

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

VILJA MARQUES ASSE

**OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

FRANCA

2007

VILJA MARQUES ASSE

**OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social, da Universidade
Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”,
como exigência parcial para a obtenção do título
de Mestre em Direito. Área de Concentração:
Direito Obrigacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos

FRANCA

2007

Asse, Vilja Marques

Os direitos e obrigações da terceirização na administração pública / Vilja Marques Asse. –Franca : UNESP, 2007

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito trabalhista – Terceirização – Administração pública. 2. Flexibilização trabalhista.

CDD – 341.631

VILJA MARQUES ASSE

**OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA TERCEIRIZAÇÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos

1º Examinador: _____

Prof. Dr. José Carlos de Oliveira – FHDSS/Unesp

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Antônio Rodrigues de Freitas Júnior – FD/USP

Franca, ____ de _____ de 2007

Dedico este trabalho ao Prof. Doutor Enoque Ribeiro dos Santos, meu orientador, pelo constante apoio, atenção, carinho e dedicação dispensados nesses anos de orientação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe e ao meu irmão Igor, pelo amor de toda uma vida.

Ao meu sobrinho, Bernardo, pela sua existência.

Ao Prof. Doutor Ronaldo Lima dos Santos, pelo apoio e dedicação.

RESUMO

O trabalho visa investigar a admissibilidade da terceirização no setor público, suas peculiaridades e a responsabilização do ente público, haja vista a ausência de norma específica em relação à responsabilidade, em caso de terceirização, construída através de entendimentos jurisprudenciais, a qual encontra questionamentos acerca da responsabilização diante do que dispõe a Lei de Licitação, em seu art. 71, em confronto com as disposições contidas nos artigos 1º, 37, par. 6º, 170, 173 e 193 da Constituição Federal. O intérprete da norma jurídica não se deve ater apenas à interpretação gramatical, sobretudo no que diz respeito à responsabilização dispensada à Administração Pública na Lei de Licitação, devendo o intérprete utilizar-se da interpretação lógico-sistemática e teleológica da Lei de Licitação em confronto com o disposto constitucionalmente, permitindo a responsabilização do ente público, nos casos de terceirização. Esta no setor público sofre limitações, diante do comando legal insculpido no inciso II do art. 37 da Carta magna, que exige a prévia aprovação, em concurso público, para a investidura em cargo ou emprego público, à exceção dos cargos de livre provimento. A terceirização no setor público tem como traço diferencial, com o setor privado, a não formação de emprego com a Administração direta, indireta ou fundacional. A terceirização é uma tendência mundial irreversível, mas não podemos deixar que ela seja utilizada para fraudar os direitos dos trabalhadores, contribuindo, deste modo, para a perpetuação das injustiças, tornando-se cada vez mais perversa, o que, em última análise, acaba gerando o fim da própria terceirização.

Palavras-chave: responsabilização; direito trabalhista; terceirização; administração pública; concurso público

ABSTRACT

This study aims to investigate the admissibility of the third party in the public sector, its peculiarities and the liability of the public entity, as there is an absence of a specific procedure in relation to the responsibility in the case of the third party, composed through jurisprudence agreements, finding questionings regarding the liability before what is determined to the Licitacion Law in its article 71 in confrontation to the dispositions included in the articles 1st, 37, paragraph, 6th, 170, 173 and 193 of the Federal Constitution. The interpreter of the juridical procedure should not detain themselves only to the grammatical interpretation, above all in regards to the liability bestowed to the Public Administration in the Licitacion Law, where the interpreter should use the logic-systematic and teleological interpretation of the Licitacion Law in confront to the constitutional determination, allowing the liability of the public entity in the third party cases. The third party in the public sector suffers limitations, before the legal command inscribed in the proposition II of article 37 of the magna letter, which demands the previous approval in a public examination for the investiture in an office or public employment, in exception to the offices of the free administrative acts. The third party in the public sector has as a differential aspect with the private sector, the non-formation of employment with the direct, indirect or foundational Administration. The third party is a worldly and irreversible tendency, but we cannot allow that it is used to fraud the laborers' rights, contributing to the perpetuation of the injustices, becoming more and more perverse, and that as a last analysis, this ends up by generating the termination of the third party itself.

Key words: labor rights; third party; public administration; liability; public examination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA	13
1.1 Globalização	13
1.1.1 Da crise do capitalismo à globalização.....	16
1.1.2 Os efeitos da globalização sobre as relações jurídicas de trabalho	21
1.2 Flexibilização	23
1.2.1 Flexibilidade e produtividade do mercado de trabalho no Brasil	24
1.2.2 Modelos de organização de produção (fordismo e toyotismo)	27
1.2.3 Flexibilização trabalhista e desemprego: análise crítica.....	32
1.2.4 Flexibilização do direito do trabalho e terceirização	35
CAPÍTULO 2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO	38
2.1 Terceirização	38
2.1.1 Conceito de terceirização	38
2.1.2 Normatividade jurídica sobre terceirização.....	41
2.1.3 Atividade fim e atividade meio.....	43
2.1.4 Terceirização: licitude e ilicitude.....	45
2.1.5 Aspectos positivos e negativos da terceirização	46
2.1.6 A experiência no direito estrangeiro	47
2.2 Instrumentos institucionais de terceirização.....	50
2.2.1 Cooperativas de trabalho	52
2.2.1.1 <i>Conceito de cooperativas de trabalho</i>	<i>52</i>
2.2.1.2 <i>As cooperativas de trabalho e o direito laboral.....</i>	<i>54</i>
2.2.1.3 <i>Cooperativas: fraude ou solução?.....</i>	<i>55</i>

2.2.2 Trabalhador avulso.....	58
2.2.2.1 <i>Conceito de trabalhador avulso</i>	58
2.2.2.2 <i>O trabalhador avulso como fraude aos direitos do empregado</i>	60
CAPÍTULO 3 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	62
3.1 Da administração pública.....	62
3.1.1 Noções de administração pública.....	62
3.1.2 Servidores de seu quadro	64
3.1.3 Mudanças nas atuações estatais	65
3.1.4 Desestatização e terceirização.....	67
3.2 O conceito de terceirização aplicado à Administração Pública.....	68
3.2.1 Distinção entre terceirização no setor público e no setor privado	69
3.2.2 Direitos inerentes ao obreiro, ilicitamente terceirizado	72
3.3 Responsabilidade Civil da Administração Pública	76
3.3.1 Noções sobre a responsabilidade civil	76
3.3.1.1 <i>Da responsabilidade objetiva da Administração Pública</i>	77
3.4 Dispositivos legais que autorizam a terceirização.....	79
3.4.1 A lei de licitação e sua aplicação.....	81
3.4.2 As formas de inconstitucionalidades	82
3.4.2.1 <i>A inconstitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações</i>	83
CAPÍTULO 4 OS NOVOS RUMOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA	
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	87
4.1 O Terceiro Setor	87
4.1.1 Organizações Sociais (OS)	88
4.1.1.1 <i>Considerações gerais</i>	88
4.1.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).....	89
4.1.2.1 <i>Considerações gerais</i>	89

4.1.3 OS e OSCIPS – análise comparativa	90
4.1.4 Adoção, na prática, das OS e OSCIPS	92
4.2 Consórcios intermunicipais	97
4.2.1 Considerações gerais.....	97
4.3 O caminho percorrido pela terceirização	99
4.4 Novas tentativas de mascarar a fraude	100
4.4.1 Os agentes comunitários de saúde	100
4.4.2 O novo trem da alegria.....	101
4.5 Necessidade de reparação da terceirização ilícita	102
4.5.1 O papel das Entidades Estatais	104
4.5.2 O papel dos Sindicatos.....	107
4.5.3 Modernização e retrocesso	111
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS.....	117

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é um ramo do nosso ordenamento jurídico que trata especialmente das relações de trabalho travadas entre particulares, ou, entre o particular e o Poder Público, na hipótese de servidor sob a disciplina do regime celetista. Daí, o cerne dessa relação jurídica consubstanciar-se no contrato de trabalho.

A técnica da terceirização transformou-se em uma realidade incontestável, desafiando os estudiosos do direito a encontrarem uma fórmula jurídica para sua regulação, devendo atentar aos limites constitucionais e resguardando a dignidade do trabalhador.

A terceirização visa adaptar as relações de trabalho ao novo contexto social, determinado por uma economia inserida num contexto internacional voltado para a competitividade, para a redução de custos e para a introdução de novos sistemas operacionais com a alta evolução da tecnologia.

A chamada "terceirização", inclusive no âmbito da Administração Pública, é um fenômeno mundial, de tendência irreversível, com profundo impacto nas relações do trabalho, que está a merecer uma atenção mais acurada de todos os que estudam o Direito do Trabalho.

A terceirização no serviço público é um pouco mais intrigante quando o tomador dos serviços é um ente da administração pública, haja vista esta ter como norte o princípio da legalidade.

Considerando a forma como a legislação e a jurisprudência passaram a regulamentar a terceirização, surge o questionamento acerca da responsabilidade patrimonial subsidiária do tomador de serviços, na terceirização do serviço público.

A terceirização, no setor público, traz, como questão complexa, o que dispõe a Lei de Licitação, em seu art. 71, sendo necessária a análise sobre a constitucionalidade do referido artigo diante das disposições contidas na

Constituição Federal (CF), mais precisamente nos arts. 1º, 37, par. 6º, 170, 173 e 193 da Constituição Federal.

O processo histórico e irreversível da terceirização não deve destruir o ideal humanístico. Deve-se adaptar o direito às novas realidades e atender aos reclamos de um novo tempo.

Para a compreensão do tema faz-se necessário analisar as matérias conexas, uma vez que há interligação entre elas. Assim, partimos de uma análise geral da globalização e da flexibilidade, para saber sua ligação direta com a necessidade de terceirização, para depois abordarmos a Administração Pública.

Demonstramos as vantagens e desvantagens da terceirização, bem como a responsabilidade da Administração Pública.

Mostramos o posicionamento da jurisprudência, bem como a interpretação que vem sendo dada à legislação constitucional sobre a terceirização no setor público e a responsabilização do ente público nos casos de terceirização lícita e ilícita.

Procuramos também apoio na legislação estrangeira sobre subcontratação e trabalho temporário, como forma de ressaltar a atualidade e a importância do tema, além de evidente contribuição para o enfrentamento da questão em nível nacional.

Utilizamos variados métodos de pesquisa para atender o objetivo e exigência do presente trabalho. Recorremos, com frequência, ao método indutivo para captar na realidade econômica e social a verdadeira revolução pela qual passa, atualmente, o Direito do Trabalho, sobretudo a flexibilização das leis trabalhistas, intimamente ligada ao conceito de terceirização.

Através do levantamento bibliográfico, a respeito de assuntos relacionados com o tema, procedeu-se a uma posterior sistematização do material coletado, preparando-se resumos, fichamentos e trechos destacados e citados no corpo do texto.

São analisados textos jurídicos e documentos, tanto do ordenamento nacional, como no direito estrangeiro, bem como a análise de textos de ciências sociais, para extrair conclusões, adotando o método analítico.

Não se pode olvidar do importante suporte oferecido pela *internet* que foi também utilizado como forma de coleta de dados e materiais relacionados ao tema (artigos, palestras, conferências, análise de trâmite legislativo, estudos, etc.).

Em relação às técnicas de pesquisa, adotamos as consultas às fontes primárias (leis, medidas provisórias, emendas constitucionais, convenções e acordos coletivos, regulamentos de fábrica, etc.) e, consultas às fontes secundárias (pesquisa bibliográfica).

Enfim, desenvolvemos um estudo sistematizado e em conexão com a realidade, enfocamos as experiências vividas, no país, em relação à terceirização, evidenciando a tendência nacional ao reconhecimento e implantação da terceirização, deixando claro que a terceirização só faz sentido quando não desprezita a criação de empregos.

Necessário é trazer para a terceirização a noção de justiça, como um alvo a ser atingido pelo direito como instrumento, como um valor a ser protegido, resgatando a dignidade do trabalhador.

CAPÍTULO 1 FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA

1.1 Globalização

Não existe uma definição aceita por todos do que seja Globalização. Mas, podemos defini-la, basicamente, como um processo, ainda em curso, de integração de economias e mercados nacionais, que, no entanto, compreende muito mais do que fluxos monetários e de mercadorias. Implica na interdependência dos países e das pessoas, além da uniformização de padrões e está ocorrendo em todo o mundo também no campo cultural e social. Chamada de Terceira Revolução Tecnológica (processamento, difusão e transmissão de informações), acredita-se que a Globalização defina uma nova era da história humana.

Apesar de ser um processo antigo, apenas a partir da década de 90 a Globalização, realmente, impôs-se como um fenômeno planetário, originária dos Estados Unidos e da Inglaterra quando a tecnologia de informática associou-se à de telecomunicações.

Antes deste período sabemos de outros processos, também de globalização que, no entanto, tiveram outros nomes e foram interpretados, naquele momento histórico, de forma diferente.

A primeira fase da globalização ou primeira globalização pode ser denominada como a expansão mercantilista da economia mundo-européia (1450 a 1850), a qual envolve as grandes navegações, a descoberta de uma nova rota marítima para as Índias e a descoberta do chamado “Novo Mundo”. Durante estes 04 séculos, as grandes potências da época (Espanha, Portugal, Inglaterra), desdobram-se e competem entre si pela hegemonia e dominação do então chamado “Mundo Novo”, através da implantação de colônias e comercialização dos produtos que estas colônias produzem.

A segunda fase da globalização ou segunda globalização dá-se de 1850 a 1950 e se caracteriza, principalmente, pelo expansionismo industrial-imperialista e colonialista. A partir do século XVIII, a Inglaterra industrializa-se aceleradamente e, depois, a França, a Bélgica, a Alemanha e a Itália. A máquina a vapor é introduzida nos transportes terrestres e marítimos. Conseqüentemente, esta nova época será regida pelos interesses da indústria e das finanças, e não mais das motivações dinásticas-mercantis. A escravidão que havia sido o grande esteio da primeira globalização tornou-se um impedimento ao progresso do consumo e, somada à crescente indignação que ela provoca, termina por ser abolida, primeiro em 1789 e, definitivamente, em 1848 (no Brasil ela ainda irá sobreviver até 1888). Somando-se a isto os resultados das Guerras Napoleônicas e outros impedimentos feudais, milhões de europeus, abandonam seus lares e emigram para os Estados Unidos da América (EUA), Canadá, e para a América do Sul. O mercado chinês, finalmente, é aberto pelo Tratado de Nanquim de 1842 e o Japão também é forçado a abandonar a política de isolamento da época ao assinar um tratado com os americanos. Cada uma das potências européias rivaliza-se com as demais na luta pela hegemonia do mundo. O resultado é um acirramento da corrida imperialista e da política belicista que levará os europeus a duas guerras mundiais. Entre outros aspectos técnicos ajudam a globalização o trem e o barco a vapor, os quais encurtam as distâncias, bem como o telégrafo e o telefone, ao quais aproximam os continentes e os interesses ainda mais. Nestes cem anos da segunda fase da globalização (1850-1950) os antigos impérios dinásticos desabaram. Das diversas potências que existiam, em 1914 (o império britânico, o francês, o austro-húngaro, o italiano, o russo e o turco), só restam depois da 2ª Guerra, as superpotências: os Estados Unidos e a União Soviética.

Recentemente, no decorrer do século XX, três grandes projetos de liderança da globalização conflitaram-se entre si: o comunista; o da contra-revolução nazi-fascista e o projeto liberal-capitalista. Num primeiro momento ocorreu a aliança entre o liberalismo e o comunismo (em 1941-45) para a auto defesa e depois, a destruição do nazi-fascismo. Num segundo momento os EUA e a URSS, desentenderam-se gerando a guerra fria, onde o liberalismo norte-americano rivalizou-se com o comunismo soviético numa guerra ideológica mundial e numa competição armamentista e tecnológica que quase levou a humanidade a uma catástrofe. Com a política da glasnost, a guerra fria encerrou-se e os Estados

Unidos proclamaram-se vencedores. O momento símbolo disto foi a derrubada do Muro de Berlim ocorrida em novembro de 1989, acompanhada da retirada das tropas soviéticas da Alemanha reunificada e seguida da dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991. A China comunista que, desde os anos 70, adotara as reformas visando a sua modernização, abriu-se em várias zonas especiais para a implantação de indústrias multinacionais. Desde então só restou hegemonia no moderno sistema mundial à economia-mundo capitalista, não havendo nenhuma outra barreira a antepor-se à globalização. Chegamos, desta forma, à situação presente onde sobreviveu uma só superpotência mundial: os Estados Unidos. É a única que tem condições operacionais de realizar intervenções militares em qualquer canto do planeta (Kuwait-91, Haiti-94, Somália-96, Bósnia-97, etc.). Enquanto na segunda fase da globalização vivia-se na esfera da libra esterlina, agora é a era do dólar, sendo que o idioma inglês tornou-se a língua universal por excelência. Pode-se até afirmar que a globalização recente nada mais é do que a americanização do mundo.

O processo produtivo mundial é formado por um conjunto de umas 400-450 grandes corporações (a maioria delas produtora de automóveis e ligada ao petróleo e às comunicações) que têm seus investimentos espalhados pelos cinco continentes. A nacionalidade delas é principalmente americana, japonesa, alemã, inglesa, francesa, suíça, italiana e holandesa. Portanto, pode-se afirmar que os países que assumiram o controle da 1ª fase da globalização (1450-1850), apesar da descolonização e dos desgastes das duas guerras mundiais, ainda continuam obtendo os frutos do que conquistaram no passado. A razão disso é que detêm o monopólio da tecnologia e seus orçamentos, estatais e privados.

