RESUMEN

El Gobierno ha contratado a proveedores de servicios, a través de un proceso de licitación, para llevar a cabo actividades de su interés. Esta práctica se ha convertido en algo común y se está ampliando de manera gradual, lo que disminuye numérica y cualitativamente los concursos públicos. Es imperativo, por lo tanto, analizar el fenómeno de la tercerización de trabajo en la Administración Pública dentro de los principios constitucionales y administrativos, discutiendo su va-

lidez y constitucionalidad, sobre todo después de la Acción Directa de Constitucionalidad N ° 16-9 y del cambio del Precedente 331 del Tribunal Superior del Trabajo.

PALABRAS-CLAVE

Administración Pública. Constitucionalidad. Posiciones jurisprudenciales. Tercerización.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Poder Público oferece aos brasileiros natos e naturalizados, e também aos estrangeiros, a oportunidade de prestar-lhe serviços e de participar da vida pública. Esta generosa oferta contém, em seu bojo, estabilidade e vantagens relevantes e atrativas. Na sociedade global não há certezas ou estabilidade, o mercado e a economia conduzem a vida das pessoas, ora ofertando trabalho e ora suprimindo-o, espetáculo degradante e aviltante da dignidade humana – porém parte da realidade. Esta situação eleva a busca (LUQUES, 2010) por integrar os quadros funcionais da Administração Pública e gozar das vantagens e segurança de ser um funcionário público ou empregado público. A Constituição da República determina a maneira pela qual a Administração Pública contrata pessoas, mediante concurso público¹ de provas e títulos:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos prin-

¹ “O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da Constituição da República. Pelo concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos”. (MEIRELLES, 1990, p. 368-369).

cípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (grifos nossos)

O Poder Público realiza a contratação de empregado/trabalhador por via do concurso público, do trabalho temporário ou da nomeação para cargo em confiança, nos moldes do artigo 37, II da CF/88.

Para adquirir bens e serviços, o Poder Público realiza processo licitatório. A terceirização não significa contratação de pessoal, mas a aquisição de um serviço pela Administração Pública. Consoante se depreende, há duas formas, juridicamente válidas, de o Poder Público obter o serviço necessário: de forma direta (concurso, contratação temporária e cargo de confiança) e a forma indireta (contratando prestadoras de serviços).

Seria uma opção do Administrador Público, a ser executada de modo discricionário, escolher entre as citadas formas de obter serviços, ou há parâmetros legais que indicam quando a opção deve ser a forma direta ou a forma indireta? Seria constitucional a Administração Pública terceirizar serviços antes realizados por cidadãos concursados ou reduzir o número de cargos públicos disponíveis para o povo?

Lamentavelmente, praticamente todos os cargos de apoio e funções de menor complexidade foram sendo substituídos e realizados por prestadoras de serviço. O cidadão simples, comum, de baixa ou média

escolaridade, paulatinamente está sendo excluído da Administração Pública. A adoção e utilização da terceirização em substituição aos concursados, aos poucos, vai obstaculizando a acessibilidade aos cargos públicos.

O elitismo provocado pela terceirização na Administração Pública demonstra-se nocivo à forma republicana de governo e incompatível com o pluralismo social. A supremacia do interesse público reside em ter uma sociedade equilibrada, na qual o ser humano seja protegido, reconhecido digno e tenha oportunidades.

2 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para a contratação de serviços e a compra de bens, a Administração Pública deverá utilizar-se do método legalmente previsto, a licitação pública que é

[...] um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (JUSTEN FILHO, 2005, p. 309).

Quando a lei de licitações iniciou sua vigência, certamente o legislador não imaginou que haveria substituição dos cargos públicos efetivos pela contratação de prestadoras de serviço, através de licitação. A interpretação sistemática do texto constitucional indica que a contratação de empresas de prestação de serviço era uma alternativa para necessidades eventuais e situações emergenciais.

A ideia do legislador originário não foi mover o funcionamento da máquina administrativa com trabalhadores desvinculados do Estado e reduzir numericamente os cargos públicos. Afinal, isto redundaria

em amesquinhar a participação meritória e republicana do povo na Administração Pública.

Aparentemente, o administrador público, ao terceirizar, está utilizando uma ferramenta moderna de gestão, reduzindo custos e garantindo uma administração eficiente. Entretanto, não há comprovação de que terceirizar reduza, efetivamente, os custos com pessoal, tampouco há indicativos ou dados concretos de que a qualidade e quantidade do serviço prestado sofreram incremento. Esta escolha de método de gestão deveria, ao menos, estar amparada em algum indicativo concreto.

O impacto da decisão administrativa de terceirizar atinge toda a sociedade e tem implicações financeiras e sociais. Uma decisão dessa magnitude, dentro de uma democracia que pretende ser participativa, deveria estar amparada por ampla informação da população sobre as vantagens e desvantagens e discussão do assunto de forma exaustiva e profunda.

A Administração Pública tem os meios e recursos necessários para descobrir se o custo/benefício da

adoção deste modelo de contratação satisfaz o princípio da eficiência. E, além disto, é direito do cidadão - e satisfaz o princípio da transparência - conhecer se a coisa pública está sendo bem gerida. Porém, não há pesquisa acerca do assunto, tampouco preocupação dos administradores públicos em avaliar os resultados do processo. É possível, portanto, que terceirizar tenha custo aproximado ou superior à contratação direta.