A Organização das Nações Unidas (ONU) por ser o embrião de um governo mundial foi paralisada pelos interesses e proibições das superpotências durante a guerra fria. Em consequência dessa debilidade, tornou-se uma espécie de estado-maior informal, cujos encontros freqüentes têm mais efeitos sobre a política e economia do mundo em geral do que as assembleias da ONU. Enquanto que no passado os instrumentos da integração foram a caravela, o barco a vela e a vapor, e o trem, seguidos do telégrafo e do telefone, a globalização recente faz-se pelos satélites e pelos computadores ligados na Internet. Se antes o sistema

martirizou africanos e indígenas e explorou a classe operária fabril, hoje se utiliza do satélite, do robô e da informática, abandonando a antiga dependência do braço em favor do cérebro, elevando o padrão de vida para patamares de saúde, educação e cultura até então desconhecidos pela humanidade.

Ninguém tem a resposta nem a solução para atenuar o abismo entre os ricos do Norte e os pobres do Sul que só se ampliou. No entanto, é bom reconhecer que tais diferenças não resultam de um novo processo de espoliação como os praticados anteriormente pelo colonialismo e pelo imperialismo, pois não implicaram numa dominação política, havendo, bem ao contrário, uma aproximação e busca de intercâmbio e cooperação.

A Globalização, seguindo o seu curso natural, deverá enfraquecer cada vez mais os estados-nacionais surgidos há cinco séculos atrás, ou dar-lhes novas formas e funções, fazendo com que novas instituições supranacionais, gradativamente, os substituam. Com a formação dos mercados regionais ou intercontinentais (Nafta, Unidade Européia, Comunidade Econômica Independente (a ex-URSS), o Mercosul e o Japão com os tigres asiáticos, e com a conseqüente interdependência entre eles, assentam-se nas bases para os futuros governos transnacionais que, provavelmente, servirão como unidades federativas de uma administração mundial a ser constituída. É bem provável que, no final do século XXI, talvez até antes, a humanidade conheça, por fim um governo universal.

1.1.1 Da crise do capitalismo à globalização

No início do século XX, com o advento da primeira guerra mundial, o Estado Liberal fragilizou-se ainda mais. A guerra trouxe conseqüências drásticas à humanidade. O Estado precisava intervir no social. Os direitos humanos passam a serem debatidos.

Dentre os motivos ensejadores da crise do capitalismo estão a superprodução, a chamada miséria na abundância, onde quanto mais se produz, mais

se ganha, mais pobreza gera, quanto mais riqueza mais pobreza se tem; o crescimento é desigual e combinado e ocorre também a dependência centro-periferia, onde a mesma cresce atrelada ao centro, quando importa tecnologia e ciência e exporta matéria prima e cérebros. Os países de Capitalismo Central e os países de Capitalismo Periférico formam só um capitalismo, que é unido, não pode quebrar o laço.

Como resultado da crise do capitalismo temos o horror econômico (falência, desemprego, criminalidade, alcoolismo, entre outros); a longa depressão (crise geral para todo o país que atinge outros estados, e precisa da intervenção do Estado para resolver), o fim do liberalismo selvagem e o fim da hegemonia britânica.

Faz-se uma heresia, então, o Estado passa a intervir na economia, diminui a iniciativa privada na economia e aumenta a do Estado, que passa a ser interventor contrariando o Liberalismo puro.

O Estado passa a assumir sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo. Começa a delimitar, defrontar, destruir a diferença entre classes e grupos, a fazer sobressair o interesse coletivo, tornando relativo o interesse individual, limitando o seu exercício quando contrariasse o direito coletivo.

Uma das soluções encontradas pelos países centrais para restaurar a paz social e a ordem social, foi a criação da Liga das Nações.

Surge também o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais e do próprio Direito do Trabalho; primeiramente com a Constituição Federal do México, em 1917; em seguida, com a Constituição de Weimar, da Alemanha, em 1919. Ambas reconheceram a liberdade da associação sindical, sendo um marco para o sindicalismo.

Por sua vez, no ano de 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) visando estimular o desenvolvimento e a propagação do Direito do Trabalho no mundo.

Segundo Maurício Godinho Delgado¹:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturam, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

Paradoxalmente, o Direito do Trabalho foi patrocinado pelas classes dominantes, que o consideravam instrumento hábil de inserção e neutralização das classes populares, na sociedade capitalista.

Em meio a todo o processo de reconstrução da ordem social, a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, em 1929, exteriorizou os problemas da economia mundial.

Após a segunda guerra mundial, o Estado passou a tomar a dianteira dos problemas sociais. Injetava recursos, produzia, comprava, agigantava-se. Nasce o Estado do Bem-Estar Social, também denominado Estado Providência.

A instauração de um Estado forte e intervencionista, capaz de garantir direitos e restabelecer a economia, foi a única alternativa encontrada pelos países de economia central os quais ao sobreviverem aos destroços da segunda guerra mundial, resgataram assim, a dinâmica capitalista. Tornou-se necessária a implementação dos direitos de segunda geração: os direitos sociais, culturais e econômicos.

O Estado avocou para si as mais diversas funções: a prestação de serviços públicos, comerciais, industriais e sociais; a realização de atividades econômicas (empresas estatais e sociedades de economia mista), além do fomento e fiscalização de determinadas atividades econômicas deixadas ao alcance da iniciativa privada.

Em 1970, o capitalismo manifestou uma de suas crises estruturais, instaurando-se uma fase de retrocesso e de limitação de direitos, cujos impactos afetaram estruturas e componentes do sistema capitalista de produção.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 86.

É latente os efeitos da superprodução, dentre eles, a queda da taxa de lucro; a diminuição das taxas de acumulação do capital; maior concentração de capitais (monopólios); crise do Estado de Bem-estar Social; acentuação das privatizações; elevação do desemprego estrutural e precarização do trabalho.

Segundo entendimento de Márcio Túlio Viana²:

[...] uma das contradições do sistema decorre de sua própria eficiência: com o passar do tempo, a produção pode superar o consumo, e os lucros acumulados já não podem ser reinvestidos – o que os leva para o mundo dos papéis. Este desequilíbrio da dinâmica produção/consumo pode potencializar a resistência operária: afinal, a mesma fábrica que reúne os trabalhadores também os une na luta, e o resultado é o aumento nos custos.

Com a crise sistêmica, buscou-se alternativas para superá-la, através da reformulação de alguns aspectos da estrutura estatal, abrindo caminho para o modelo neoliberal e à globalização.

Inicia-se a fase do Estado Democrático, onde a participação popular é valorizada.

A flexibilização dos direitos do trabalho visa atender à necessidade de adequação da relação capital/trabalho às exigências da globalização da economia.

O pensamento neoliberal é: desregulamentar, flexibilizar, terceirizar.

Entrou em cena o *Toyotismo* ⁽⁴¹⁾, novo modelo de organização de produção, cujas principais características são: produção vinculada à demanda, ao contrário da produção em massa do fordismo; trabalho operário em equipe, como multivariabilidade de funções, processo produtivo flexível, que possibilita ao operário manusear simultaneamente várias máquinas; presença do *just in time* (melhor aproveitamento do tempo de produção); estoques mínimos; senhas de comando para reposição de peças e estoque; estrutura horizontalizada – apenas 25% (vinte e cinco por cento) da produção é realizada pela própria empresa, o restante é realizado por empresas terceirizadas; organização de círculos de controle de qualidade, compostos pelos empregados, que são instigados a melhorar seu trabalho e desempenho.³

² VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do Século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, ano 63. v. 7, p. 886, jul. 1999.

³ MERCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209>>. Acesso em: 21 dez. 2006 .

O mercado capitalista alastra-se mundialmente. A globalização econômica toma espaço.

Ciência, filosofia, fábrica, consumo, ideologia, sindicato, modo de legislar, formas de se produzir, tudo se move, parte-se e se refaz, tudo no sentido de somar e fortalecer.

Luiz Carlos Delorme Prado⁴ define a globalização como:

[...] uma expressão de uma mudança econômica, produzido pela dinâmica das inovações tecnológicas, sendo simultaneamente um fenômeno inevitável e desejável, é um belo exemplo de um conceito que embora impreciso, cumpre seu papel de legitimar uma interpretação do mundo. Esta idéia sugere a perda de poder dos Estados Nacionais e sugere, ainda, que isto é inevitável e bem vindo. A palavra globalização é atualmente usada com freqüência em meios de comunicação e pelos teóricos do fim da História nessa forma fatalista e superficial.

O Estado amolda-se aos quadros estabelecidos pela economia. Com a globalização, os estados nacionais têm que se adaptar à nova ordem internacional para garantir a sobrevivência de suas economias. Um dos primeiros passos são as alterações dos ordenamentos jurídicos internos. A flexibilização e a desregulamentação das normas trabalhistas fazem parte dessa mudança.

Optou-se pela redução do aparelho estatal. Iniciou-se o processo de desestatização.

Institutos como a concessão, a permissão e a terceirização de serviços públicos ganham monta.

A terceirização, particularmente, configura-se como forte elemento estratégico na corrida pela diminuição do Estado, uma vez que a execução de serviços considerados “periféricos” são transferidos a empresas privadas.

⁴ LUIZ, Carlos Delorme Prado. **Globalização**: notas sobre um conceito controverso. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/17.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2007.

1.1.2 Os efeitos da globalização sobre as relações jurídicas de trabalho

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregaram a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego fossem ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogaram a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana. Para certas pessoas é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego; para outras, é a forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, pessoas essas que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo a forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica. Entenderam os defensores que aumentar a produtividade do trabalho é a chave do desenvolvimento e que hoje em dia está cada vez mais claro que as relações de trabalho e as formas de remuneração têm importância decisiva no aumento de produtividade.

A globalização implica em abertura das fronteiras para que num mercado mundial circulem as mercadorias mais livremente e com mais rapidez. Se antes os produtores e distribuidores de mercadorias enfrentavam a concorrência nacional ou regional, hoje, a concorrência expandiu-se em escala mundial, e traz consigo sérias mudanças para o conteúdo e para as fontes do direito do trabalho e se constata que ganham cada vez mais importância figuras atípicas de contratos de trabalho.

Nas palavras de Dorothee Susanne Rüdiger⁵:

Há uma crescente comercialização das relações de trabalho pela contratação de trabalhadores ditos 'autônomos', porém, sem a perda correspondente do poder de mando do tomador de serviços através de sua superioridade nos recursos da informática que lhes permite coordenar a

⁵ RUDIGER, Dorothee Susanne (Coord.). **Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo**. São Paulo: LTr, 1999. p. 23-25. (destaques do autor).

prestação de serviços de empresas ditas 'terceiras' que, por definição do art. 3º da CLT não são empregados. O contrato por prazo determinado, através da Lei 9.601/98, prevê a possibilidade de criar dois regimes de trabalho na mesma empresa, para os trabalhadores com todos os seus direitos (prazo indeterminado) e aqueles com os direitos reduzidos (prazo determinado), entre outros exemplos.

Há, no entanto, uma mudança na produção das regras do direito do trabalho, deslocando o direito do trabalho estatal para o direito do trabalho coletivamente negociado. Como querem os adeptos da teoria da flexibilização do direito do trabalho, a própria Constituição Federal permite, em seus incisos VI e XIII do art. 7º, a negociação coletiva até *in peius* das regras preexistentes. Na França, observa-se uma extensão de acordos por empresa e de acordos nacionais, ampliando o campo de atuação da negociação coletiva em duas direções.

Ao contrário do que se pensa, a globalização padroniza em escala mundial, somente as áreas do direito estritamente ligadas ao mercado internacional de valores e de bens. Na área do direito do trabalho, ao contrário, observa-se a manutenção da diversidade das regras jurídicas nos mais diversos países e a relativa estabilidade local da mão-de-obra. Tudo isso indica que os objetivos econômicos a serem atingidos com a globalização não seja um mundo sem fronteiras, mas sim uma maior rentabilidade do capital sob a hegemonia das empresas transnacionais.

Nesse sentido, conforme Wolfgang Däubler⁶,

[...] caminha-se para o perigo do chamado *dumping social*, isto é, a venda do trabalho abaixo de seu preço real, pois os capitais nacionais e transnacionais ganham em flexibilidade, aproveitam-se dos desníveis do padrão das diversas legislações sociais nacionais, além de praticarem em escala mundial métodos economizadores de mão-de-obra.

Analisando as conseqüências da globalização econômica constata-se que os direitos dos trabalhadores contidos na Declaração Universal estão mais do que nunca longe de serem postos em prática. O direito ao trabalho debate-se com uma política econômica de racionalização do setor produtivo que implica em um desemprego estrutural global. A justa remuneração torna-se relativa a partir do momento em que a negociação coletiva pode contribuir para a redução geral de

⁶ DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do trabalho e sociedade na Alemanha**. São Paulo: LTr, 1997. p. 235.

salários. Repouso e lazer não são garantidos para os prestadores de serviços, ditos autônomos.

Nas conclusões de Dorothee Susanne Rüdiger⁷, “o desafio, hoje, é, mais uma vez, resistir à transformação do homem em mercadoria.”

1.2 Flexibilização

Percebe-se que nenhum tema tem atormentado tanto os juslaboralistas de um modo geral, os empresários e notadamente os trabalhadores, ou seja, quase toda a sociedade na medida em que os trabalhadores vivem em sociedade, do que o termo flexibilização no direito do Trabalho.

Conforme preleciona Rosita de Nazaré Sidrim Nassar⁸,

[...] a flexibilidade do mercado de trabalho, de acordo com o estudo realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é a capacidade dos indivíduos, na vida econômica, e, em particular no mercado de trabalho, de renunciar seus hábitos e de se adaptar a novas circunstâncias. Esta faculdade de adaptação depende, de um lado, das aptidões pessoais e, de outro, do clima existente. Por aptidões pessoais, entendem-se os talentos e as qualidades dos indivíduos bem como seu desejo de mudança, enquanto que o clima existente pode ser de ordem econômica, social ou política. Assim concebida, a flexibilidade situa-se num quadro mais amplo da capacidade de mudança sobre os planos econômico e social, a qual deve ser experimentada tanto pelas instituições como pelos indivíduos, pelos empregadores e trabalhadores.

Oscar Hernandez Alvarez⁹ assinala que:

[...] a noção de flexibilidade deve ser vista sob a perspectiva da capacidade de adaptação do mundo do trabalho para adequar-se às novas realidades econômicas e tecnológicas. Esta capacidade se manifesta em diversos setores. Alcança as normas reguladoras das relações de trabalho, a conduta dos atores sociais e do Estado e o papel desempenhado pelas organizações e normas internacionais. Manifesta-se através de novas formas de contratação, da distribuição da jornada laboral e da própria

⁷ RÜDIGER, op. cit., p. 30.

⁸ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1991. p. 18-19.

⁹ ALVAREZ, Oscar Hernandez. Los nuevos planteamientos de flexibilidad del trabajo. In: CONGRESO VENEZOLANO DE RELACIONES DE TRABAJO, 1., 1988, **Actas...** Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado de Lara, 1988. p. 123. (destaques do autor).

organização do trabalho. Conhece momentos difíceis quando pretende exercer sua ação nos campos dos salários e da estabilidade.” Enfim, diz o autor, “a tendência flexibilizadora pode ser vista como corrente dinâmica que pretende deslocar ou pelo menos suavizar a rigidez implantada, durante décadas, pelo Direito do Trabalho, em atendimento à sua função tutelar dos trabalhadores.

Os principais setores alvos da flexibilidade são o modelo clássico de emprego no qual o trabalhador, geralmente, presta seus serviços a único empregador por prazo indeterminado com possibilidade de carreira, em tempo integral e local de trabalho específico; busca-se com a moderação do salário tentar eliminar ou pelo menos reduzir a relação entre custo do trabalho e desemprego; e os procedimentos de despedida, anulando as limitações e condições impostas ao poder de despedir, possibilitam, inclusive, a demissão coletiva pela simples reestruturação da empresa, principalmente no quadro econômico.

Em resumo e em termos gerais, a flexibilização, no direito do trabalho, consiste numa ampliação da capacidade do poder das partes envolvidas, no contrato de trabalho, tanto o empregador quanto o empregado, em estabelecer e definir os parâmetros e limites que regem as suas relações de trabalho.

1.2.1 Flexibilidade e produtividade do mercado de trabalho no Brasil

O comportamento dos mercados de trabalho é de grande importância no desempenho da economia. Ele afeta o volume de empregos criados, as taxas de desemprego e de aumento da produtividade, o grau de conflito entre agentes, o montante de investimento em treinamento e qualificação e muitas outras variáveis importantes que, juntas, determinam o desempenho econômico de um país ou região. Boa parte do comportamento dessas variáveis está estreitamente ligada ao que os economistas especializados em mercado de trabalho chamam de flexibilidade do mercado de trabalho, sendo que essa própria flexibilidade depende do custo do ajuste às diferentes condições econômicas.

As instituições são importantes determinantes do desempenho do mercado de trabalho. Elas diminuem a incerteza e os custos das transações, aumentam a remuneração de certas atividades e reduzem a de outras. As principais instituições do mercado de trabalho brasileiro foram introduzidas nos anos 30 e 40 e consolidadas em 1943 num código trabalhista denominado CLT, que estipulou a existência de contratos individuais e coletivos de trabalho e criou uma divisão especial da Justiça, a Justiça do Trabalho, como responsável pela resolução de conflitos, nos níveis individuais e coletivos.

Em princípio, os contratos individuais devem obedecer a um conjunto de normas que determinam as condições mínimas de trabalho, vigentes para todos os trabalhadores. Já os contratos coletivos não podem contrariar essas normas, só aprimorá-las, dentre as quais destacam-se a duração da jornada de trabalho não superior a 08 horas diárias e 44 horas semanais, salário mínimo, 30 dias de férias remuneradas por ano de serviço, 13^o salário, licença maternidade, licença paternidade, aviso prévio, entre outros.

Considerando-se o grande número de restrições e o alto custo de sua observância para as empresas, esperava-se um mercado de trabalho relativamente rígido no Brasil. Entretanto, não é assim.

Nas palavras de José Márcio Camargo¹⁰,

[...] cinco são os fatores responsáveis por este aparente paradoxo. Primeiro, o custo de todas as restrições, salvo o salário mínimo, é proporcional ao salário pago pela firma. Assim, se o salário real for flexível, o custo real total da mão-de-obra também será flexível. Segundo, embora essas restrições estejam previstas em lei, e algumas até mesmo na Constituição, são passíveis de negociação nos tribunais do trabalho. Isso torna o custo não-salarial da mão-de-obra flexível para a firma, mesmo no caso de o salário real ser rígido. Terceiro, o custo de demissão é relativamente baixo. Quarto, há incentivos para que empregados e empregadores não cumpram a lei, não assinando contratos formais ou não observando todas as limitações impostas pela legislação. E quinto, mas muito importante, há uma vantagem monetária para o trabalhador que força sua demissão, se conseguir encontrar rapidamente um novo emprego.

¹⁰ CAMARGO, José Márcio. **Flexibilidade do mercado de trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1996. p. 17.

Ainda segundo o mesmo autor,

[...] a flexibilidade advém também do fato de esses custos trabalhistas não-salariais poderem ser negociados em tribunais de justiça, sendo que a sentença final pode levar anos para ser emitida, criando incentivos para que o trabalhador, quando demitido, acione o empregador na Justiça do Trabalho fazendo com que o empregador, sabendo que será acionado e que poderá, através de negociação na Justiça do Trabalho, pagar apenas uma fração do custo total decorrente da legislação, tenha também forte incentivo para desrespeitá-la. Assim sendo, nem mesmo as condições mínimas previstas em lei não são mínimas, já que podem ser negociadas pelo processo acima descrito, tornando flexível o custo trabalhista não salarial.¹¹

De outro lado, ainda, conforme o mesmo autor,

[...] o seguro-desemprego e a indenização por afastamento (FGTS) combinadas, representam uma gratificação por demissão (ou por não se ter contratos assinados durante o período em que se está recebendo o seguro-desemprego). A gratificação será tanto maior quanto menor for o salário real (maior a taxa de atualização) e, portanto, menos qualificado for o trabalhador, sobretudo se a economia estiver crescendo e o mercado de trabalho se mostrar firme. Nesse caso, ele obtém um ganho monetário no presente, ao invés de investir no emprego através de treinamento, aumento de produtividade e de salários no futuro. Por isso, é de se esperar que os trabalhadores forcem sua demissão, ou tentem negociá-la com os empregadores, em períodos de crescimento, para receber a gratificação. Como os empregadores sabem que isso irá ocorrer, não investem no treinamento e qualificação de sua mão-de-obra, pois o risco de perder o investimento em função do afastamento do empregado é muito alto. O resultado final são relações de trabalho de curto prazo, pouco treinamento e qualificação, e salários baixos.¹²

Os dados analisados mostram que o mercado de trabalho no Brasil é bastante flexível, no sentido de que são variações do salário real que acomodam choques exógenos. As taxas de desemprego aberto são baixas para os padrões internacionais e suas variações relativamente pequenas. Dessa forma, os ajustes do mercado de trabalho dão-se, principalmente, através da admissão e da demissão de trabalhadores e muito pouco através de retreinamento e requalificação. O resultado final deste comportamento são baixas taxas de desemprego aberto, salários reais flexíveis e mão-de-obra pouco qualificada. São criados muitos postos de trabalho, mas de baixa qualidade, baixa produtividade e baixos salários.

¹¹ CAMARGO, op. cit., p. 19.

¹² Ibid. , p. 21. (destaque do autor).

1.2.2 Modelos de organização de produção (fordismo e toyotismo)

Hoje, um fantasma ronda a vida dos trabalhadores: o desemprego. Para muitos estudiosos, trata-se de um desemprego estrutural, isto é, causado pelas transformações que vêm ocorrendo no padrão ou modelo de desenvolvimento produtivo e tecnológico que predomina nos países capitalistas avançados. Essas transformações apresentam diferenças nos países onde ocorrem, mas, de qualquer forma, alteram a organização do processo produtivo e do trabalho em todos eles e no resto do mundo também. E tais mudanças afetam o conjunto do mundo do trabalho.

Mas o capitalismo não se restringe apenas às unidades empresariais e suas dinâmicas internas. Na sociedade como um todo, existem outros componentes extremamente importantes que precisam ser levados em consideração, pois interferem na vida das próprias empresas. Tais componentes podem ser as formas institucionalizadas, como as regras do mercado, a legislação social, a moeda, as redes financeiras, em grande parte estabelecidas pelo Estado, ou ainda, as disputas pelo poder das nações, o comércio internacional, a renda e o consumo de cada família, a qualidade dos recursos humanos, as convenções coletivas, as idéias produzidas etc.

Após a crise de 1929, o modelo de desenvolvimento que aos poucos passou a dominar nos países de tecnologia avançada, Estados Unidos, Japão e em boa parte da Europa, mantidas suas especificidades, levou o nome de fordismo, pois nesse modelo foram incluídas formas de produção e de trabalho postas em prática pioneiramente nos Estados Unidos, nas décadas de 1910 e 1920, nas fábricas de automóveis do empresário norte-americano Henry Ford.

O fordismo teve seu ápice no período posterior à Segunda Guerra Mundial, nas décadas de 1950 e 1960, o qual ficou conhecido na história do capitalismo como Os Anos Dourados e algumas de suas principais características foram:

* Avanços tecnológicos - O fordismo contou, inicialmente, com os avanços tecnológicos alcançados no final do século XIX, como a eletricidade e o motor a explosão. Mais tarde incorporou os avanços da alta tecnologia desenvolvida durante a Segunda Guerra Mundial e que posteriormente passou para o uso da sociedade civil, a exemplo dos materiais sintéticos e do motor a jato. E, finalmente, no pós-guerra, começou a usufruir dos avanços científicos alcançados nas áreas da eletrônica e da tecnologia da informação.

* Organização da produção - Nas grandes indústrias, longas esteiras rolantes levavam o produto semi-acabado até os operários, formando uma cadeia de montagem. A produção dos diversos componentes era feita em série. O resultado foi uma produção em massa que utilizava maquinaria cara; por isso, o tempo ocioso deveria ser evitado a todo custo. Acumularam-se grandes estoques extras de insumos e mantinha-se alto número de trabalhadores para que o fluxo de produção não fosse desacelerado. Os milhares de produtos padronizados eram feitos para mercados de massa. Os setores industriais mais destacados eram os de bens de consumo duráveis (automóveis e eletroeletrônicos) e os de bens de produção (destacadamente a petroquímica). Entre as décadas de 1940 e 1960 surgiu uma interminável seqüência de novos produtos, a exemplo de rádios portáteis transistorizados, relógios digitais, calculadoras de bolso, equipamentos de foto e vídeo.

* Organização do trabalho - O trabalho passou a ser organizado com base num método racional, conhecido como taylorismo, que apresentava as seguintes características: separava as funções de concepção (administração, pesquisa e desenvolvimento, desenho etc.) das funções de execução; - subdividia ao máximo as atividades dos operários, que podiam ser realizadas por trabalhadores com baixos níveis de qualificação, mas especializados em tarefas simples, de gestos repetitivos; - retinha as decisões nas mãos da gerência. Esse "método americano" de trabalho seguia linhas hierárquicas rígidas, com uma estrutura de comando partindo da alta direção e descendo até a fábrica. Os operários perderam o controle do processo produtivo como um todo, e passaram a ser controlados, rigidamente, por técnicos e administradores.

* Organização dos trabalhadores - Houve crescimento e fortalecimento dos sindicatos. Os contratos de trabalho começaram a ser assinados coletivamente. Os salários eram ascendentes. E foram realizadas importantes conquistas de cunho social, tais como garantias de emprego, salário-desemprego e aposentadoria.

Dentro do espectro de causas do desemprego está a globalização que, ao fundir e incorporar empresas, enxuga o quadro de pessoal na busca de aumentar o número de consumidores mediante atrativos de preço e qualidade, procurando de forma geral a produção de riquezas; e a terceirização está responsável por uma fatia considerável do desemprego apelidado de “estrutural”, quando ao transferir atividades busca a redução de custos, e a tomadora, em consequência, procura trabalhar com menos postos de trabalho e salários mais baixos.

O modelo fordista, que floresceu no pós-guerra, dependia da subida constante dos salários para manter o mercado ativo, ou seja, manter os níveis de produção e de consumo crescentes. Porém, os salários não podiam crescer a ponto de ameaçar os lucros empresariais; mantiveram-se os níveis salariais e o lucro aumentando os preços dos produtos, gerou uma crise inflacionária. A partir da década de 1970, a saída foi investir num novo modelo que rompesse com aquilo que era considerado a rigidez do modelo fordista. A ordem era flexibilizar, ou seja, golpear a rigidez nos processos de produção, nas formas de ocupação da força de trabalho, nas garantias trabalhistas e nos mercados de massa, então saturados.

A transformação do modelo produtivo começou a apoiar-se nas tecnologias que já vinham surgindo nas décadas do pós-guerra (automação e robotização) e nos avanços das novas tecnologias da informação. O método de produção americano foi substituído pelo método japonês de produção enxuta, que combina máquinas cada vez mais sofisticadas com uma nova engenharia gerencial e administrativa de produção - a reengenharia, que elimina a organização hierarquizada. Agora, engenheiros de projetos, programadores de computadores e operários interagem face a face, compartilhando idéias e tomando decisões conjuntas.

O novo método, rotulado por muitos como toyotismo, numa referência à empresa japonesa Toyota, utiliza menos esforço humano, menos espaço físico,

menos investimentos em ferramentas e menos tempo de engenharia para desenvolver um novo produto. A empresa que possui um inventário computadorizado, juntamente com melhores comunicações e transportes mais rápidos, não precisa mais manter enormes estoques. É o *just in time*. O novo método permite variar a produção de uma hora para outra, atendendo às constantes exigências de mudança do mercado consumidor e das mudanças aceleradas nas formas e técnicas de produção e de trabalho. A ordem é manter estoques mínimos, produzindo apenas quando os clientes efetivam uma encomenda.

Para Ricardo Antunes¹³,

[...] o toyotismo se diferencia do fordismo pelos seguintes traços: a) produção vinculada à demanda; b) fundamenta-se no trabalho operário em equipe, com multivariabilidade e funções; c) estruturação de um processo produtivo flexível; d) tem como princípio o *just in time*, o melhor aproveitamento possível do tempo; e) funciona em conformidade com o sistema *Kanban*, para que os estoques sejam mínimos; f) transferência de grande parte da produção, cerca de 75%, para empresas terceirizadas, de forma horizontal, com expansão dos modos de produção e procedimentos para toda a rede de fornecedores; g) organização de Círculos de Controle de Qualidade; h) emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas e ganhos salariais vinculados ao aumento da produção.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior¹⁴,

[...] o toyotismo, portanto, extraindo o sumo daquilo que pode ser apontado como seu elemento identificador, abstraindo, portanto, todas as suas nuances, em termos de técnica produtiva, pode ser entendido como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível, com o menor dispêndio econômico possível, o que, na verdade, acaba não representando nenhuma novidade com relação ao fordismo. O que muda, como visto, é a forma de se chegar a isto, mas o efeito, acaba sendo o mesmo e é muito mais eficiente, principalmente o toyotismo que se difundiu no mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional.

As grandes empresas começaram a repassar para as pequenas e médias empresas subcontratadas um certo número de atividades, tais como concepção de produtos, pesquisa e desenvolvimento, produção de componentes, segurança, alimentação e limpeza.

¹³ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 54.

¹⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 11, p. 1311, nov. 2006.

Isso passou a ser conhecido como terceirização. Com ela, as grandes empresas reduziram suas pesadas e onerosas rotinas burocráticas e suas despesas com encargos sociais, concentrando-se naquilo que é estratégico para seu funcionamento. A terceirização é, portanto, prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de toyotismo.

Mas há um aspecto negativo que não pode passar despercebido. Segundo **Ciro Pereira da Silva**¹⁵,

[...] a terceirização pode e deve ser defendida como um meio de desverticalização, fixação de esforços gerenciais no produto principal, busca de melhoria contínua da qualidade, produtividade e competitividade, aqui, é claro, considerada a redução de custos.

Porém, adverte o autor,

[...] não podemos ficar alheios e inertes quanto aos efeitos funestos que o processo pode causar aos trabalhadores, tais como desemprego, redução salarial, perda de benefícios e sonegação de encargos sociais. As quedas negativas das condições de trabalho acompanham a maioria dos processos de terceirização, gerando nas empresas prestadoras menores salários, jornadas maiores, alimentação de menor qualidade, falta de assistência médica, falta de transporte, além de males maiores, como o desemprego, o subemprego e o emprego informal.

De concreto, nesta técnica moderna de produção, há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio-ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas.

Como enfatiza **Jorge Luiz Souto Maior**¹⁶,

[...] os 'terceirizados' são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados 'efetivos'; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, 'não gerar vínculo'; ou seja, são tratados como coisas ou simplesmente não são vistos. Estão por ali, mas deve ser como se não estivessem. Além disso, muitas vezes prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos.

¹⁵ SILVA, **Ciro Pereira da**. **A terceirização responsável**: modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997. p. 104.

¹⁶ MAIOR, 2006, op. cit., p. 1312. (destaque do autor).

1.2.3 Flexibilização trabalhista e desemprego: análise crítica

Por que flexibilizar o direito do trabalho? É realmente necessário? Quais os benefícios e riscos decorrentes de tal flexibilização? Para responder a esses questionamentos, parece-nos necessário, inicialmente, retornar à origem do direito do trabalho, de modo a compreender a sua essência e, em seguida, avaliar a atuação desse direito do trabalho original, no mundo atual.

O direito do trabalho tem por fim a tutela dos trabalhadores e a consecução de uma igualdade substancial e prática para os sujeitos envolvidos na relação de emprego. Nascido na época da prosperidade econômica da revolução industrial do século XVIII, concebeu a intervenção do Estado como um meio de elaborar um regulamento detalhado das condições de trabalho, a fim de forçar as partes envolvidas na relação de emprego, a buscarem a solução dos seus conflitos.

Entretanto, esse modelo de direito do trabalho, assegurando a tutela dos trabalhadores, na atualidade, tem sido acusado de constituir fator de rigidez ao mercado de trabalho e de, nessa medida, contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego. Dessa forma, em decorrência dessa realidade atuante do desemprego, em contraposição com a rigidez da legislação trabalhista, semeou-se na Europa, a partir da segunda metade do século XX, um movimento de idéias, a flexibilização, admitindo com mais facilidade a mobilidade profissional dos trabalhadores e a alteração das condições dos contratos de trabalho.

No Brasil, muito se tem falado sobre a necessidade de se flexibilizar a legislação trabalhista. Argumenta-se, em síntese, que se trata de legislação restritiva da liberdade das partes integrantes da relação de emprego e, por conseguinte, um entrave à expansão da economia e do mercado de trabalho brasileiro. Os defensores da flexibilização sustentam que a rigidez das normas trabalhistas vem na contramão da globalização da economia mundial e traz prejuízos ao desenvolvimento econômico do Brasil.

De fato, não se pode negar que a nossa Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é antiga, pois foi aprovada através de Decreto-Lei nº 5.452/43, pelo

então presidente Getúlio Vargas, e que é marcada pelo intervencionismo estatal. Desse modo, é preciso reconhecer que, em alguns aspectos, a referida CLT possa apresentar anacronismo, tendo em vista as novas condições da economia e do processo de produção. Com efeito, a passagem da era industrial para a pós-industrial, da atualidade, que compreende a expansão do setor terciário e novas formas de trabalho, pode exigir a revisão de condições de trabalho, especialmente em relação às pequenas e microempresas, que, muitas vezes não podem utilizar uma tecnologia mais sofisticada e que, portanto, necessitam da flexibilização das normas trabalhistas para assegurar a própria sobrevivência.

Dessa forma, a flexibilização da legislação trabalhista brasileira está em pauta, de forma polêmica, pois todos, empregados e empregadores, buscam a satisfação dos seus interesses.

De fato, deve reconhecer-se que a legislação laboral brasileira tem que estar mais aberta à economia, às novas formas de trabalho e de produção e a um novo espírito do Estado, menos centralizado. Contudo, é necessário admitir que apenas a flexibilização das leis trabalhistas, pura e simplesmente, poderá ser inócua, como medida propulsora da expansão da economia. Isto porque o fenômeno da flexibilização é bastante abrangente e compreende estratégias políticas, econômicas, sociais e jurídicas.

A Espanha, por exemplo, flexibilizou a sua legislação laboral e criou 14 tipos de contratos especiais de trabalho, sem conseguir reduzir a taxa de desemprego, que é de 22%. Na Argentina, onde também houve flexibilização das normas trabalhistas, a crise econômica é gravíssima e o desemprego chegou aos 30%. No Brasil, onde a flexibilização do direito do trabalho também já vem sendo admitida, a exemplo do disposto no inciso VI do artigo 7º da Constituição, que permite a redução salarial mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, a taxa de desemprego é estimada em 15%.

Segundo Cláudia Brum Mothé¹⁷,

[...] pode-se deduzir que a flexibilização das normas trabalhistas não é a única solução para o desemprego, bem como que não é o custo do trabalho o que mais onera as empresas. Portanto, em termos de flexibilização do direito do trabalho, não é possível deixar de se garantir um patamar mínimo, indisponível, de direitos e de retribuição salarial, sem os quais o trabalho perde sua dignidade. Nessa ordem de idéias, retirar a participação do Estado e fazer depender as relações entre empregados e empregadores exclusivamente da negociação coletiva pode significar deixar aqueles (os hipossuficientes) à mercê destes. De fato, não nos parece possível afirmar que o grau de emancipação do empregado, em todo território nacional, em quaisquer níveis de emprego, é suficiente para que ele possa saber o que tecnicamente está em jogo e quais os valores econômicos, morais e éticos poderão estar sendo transacionados. Do mesmo modo, parece-nos necessário admitir que não existem, em nível nacional, uma generalidade de sindicatos com força e poder suficientes para negociar, em pé de igualdade, com o empresariado.