Sérgio Pinto Martins (2007) afirma que o custo da contratação por terceirização é maior que a contratação direta pela Administração Pública e ataca-a, contundentemente, aduzindo que:

[...] não se pode fazer a terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência de concurso público. O governo gasta com o terceirizado mais do que com o servidor público. Às vezes até o dobro. O terceirizado não tem o mesmo comprometimento que o funcionário público tem com o serviço público. (MARTINS, 2007, p. 145).

O Enunciado nº 11 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho critica negativamente a terceirização, indicando a inconstitucionalidade da utilização da terceirização pela Administração Pública:

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 públicos aprovados mediante concurso público. (ANAMATRA, 2007) (Grifos nossos)

O citado enunciado representa a ideia que defendemos neste trabalho. A inconstitucionalidade é material, uma vez que afronta o princípio da acessibilidade aos cargos públicos, ceifando a garantia democrática e meritória da participação popular na máquina administrativa do Estado. Não pode o Administrador Público reduzir a possibilidade de concursos públicos, tampouco substituir os concursados pela

contratação de serviços de prestadoras. O alargamento forçado da possibilidade de terceirizar traz prejuízos aos cidadãos, além do que há uma probabilidade de ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência, dado ao descontrole do modo de uso da terceirização.

A primeira norma que permitiu o uso da terceirização na Administração Pública foi o Decreto-Lei 200 de 1967, art. 10, § 7º:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que existe, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada para desempenhar os encargos de execução.

Vem a lume, a Lei n. 5.645/70, com o propósito de resolver as dúvidas, citando atividades relacionadas com manutenção de bens, com seu transporte, asseio, operação de elevadores e outras, assemelhadas, num arrolamento exemplificativo que pouco veio a esclarecer, exceto que se tratavam de atividades secundárias, auxiliares ou instrumentais. (GIGLIO, 2011, p. 391 a 394,).

Há dúvidas quanto à recepção desse Decreto-Lei pela Constituição de 1988. A interpretação do citado dispositivo legal, conforme a Constituição, indica que a estratégia da terceirização deve ser utilizada para o crescimento da máquina administrativa, e não para sua diminuição. O patamar de cargos públicos previstos na época da Constituição e os criados após a mesma devem ser qualitativa e numericamente mantidos. Somente os novos cargos e funções poderiam ser alvo da terceirização. Desta forma, estar-se-ia garantindo a acessibilidade dos cidadãos aos cargos públicos.

A partir daquele dispositivo legal a terceirização proliferou-se de forma descontrolada na Administração Pública. De igual forma a iniciativa privada rapidamente multiplicou as empresas de prestação de serviços, todas almejando os milionários contratos

advindos dos processos licitatórios com o Poder Público. Além disso, a terceirização mostrou-se uma forma eficaz de burlar a lei orçamentária e ao limite de gastos com pessoal em termos absolutos.

Os instrumentos de controle de contratação da Administração Pública estão disciplinados na lei de licitações, mas têm se mostrado ineficazes ou pouco úteis para impedir a lesão aos direitos dos trabalhadores contratados pelas empresas vencedoras das licitações. Certamente os instrumentos de controle, previstos na Lei de Licitações, devem e podem ser melhorados. Exemplo disto é a Lei 12.440 de 07 de julho de 2011 que, no art. 27, torna a certidão de regularidade trabalhista requisito para habilitação nos certames licitatórios.

A certidão de regularidade trabalhista é um importante instrumento de controle que contribuirá, se bem utilizada, para melhorar o respeito aos direitos do trabalhador terceirizado. A intenção do legislador, neste caso específico, é impedir que as empresas com débitos trabalhistas oriundos de sentenças condenatórias definitivas na Justiça do Trabalho ou débitos de acordos firmados com o Ministério Público do Trabalho ou Comissões de Conciliação Prévia participem de licitações. A exigência da Certidão Negativa de Débito Trabalhista (CNDT), cujo prazo é de 180 dias, será um importante avanço na proteção dos direitos trabalhistas dos contratados. Ao lado do requisito de regulari-

dade fiscal, a Certidão Negativa de Débito Trabalhista desempenhará um controle prévio de qualidade dos licitantes.

Há muitas diferenças entre uma empresa privada e a Administração Pública. A mais marcante das diferenças é de finalidade. O fim precípua da Administração Pública é promover o bem comum, enquanto que a empresa privada tem como objetivo gerar lucros. Esta diferença finalística impõe regramentos jurídicos diferenciados e modelo de gestão diverso. Se na empresa privada a terceirização, como modo de gestão e redução de gastos com pessoal, descortina-se como indicada (VEIGA JÚNIOR, 2009 e LIMA NETO, 2008), na seara da Administração Pública esta estratégia pode mostrar-se equivocada ou destoante da finalidade/objetivo legalmente estipulado.

A possibilidade de lucro e economia, na Administração Pública, deve ser vista com reservas e dentro de critérios de satisfação de sua finalidade precípua, promover o bem comum. A lei determina e vincula o administrador público, coibindo condutas e indicando caminhos precisos a trilhar em seu mister. Não pode o responsável pela gestão da coisa pública realizar tudo que sua vontade determine, deve ele estrita obediência à lei, aos limites orçamentários e fundamentalmente à Constituição da República, sob pena de ato de improbidade administrativa e responsabilização pessoal.

3 A LEI DE LICITAÇÕES: DISCUSSÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Tribunal Superior do Trabalho, na antiga redação da Súmula 331, responsabilizava a Administração Pública pelo inadimplemento das verbas trabalhistas dos trabalhadores terceirizados pelas empresas contratadas. As decisões do TST aplicavam, quase de

forma automática, a responsabilidade subsidiária da Administração Pública – transformando-a numa espécie de garantia automática para o trabalhador terceirizado.