Nesse sentido, pode trazer-se exemplos de países, onde houve flexibilização dos direitos trabalhistas, mediante a utilização de mecanismos de controle e salvaguardas. Na França e na Alemanha, por exemplo, para flexibilizar direitos dos trabalhadores, a empresa deve demonstrar que está tendo prejuízos. Na Suíça, há um Conselho Nacional Tripartite, com representantes do patronato, dos trabalhadores e do governo, que examina a possibilidade de flexibilizar ou não.

Dessa forma, no Brasil, esse processo de flexibilização das normas trabalhistas deverá se dar de forma gradual e mediante a adoção de mecanismos de controle, posto que superar a tradição estatal e tutelar de nosso direito do trabalho, pressupõe modificações estruturais e políticas graduais no âmbito das organizações sindicais, que deverão passar a assumir uma responsabilidade de cunho social, político e econômico mais abrangente e relevante.

Nessa ordem de idéias, admitindo-se a flexibilização das normas trabalhistas de forma gradual e mediante a adoção de mecanismos de controle, a negociação coletiva possuirá importantíssima função, que compreenderá as tarefas de obter melhores condições de trabalho, preencherá espaços que a lei deixa em branco (relativamente às novas formas de trabalho e de produção) e de administrar as crises das empresas. De fato, a flexibilização das normas trabalhistas possui

¹⁷ MOTHÉ, Cláudia Brum. **A flexibilização da legislação trabalhista no Brasil**. Jun. 2002. Disponível em: <<http://www.sindicatomercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=4544>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

uma função auxiliar no combate ao desemprego, pois pode contribuir na alocação das pessoas nas novas modalidades de trabalho, decorrentes do surgimento dos novos setores produtivos, que resultaram das tecnologias modernas, além de possuir o papel de estimular a parceria capital-trabalho, a exemplo da adoção de programas de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas.

Contudo, a flexibilização deverá ser realizada de forma gradual e mediante a utilização de mecanismos de controle, pois apenas a flexibilização das normas trabalhistas poderá tornar-se inócua, como medida propulsora da economia, haja vista que somente um programa de desenvolvimento econômico, social e agrário, em conjunto com a flexibilização das normas, poderão ser medidas eficazes, no propósito da geração de empregos e expansão da economia brasileira.

1.2.4 Flexibilização do direito do trabalho e terceirização

O avanço tecnológico tem feito com que vivenciemos um paradoxo: de um lado o desenvolvimento das forças produtivas materiais em níveis inauditos, de outro, a crescente insegurança e aumento do número de desempregados em nosso país. Este desenvolvimento na ciência e na técnica alcança, privilegiadamente, as organizações no que se refere à gestão e ao processo de produção. Frequentemente, a categoria relações flexíveis abrange um conjunto heterogêneo, complexo e mutante de laços entre trabalho assalariado e capital. Entre os vários movimentos de mudança, incluídos nessa denominação, destaca-se a questão da sub-contratação ou terceirização – tendência de desconcentrar o processo produtivo, transferindo uma parte a empresas parceiras ou a particulares.

A flexibilização do direito do trabalho visa atender à necessidade de adequação da relação capital/trabalho às exigências da globalização na economia.

O Brasil, para tornar-se competitivo no mercado internacional deve adotar um modelo de flexibilização das leis trabalhistas.

Nos dizeres de Sérgio Pinto Martins¹⁸:

[...] antes de se analisar o conceito da flexibilização, é possível dizer que se trata de uma reação aos padrões até então vigentes das legislações que estão em desacordo com a realidade, das legislações extremamente rígidas que não resolvem todos os problemas trabalhistas, principalmente diante das crises econômicas ou outras.

Flexibilização é a palavra do momento e o aparecimento desse novo elemento da relação de trabalho remonta à década de 80, sobretudo na Europa Ocidental, na crise do petróleo, por evidentes razões econômicas.

A crescente onda de desemprego que assola o nosso país, conseqüência das mais perversas do fenômeno econômico que atropela a política e o direito (a globalização), põe, em evidência, como solução para o crescente desemprego e para a redução do mercado informal de trabalho, a negociação coletiva.

No âmbito do Direito do Trabalho, vêm surgindo propostas de alterações da CLT e de toda a intensa legislação, tradicionalmente, paternalista. O Governo, cada vez mais, vem acabando com o sistema de proteção da Era Vargas. A CLT, aprovada em 1.943 já não é mais capaz de atender aos reclamos de um novo tempo.

A terceirização surge como desafio à clássica fórmula de relação empregatícia bilateral expressas nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

A flexibilização tem por objetivo tentar compatibilizar a iniciativa privada com a valorização da dignidade do trabalho. O trabalhador não pode arcar com todos os ônus e nem pode o empregador utilizar o instrumento da flexibilização a seu bel prazer.

Os constituintes, que elaboraram a nossa Carta de 1988, adotaram, em seu art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, a flexibilização sob tutela sindical, em que somente é possível flexibilizar por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23

Inegável, pois, que essa sinalização fortalece o próprio direito coletivo do trabalho, a negociação coletiva, velha bandeira dos trabalhadores.

A flexibilização das condições de trabalho resulta numa redução de direitos trabalhistas, mediante negociação coletiva, visando a diminuir os custos e a possibilitar ao empregador transpor momentos de crise.

Com a flexibilização o constituinte teve por escopo a tutela do emprego. Entretanto, é preciso ter consciência de que o desafio não se limita apenas a salvar o emprego, mas também a proporcionar as condições de manter a dignidade do trabalhador, razão de ser do Direito do Trabalho.

Não deve o Brasil admitir que os direitos sociais sejam reduzidos em favor de uma mão-de-obra mais barata e precária. Adentrando no campo dos direitos sociais, estaríamos admitindo a flexibilização proibida, ou seja, atentando-se contra os direitos fundamentais do trabalhador.

CAPÍTULO 2 TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2. 1 Terceirização

2.1.1 Conceito de terceirização

O implemento da terceirização, no Brasil, é resultado do processo periódico, gradual e incisivo de inserção do modelo produtivo que se convencionou chamar de *toyotismo*, que se estende no país desde a década de 1970.

A terceirização, segundo Maurício Godinho Delgado¹⁹ é o “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”.

Outra conceituação interessante: "terceirização ou *outsourcing* significa que determinadas atividades são atribuídas a outras organizações capazes de fazê-las melhor e mais barato, transformando custos fixos em custos variáveis e simplificando o processo decisório dentro da organização." ²⁰

A terceirização é uma forma de inserção do trabalhador na esfera de uma empresa tomadora de mão-de-obra, de grande utilização na sociedade contemporânea, ou seja, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio.

Na terceirização, a relação de trabalho não mais é limitada a dois pólos, estando, de um lado, aquele que presta serviços, o qual dispõe de sua energia de trabalho, e, do outro, aquele que se beneficia desse labor, oferecendo-lhe, uma contraprestação equivalente (remuneração). É justamente a existência,

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 428.

²⁰ BERGMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso. (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003. p. 317.

nessa relação jurídica, de um terceiro envolvido, intermediando os interesses dos outros dois, que caracteriza a terceirização.

O terceiro é sempre uma pessoa jurídica, uma empresa de trabalho temporário, prestadora de serviços, comumente chamada de locatária, denominação esta perfeitamente compreensível porque é ela quem põe à disposição do cliente a mão-de-obra de que dispõe.

Os outros dois sujeitos desta relação triangular são a empresa tomadora e o empregado.

A empresa tomadora é também chamada de locadora, porque ela se socorre da força de trabalho (empregado) oferecida pela locatária, sempre de maneira temporária. É a empresa-cliente.

O tomador dos serviços pode ser, indistintamente, uma pessoa física ou jurídica. Ao contrário do que acontece com a prestadora dos serviços, esta sempre será pessoa jurídica.

Por fim, temos o empregado. Este é o executor de tarefas subordinado, submetido a horários e regras disciplinares, incumbindo-lhe os mesmos direitos e obrigações de qualquer contrato de trabalho. Duas peculiaridades, contudo, evidenciam-se de plano: a questão da subordinação e o direito de ação.

Essa relação jurídica, hodiernamente, já perpassa os lindes dessa relação tripartite, para alcançar inclusive, outros parceiros, dando origem à quarteirização.

Em relação à subordinação, urge considerar que, qualquer forma de contratação de terceiros, não poderá haver a subordinação direta (hierárquica), isto é, o tomador de serviços não poderá dar ordens aos empregados da contratada ou autônomo profissional.

Não se pode olvidar que sempre, na prática, remanesce uma subordinação, ainda que mitigada, aceita pela doutrina e jurisprudência, do terceirizado (empregado) em relação ao tomador dos serviços, pelo fato do primeiro

desenvolver suas atividades no estabelecimento comercial/industrial de prestação de serviços desse último.

Não há como conceber que um prestador de serviços, mesmo terceirizado, temporário, não receba o mínimo de orientação em relação ao que fazer, como fazer, a quem reportar no interior da organização e assim por diante.

É evidente que, formando-se o vínculo de emprego entre o trabalhador e a prestadora de serviços, deve o empregado a esta submeter-se, nos limites ditados pelas normas legais, ao tratar do poder diretivo do empregador.

Sobre a questão da dupla subordinação, dispõe José Martins Catharino²¹:

Na prática os trabalhadores temporários espalhados estão duplamente subordinados. Mais à sua empregadora, mas inevitavelmente também à tomadora, pois é na sua empresa que trabalham, sendo impossível sua empregadora dirigir e fiscalizar todos eles continuamente. Essa dupla subordinação de fato é fator da vinculação entre a prestadora e a tomadora, e é uma faceta a mais da situação subjetiva triangular.

Tecnicamente, explica-se essa dupla e simultânea subordinação da seguinte forma: o direito de dirigir o trabalho é da pessoa fornecedora-empresária, a qual, ao realizar o contrato interempresário de trabalho provisório com a recebedora, concede a esta poder subordinante.

Essa dupla subordinação a que o empregado está sujeito, oriunda do exercício de direito e de poder, resulta da própria natureza do contrato de emprego provisório, da realidade das coisas, do interesse recíproco da Empresa de Trabalho Temporário (ETT) e da sua cliente e da vinculação executiva de dois contratos (infra, nº 8). No caso, é incompreensível e impraticável a empregadora, sozinha, dirigir e fiscalizar o trabalho de seu empregado, imiscuindo-se em empresa alheia, onde o mesmo passa a servir por sua ordem.

É indiscutível, contudo, que a relação de emprego vai formar-se, tão-somente, entre o trabalhador e aquele que o contratou, no caso, a prestadora-

²¹ CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**: privatização, desregulação, flexibilização e terceirização. São Paulo: LTr, 1997. p.80.

locatária. Por sua vez, entre o tomador e o fornecedor de mão-de-obra, teremos um contrato de natureza civil.

2.1.2 Normatividade jurídica sobre terceirização

O avanço da terceirização no mercado de trabalho tem desafiado a fórmula clássica de relação empregatícia bilateral prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, dando espaço para uma relação trilateral, surgindo a figura do intermediário. Figura esta, repudiada pela ordem jurídica trabalhista.

A intermediação (marchandage) foi motivo de queixas constantes dos trabalhadores, caracterizando-se como a instituição pela qual o empregador encarrega um terceiro de contratar os serviços de que necessita, com a possibilidade de insolvência do intermediário, caso considerado como o único responsável pelo débito trabalhista, e a manutenção de baixos salários, porque a intermediação fica com uma parte.

A terceirização tem crescido assustadoramente, sem qualquer esforço legislativo consistente em regulamentar a situação dos trabalhadores.

No âmbito das entidades estatais, o verdadeiro marco evolutivo da terceirização, no serviço público, deita raízes no Dec.-lei 200/67. Também podemos citar a Lei nº 5.645/70.

No âmbito privado, a regulação normativa da terceirização ocorreu, inicialmente, através de dois modelos restritos de contratação: o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74) e o trabalho de vigilância bancária (Lei nº 7.102/83).

A Lei nº 6.019/74 é aplicável em hipóteses bem rígidas de autorização de intermediação de mão-de-obra para trabalho temporário, como se verifica na redação do seu art. 2º e 4º.

A Lei nº 7.102/83 também autorizou e regulamentou uma atividade terceirizante, ao dispor sobre os serviços de vigilância armada, uma vez que se tratava de uma hipótese de mão-de-obra muito especializada, com preparação específica para situações-limite, com o uso de armas de fogo, o que justificaria a contratação de terceiros.

Dentro desta visão de encarar o instituto da terceirização, a jurisprudência trabalhista editou a súmula 256, de 1986, revista no final de 1993, por meio da edição da Súmula 331. Em 2000, o inciso IV ganhou nova redação. A nova súmula é minuciosa, conforme segue:

“Súmula nº 331:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade – Inciso IV Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.9.2000

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art.37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102 de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a 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, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.” (Art. 71 – da Lei n. 8.666, de 21.6.1993).

Breves comentários devem ser feitos a regra contida no art. 455 da CLT. O mencionado dispositivo trata da contratação de empregado, por subempreiteiro. A empreitada é um contrato de natureza civil, no qual uma das partes se obriga a realizar trabalho para outro, sem subordinação. A subempreitada envolve a descentralização da contratação anteriormente feita, para outra pessoa, importando em subcontratação. É instituto jurídico do Direito Civil que integra o contrato de empreitada e se realiza quando o empreiteiro contrata uma pessoa para a execução da obra de que se encarregara.²²

Na subempreitada responde o empreiteiro principal, solidariamente, pelos créditos trabalhistas (art. 455, parágrafo único, da CLT), enquanto que na terceirização a responsabilidade do tomador de serviços é meramente subsidiária, como examinada, posteriormente.

²² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK; Élson. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 358.

A legislação do trabalho, no Brasil e nos países em desenvolvimento, ainda é articulada como estatuto de proteção ao hipossuficiente e, portanto, obsta toda forma de desvirtuamento de fraude à tutela por ela assegurada (inteligência do art. 9º da CLT). Assim, a Súmula 331 registra não admitir *marchandage*, que vise encobrir maliciosamente, o contrato-realidade de emprego.

Deste modo, faz-se necessário se faz uma verificação, em cada caso concreto, da existência ou não de fraude, e, neste caso, aplica-se o artigo 9º da CLT. Como critério verificador da fraude nestes casos, temos a constatação da pessoalidade e subordinação do empregado terceirizado no modo como o trabalho é prestado.

2.1.3 Atividade fim e atividade meio

A diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, restou consagrada na Súmula 331 do C. TST, considerando como critério de distinção, a essencialidade ou não dos serviços da empresa tomadora dos serviços terceirizados. Em outras palavras, as atividades que integram o objeto social de uma empresa indicam sua atividade-fim, enquanto que as atividades que não integram o objeto social são consideradas atividades-meio.

Segundo Maurício Godinho Delgado²³,

[...] atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu pertencimento no contexto empresarial econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

²³ DELGADO, 2004, op. cit., p. 440.

A Súmula 331 do C.TST somente admite a terceirização na atividade-meio e não na atividade-fim.

Não obstante o disposto na Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, hoje, há uma forte corrente doutrinária que não vê mais sentido nesta limitação, como é o caso do autor Sérgio Pinto Martins²⁴ que assim observa:

[...] não se pode afirmar, entretanto, que a terceirização deva se restringir a atividade-meio da empresa, ficando a cargo do administrador decidir tal questão, desde que a terceirização seja lícita, sob pena de ser desvirtuado o princípio da livre iniciativa contido no artigo 170 da Constituição. A indústria automobilística é exemplo típico de delegação de serviços de atividade-fim, decorrente, em certos casos, das novas técnicas de produção e até da tecnologia, pois uma atividade que antigamente era considerada principal pode hoje ser acessória. Contudo, ninguém acoimou-a de ilegal. As costureiras que prestam serviços na sua própria residência para as empresas de confecção, de maneira autônoma, não são consideradas empregadas, a menos que exista o requisito subordinação, podendo aí ser consideradas empregadas em domicílio (art. 6º da CLT), o que também mostra a possibilidade da terceirização da atividade-fim.

Apesar de farta doutrina, admitindo a terceirização, inclusive em se tratando de atividade-fim, ainda é tímida a jurisprudência, no sentido da aceitação da terceirização, em atividade-fim do tomador. Algumas manifestações judiciais produzidas nas instâncias inferiores consagram as novas tendências, como se vê da decisão a seguir transcrita:

“TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADE-FIM – Mais do que superficial, d.v. é o critério diferenciador para a legitimação da terceirização, fulcrado sempre na atividade-meio, mas jamais na atividade-fim. Ora, atividade-meio é o único caminho a se alcançar o objetivo final. Inexiste, em qualquer processo produtivo, atividade-fim específica. O desenvolvimento da produção é composto de elos que se entrelaçam a formar a corrente final do objetivo negocial. Como fator de especialização a somar forças na obtenção de um resultado comum não se pode negar que a terceirização se dê, também, na atividade-fim, desde que em setor autônomo do processo produtivo”. (TRT 3ª Região – RO 13.812/93 – 4ª Turma – Rel. Juiz Antonio F. Guimarães – DJMG 12.02.1994).

Em sentido contrário, é o entendimento de Alice Monteiro de Barros²⁵,

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 99-100.

²⁵ BARROS, Alice Monteiro. A terceirização e a jurisprudência. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 80, p. 11, dez. 1992.