O relatado entendimento do TST, evidentemente, desagradava os administradores públicos em virtude das muitas condenações e do esvaziamento dos cofres públicos delas decorrente. E, em certa medida, evidenciava contratos administrativos de prestação de serviços ilegais, mal feitos ou simplesmente realizados sem as cautelas legais, além de expor a injustificável ausência de fiscalização, pela Administração Pública, do cumprimento dos contratos públicos. A insatisfação apontada culminou com a propositura de uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADECON ou ADC) que visava declarar constitucional o artigo 71, § 1º da Lei de Licitações – o qual preconiza não ser possível responsabilizar a Administração Pública pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelas prestadoras de serviços junto aos trabalhadores.

O artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93 veda o reconhecimento de responsabilidade entre a Administração Pública e a empresa prestadora de serviços dos débitos trabalhistas. Delgado (1996, p. 232) opina sobre o citado dispositivo normativo:

Tal exceção efetuada pela Lei de Licitações desrespeita, frontalmente, clássico preceito constitucional responsabilizatório dos entes 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 artigo 37, CF/88).

O art. 71 da Lei de Licitações afronta cabalmente os valores inculcados na Constituição de 1988. Os princípios constitucionais protetivos do trabalho são violentamente destroçados frente a tal desiderato do legislador, uma vez que cria forma de exclusão de responsabilidade da Administração Pública, em desacordo com a regra do texto constitucional. Ainda, por expressa violação ao art. 1º, III e IV da Constituição Federal, fundamentos de nossa República e elementos basilares da nossa legislação. Como bem elucida Mello (2009, p. 992):

Há responsabilidade objetiva quando baste para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua ou atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.

Este citado dispositivo normativo, além de contrariar a dinâmica e sistemática normativo-constitucional, destoa das previsões de toda a América Latina a respeito, como nos elucida Bensusan (2007, p. 39-40):

En América Latina, existían reglas que supuestamente buscaban evitar la utilización de la intermediación y la subcontratación como un recurso para eludir las responsabilidades patronales. No se imponían hasta muy recientemente restricciones institucionales significativas a la expansión de tales prácticas que, por lo general, se consideraban legítimas. Aunque estas prácticas fueron impulsadas con diversas políticas sectoriales sobre todo a partir de los años noventa, en la actualidad varios países están endureciendo las reglas para contrarrestar los efectos adversos sobre los trabajadores, debido a las limitaciones de las regulaciones tradicionales frente a un fenómeno que há llevado a expandir en forma alarmante la precariedad laboral².

Inconformado com as decisões reiteradas do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de aplicar a responsabilidade subsidiária nas terceirizações realizadas pela Administração Pública, o Governo do Distrito Federal ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16-9 julgada em novembro de 2010.

2 Na América Latina existem regras que supostamente deveriam evitar a utilização da terceirização e das subcontratações como um recurso de evasão da responsabilidade patronal. Até recentemente não eram impostas muitas restrições institucionais à expansão das citadas práticas, que até então eram consideradas legítimas. Até que estas práticas foram ampliadas pela política, sobretudo nos anos noventa, quando as regras foram endurecidas a fim de evitar os prejuízos aos trabalhadores advindos da expansão alarmante da precariedade do trabalho.

3.1 A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes mesmo de adentrar no mérito de decisão da ADC, é necessário debater seu conceito, fundamento e finalidade de forma crítica para que o entendimento dos efeitos seja mais amplo e complexo. A análise apenas da decisão, em si, é infértil a produzir a reflexão almejada.

Tavares (2010, p. 343), acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade, aduz que:

Celso Bastos indica o fundamento democrático da ação direta de inconstitucionalidade, em oposição à declaratória, já que aquela primeira se presta como desdobramento natural da “linha de defesa do cidadão contra o Poder Público”. Poder-se-ia dizer que, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, também há idêntico fundamento democrático, já que uma lei, perfeitamente legítima e de grande repercussão social, pode não estar sendo aplicada pelo Executivo sob o fundamento de que é inconstitucional. Nestes casos a ação de constitucionalidade torna-se instrumento a serviço do cidadão e da sociedade contra o descumprimento das leis e, pois, contra o Estado de Direito e a segurança jurídica que deste se aguarda.

Em que pese o esforço de explicar o fundamento democrático para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON), data vênia, a realidade indica o inverso. Caso o Executivo negue-se a aplicar a lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, basta uma ação comum requerendo a tutela específica para solucionar o problema. Esta ação comum é superiormente democrática a uma ADC, pois o cidadão é legitimado a propô-la diretamente, através do direito de petição e da proteção constitucional a qualquer lesão ou ameaça a direito.

Ademais, uma simples análise no sítio virtual do Supremo Tribunal Federal desarticula o argumento de que “a ação direta de constitucionalidade torna-se instrumento a serviço do cidadão e da sociedade contra o descumprimento de leis”, e o de que é utilizado em face do Poder Executivo. A esmagadora

maioria das Ações Diretas de Constitucionalidade é movida pelo Poder Executivo, a exemplo da ADC nº 16-9, movida pelo Governo do Distrito Federal e com *amici curiae* também membros do Poder Executivo. Portanto, se a ADC for realmente um instrumento a ser utilizado pelo cidadão em face de possível desvio do Executivo há algo muito equivocados, ou o mesmo não poderia ser legitimado a propô-las ou tampouco figurar na condição de *amicus curiae*.

Martins (2009, p. 360) afirma que:

O objetivo da ação é obter do STF uma decisão de cunho declaratório, quanto à constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal sobre o qual existiam sérias divergências jurisprudenciais, de acordo com o art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, afastando-se, dessa maneira, a insegurança jurídica gerada pela emissão de decisões judiciais contraditórias a respeito de lei ou ato normativo federal, que têm a seu favor a “presunção de constitucionalidade”.

Aplicar a ADC como instrumento de correção de divergências jurisprudenciais sérias a respeito da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal parece-nos mais razoável e viável. Certamente, neste prisma de análise, há utilidade a tal instrumento jurídico. Embora, ainda assim, sejamos divergentes quanto à sua finalidade.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade o exercício do contraditório não existe, uma vez que, para haver julgamento, o procedimento consiste em receber as razões do polo ativo, recolher informações e admitir *amicus curiae*. O efeito da decisão que declara o objeto da ADC constitucional é a impossibilidade de nova discussão do dispositivo declarado constitucional.

Assim sendo, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de rele-

vante alteração das concepções jurídicas dominantes. (MENDES, 2009, p. 363).

Muitos questionamentos são possíveis, mas três argumentos serão levantados centralmente neste trabalho.

O primeiro argumento é acerca da finalidade de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade. Presumidamente toda lei é constitucional, gerando efeitos até que seja retirada do ordenamento jurídico ou declarada inconstitucional. Portanto, não há necessidade, *a priori*, de caracterizar como constitucional o que constitucional já o é, presumidamente. Desta sorte, a intenção real em se obter uma decisão declaratória de constitucionalidade pode ser impedir uma eventual Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou, talvez, fazer um dispositivo inconstitucional tornar-se constitucional³ sem possibilidade de reversão.

O segundo argumento repousa na impossibilidade, quase absoluta, de os interessados resistirem, de forma direta e por ato próprio, à tentativa de declaração de constitucionalidade.

Quanto ao contraditório, se este for compreendido como discussão entre autor e réu dentro de um procedimento judicial, não haverá, de fato, no processo de julgamento da ação declaratória. [...] O Supremo Tribunal, contudo, considerou constitucional a emenda que criou a referida ação, legitimando, assim seu uso. (TAVARES, 2010, p. 345).

Sem a existência de argumentos contrários, não há processo dialético. Sem processo dialético, a síntese (sentença) fica prejudicada. Nesta condição, os ministros devem supor, adivinhar e/ou imaginar todos os motivos (explícitos e implícitos) e todas as consequências possíveis advindas da declaração de constitucionalidade. Este exercício parece hercúleo, tanto mais quando o polo ativo não informa os motivos pelos quais deseja ver a legislação declarada constitucional em sua integralidade, omitindo dolosamente sua real intenção.

³ Trata-se, apenas, de uma ideia teórica a ser aprofundada, quem sabe, num trabalho posterior.

O terceiro argumento é da ausência de discursividade e participação social. Num sistema democrático e republicado é intrigante que uma discussão de tamanha relevância fique adstrita ao interessado e ao Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda mais, levando-se em consideração que as consequências/efeitos do *decisum* irão afetar direta ou indiretamente milhares de trabalhadores. Do ponto de vista da democracia participativa, a ADC carece de legitimidade.

A única posição viabilizadora e defensiva aos direitos sociais fundamentais é a de universalização dos litígios sociais, ampliando a possibilidade de participação dos interessados ou dos órgãos protetivos coletivos, uma vez que:

[...] a noção de justiça social fundamenta-se na idéia de participação, apresentando-se como princípio essencial tanto do Estado Democrático de Direito como do direito do trabalho. Por meio desse princípio propõe-se a superação das relações de coordenação e de subordinação em prol das relações de integração. A verdadeira democracia não é paternalista, mas possibilita aos cidadãos participarem em todas as instâncias da vida social, da empresa e dos partidos políticos. Vale dizer que o trabalhador somente exercerá a plena cidadania se participar tanto da vida da empresa como dos sindicatos e outras entidades que atuem na sua esfera de interesse. (SILVA, 2007, p 179).

Somente nesta perspectiva pluralista e democrática, é possível construir um substrato sólido capaz de nutrir a efetiva prática de respeito aos direitos sociais fundamentais. A garantia de participação cidadã no processo de discussão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis é a única forma viável de construir uma democracia real. Para tanto, não basta a tutela individual, mas é indubitável reconhecer que somente a dimensão da tutela coletiva e sua sedimentação prática poderão garantir um avanço democrático de validação das normas.

3.2 A DECISÃO DO STF NA ADECON 16-9

O Supremo Tribunal Federal⁴, na ADECON 16-9, decidiu pela constitucionalidade do art. 71 da lei de licitações, mas isto não significou a exclusão de responsabilidade da Administração Pública, como bem analisa Pimenta (2011, p. 775 a 791):

[...] O Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu, com base naquele preceito legal e como pretendiam centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade, a total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados – apenas se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas.

Destarte, ficou patente que o STF decidiu, em verdade, não ser possível responsabilizar de forma automática a Administração Pública. No mesmo sentido, Silva (2011, p. 271 a 275), Jorge Neto e Cavalcante (2011, p. 276 a 281):

A decretação da constitucionalidade do art. 71 pelo STF não implica na afirmação inexorável de que a Administração Pública está imune à responsabilidade subsidiária diante do não pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora.

Em outras palavras, a responsabilidade será decretada se, pelo exame minucioso de cada demanda, houver a culpa do ente público contratante quanto ao inadimplemento dos direitos trabalhistas por parte da prestadora em relação aos seus empregados. Não se pode esquecer que a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (art. 37, § 6º, CF).