Entendo que "terceirizar", descentralizar, delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim do usuário das mesmas, além dos limites previstos na Lei nº 6.019/74 e Lei nº 7.102/83 merece repúdio da melhor doutrina e dos Tribunais, que denunciam as conseqüências anti-sociais dessa contratação, em face do aviltamento das relações laborais. É que os empregados perdem as possibilidades de acesso à carreira e salário da categoria. Essa situação se agrava quando os trabalhadores exercem suas atividades nas mesmas condições e lado a lado, com empregados do quadro, registrados pela tomadora, que remete à prestadora de serviços o numerário para repassá-los aos obreiros. A situação traduz séria violação ao princípio constitucional da isonomia.

Assim, não obstante entendimentos em sentido contrário, prevalece a tese de que a terceirização somente é permitida em se tratando de atividade-meio da empresa, sendo que a terceirização na atividade-fim suscita a relação de emprego com o tomador dos serviços, por aplicação dos artigos 2º e 3º da CLT, bem como a fraude, por aplicação do artigo 9º do mesmo diploma consolidado.

2.1.4 Terceirização: licitude e ilicitude

Entende-se por lícita a terceirização cujo objeto contratual é a transferência das atividades-meio do ente tomador de serviço para empresas que as desenvolvam como sua atividade-fim. Trata-se de delegação de atribuições e não de requisição de ativo obreiro.

Já a terceirização ilícita configura-se, justamente, na intermediação de mão-de-obra por empresa interposta. A grande diferença entre esses tipos de terceirização é que, na lícita, a transferência parte da esfera de atuação tomador (delegação de atividades) para a do prestador. Na terceirização ilícita, tal procedimento opera-se em sentido inverso, isto é, a empresa terceirizada é quem fica responsável por transferir o objeto do contrato ao tomador, que neste caso será a própria mão-de-obra cedida.

A locação de mão-de-obra por empresa interposta que tem recebido o pejorativo nome de 'marchandage' é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. Atente-se, ainda, para a advertência expedida pelo TST

(Súmula 331, III) de que, conquanto aparentemente lícita, a terceirização poderá vir a ser reconhecida na formação de vínculo empregatício com o tomador, se restarem provadas a co-existência de pessoalidade do serviço e a subordinação direta.

Neste ponto, o Poder Público é tratado com distinção, não sendo possível, em qualquer que seja a hipótese, o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública, face ao que estabelece a Constituição Federal, no seu art. 37, II.

2.1.5 Aspectos positivos e negativos da terceirização

O Direito do Trabalho busca através da terceirização, adaptar as relações de trabalho ao novo contexto social, determinada por uma economia inserida num contexto internacional voltado para a competitividade, a redução de custos e a introdução de novos sistemas operacionais com a alta evolução da tecnologia.

A terceirização, sob o ponto de vista das empresas, apresenta vantagens, tais como, redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão-de-obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal da atividade. Por outro lado, para os trabalhadores, a técnica comporta a imensa gama de desvantagens, com redução dos postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução salarial.

Quanto à terceirização, esta “técnica moderna de produção”, nos termos em que foi regulada pela Súmula nº 331, do TST, podemos dizer que ela “legalizou” a redução de salários e a piora das condições de trabalho dos empregados. Os trabalhadores deixam de ser considerados empregados das empresas onde há a efetiva execução dos serviços e passam a ser tratados como empregados da empresa que fornece a mão-de-obra, com óbvia redução dos salários que lhes eram pagos, com nova redução cada vez que se altera a empresa

prestadora dos serviços, sem que haja, concretamente, solução de continuidade dos serviços executados pelos trabalhadores.

Está presente uma pobreza estrutural, na qual a não efetividade de direitos humanos, dentre eles, a questão do direito ao trabalho como fator de exclusão social. O econômico perpassa todas as relações sociais. Ao mesmo tempo em que a sociedade tenta mobilizar-se na luta por salários dignos, ocorre o desemprego em massa. Os indivíduos passam a preocupar-se com a possibilidade ou não de emprego, de fazer parte da população “economicamente produtiva” deixando em segundo plano a dignidade do trabalho humano.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior²⁶:

[...] o que se desenvolveu no Brasil, portanto, em termos de “terceirização” foi apenas uma “intermediação de mão-de-obra”, que não está ligada a técnica alguma de produção. Não é “fordismo”, “taylorismo”, ou “toyotismo”, é “sem-vergonhismo” mesmo, o que se explica, aliás, historicamente, pois, no nosso aspecto cultural, infelizmente, ainda causa mais espanto à sociedade um empregado cobrar seus direitos que um empregador, “que fez um favor ao oferecer trabalho”, não respeitar os direitos de seus empregados.

O processo histórico e irreversível da terceirização não deve destruir o ideal humanístico. Deve adaptar-se o direito às novas realidades e atender aos reclamos de um novo tempo, resguardando a dignidade do trabalhador e não deixando ruir toda a estrutura do nosso ramo jurídico trabalhista.

2.1.6 A experiência no direito estrangeiro

O Direito e a jurisprudência estrangeira trazem interessantes experiências em relação à subcontratação de trabalhadores, agregando-se, em vários países, ao critério da subordinação direta, diversos outros requisitos para sua legitimação, assegurando, inclusive, uma maior segurança para os trabalhadores.

²⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 11, p. 1311, nov. 2006. (destaque do autor)

No direito Espanhol, a subcontratação de trabalhadores é considerada lícita, mas, normalmente, virá acompanhada da responsabilidade solidária da empresa principal em relação às obrigações da subcontratada para com seus empregados e com o órgão da seguridade social. A empresa interessada na contratação ou na subcontratação de terceiros para a realização de obras ou serviços, terá o dever de comprovar que os referidos contratados estejam com o pagamento das contas da seguridade social em dia, devendo a empresa, dita terceira, fornecer certidão negativa da seguridade social, visando a garantir o empregado.

Segundo entendimento de José Luis Monereo Pérez²⁷,

[.....] na Espanha, a jurisprudência acolhe como autêntica a subcontratação de trabalhadores quando verifica que, além de deter o poder de comando e gerenciamento diretos do trabalho, a empresa subcontratada tem atividade empresarial própria, com patrimônio e instrumental suficiente e compatível para consecução de seus fins. Por conseguinte, torna-se indiscutível que é a empresa subcontratada que irá arcar com os riscos da atividade, não podendo, sequer indiretamente, transferi-los aos seus empregados. Ademais, exige-se ainda que o pessoal seja contratado pela subcontratada, que será responsável pelo pagamento dos salários e contribuições sociais.

Nos casos de subcontratação, o empresário principal, durante o ano seguinte ao término de seu encargo responderá, solidariamente, pelas obrigações contraídas pelos subcontratados, de natureza salarial, para com os empregados e pelas referidas obrigações referentes à Seguridade Social, durante todo o período de vigência do contrato de trabalho.

Tratando-se de prestação de trabalho temporário, modifica-se a responsabilidade. Segundo José Fernando Lousada Arochena²⁸:

[...] a empresa usuária de mão-de-obra temporária responde subsidiariamente pelas indenizações, salariais e de seguridade social contraídas com o trabalhador referente ao período em que este lhe prestou serviços. Esta responsabilidade subsidiária converter-se-á em solidária, todavia, quando a contratação temporária for considerada ilegal.

²⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis. **La responsabilidad empresarial em los procesos de subcontratacion:** puntos críticos. Madri: [s.n.], 1994. p. 26.

²⁸ LOUSADA AROCHENA, José Fernando. **Las empresas de trabajo temporal:** puntos críticos. Granada: Comares, 1999. p. 168-169.

Na França, a subcontratação tem sido admitida por construção da jurisprudência.

A terceirização na França é vista com parcimônia, pela parcela crítica dos estudiosos do trabalho e pelo conjunto do movimento sindical francês, como uma dentre várias outras formas de contrato que precariza as condições de trabalho. Até onde nosso esforço de compreensão pode alcançar, a terceirização não possui nesse país o mesmo peso que possui no nosso; ou seja, não é estruturadora de uma nova configuração do mercado de trabalho; não é o seu espectro que dá o norte para as relações entre trabalhadores, sindicatos, Estado e patrões.

Segundo Frisulli e Demarcq²⁹,

[...] é considerado um contrato normal de trabalho aquele que é com duração indeterminada (CDI), em tempo integral, com horários regulares durante a semana e a jornada legal de trabalho de 35h semanais. Assim, o trabalho atípico é toda forma de contrato que viola essa definição, ou seja, em contrato com duração determinada (CDD) menor que 18 meses, contratos sazonais, tempo parcial e/ou meio período (à revelia), trabalho interino (com CDD, mas exterior aos efetivos da empresa – ou seja, subcontratado), teletrabalho, trabalho a domicílio, tempo repartido (mesa atividade em várias empresas), contratos ajudados (em que as empresas recebem algum tipo de incentivo estatal), estágios em alternância com formação, falsos independentes (onde a subcontratação escamoteia a relação de subordinação e dependência da subcontratada em relação à contratante), contratos a missão, etc.

Na França, a terceirização é vista como um modo de organização do trabalho que tem por base um diferencial econômico e social entre as empresas, que se reflete numa relação desigual entre as contratantes e as subcontratadas. Tais ligações interempresas consolidam a precarização dos empregos, geram uma fragmentação das relações sociais como um todo e proletárias em particular. Isto porque, a maioria das empresas que apelam para a subcontratação buscam, principalmente, transformar custos fixos em custos variáveis.

A princípio, as empresas buscam a terceirização quando se deparam com dois tipos de problemas: um de ordem conjuntural, quando a empresa não dispõe dos meios materiais e/ou de recursos humanos adequados para responder

²⁹ FRISULLI; DEMARCQ, 2006 apud MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França**. Disponível em: <<http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundogepal/PAULA%20REGINA%20PEREIRA%20MARCELINO.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2007.

às necessidades da demanda; outro de ordem estrutural: dificuldade de reunir na sua estrutura as múltiplas competências necessárias ao seu funcionamento. Disso têm origem as três principais formas de terceirização: 1- a de capacidade ou concorrencial, ou seja, aquela onde, exposta a um aumento repentino da demanda, a empresa contratante recorre de maneira temporária a uma subcontratada do mesmo ramo de atividade; 2- a comunitária, onde são responsáveis várias subcontratadas, cada uma na sua especialidade, para a entrega de um único trabalho (caso mais comum na construção civil); 3- a de especialidade, na qual se recorre de maneira mais ou menos permanente às subcontratadas que realizam tarefas para as quais a contratante não se quer equipar nem se especializar. A tendência desse processo é que as relações de terceirização tomem cada vez mais a forma de parcerização, ou seja, de uma integração permanente das subcontratadas, nas diversas etapas do processo de produção.

Em relação às empresas de contrato temporário, o que no Brasil seria rapidamente caracterizada como empresa de terceirização, na França é identificada apenas como empresa de trabalho temporário (*intérimaire*). Embora a maioria dos trabalhos temporários sejam feitos em regime de subcontratação entre empresas, o destaque da designação é dado para o tipo de contrato que o trabalhador assina: temporário. O que diferencia o contrato de trabalho temporário do contrato com duração determinada é, justamente, o fato de que no segundo não existe outra empresa interposta entre o trabalhador e a empresa contratante.

2.2 Instrumentos institucionais de terceirização

As modificações recentes, no mundo do trabalho, provocaram um crescente aumento nas atividades de terceirização, no número de trabalhadores autônomos e no mercado informal de trabalho, sendo que essas modificações fizeram parte de uma reestruturação produtiva mais complexa, que provocam profundas mudanças na configuração do trabalho e do emprego. Esse processo gerou conseqüências sociais graves e negativas, como a concentração de renda e

de poder aos que dominam a tecnologia dos processos produtivos ou mesmo de capital, com o conseqüente agravamento na situação dos desempregados, que estão desprovidos de renda e de garantias trabalhistas.

Os desempregados têm seu retorno ao mercado de trabalho dificultado pelos modelos rígidos de emprego e entraves, legalmente opostos, ao exercício do direito patronal de resilição do contrato de trabalho. Seria necessário oferecer à massa dos socialmente excluídos, uma oportunidade real de se reinserir, na economia, por sua própria iniciativa.

A terceirização surgiu como alternativa para a redução de custos e ganhos de competitividade. A mesma conheceu seu clímax com o Toyotismo, juntamente com outras características desse modo de produção (horizontalização, *kanban*, *just-in-time*, etc.); e, nessa medida, cumpriu seu papel, oferecendo alternativas ao capital. No entanto, as diversas formas de terceirização podem ter um uso deletério. É o que deve ser combatido.

Soluções "legislativas" nem sempre são as mais aconselháveis. Na verdade, o Brasil, não raro, é criticado por fazer legislação de encomenda, que só vem a lume após eclodirem graves problemas sociais relacionados a sua matéria. No caso das terceirizações, dadas as insuficiências aplicativas da Súmula 331 do TST, talvez fosse o caso de propor um tratamento legal adequado à terceirização de serviços, erigindo critérios básicos de legalidade/moralidade que passem pela aferição prévia da idoneidade financeira e da anterioridade da empresa prestadora, assim como por mecanismos de proteção institucional que obstaculizem o puro e simples "marchandage" da força de trabalho. Seria necessário também criminalizar, com alguma especificidade, condutas concretas de tomadores e terceirizadores que sirvam à frustração fraudulenta de direitos trabalhistas (a despeito do artigo 203 do Código Penal) e/ou à elisão de normas jurídicas de ordem pública (a despeito da Lei de Improbidade Administrativa).

Passamos a analisar os instrumentos institucionais de terceirização e sua viabilidade perante o cenário justtrabalhista atual.

2.2.1 Cooperativas de trabalho

O Direito do Trabalho é um ramo do direito que está em franca mutação, dando ensejo à denominada terceirização da mão-de-obra humana e, dentre essas relações, temos a terceirização por intermédio de sociedades cooperativas.

Nesse ambiente conturbado, as cooperativas de trabalho configuram-se como alternativa para o trabalhador, pois permitem estabelecer controle da gestão de sua atividade e, principalmente, da organização da qual ele faz parte, pela escolha de dirigentes e definição das políticas e prioridades de atuação. Essas cooperativas possibilitam ainda, resgatar a responsabilidade do saber técnico, do qual o trabalhador é afastado no sistema capitalista, recuperando, para o trabalhador, uma dimensão humana do trabalho, mais digna, segura e autônoma.

No contexto atual, em que a informalidade toma conta do cenário, a adoção do modelo de cooperativas de trabalho, em que os trabalhadores gerenciam o trabalho, tem sido uma forma pela qual esses se unem em defesa de seus interesses e para a solução de seus problemas, emancipando-se de terceiros, muitas vezes, meros intermediários que fraudam as relações de emprego.

2.2.1.1 Conceito de cooperativas de trabalho

As cooperativas de trabalho são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, conforme expressa o art. 4º, *caput*, da Lei nº 5.764/71.

Para Marli Aparecida da Silva Siqueira³⁰ “cooperativa é uma reunião de pessoas em sociedade, visando melhorar as condições econômicas de seus associados, os quais possuem o mesmo grupo social e econômico, com interesse comum”.

As cooperativas podem expressar-se de diversas formas, tais como cooperativa de consumo, de produção, de crédito e de trabalho. Para o nosso estudo, interessa esta última, que hoje está sendo utilizada com o intuito de fraudar os direitos trabalhistas assegurados, constitucionalmente.

O nascimento de uma sociedade cooperativa dá-se pela necessidade e interesse da coletividade em buscar alternativas de se manter na atividade laborativa, com o conseqüente aumento de renda. Todos procuram sair do intermediário trabalhista, que, via de regra, fica com a maior parte do fruto de seu trabalho. Além disso, a cooperativa de trabalho, como uma empresa autogestionada pela coletividade, é um instrumento que se enquadra, perfeitamente, nesse tipo de geração de trabalho e renda.

Segundo Marcelo Mauad³¹

[...] as organizações formadas por pessoas físicas, trabalhadores autônomos ou eventuais, de uma ou mais classes de profissão reunidos para o exercício profissional em comum, com a finalidade de melhorar a condição econômica e as condições gerais de trabalho dos seus associados, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, os quais, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, propõem-se a contratar ou executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns.

Assim, as cooperativas de trabalho são organizações de pessoas físicas, de uma ou mais categorias de trabalhadores, reunidos para o exercício profissional em comum, em regime de autogestão democrática e de livre adesão, tendo como base primordial, o retorno ao cooperado, do resultado de sua atividade laborativa, deduzidos, exclusivamente, os custos administrativos, a reserva técnica e os fundos sociais.

³⁰ SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva. *Cooperação e cooperativa: contextualização e efeitos. Suplemento Trabalhista*, São Paulo, ano 37, n. 6, p. 34, 2001.

³¹ MAUAD, Marcelo. *Cooperativas de trabalho: sua relação com o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 76-77

2.2.1.2 As cooperativas de trabalho e o direito laboral

Segundo o entendimento de Paulo Renato Fernandes da Silva³²

[...] a temática das sociedades cooperativas de trabalho está topologicamente situada no contexto da terceirização da mão-de-obra, isto é, todo o problema do trabalho prestado mediante sociedade cooperativa se amalga em detectar a verdadeira natureza jurídica da relação estabelecida entre o trabalhador e a cooperativa e o trabalhador e a empresa tomadora do labor.

No plano interno brasileiro, a Lei 5.764, de 16-12-71 define a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das cooperativas. A Constituição da República promulgada em 1988, igualmente, respalda o cooperativismo, apoiando-o expressamente no art. 174, parágrafo 2º.

Compondo o aparato jurídico-legal interno relativo ao trabalho cooperado, a CLT, em dezembro de 1994 (Lei 8949) teve acrescentado parágrafo único ao seu artigo 442, prevendo a inexistência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados e entre os referidos associados e os tomadores de serviço da cooperativa, decorrendo desta, previsão celetária, o acolhimento, pela lei, das cooperativas de mão-de-obra.