A análise de uma decisão da envergadura e do conteúdo da ADC 16-9 não pode repousar na super-

4 Tramita no STF a ADC nº 26 acerca do art. 25, § 1º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995). A ABRADÉE almeja terceirizar atividades-fim, especialmente a comercialização de energia elétrica.

ficialidade da afirmativa ou negativa de constitucionalidade do referido art. 71, mas deve residir na profundidade da discussão jurídica a respeito e suas intrincadas consequências e efeitos. O conteúdo da decisão indica a aceitação do STF da tese de constitucionalidade do art. 71 da lei de licitações públicas, explicando numa clareza solar de que não é possível a responsabilidade direta, pois, havendo culpa (*lato sensu*), poderá a Administração Pública ser responsabilizada.

É possível encontrar muitos artigos⁵, a maioria deles de procuradores federais, alardeando que o STF decidiu que a Administração Pública não pode ser responsabilizada, em nenhum caso, por contratos de terceirização de serviços. Talvez, no afã profissional de livrar a Administração Pública da responsabilidade que lhe cabe, em caso de culpa, detalhes relevantes e partes preciosas da decisão do STF tenham sido ignorados ou subestimados. Afinal, a fundamentação das decisões é de tal relevância que detém o *status* jurídico próprio da topografia dos direitos e garantias constitucionais.

Os recentes acórdãos⁶ do Tribunal Superior do Trabalho demonstram o total respeito ao conteúdo da discussão jurídica e ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO DE REVISTA - FIOCRUZ - COOPERATIVA DE TRABALHO - CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. A responsabilização da entidade pública

5 Alguns deles disponíveis na Revista Eletrônica Jus Navigandi – www.jus.com.br e na Revista Eletrônica Âmbito Jurídico – www.ambito-juridico.com.br.

6 Citamos como exemplos, os acórdãos nos processos RR - 137100-17.2002.5.11.0900, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/09/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 30/09/2011 e RR - 12398-94.2010.5.04.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/09/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 23/09/2011.

não guarda pertinência com o disposto no art. 71 da Lei nº 8.666/93 (objeto de declaração de constitucionalidade na ADC nº 16/STF), sendo oriunda de sua própria incúria na observância das normas que regem a admissão de pessoal no serviço público. Cumpre esclarecer que o STF, ao julgar a ADC nº 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade-meio da Administração Pública, o STF expendeu o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Por culpa *in vigilando* entenda-se a postura passiva da Administração Pública, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais, de aplicar, em caso de renitência, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e de rescindir o contrato, na forma dos arts. 77 e 78 do mencionado diploma legal. Na hipótese dos autos, a recorrente contratava pessoal por intermédio de cooperativa que se destinava unicamente ao fornecimento de mão de obra à outra parte da avença, deixando clara a inexistência de qualquer dos elementos que caracteriza o fenômeno cooperado. O Tribunal Regional ressaltou o descumprimento do dever da ora recorrente em fiscalizar a execução dos contratos de trabalho, em especial o adimplemento das obrigações dele resultantes. Dessarte, tendo em vista que o ente público não cumpriu com o seu dever de fiscalizar o adimplemento das obrigações laborais devidas pela contratada, não restou demonstrada a satisfação do dever imposto nos arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), impõe-se a manutenção do acórdão regional, pois patente a existência de culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, não se havendo de cogitar, portanto, em sua responsabilização pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato e execução de serviços e obras públicas com o Estado (o que restou vedado na decisão proferida na citada ADC nº 16). Recurso de revista não conhecido⁷.

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 61600-71.2008.5.01.0007, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; data de Julgamento: 17/08/2011; 1ª Turma; data de Publicação: 26/08/2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 mai. 2012.

Portanto, segundo a decisão do STF na ADECON 16-9 – DF, a Administração Pública somente pode ser responsabilizada de forma subsidiária caso fique comprovada a culpa *in eligendo* e/ou a culpa *in vigilando*, não cabendo a aplicação da responsabilidade pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa interveniente. A comprovação da culpa *in eligendo* dependeria da existência de algum vício na licitação e a culpa *in vigilando* de alguma falha no acompanhamento/fiscalização do desenvolvimento do serviço.

O posicionamento adotado pelos Ministros do STF corresponde, na prática, à própria valorização do papel constitucional atribuído ao Tribunal Superior do Trabalho - TST. Este, por sua vez, tem como papel preponderante a análise fática de questões afetas ao Direito do Trabalho (MALAQUIAS, 2011).

Parece-nos difícil que esta comprovação seja realizada pelo trabalhador terceirizado, uma vez que ele não tem acesso a qualquer documentação acerca do contrato da empresa interveniente com o Poder Público. A aplicação do princípio da aptidão probatória seria recomendável, uma vez que o obreiro dificilmente teria condições de produzir tal prova. “Modernamente, tem-se mitigado o rigor das normas [...], quando o juiz, diante do caso concreto, verificar a existência de dificuldades para o trabalhador se desincumbir do *onus probandi*” (LEITE, 2009, p. 72).

O princípio da aptidão da prova decorre diretamente dos deveres de colaboração e de informação. Nenhuma das partes pode subtrair as informações de que disponha para a análise das proposições trazidas em Juízo, dever ético que se impõe em todas as fases do processo. [...] Ao contrário do que por vezes se sustenta, o princípio da aptidão da prova não é uma modificação das regras de distribuição do ônus probatório, mas apenas uma consequência lógica destas regras. (SANTOS, 2009, p. 554 a 628).