Mas, de toda esta intenção cooperativista, em todos os momentos, em todos os textos, sobreleva-se o caráter consentâneo das sociedades assim constituídas com o ordenamento legal a que se devem submeter, não se podendo dele desvirtuar, sob pena de, na realidade, não se vir a formar uma verdadeira cooperativa e, em decorrência, não vir, o ente criado, dispor dos benefícios concedidos pela legislação pertinente.

Faz-se necessária a análise do juízo de legalidade da terceirização de mão-de-obra mediante sociedades cooperativas, no que diz respeito à verificação, caso essa modalidade de terceirização colida com as normas de ordem pública de tutela do trabalho subordinado e no que diz respeito ao funcionamento orgânico da

³² SILVA, Paulo Renato Fernandez. **Cooperativas de trabalho, terceirização de mão-de-obra e direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 129.

sociedade cooperativa, isto é, se ela realmente funciona informada e em obediência aos princípios universais de identidade do cooperativismo.

2.2.1.3 Cooperativas: fraude ou solução ?

Em épocas duras como as de hoje, com grandes concentrações de trabalhadores querendo sem sucesso produzir, as cooperativas de trabalho costumam ser vistas, por um número sempre maior de pessoas, como uma alternativa para a obtenção de trabalho e de renda.

Pode-se considerar que as cooperativas são excelentes formas organizacionais para prover a sociedade de serviços, para gerar empregos, renda e produto, distribuir essa renda, prover poder de barganha aos agentes econômicos, agregar valor aos produtos e à sociedade por meio de externalidades positivas.

Mas tudo isso só se torna efetivo se, e somente se, essas organizações forem articuladas e eficientes do ponto de vista econômico, formadas por associados também eficientes, de alto nível de educação cooperativista e que apresentem relações estáveis de fidelidade e isentas de oportunismos contratuais, respeitando-se os princípios e valores do cooperativismo, inclusive aquele de neutralidade política, religiosa e racial.

As cooperativas podem, ainda, oferecer para toda a sociedade a oportunidade de incentivo a um sistema econômico diferente, mais igualitário e justo e, portanto, alternativo a uma economia competitiva, que marginaliza classes sociais e se apresenta como concentradora de renda. As cooperativas podem auxiliar na construção de uma nova sociedade mais justa e igualitária.

Entretanto, é preciso fazer a análise da legalidade ou não das cooperativas de trabalho.

Não se pode deixar de considerar que, com a introdução do parágrafo único ao, art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, aumentaram, consideravelmente, o número de falsas cooperativas de trabalho.

Para viabilizar o incentivo ao cooperativismo, deve o aplicador do direito, rechaçar toda e qualquer forma de desvirtuamento ocasionada por entidades ditas cooperativas, para o que salutar se demonstra a investigação da coexistência dos elementos que caracterizam uma verdadeira cooperativa. Isto porque, distanciando-se o ente da realidade cooperativista, não mais subsistirão as figuras de cooperativa e cooperado, mas sim de empregado e empregador, emergindo da relação o contrato de trabalho, considerado por Carnelutti como sendo a espécie de contrato de maior significância do direito moderno.³³

Na maioria dos casos, a cooperativa não passa de um agenciamento de mão-de-obra tipicamente subordinada, procedimento este absolutamente destituído da *affectio societatis* que se deve fazer presente em uma verdadeira relação de cooperativismo.

É necessário verificar a nítida intenção de evitar a aplicação das normas trabalhistas, em frontal violação ao art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, ressaltando que a constituição de cooperativas de trabalho deve pautar-se pela junção de trabalhadores, tendo como objetivo prestar e ser beneficiário dos serviços. Essa, a verdadeira qualidade do cooperado em relação à cooperativa.

Tem-se que, salvo raras exceções, as cooperativas de trabalho têm sido constituídas para burlar a lei e deixar à margem direitos trabalhistas, constitucionalmente, assegurados ao trabalhador, como se o legislador, através da Lei nº 8949/94, tivesse feito incluir o parágrafo único ao art. 442, da CLT, que elimina a possibilidade de vínculo empregatício entre cooperativas e cooperados e entre estes e tomadores de serviço, com esta finalidade.

Assim, embora preenchendo, formalmente, os requisitos exigidos pela Lei nº 5.764/71 que as rege, muitas dessas cooperativas atuam como verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, rotulando de “cooperados” profissionais que se

³³ CARNELUTTI apud SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 259.

acham desempregados e que, as mais das vezes, nem sequer têm discernimento para distinguir a relação de emprego da relação de trabalho do cooperativista.

Neste sentido, é a nossa jurisprudência:

“COOPERATIVA DE TRABALHO. INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. FRAUDE CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O preceito contido no parágrafo único do art. 442 da CLT tem como destinatários os entes cooperativos que tenham sido formados de acordo com as diretrizes e, principalmente, os objetivos previstos na Lei n. 5.764/71, sem desvirtuamentos. Fora dessa circunstância, há que se aplicar o dispositivo inserto no art. 9º da CLT, a fim de reconhecer que a relação travada entre os litigantes não detinha natureza societária, mas, ao revés, de autêntico contrato de trabalho, nos moldes do art. 3º da CLT.” (TRT 6ª Reg., RO - 01530-2003-001-06-00-0 (RO), 1ª Turma, Rel. Maria Clara Saboya A. Bernardino)

O Ministério Público do Trabalho de São José dos Campos constatou mão de obra de pseudo cooperados na Cooperve, no dia 30/01/2007, sendo concedida liminar com o intuito de coibir as cooperativas fraudulentas, conforme segue:

“O Juiz da Vara do Trabalho de Guaratinguetá acolheu pedido liminar para determinar à COOPERVE (Cooperativa de Trabalho de Profissionais de Vendas) que se abstenha de fornecer, de contratar ou de intermediar mão-de-obra de trabalhadores a terceiros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Além disso, atendendo a requerimento do Procurador Luis Fabiano de Assis, do Ofício de São José dos Campos da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, declarou o atual Presidente da cooperativa, indicado na petição inicial, pessoal e solidariamente responsável pelo cumprimento da obrigação, sujeitando-o à mesma pena fixada. As investigações permitiram constatar que se tratava de mera intermediadora de mão-de-obra, o que motivou o ajuizamento de Ação Civil Pública em face da cooperativa e de seus fundadores. Medidas específicas estão sendo e serão adotadas em face dos tomadores persistentes. Os pedidos definitivos, a serem devidamente examinados, pretendem que a COOPERVE seja condenada a se abster de fornecer ou de intermediar mão-de-obra de trabalhadores a terceiros, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei nº 7.998/90); e a pagar indenização a título de reparação pelos danos causados a interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei nº 7.998/90).

O Ministério Público do Trabalho requereu também a condenação dos fundadores da cooperativa – a maioria vinculados aos interesses dos comerciantes da região – a se absterem de fundar, de integrar ou de administrar qualquer outra sociedade cooperativa que tenha por objeto o fornecimento ou a intermediação de mão-de-obra, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei nº 7.998/90).

Pediu-se, por fim, que cada um desses fundadores seja condenado a pagar indenização a título de reparação pelos danos causados a interesses difusos e coletivos dos trabalhadores, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei nº 7.998/90).

Constatou-se que os pseudocooperados estão subordinados aos tomadores, que por sua vez dirigem a prestação pessoal de serviços, controlam a jornada de trabalho e escolhem o “perfil” da pessoa a ser vitimada pela fraude. Os trabalhadores declararam, em depoimentos, que só estão ou estiveram na cooperativa por falta de alternativa melhor, e que, se possível, optariam pelo vínculo de emprego com CTPS assinada. Não há livre manifestação de vontade dos que se “associam”. No momento da adesão, nenhuma informação possuem acerca do que seja o cooperativismo, e se sentem pressionados a aceitar qualquer proposta que lhes permita obter colocação e fonte de renda. “A COOPERVE é autêntica representante da conhecida e irrita figura do ‘merchandage’, e tem reduzido trabalhadores à condição de simples mercadoria descartável”, conclui o Procurador. (Proc. nr. - 00043-2007-020-15-00-2, PRT 15 – São José dos Campos).³⁴

Em se tratando de cooperativa, é preciso verificar as reais condições de trabalho, devendo, a constituição de cooperativas de trabalho, pautar-se pela junção de trabalhadores, tendo como objetivo prestar e ser beneficiário dos serviços, não podendo deixar a terceirização “à brasileira” ser utilizada apenas como mais um expediente para reduzir custos a qualquer preço, onde especialização e qualidade são retóricas vazias, com a conseqüente degradação do trabalhador.

2.2.2 Trabalhador avulso

2.2.2.1 Conceito de trabalhador avulso

Entende-se por trabalhador avulso, todo aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços às empresas, intermediados por suas respectivas entidades sindicais, tendo os mesmos direitos trabalhistas dos empregados permanentes, cujo adimplemento fica a cargo destas. Não há vínculo empregatício e a sua relação é triangular: trabalhador-sindicato-empresa. A utilização do trabalhador avulso é restrita às atividades relacionadas em Portaria do Ministro do Trabalho e Decreto nº 80.271/77, art. 11. Pela CF/88, art. 7º XXXIV, foi igualado ao trabalhador com vínculo empregatício.

³⁴ BRASIL. Ministério Público da União. Ministério Público do Trabalho. **Procuradoria Regional do Trabalho**: 15ª Região. Disponível em: <<http://www.prt15.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2007.

O trabalho avulso consiste na prestação de serviços, por intermédio do sindicato profissional, sem vínculo empregatício e para várias empresas, em atividades como operador ou conferente de carga e descarga, arrumador, vigia portuário, ensacador e classificador de frutas e armadores, geralmente prestadas, na orla marítima.

Maurício Godinho Delgado³⁵, discorrendo sobre o trabalho avulso, assevera que:

Trata-se de modalidade de trabalhador eventual, qualificado pela interposição exercida pelo Sindicato Profissional respectivo. É trabalhador subordinado, sem vínculo empregatício, que, sindicalizado ou não, tem a concessão de direitos trabalhistas executada por intermédio da respectiva entidade sindical, que é o órgão que intermedeia a contratação de seus serviços.

O sindicato tão-somente intermedia a prestação de serviços aos tomadores, não sendo ele o beneficiário do trabalho prestado pelo empregado, não formando vínculo de emprego com o mesmo.

Vale lembrar, que com a promulgação da Constituição de 88, houve a equiparação do trabalhador avulso ao empregado, no que se refere aos direitos trabalhistas, o que culminou com a edição da Lei n. 8.630/93, que revogou os dispositivos da CLT referentes ao trabalho na estiva e hoje regulamenta a matéria.

Nesta esteira, a jurisprudência trabalhista tem sido reiterante, conforme decisão que transcrevo:

"VÍNCULO EMPREGATÍCIO – TRABALHADOR AVULSO – INOCORRÊNCIA
– Tratando-se de trabalhador avulso, vinculado ao Sindicato, tem-se como inexistentes os elementos caracterizadores da relação de emprego. Recurso desprovido. (TRT 4ª R. – RO 00412.921/97-9 – 6ª T. – Relª Juíza Tânia Maciel de Souza – J. 30.03.2000", *in* Síntese Juris).

³⁵ DELGADO, 2004. op. cit., p. 235.

2.2.2.2 O trabalho avulso como fraude aos direitos do empregado

O trabalho avulso, assim, como a cooperativa de trabalho, tem sido utilizado para fraudar os direitos trabalhistas dos empregados, porém em menor proporção.

O trabalho avulso é um trabalho peculiar, com normas estabelecidas na Lei 8.630/1993 e, devido às suas peculiaridades, não podem ser aplicadas à prestação de serviços relacionados com a atividade-fim de longa duração e para um único tomador. Por essa razão, em virtude da natureza temporária e eventual da prestação de serviços, com grande rotatividade de tomadores, raramente ela é encontrada fora da orla marítima.

É necessário analisar, em cada caso concreto, a condição de eventualidade da prestação de serviços e caso se trata de atividade-fim ou atividade-meio da empresa.

A terceirização não há de servir como pano de fundo para a desvalorização do homem e para se ignorar o valor social do trabalho, mormente quando os trabalhadores contratados desta forma estão, na realidade, inseridos, integralmente, ao processo produtivo da empresa tomadora. E, de forma mais contundente, não se pode admitir tal prática amparada por um sindicato, entidade que tem por escopo primordial a salvaguarda e luta por melhores condições de trabalho à categoria que representa.

A terceirização de atividade-fim, na forma de trabalhador avulso, deve ser, veementemente, combatida como se tem o intuito exclusivo de mascarar os direitos trabalhistas, é ilícita e gera vínculo de emprego diretamente com a tomadora, sendo aplicável ao contrato de fornecimento de mão-de-obra o disposto no artigo 9º, da CLT.

Neste sentido, é o entendimento dominante de nossos Tribunais:

“TRABALHO AVULSO – IRREGULARIDADE - Considerando-se as peculiaridades do trabalho avulso, este não se coaduna com a prestação de serviços de longa duração relacionados com a atividade-fim do tomador, em

especial quando este é único e o labor se estende por período incompatível com a eventualidade exigida para esse tipo de contratação. Em casos tais, impõe-se o reconhecimento da nulidade da intermediação feita pelo sindicato, estabelecendo-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços". (TRT 15ª Reg. RO 00601-2004-074-15-00-9, 5ª Turma, Rel. Nildemar da Silva Ramos)

CAPÍTULO 3 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Da administração pública

3.1.1 Noções de administração pública

Não há no ordenamento jurídico positivo brasileiro um código que possa dar as vigas-mestra da Administração Pública, diferentemente de outros ramos do direito. O que temos são centenas de leis e decretos esparsos, muitas vezes, de difícil consulta.

As Constituições do século XIX ignoraram a Administração Pública, com um ou dois preceitos isolados. Exemplo significativo oferece a Constituição brasileira de 1824, trazendo não um capítulo específico sobre a Administração, mas sim, dispositivos isolados em matéria administrativa.

As Constituições contemporâneas demonstram a realização da tendência paralela de inserção de matéria administrativa, já que a Constituição de 1988 alinhou-se a essa tendência.

O Decreto-Lei nº 200/67 definiu alguns parâmetros na Administração Pública, estabelecendo a composição da Administração Pública direta e indireta.

A administração pública designa o conjunto de serviços e entidades incumbidos de concretizar as atividades administrativas, ou seja, da execução das decisões políticas e legislativas.

Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito dos três níveis de governo (federal, estadual ou municipal), segundo preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.

A clássica concepção de Hely Lopes Meirelles³⁶, onde administração pública: “Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral [...].”

O art. 37 da Constituição Federal estabeleceu que a administração pública deve estar fundada sob dois alicerces, o organizacional (formal) e o funcional (material), revestidos, sempre, daqueles princípios (razoabilidade, impessoalidade, moralidade, entre outros) tão inerentes e necessários ao seu devido funcionamento.

Para Odete Medauar³⁷,

[...] no aspecto funcional, a Administração Pública significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo. Na verdade, apresenta-se difícil a caracterização objetiva da Administração Pública, daí por vezes se buscar o modo residual de identificá-la: conjunto de atividades que não se enquadram na legislação, nem na jurisdição; assim, nem o legislativo, nem o Judiciário cuidam do calçamento de ruas, da coleta do lixo, da rede de escolas públicas, por exemplo.

Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Nesse enfoque predomina a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades; pensa-se, por exemplo, em ministérios, secretarias, departamentos, coordenadorias, etc.

Com isto, podemos concluir que a Administração Pública é composta por um conjunto de entes (órgãos e entidades) formados por recursos humanos, materiais e tecnológicos passíveis de ordenamentos e gestão, constituídos pelo Poder Público (Estado) para a consecução do bem comum.

A natureza da Administração Pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade, impondo ao administrador público a obrigação de cumprir, fielmente, os preceitos do Direito e da moral administrativa

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 59.

³⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44.

que regem sua conduta. Tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos - o povo - e que condicionam os atos a serem praticados no desempenho do múnus público, que lhe é confiado.

Ao contrário da administração particular onde o administrador recebe do proprietário as ordens e instruções de como administrar o que lhe é confiado, na administração pública, as ordens e instruções estão determinadas em leis, regulamentos e atos especiais, devendo sempre agir segundo os preceitos do Direito e da moral administrativa.

A finalidade da administração pública é a prestação de serviços aos cidadãos. Podemos dizer que o fim da administração pública é o interesse público ou o bem da coletividade, pautados nos princípios da Administração Pública.

Podemos ainda dizer que os fins da Administração Pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa; toda atividade deve ser orientada para esse objetivo; já que todo ato administrativo que não seja praticado no interesse da coletividade será ilícito e imoral.

Os fins da Administração consubstanciam-se em defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a organização administrativa, ou por parte expressiva de seus membros; é por isso que o ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.

3.1.2 Servidores de seu quadro

Servidores públicos são, em sentido amplo, todas as pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública direta, à fundacional, aí incluídas as autarquias, fundações públicas e à Administração Indireta, que abrange as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de direito privado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles³⁸, os servidores públicos se classificam em: “agentes políticos, servidores públicos em sentido estrito ou estatutários, empregados públicos e os contratados por tempo determinado”.

Na Administração Direta, autárquica e fundacional os servidores podem ser regidos pelo estatuto ou pela CLT, dependendo do regime jurídico escolhido; quanto aos servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista, somente poderão ser regidos pela legislação trabalhista.