Ademais, a própria lei de licitações, em vários dispositivos, caracteriza o dever de fiscalização dos contratos administrativos. Trata-se de

[...] dever do Administrador de fiscalizar, tanto na celebração do contrato, como em sua execução, razão porque sua ação ou omissão gera, inexoravelmente, como consequência, o dever de reparar os danos decorrentes de sua incúria no cumprimento do dever constitucional e legal imposto. (BRAMANTE, 2011, n. p.).

Portanto, seria da Administração Pública o dever de comprovar que agiu diligentemente e que o procedimento licitatório foi cumprido formal e materialmente, sob pena de responder subsidiariamente.

Nas terceirizações ilícitas entendemos que prescinde comprovação de culpa, pois

[...] o ente público que, em conjunto com o falso empregador daqueles trabalhadores, houver perpetrado tão flagrante ilicitude, não terá como furta-se de responder pelo inadimplemento dos direitos trabalhistas daqueles reclamantes, embora não seja possível o reconhecimento do vínculo de emprego. (PIMENTA, 2011, p. 775 a 791).

O Poder Público, em caso de terceirizar atividade fim ou fraude comprovada no processo licitatório, responderá pelos débitos trabalhistas, independentemente da comprovação de culpa, pois a ilegalidade de seus atos, por si só, importa comprovação de torpeza da qual não poderá beneficiar-se.

A terceirização no serviço público, ainda que considerada ilícita, jamais terá como consequência a admissão de pessoal no serviço público. Neste caso, ocorrerá tão somente a contratação irregular de pessoal. Esta acarretaria a nulidade do ato de contratação, não produzindo efeitos jurídicos de nenhuma natureza. Entretanto, em virtude da infungibilidade do serviço prestado e do dislate que redundaria a Administração Pública locupletar-se do trabalho alheio sem contraprestar, há o excepcional efeito ou consequência de ser devido o pagamento de salários e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço⁸.

4 AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSIÇÃO ATUAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

As hipóteses de terceirização lícita são: trabalho temporário, transporte de valores, vigilância patrimonial, atividades de conservação e limpeza, e em todas as atividades meio da empresa tomadora ou cliente, além das citadas terceirizações realizadas em atividade fim do tomador, com permissão expressa legal e da terceirização na Administração Pública.

Consideram-se ilícitas as terceirizações que não se enquadrem nas hipóteses legais, cuja síntese pode ser aferida através da leitura da Súmula 331 do TST. A figura jurídica do vínculo empregatício deve ser protegida e valorizada por expressa determinação constitucional. E, para tanto, o legislador deve abster-se de criar normas que possibilitem a terceirização em

atividade fim, uma vez que isto seria abusivo e limitador da incidência dos direitos sociais fundamentais. A situação torna-se ainda mais abusiva e materialmente inconstitucional, quando o processo discursivo de formação da norma é realizado sem ampla publicidade e órfão de meios efetivos de participação popular.

A problemática mais comum na caracterização da licitude ou ilicitude na terceirização é a distinção entre a atividade meio (terceirização lícita) e atividade

⁸ Sérgio Pinto Martins entende que não deveria haver nenhum pagamento ao trabalhador com vínculo irregular com a Administração Pública (MARTINS, 2009, p. 250). Porém, há opinião no sentido de que, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação de retrocesso social, deveria ser pago ao contratado irregularmente tudo que faz jus o concursado em virtude do período de prestação de serviços (ALBUQUERQUE, 2010).

fim (terceirização ilícita). Atividade fim é a ligada à finalidade da empresa, ao objetivo da produção empresarial ou prestação de serviço. Trata-se de atividade indispensável, sem a qual a própria empresa perde sua utilidade. É aquela atividade que acaso retirada do contexto empresarial impõe o fim da atividade.

Para análise da atividade fim, o princípio da primazia da realidade deve ser amplamente utilizado, impedindo fraudes ao arcabouço normativo protetivo, nos termos do artigo 9º da CLT. Poder-se-ia utilizar analogicamente o art. 581, § 2º da CLT que nos traz uma boa definição de atividade fim: “[...] entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”.

Acaso a atividade fim pudesse ser livremente terceirizada, nenhuma empresa contrataria mais empregados de forma direta, afinal a intermediação traz inúmeras vantagens, dentre as quais a inexistência, *a priori*, de passivo trabalhista.

A busca pelo pleno emprego⁹, princípio constitucional (art. 170, VIII), e o princípio da continuidade da relação empregatícia estariam fadados à letra morta, acaso atividades fim pudessem ser terceirizadas livremente. O argumento de que as empresas prestadoras de serviço possuem inúmeros contratos e que os obreiros apenas sairiam de um contrato e recairiam em outro, *permissa venia*, parece fantasiosa. Talvez algumas destas empresas, em verdade, possuam inúmeros contratos de prestação de serviços, porém, o empregado estaria sempre sujeito aos riscos da atividade econômica, quer seja a manutenção dos contratos de prestação de serviços de seu empregador, o êxito licitatório e a existência de novos contratos, e uma das características do liame empregatício é a alteridade, que estaria sendo afrontada diuturnamente.

A terceirização de atividade fim, de modo permanente – consoante explicitado –, seria impossível, uma vez que teria como objetivo impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista, o que geraria a nulidade de pleno direito desta disposição por expressa previsão contida no art. 9º da CLT.

O inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações, tem sido alvo de muitas discussões hermenêuticas, *in verbis*:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

O referido dispositivo legal permite a contratação terceirizada para o desenvolvimento de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”. A celeuma interpretativa repousa sobre as “atividades inerentes” e seu significado. No contexto legal do inciso resta claro de que estão autorizadas as terceirizações em atividades meio, posto que as mesmas sejam inerentes, acessórias ou complementares aos serviços desenvolvidos. A dúvida estabelecida concerne ao viés interpretativo que reputa “atividade inerente” significar atividade fim (OLIVEIRA, 2008). Entretanto, o entendimento de que há autorização para terceirizar atividade fim não é aceito pelo Tribunal Superior do Trabalho, consoante alguns julgados:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. O entendimento da quinta Turma e o majoritário desta Corte é de que é ilícita a terceirização da atividade-fim. Recurso de revista de que não se conhece¹⁰. [...]

RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-

9 Sobre este princípio há um excelente trabalho acadêmico publicado no Compedi (SANTOS, 2011).

10 Processo Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior do Trabalho. Órgão julgador: 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

-FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. É inviável o conhecimento dos recursos de revista por divergência dos arestos apresentados, pois a decisão recorrida está em consonância com a Súmula nº 331, I, do TST (art. 896, § 4º, da CLT e Súmula nº 333 do TST). O art. 94, II, da Lei nº 9.472/97 não foi violado, pois não se pode concluir que, ao dispor que “com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”, esteja autorizando a terceirização de serviços inerentes à atividade-fim das empresas de telecomunicações, sob pena de ferir o disposto no art. 170, caput, VIII, da Constituição da República, pois a intermediação de serviço em área-fim das empresas de telecomunicações culminaria na desvalorização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego. A constatação do Regional, de que as atividades desempenhadas pela reclamante se inseriam na atividade-fim da recorrente, encontra respaldo no art. 3º da Lei nº 9.472/1997, que, dispondo sobre os direitos do usuário de serviços de telecomunicações, determina, em seu inciso IV, que o usuário tem direito à “informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços”. Evidente, portanto, que as atividades da reclamante eram essenciais para o funcionamento da empresa, pois as informações sobre as condições de prestação de serviços, suas tarifas e preços compõem o conjunto de direitos do usuário, que é o destinatário dos serviços prestados pela TIM CELULAR. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e na Súmula nº 333 desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece¹¹.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, há registro expresso quanto à culpa do ente público a ensejar sua responsabilização subsidiária. Incidência da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista não conhecido¹². [...]

11 Processo Nº TST-RR-66800-44.2009.5.03.0112. Tribunal Superior do Trabalho. Órgão julgador: 5ª turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

12 Processo Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. Órgão julgador: 2ª Turma, Relator: Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.

A interpretação da jurisprudência laboral acerca do referido e citado dispositivo é que “atividades inerentes, acessórias ou complementares” quer dizer atividade meio. Há clara tendência jurisprudencial balizada no entendimento recrudescido de que terceirização em atividade fim é ilícita, salvo expressa e inequívoca disposição normativa a este respeito. De igual forma, deverá ser o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho sobre o art. 25, § 1º da Lei 8.987/95 que versa sobre concessionárias de serviço público:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (grifos nossos).

O texto é assemelhado e quase que idêntico ao da lei de telecomunicações. Esta similitude implica adoção do mesmo posicionamento utilizado para o setor de telecomunicações¹³ pelo Tribunal Superior do Trabalho¹⁴.

13 O entendimento hermenêutico do TST é de que as Leis 8.987/95 e 9.472/97 não contêm, em seus textos, a autorização para terceirizar de atividade fim. Porém, as concessionárias de serviços públicos não aceitam tal entendimento e têm utilizado todos os instrumentos jurídicos existentes para alcançar seu intento de terceirizar, livremente, as suas atividades fim. Como exemplo disto, citamos a tramitação, no STF, da ADC nº 26 movida pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), cujo objetivo é ver declarada constitucional o art. 25, § 1º da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995). O objetivo, claramente demonstrado, é de terceirizar atividades-fim, comercialização de energia elétrica. O pedido de liminar para obstar as ações civis públicas foi negado pelo Min. Ricardo Lewandowski. Há, também, a Reclamação nº 11256 STF questiona que o Tribunal Regional da 3ª Região (Minas Gerais) viola a Súmula Vinculante nº 10 do STF ao afastar a incidência da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) e considerar ilegal a terceirização de atividade de call center sem analisar a inconstitucionalidade.

14 AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA CLARO S.A. RITO SUMARÍSSIMO. INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. (AIRR - 1764-39.2010.5.03.0106. 6ª Turma. Relator Min. Augusto César Leite de Carvalho. Publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 25/11/2011).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O engesso do desenvolvimento econômico não é objetivo do sistema jurídico, tampouco o é a sua supervalorização frente aos interesses da sociedade. O equilíbrio delicado e árduo entre a terceirização e a manutenção das condições de trabalho dignas depende de aspectos jurídicos e metajurídicos dos mais diversificados. O desenvolvimento econômico não deve ser compreendido, unicamente, como aumentos de divisas e superávits, mas também como incremento do índice de desenvolvimento humano (IDH) e de inserção social.

No citado contexto, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana norteia a realização do justo, numa superação de validade apenas formal da norma (SOARES, 2012, p. 24), devendo a terceirização ser adaptada à dignidade da pessoa humana, reduzindo ou, até mesmo, eliminando os motivos pelos quais os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores são desrespeitados diante deste modelo de contratação. Esta, seguramente, é a única forma de compatibilizar a terceirização e os direitos sócio-fundamentais. Trata-se, pois, da única forma de permanência da terceirização na nossa estrutura jurídica.

“Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de implementação da igualdade social dos hipossuficientes” (TAVARES, 2010, p. 827). Apesar da abrangência protetivo-constitucional acerca dos direitos sociais, indubitavelmente, os principais destinatários são os menos favorecidos economicamente, uma vez que o atendimento de suas necessidades é um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵, uma garantia de mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 231).