3.1.3 Mudanças nas atuações estatais

As mudanças nas atuações estatais, visando a uma melhor adequação e ao estabelecimento de uma nova forma de Estado, demandada pela sociedade pluralista, fizeram aparecer, princípios regentes tais como: a *subsidiariedade*, objetivando diminuir a máquina estatal delegando, a outras organizações estatais ou não, determinadas atividades públicas que hipertrofiaram a máquina administrativa; a *coordenação*, tomando lugar da exclusividade da atuação do Estado através da cooperação e colaboração; a *privatização* ou, melhor dizendo, desestatização, transferindo aos entes privados a consecução de atividades de interesse público; a *publicização*, retirando o Estado da execução de atividades relativas ao setor privado, para reforçar seus instrumentos de regulamentação dessas atividades; e a *consensualidade* que se refere a uma nova forma de democracia emergente, voltada à escolha de como se quer ser governado, distinta da clássica doutrina voltada à escolha do governante. Trata-se de um amadurecimento democrático, aprimrador da governabilidade, visto que a participação organizada da sociedade, no processo decisório, torna-se mais evidente. Tal processo não significa a extinção da via imperativa de administração. Cria-se apenas uma alternativa ao legislador para a escolha da forma mais coerente e econômica de execução de uma finalidade pública, seja ela a imperativa, seja a consensual.

³⁸ MEIRELLES, op. cit, p. 367.

O princípio da subsidiariedade corresponde a uma tendência de desipertrofia da máquina administrativa, transferindo a terceiros, atividades estatais, demasiadamente onerosas, para a execução estatal e distintas das principais finalidades originárias do Estado.

As atividades referidas são aquelas praticadas pelo Poder Público, voltadas ao atendimento das necessidades básicas da coletividade, também denominadas de serviço público.

Segundo o Prof. Bandeira de Mello³⁹,

[...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.

O Estado é, logicamente, o titular da prestação dos serviços públicos. Há autores que consideram o serviço público a própria razão de existência do Estado. Entretanto, devemos prestar atenção que o ilustre professor entende como o prestador do serviço público o Estado, ou quem lhe faça às vezes. Isto se dá em razão da Constituição Federal dispor no Art. 175 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Ou seja, o Estado, quando não executar diretamente os serviços de natureza pública, poderá transferir a terceiros, através de concessão ou permissão, a prestação de tais atividades executadas para o alcance das finalidades públicas.

Ressalta-se que o Estado somente transfere a execução dos serviços de natureza pública, resguardando para si a titularidade de sua prestação, já que esta é indisponível, dado o princípio administrativo basilar da indisponibilidade do interesse público.

Dita transferência é uma forma de manter a boa prestação dos serviços essenciais à coletividade, tais como educação, saúde e segurança, transmitindo a

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 399.

terceiros a execução das demais atividades estatais, já que é evidente a necessidade de transformação, em um mundo globalizado.

3.1.4 Desestatização e terceirização

A partir da execução das transferências, efeitos do fenômeno certo, o mundo encontra-se inserido, surgem as desestatizações (também denominadas pelas bases políticas de oposição de privatizações), além da denominada terceirização de serviços básicos e subalternos, com o escopo de diminuir a máquina estatal.

A desestatização, por vezes alcunhada de privatização, teve início com a promulgação da Constituição de 1988, que permitiu a outorga de concessões e permissões a terceiros para a prestação de serviços públicos e tomou forma com a aprovação do Programa Nacional de Desestatização, aprovado pelo Congresso Nacional.

A desestatização, em sentido amplo, é o conjunto de variadas formas adotadas para transferir à iniciativa privada, atividades antes exercidas pelo Estado, com o intuito de diminuir a intervenção do Estado, no domínio econômico.

Desestatizar significa transferir o controle acionário ou vender a totalidade das ações de uma empresa pública ou sociedade de economia mista para terceiros, pertencentes à iniciativa privada. Daí a pejorativa denominação de privatização.

Isto ocorre porque o Estado encontrava-se sobrecarregado de obrigações, quando muitas delas podiam ser transferidas a terceiros, sob o regime de concessão ou permissão, regimes nos quais as novas empresas prestadoras encontram-se contratualmente vinculadas à Administração, sujeitas às cláusulas contratuais e aos poderes do Poder Público, portanto.

Abre-se a possibilidade de competitividade entre as empresas privadas prestadoras de serviço, o que resulta na prestação de um serviço mais barato à sociedade, além de que a natureza empresarial da atividade possibilita maiores investimentos, causando, por conseguinte, um serviço de melhor qualidade e continuamente atualizado.

Outro fenômeno resultante das alterações no funcionamento e na organização da Administração Pública, decorrente da necessidade de adequação às exigências do mundo contemporâneo, chama-se terceirização, implementada em alguns dos serviços prestados pela Administração Pública.

As tarefas estranhas à prestação do serviço público e despidas das exigências legais de forma e independência em sua prestação, outrora providas por servidores através de cargos públicos, poderão ser terceirizadas pela Administração, diminuindo, assim, o ônus decorrente da relação estatutária.

São tendências fundamentais na reorganização da Administração Pública.

3.2 O conceito de terceirização aplicado à Administração Pública

A terceirização é um dos temas contemporâneos mais familiares aos estudiosos do Direito Laboral, despertando acirrados debates, onde ataques violentos ao instituto convivem com defesas apaixonadas de sua aplicação às relações de trabalho, ganhando especial relevo quando diz respeito à sua utilização no âmbito da Administração Pública, o que tem sido objeto de diversas demandas judiciais, com pronunciamentos os mais díspares possíveis.

Como se trata de rol exemplificativo, a Administração Pública cada vez mais se tem utilizado de contratos terceirizados para a execução de uma infinidade de atividades, como fornecimento de refeições, limpeza e vigilância, impressão gráfica, transporte, entre outros.

Entretanto, a multiplicação destes ajustes acabam envolvendo atividades que, ainda que acessórias, perdem o caráter próprio de especialização, lançando dúvidas sobre a legalidade na contratação. Exemplo bastante citado é o dos hospitais públicos que contratam cooperativas de médicos para prestarem serviços em suas especialidades profissionais, sem a realização de concurso público para o provimento de seus cargos.

Há uma variedade de atividades que o Estado pode dirigir sem que as execute diretamente. Entretanto, nem todas as tarefas materiais acessórias podem ser terceirizadas, principalmente se, na estrutura administrativa do Poder Público, existirem cargos criados para atendimento àquelas necessidades.

Justifica-se tal entendimento pela relevância de certas atividades para o interesse da coletividade, as quais devem ser prestadas, exclusivamente, por servidores de carreira, na forma da lei.

Deste modo, a Administração Pública sofre limitações, tanto legais, quanto de outros princípios inerentes à atuação do Poder Público, como o princípio da eficiência, por exemplo.

Há que se agir com cautela nestes casos, uma vez que não é o fato de determinado serviço ser realizado mediante terceirização, que lhe confere maior eficiência.

Assim, a decisão pela terceirização deve pautar-se por uma série de estudos, quanto à existência de cargos correspondentes às atividades que se pretenda terceirizar e que concluam que a execução por particulares é vantajosa ao interesse público.

3.2.1 Distinção entre terceirização no setor público e no setor privado

Dentro do cenário que legitima de forma restrita a terceirização, não surpreende a linha seguida pela doutrina e jurisprudência que a tem admitido, no

âmbito da Administração Pública, nas atividades não integrantes dos serviços essenciais do órgão ou Entidade, ou seja, nas atividades consideradas instrumentais ou complementares da Administração. Ademais, não se tolera a terceirização, quando os serviços executados indiretamente integram o plexo de atribuições de cargos ou empregos relacionados nos planos de cargos ou salários dos órgãos ou Entidades.

Por seu turno, no tocante à terceirização no setor público destaca-se o mandamento constitucional do necessário concurso público para admissão, insculpido no inciso II do art. 37 da Carta Magna, que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, à exceção dos casos de livre provimento.

Ressalta-se a diferença entre a terceirização do setor público e do privado, qual seja, a não formação de vínculo de emprego com a Administração direta, indireta ou fundacional, nem mesmo quando presentes as características de pessoalidade e da subordinação essenciais para configuração da relação de emprego, pois a Constituição determina a nulidade dos atos de contratação de pessoal os quais não sejam precedidos de prévio concurso público (art. 37, § 2º, CF). Neste ponto reside a diferença fundamental entre a terceirização no setor público e na esfera privada, já que, em relação a esta última, configurados os requisitos que caracterizam a formação da relação de emprego, a jurisprudência da justiça laboral é uniforme no reconhecimento do vínculo, diretamente com o tomador de serviço.

Somente se admite a terceirização, no âmbito da Administração Pública, Direta ou Indireta, nas hipóteses em que o objeto da prestação de serviços não se relacionar com a atividade-fim da administração. Permite-se a terceirização nos casos em que não envolver os serviços essenciais do órgão ou entidade. Lícita, portanto, é a terceirização das atividades consideradas instrumentais ou complementares da Administração. Ressalva-se, porém, que, mesmo nestas hipóteses, a terceirização será ilegal caso envolva serviços que integram o plexo de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos ou salários dos órgãos ou entidades.

Esta exigência de limitação da terceirização às consideradas atividades-meio das entidades integra, inclusive, a definição que se empresta ao termo. Apenas a título de exemplo, cite-se a lição de Francisco Antônio de Oliveira⁴⁰, para quem a terceirização é o:

[...] liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviços, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial ou administrativo, com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade fim, por cuja realização somente responde a empresa prestadora de serviço, não tendo a empresa tomadora qualquer possibilidade de ingerência na mão-de-obra da empresa prestadora. A contratação poderá ter como escopo a produção de bem (etapas de uma linha de produção) bem como a prestação de serviços (limpeza, segurança, serviços de importação e de exportação, treinamento de pessoal, etc.).

No âmbito do direito público, tem-se, então, que a terceirização é admitida e pode ser considerada lícita quando, preenchidos os requisitos acima indicados, não burlar as normas constitucionais e legais que regem as relações do Estado com seus agentes públicos, notadamente as que tornam obrigatório o concurso público para o provimento de cargos ou empregos, na Administração.

Por conseguinte, se é admissível a terceirização, inclusive na administração direta, com mais razão é de se considerá-la lícita em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista as quais estão sujeitas ao regime privado, com as restrições constitucionais.

Dentro do contexto desse regime, a terceirização também é admitida, porém em situações determinadas e permitidas por lei. Pode-se, resumidamente, afirmar que há duas hipóteses principais em que a terceirização pode ser verificada: a) contratação temporária e b) serviços permanentes especializados.

A primeira diz respeito às situações em que se necessitam de empregados para suprir a necessidade não-permanente da empresa, tais como em época de férias, licença ou de acréscimo extraordinário de serviços, consoante disciplinado pela Lei nº 6.019/74, Decreto nº 73.841/74 e item I da Súmula nº 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho.

⁴⁰ OLIVEIRA, Francisco Antônio. Da terceirização e da flexibilização como estágios para a globalização. **ADV: Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 17, p. 28, out. 1997. (destaque do autor).

A segunda alternativa trata dos casos em que é facultada a contratação de empresas especializadas em locação de mão-de-obra para a execução de determinados tipos de serviços por terceiros, todos relacionados à área meio, tais como vigilância, segurança e transporte de valores (Lei nº 7.102/85, Lei nº 8.863/94, Decreto nº 89.056/83 e item II da Súmula nº 331), conservação e limpeza e demais serviços não relacionados à atividade-fim (item III da citada Súmula).

3.2.2 Direitos inerentes ao obreiro, ilicitamente terceirizado

Em relação ao obreiro ilicitamente terceirizado, ainda que nulo de pleno direito o contrato de trabalho, em desconformidade com as disposições do art. 37, II, da Carta Magna, no Direito do Trabalho, a nulidade não pode ser proclamada retroativamente, porque, evidentemente, o trabalho subordinado, em proveito de outrem, já resultou prestado de forma irreversível.

O texto aprovado e que consta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estatui que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei", seguida a tradição e reiterado o princípio da isonomia, sendo que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

Muito se tem discutido, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência trabalhista, acerca da contratação irregular de trabalhador pela Administração Pública, ou seja, sem a prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, CF / 88).

Tem-se ainda que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais estão sendo reexaminados a todo momento para tentar alcançar a Justiça plena.

O estudo das conseqüências da nulidade decorrente da preterição de formalidade imposta por lei, como a prévia aprovação de concurso público para a

admissão de empregados pela administração pública impõe reflexão prévia sobre os diferentes planos dos atos ou negócios jurídicos, visando a demonstrar que nem sempre da nulidade do ato resulta a não-produção de efeitos jurídicos.

O plano da validade não se confunde com o plano da eficácia. O fato de ser nulo o ato não implica, necessariamente, em sua ineficácia.

Segundo Maria Helena Diniz⁴¹: “o pronunciamento da nulidade absoluta ou relativa requer que as partes retornem ao estado anterior, como se o ato nunca tivesse ocorrido”.

Dispõe o art. 182, do Código Civil: anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Assim, entre os efeitos que o ato nulo produz, coloca-se, ao lado das situações excepcionais, a obrigação de indenização pelo equivalente, sempre que impossível, após a pronúncia da nulidade, o reestabelecimento do estado anterior.

No Direito do Trabalho, em sendo nulo o ato, a restituição ao estado anterior, decorrente da anulação do vínculo, associada à impossibilidade de reposição do esforço humano, leva a que o trabalhador deva ser indenizado com o equivalente, nos termos do art. 182 do Código Civil. Inteligência do art. 8º da CLT.

Neste sentido, é o entendimento de Alvacir Corrêa dos Santos⁴²:

O princípio, segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz, não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força de trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição [...]. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual 'trabalho feito é salário ganho'. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a 'irretroatividade das nulidades'. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardiais da teoria civilista das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.168.

⁴² SANTOS, Alvacir Corrêa. A contratação de trabalhador pela administração pública, sem o prévio concurso público. **Revista LTR: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, v. 59, n. 7, p. 915, jul. 1995. (destaque do autor).

relação a este contrato". Cabe lembrar a previsão do artigo 158 do Código Civil Brasileiro, no sentido que "anulado o ato, restituir-se-ão as partes no estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizados com o equivalente".

Neste sentido ainda é o entendimento do ilustre Celso Antônio Bandeira de Melo⁴³:

[...] se o ato nulo ou anulável produziu relação jurídica da qual resultaram prestações do administrado (pense-se em certos casos de permissão de uso de bem público ou de prestação de serviço público) e o administrado não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, a invalidação do ato não pode resultar em locupletamento da Administração à custa do administrado e causar-lhe um dano injusto em relação a efeitos patrimoniais passados.

Importante ainda distinguir entre objeto proibido e objeto ilícito. Em se tratando de objeto proibido, há a nulidade do contrato, mas com efeito apenas prospectivo. Em sendo objeto ilícito, há a nulidade do contrato com efeito retroativo.

Nos dizeres de Estevão Mallet⁴⁴:

A Nulidade, na hipótese, não produz a completa ineficácia do contrato de trabalho. Não se trata de situação relacionada com objeto ilícito, de modo a justificar a quebra do regime geral das nulidades. E sendo inviável retornar ao estado anterior, pela impossibilidade de restituição do trabalho realizado, a regra contida na parte final, do art. 182, do Código Civil, faz com que, durante a sua execução, se tenha de indenizar o trabalhador como se válido fosse o contrato, o que supõe assegurar-lhe os mesmos direitos pertinentes ao contrato regular. O fato de envolver-se na relação jurídica a Administração Pública não altera os termos do problema. Também no direito público a nulidade, mesmo a mais radical e abrangente, não implica, necessariamente, a total ineficácia do ato.

Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial:

"Emprego Público - ... - Nulidade do Contrato - Efeitos - O Direito do Trabalho rege-se principalmente pelo princípio da irretroatividade das nulidades, onde os efeitos da decisão que declara a nulidade do contrato são "ex nunc" (TST – RR - 38036/91.7, Ac. 4ª T 1288/93, de 13.5.93, Rel. Min. Leonaldo Silva - LTr 58-02/239).

"O causador da nulidade não pode impunemente alegá-lo em favor próprio (art. 97 do CC), devendo, por conseguinte, responder pelos seus atos no limite legal, que é o custo das indenizações rescisórias" (TRT 22ª

⁴³ MELLO, 1995, op. cit., p. 282

⁴⁴ MALLET, Estevão. Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público. In: SOARES, José Ronaldo Cavalcante. (Coord.). **O servidor público e a justiça do trabalho**: homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal. São Paulo: LTr, 2005. p. 88.

Reg. RO-RA-REO 140/93, Ac. 268/93, de 05.05.93, Rel. Juiz José Francisco Meton Marques de Lima - LTr 58-01/99).

"Contratação Sem Concurso Público - A irregularidade na contratação do obreiro não possui o condão de eliminar as garantias mínimas asseguradas ao mesmo pela legislação laboral, inclusive CF/88. O Poder Público deve arcar com o ônus da contratação irregular, servindo-se posteriormente da Ação Regressiva contra o responsável pelo ato inquinado de nulidade, nos termos dos parágrafos segundo e sexto do artigo 37 da Lei Maior". (TRT 7ª Reg. REX-OF-RV 4251/93 - Ac. 1530/94, de 19.5.94, Rel. Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro - LTr 58-09/1100).

"Em tendo o ente público contratado ao arrepio da lei, malferindo o princípio da legalidade, não pode o Poder Judiciário referendar a contratação de ato nulo. Essa praxe constituiria porta aberta para o "inchamento" da máquina administrativa com o referendo e a conivência do judiciário. Aplicável em casos tais a regra doutrinária, qual seja, a de que em se anulando o ato os efeitos daí decorrentes se projetam "ex nunc". Todavia, em sendo impossível retornarem-se as partes ao "status quo ante" - e se o trabalhador já deu a sua força de trabalho, esta não poderá ser restituída - o ato nulo surtirá todos os efeitos pecuniários. A própria lei civil também prevê exceção (art. 217, CC). E também não elimina a responsabilidade (art. 159, CPC). O que se não pode admitir é que o ente público venha a levar vantagem com a sua própria torpeza" (TRT 2ª Reg. ROE-XOFF 029940453866 - Ac. 5ª T 6435/96-0 - Rel. Juiz Francisco Antônio de Oliveira - LTr 60-05/674).