15 “O homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”. (KANT, 2003, p. 68).

O patamar mínimo civilizatório¹⁶ ou mínimo existencial trabalhista é um conceito que molda-se ao contexto social, necessariamente. **“Este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais: tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e, portanto mutável, de afirmação da cidadania”** (CARVALHO NETTO, 2003, p. 145).

As políticas públicas, *lato sensu*, compreendem as prestações positivas estatais advindas dos poderes, e, cada um deles, tem o dever de implantar em sua seara medidas de estímulo, preservação e adimplemento do Estado em relação ao hipossuficiente. No artigo 6º da Constituição da República são caracterizados como sociais direitos de cinco naturezas distintas: trabalhistas, previdenciários, econômicos, culturais e de segurança pública. Além desses, no Texto Constitucional há outros artigos tratando destes assuntos, definindo e demarcando em que aspectos devem a política pública agir e beneficiar o cidadão. Trata-se, por conseguinte, de um projeto emancipatório.

É indispensável adotar medidas protetivas adequadas e eficazes que possam garantir condições de trabalho dignas e o respeito aos direitos trabalhistas mínimos. Neste contexto “poderemos progredir na construção de um mundo do trabalho que, atento à modernidade, não deixe de focar o homem em sua dimensão de trabalhador, centro e fim de toda a atividade produtiva” (MARTINS FILHO, 2011).

Como disse Pontes de Miranda

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios e que se precisa, ou se entende, devam ser cumpridos - o que é pior (...) no momento, sobre a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que

16 A expressão “patamar mínimo civilizatório” é de Maurício Godinho Delgado.

nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos para que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se algum ponto a nada serve, que se corte este pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem cumprir, nada saberemos. Nada sabemos, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangulá-la ao nascer. (MIRANDA, 1987, p. 15-16).

o texto constitucional. Os conflitos porventura existentes devem ser solucionados com a preservação dos valores constitucionais, vedando retrocessos sociais e ampliando a abrangência e efetividade dos direitos fundamentais. Possuir um texto constitucional válido apenas do ponto de vista formal é negar aplicação à própria Constituição Federal.

É preciso assumir um compromisso de compatibilizar a terceirização, seus efeitos e consequências com

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Raúl de Araújo. Súmula 363 fere a nova ordem constitucional. **Consultor Jurídico**. 07 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-07/sumula-363-tst-fere-principios-realidade-constitucional>>. Acesso em: 17 out. 2011.

AMICUS CURIAE - “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso em: 17 out. 2011.

ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho de 23/11/2007 Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireiro.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? **Cuadernos de integración andina**. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007, p. 39-40.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 maio 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Proclamada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 maio 2012.

BRASIL. **Lei Complementar 82 de 27** de março de 1995. Disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal. (Lei Camata). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.472/97**, de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 363**. Res. 97/2000, DJ 18.09.2000 - Republicação - DJ 13.10.2000 - Republicação DJ 10.11.2000 - Nova Redação - Res. 111/2002, DJ 11.04.2002 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm>. Acesso em: 29 maio 2012

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 61600-71.2008.5.01.0007**. Órgão julgador: 1ª Turma; Relator: Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; data de Julgamento: 17/08/2011; data de Publicação: 26/08/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ-SDI1-383**. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, "A", da Lei Nº 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em:<www.tst.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2012.

Processo Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Órgão julgador: 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

Processo Nº TST-RR-66800-44.2009.5.03.0112. Órgão julgador: 5ª turma. Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Publicado no DEJT em 14/10/2011.

Processo Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. Órgão julgador: 2ª Turma. Relator: Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/09/2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18479>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Solidariedade e subsidiariedade na responsabilização trabalhista. IN: AMATRA

III. (Org.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GIGLIO, Wagner. Terceirização. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 75, n. 4, p. 391 a 394, abril 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira & CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). **Revista LTr**. São Paulo, vol. 75, n. 3, p. 276 a 281, março 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LUQUES, Ione. Mercado de concursos, aquecido, movimenta cerca de R\$ 30 milhões por ano. **O Globo**. 03/05/2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/emprego/mercado-de-concursos-aquecido-movimenta-cerca-de-30-milhoes-ao-ano-no-pais-3015289>>. Acesso em: 24 maio 2012.

MALAQUIAS, Marcos dos Santos Araújo. **Inadimplemento trabalhista e julgamento da ADC nº 16/DF. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2750, 11 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18244>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Audiência Pública. Reunião no TST mudou rumos da formação jurisprudência. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-ru-mos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=5>>. Acesso em: 08 dez. 2011.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MARTINS, Flávia Bahia. Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Flávia Bahia. **Comentários às súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 15-16.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do

Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 75, n. 7, p. 775 a 791, jul. 2011.

SANTOS, José Aparecido dos. Teoria geral das provas e provas em espécie. IN: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 554 a 628.

SILVA, Antônio Álvares. Responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações. **Revista LTr**. São Paulo, vol. 75, nº 3, p. 271 a 275, março 2011.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. A teoria da justiça e o Direito do Trabalho. IN: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**. Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. 1. São Paulo: LTr, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 1 de junho de 2012
Avaliado em: 7 de agosto de 2012
Aceito em: 15 de agosto de 2012

1 Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ); Docente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio/Fase) e da Faculdade Sergipana (FASER); Advogada e Consultora Jurídica; membro da Associação Brasileira de Advogados (ABA), do Instituto de Advogados do Estado de Sergipe (IASE) e da Associação Sergipana de Advogados Trabalhistas (ASSAT).