Não seria possível restituir as partes ao *status quo ante*, ao estado anterior ao da contratação nula, até porque isso favoreceria apenas ao empregador, com seu enriquecimento ilícito.

Em relação ao obreiro ilicitamente terceirizado, a isonomia assegurada, garante-lhe, segundo Maurício Godinho Delgado⁴⁵:

[...] todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto, cumpridor da mesma função na entidade estatal tomadora dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto à entidade estatal beneficiada pelo trabalho. Verbas trabalhistas, e apenas estas, sem retificação, contudo, em CTPS quanto à entidade empregadora formal – já que esse tópico é objeto de expressa vedação constitucional.

Não obstante o entendimento acima mencionado, nestas situações, a jurisprudência perfilhou a não menos respeitável diretriz da súmula 363 do C. TST, assegurando o salário mínimo ao servidor.

Nestes termos, é o entendimento simulado de nosso Colendo TST:

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 448-449.

SÚMULA 363. “CONTRATO NULO – EFEITOS. A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem a prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II, e par. 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada”.

3.3 Responsabilidade Civil da Administração Pública

3.3.1 Noções sobre a responsabilidade civil

Segundo entendimento de Enoque Ribeiro dos Santos⁴⁶,

[...] a responsabilidade civil pode ser conceituada como a obrigação de responder pelas conseqüências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o prejuízo ou dano causado. Essa responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, ou aquiliana, derivada da *Lex Aquilia*, oriunda do Direito Romano, que se traduz na violação a um preceito legal, sem conexão a uma norma contratual.

A responsabilidade civil está regulada nos arts. 159 e 927 do Novo Código Civil.

O art. 8º da CLT prevê a aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho das regras dispostas no Direito Comum, na falta de disposições legais ou contratuais, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A responsabilidade civil tem como requisitos, a ação ou omissão, o dano ou prejuízo causado à vítima, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do agente.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva funda-se na culpabilidade do agente, seja na modalidade de culpa restrita (negligência, imprudência e imperícia), seja na modalidade do dolo.

⁴⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro. **Responsabilidade civil subjetiva e objetiva do empregador em face do novo código civil.** São Paulo: LTr, 2007. p. 21.

Encontra-se inserida no art. 186 do Novo Código Civil (NCC), sendo necessário que haja a concorrência do fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; ocorrência de um dano material ou moral e o nexo de causalidade entre o fato e o comportamento da vítima.

A responsabilidade objetiva no NCC é baseada na teoria do risco, inerente à própria atividade do empregador, que assume os riscos da atividade econômica. O pagamento da indenização independe de dolo ou culpa, sendo necessário apenas a prova do prejuízo e o nexo de causalidade.

Cumprido ressaltar que nos casos de responsabilidade indireta, é cabível o direito de regresso daquele que suportou os danos contra o agente que praticou o ato.

A culpa manifesta-se em duas modalidades, culpa “in eligendo” e “in vigilando”.

A culpa *in eligendo* dá-se pelo fato de não se ter selecionado de maneira correta as empresas terceirizadas. Também se vislumbra a culpa *in vigilando* quando não se souber fiscalizar o trabalho desempenhado pelas terceirizadas.

3.3.1.1 Da responsabilidade objetiva da Administração Pública

A Lei de Licitações, aparentemente, pretendeu excluir a Administração Pública de qualquer responsabilidade em caso de terceirização. Entretanto, a jurisprudência dominante não tem acolhido a tese de irresponsabilização do Estado e suas entidades, nos casos de obrigações trabalhistas resultantes da terceirização pactuada.

A Súmula 331, editada em dezembro de 1993, quando já em vigor a Lei de Licitações, reportou-se aos entes estatais apenas para conferir vedação constitucional de não estabelecimento de relação empregatícia entre o trabalhador e

o Estado, sem a observância do requisito formal do concurso público (inciso II da Súmula 331 do C. TST). Em relação à responsabilização em casos de terceirização, não excepcionou o Estado e suas entidades (inciso IV da referida súmula).

A responsabilidade objetiva da Administração Pública tem fundamento constitucional, cuja conceituação consolidou-se nos seguintes termos:

Art. 37 – [...]

[...]

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

Assim, a Súmula 331, IV, não pode acolher a tese de irresponsabilidade dos órgãos da Administração Pública contida no art. 71, par. 1º, da Lei de Licitações. Tal privilégio é flagrantemente inconstitucional e, nesta condição, não deve produzir efeitos.

Tem-se que aos entes estatais aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, respondendo pelos créditos trabalhistas em caso de inadimplência da empresa terceirizada.

Neste sentido, é o entendimento de nossos Tribunais:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA (SÚMULA 331, IV, TST).

OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a **responsabilidade objetiva da Administração**, sob a modalidade de risco administrativo, o faz, impondo ao ente público a obrigação de indenizar, sempre que causar danos a terceiro, não importando que esse dano se origine de empresa que com ela contratou e executou a obra ou serviço. **OFENSA AO ART. 171, § 1º, DA LEI 8.666/93.** O entendimento, firmado à luz do art. 71 da Lei 8.666/93, tem por objetivo evitar que o empregado seja prejudicado devido à inadimplência por parte da empresa que presta serviços, ainda que o tomador integre a Administração Pública direta ou indireta, e que a contratação tenha ocorrido mediante regular processo licitatório. **Agravo de Instrumento a que se nega provimento”.** (TST, AIRR – 52005/2002-900-09-00, D.J. 25/06/04)

“ÓRGÃO PÚBLICO – ANÁLISE DA MATÉRIA FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93. O art. 71 da Lei nº 8.666/93 parte em que exime a Administração Pública da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais assumidos pelas empresas que contrata, deve ser interpretado em consonância com o par. 6º do art. 37 da CF, que atribui responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público. Analisado

isoladamente, aquele dispositivo malfez os princípios de proteção ao trabalhador estampados nos arts. 1º, incisos III e IV, e 7º do Diploma maior. Mesmo sujeito a procedimento licitatório, o ente público tem possibilidade de escolher as empresas que vai contratar e se contratada mostrar inadimplente, a si serão imputáveis as culpas *in vigilando* e *in eligendo*, atraindo a aplicação do art. 927 do Novo Código Civil. Mantém-se, destarte, a responsabilidade subsidiária imposta ao Município reclamado, nos moldes da orientação jurisprudencial sedimentada na Súmula nº 331, IV, do CTST". (TRT – 15ª Reg., 4ª T, REO nº 00760-2002-017-15-00-7-São José do Rio Preto-SP; ac. nº 020441/2003; Rel. Juíza Vera Teresa Martins Crespo; j. 8/7/2003; v.u.)

Ainda que se entenda não ser cabível, nos casos de terceirização, a regra da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode negar a responsabilidade subjetiva do mesmo, na modalidade de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

A responsabilidade subjetiva é própria de qualquer pessoa jurídica, não tendo a Carta Política excluído o Estado, desta responsabilização.

A entidade estatal que firmar contrato de terceirização com empresa inidônea comete culpa *in eligendo*, pela má escolha do contratante e *in vigilando*, pela má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos.

Assim, quer em face da responsabilidade objetiva inerente ao Estado, quer em face da responsabilidade subjetiva aplicável a qualquer pessoa jurídica, as entidades estatais devem responder pelos débitos trabalhistas resultantes da terceirização.

3.4 Dispositivos legais que autorizam a terceirização

O verdadeiro marco evolutivo da terceirização, no serviço público, deita raízes no Dec.-lei 200/67, o qual, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização, nos seguintes termos:

"Capítulo III - da descentralização"

[...]

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7. 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 das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A lei 6.019/74 é aplicável em hipóteses bem rígidas de autorização de intermediação de mão-de-obra para trabalho temporário, como se verifica a redação do seu art. 2º (“Trabalho temporário é aquele 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”).

Seu art. 4º, inclusive, delimita o campo de atuação da empresa intermediadora de mão-de-obra, ao afirmar que “Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos”.

Posteriormente, a lei 7.102/83 também autorizou e regulamentou uma atividade terceirizante, ao dispor sobre os serviços de vigilância armada, uma vez que se tratava de uma hipótese de mão-de-obra muito especializada, com preparação específica para situações-limite, com o uso de armas de fogo, o que justificaria a contratação de terceiros.

Dentro desta visão de encarar o instituto da terceirização, a jurisprudência trabalhista editou a súmula 256, de 1986, com seguinte teor: “Salvo nos casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.06.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”.

Mais tarde, o Tribunal Superior do Trabalho, revisou a Súmula 256, editando a súmula 331, no final de 1993, nos seguintes termos:

“Súmula nº 331:

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade - Revisão da Súmula nº 256

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art.37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102 de 20.06.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a 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 do serviço quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.” (Res. nº 23, de 17.12.93 - DJU de 21.12.93)

O inciso I não trouxe qualquer novidade em relação à Súmula 256, então revogada pela Súmula 331. O inciso II, por sua vez, pode ser considerado mera aplicação do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, que prevê, para a contratação em serviço público, a obrigatoriedade de prévia participação e aprovação em concurso público.

O inciso III, inova a regulamentação da matéria, ao admitir a terceirização em “atividade-meio”, dificultando a ampla utilização fática do instituto, passando a tomar como parâmetro de legalidade o exercício de atividade não coincidente com a finalidade social da empresa.

O inciso IV, trouxe uma importante inovação a respeito da responsabilidade patrimonial do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas do intermediador de mão-de-obra.

3.4.1 A lei de licitação e sua aplicação

No setor público, a complexidade da questão evidencia-se em função do que dispõe a Lei de Licitação, em seu art. 71, *in verbis*:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem 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.

§ 2º a administração pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da lei 8.212, de 24/07/91.”

É necessário fazer a análise sobre a constitucionalidade de referido artigo diante das disposições contidas na Constituição Federal, mais precisamente nos arts. 1º, 37, par. 6º, 170, 173 e 193 da Constituição Federal.

3.4.2 As formas de inconstitucionalidade(s)

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem-se com os princípios e preceitos da Constituição, pois a Carta Magna de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade, quais sejam, a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas vigentes, no ordenamento jurídico de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente terão validade caso sejam compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição, já que, as que não forem compatíveis com ela são inválidas. A incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição é chamada de inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público e se manifesta pelo aspecto formal e material.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição. A material ocorre quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

3.4.2.1 A inconstitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações

Assim, passamos a discutir a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

O princípio constitucional da igualdade está estampado no "caput" do art. 5º da Carta Magna. A igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A doutrina e jurisprudência têm admitido a discriminação de pessoas, fatos ou situações, desde que haja uma justificativa racional e genérica, o que não é o caso da Administração Pública quando procede à contratação de serviços terceirizados. Não se pode dar tratamento desigual em relação aos demais contratantes de serviços terceirizados. Aliás, fere o senso comum que a Administração Pública poderia contratar empresas inidôneas (falhando assim no processo de licitação), não fiscalizá-las e, ao fim, ainda sair ilesa. A Administração Pública, como qualquer outra contratante de serviços terceirizados deve ser responsabilizada pela culpa "*in eligendo*" e "*in vigilando*".

O princípio da igualdade aplicável aos casos de terceirização no serviço público, nos termos do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não se harmoniza com o disposto nos arts. 1º, 37, par. 6º, 170, 173 e 193 da Constituição Federal.

O constituinte, no art. 173, § 1º, dispõe a aplicação às empresas públicas, sociedades de economia mista e a outras entidades que exploram atividades econômicas o mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Assim sendo, se as empresas privadas estão sujeitas à condenação subsidiária, não poderia o art. 71 da Lei n. 8.666/93 excepcionar a Administração Pública desse encargo, na medida em que a própria

Constituição Federal não o faz, sendo aplicado na terceirização no serviço público, o princípio da igualdade. O art. 71 é injurídico e inconstitucional, pois não pode livrar a Administração Pública de responsabilidade subsidiária, pois concorreu com a inadimplência dos créditos do trabalhador, pela má escolha da empresa prestadora de serviços e pela omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada.

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado⁴⁷,

[...] a resposta jurídica certamente não estaria na negativa de eficácia ao democrático e ético preceito do art. 37, "caput", II, e par. 2º, CF/88 (lançando-se no limbo da história todo o esforço de democratização e moralização da administração pública que foi incorporado pela Constituição de 1.988). A resposta estaria na garantia da observância da isonomia (art. 5º, "caput", *ab initio*, e inciso I, da CF/88) no núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios resultantes da terceirização ilícita.

Entendimento jurisprudencial:

"RESPONDE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUBSIDIARIAMENTE, nos termos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pelos créditos trabalhistas não pagos pela empresa contratada em procedimento licitatório, uma vez que o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 é inconstitucional, ante o disposto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal que a impõe" (TRT 15ª Reg., Ac. 5251/97, de 14.4.97).

Tem-se que a responsabilidade da Administração Pública é subsidiária quando a empresa prestadora de serviços descumprir com as obrigações trabalhistas, incidindo a *culpa in vigilando e in eligendo* da contratada, posto que na condição de beneficiária dos serviços executados em suas dependências deveria fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços, bem como deveria se ter informado sobre a idoneidade da empresa vencedora do processo licitatório.

O simples fato de ter havido um processo licitatório para a contratação da prestadora de serviços não exime a Administração Pública de responder, subsidiariamente, nos termos do inciso IV da Súmula 331 do C. TST. O trabalhador

⁴⁷ DELGADO, 2004, op. cit., p. 448.

contribuiu com a sua força de trabalho e não seria justo que corresse o risco de não receber os seus haveres trabalhistas, saindo ileso a Administração Pública.

Cumpra ressaltar que o disposto no artigo 71 da Lei nº 8.666/93, não se compatibiliza com o disposto nos artigos 1º, 37, parágrafo 6º, 170, 173 e 193, todos da Constituição Federal, que tem como primado o Estado democrático, a dignidade humana, a valorização do trabalho e a ordem social com o objetivo de assegurar o bem estar e a justiça social.

Entendimento jurisprudencial:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - É injurídico e inconstitucional o artigo 71 da Lei n. 8.666/93 [licitação] na parte que exime as entidades da Administração Pública da responsabilidade subsidiária, ante o disposto nos seguintes dispositivos: CF/88, artigos 37, § 6º; 5º - XXIII, 170 - III; CLT, art. 2º e Súmula n. 331, inciso IV da Súmula do TST. (Res. n. 96, de 11.9.00)” – Relator José Pitas; Proc. nº 05.253/2000 – REO.

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - LEI Nº 8.666/93 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

É inconstitucional o disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), que isenta a administração pública de qualquer responsabilidade, por colidir frontalmente com o princípio da igualdade insculpido no "caput" do art. 5º da Carta Constitucional, ante a inexistência de justificativa racional e genérica para o tratamento diferenciado em relação às demais contratantes de serviços terceirizados. Responsabilidade subsidiária reconhecida (Súmula nº 331, IV, TST)". Acórdão nº 22925/99, Rel. Samuel Hugo Lima

“ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O disposto no § 1º, do art. 71 da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública para com os encargos trabalhistas em caso de inadimplência da empresa contratada, não harmoniza com o disposto nos artigos 1º, 37, parágrafo 6º, 170, 173 e 193, da Constituição Federal, que a par de responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados, tem como primado o Estado democrático, a dignidade humana, a valorização do trabalho e a ordem social com o objetivo de assegurar o bem estar e a justiça social. A licitação apenas sugere a existência de melhor contrato e que até o momento da contratação a empresa objeto da licitação se revelava idônea. De sorte que, se houve alteração na situação econômica financeira da empresa contratada a ponto desta não cumprir as obrigações trabalhistas, há que se reconhecer à ocorrência de culpa "in vigilando", motivo pelo qual, o ente público deve responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas, pois não é razoável que aquele que contribuiu com a sua força de trabalho em benefício da coletividade fique sem receber os seus direitos. Não havendo cumprimento por parte do empregador das obrigações trabalhistas o tomador dos serviços responde de forma subsidiária, nos termos do inciso IV, da Súmula 331 do C. TST". Nego provimento. (PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 012365/1999-RE-6, Rel. Lorival Ferreira dos Santos)

Assim, temos que, em sendo aplicável aos casos de terceirização no serviço público o princípio da igualdade, o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 não se

harmoniza com o disposto nos arts. 1º, 37, par. 6º, 170, 173 e 193 da Constituição Federal, pois o conteúdo de referida lei contraria os preceitos e princípios previstos constitucionalmente, sendo materialmente inconstitucional.

CAPÍTULO 4 OS NOVOS RUMOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os instrumentos institucionais de terceirização ganham novas formas a cada dia, sobretudo no ramo da Administração Pública, haja vista a expressa obrigatoriedade de concurso público.

4.1 O Terceiro Setor

O terceiro setor, assim entendido como aquele composto por entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, e de finalidade pública, é uma zona que coexiste com o chamado primeiro setor, o Estado, e o segundo setor, o mercado. Trata-se, em suma, do desempenho de atividades de interesse público, embora por iniciativa privada. Isto porque, em muitos casos, as entidades integrantes de tal setor recebem subvenções e auxílios por parte do Estado, em decorrência de sua atividade de fomento.

A importância do terceiro setor para o desenvolvimento do País tem sido demonstrada a cada dia, vez que já se confirmou que o Estado não tem mais condições de arcar, sozinho, com o financiamento e execução de tais serviços. Cada vez mais, o Estado vem se distanciando de sua missão de garantir educação, saúde, lazer e segurança para a população, especialmente a mais carente. Para vencer essas deficiências, o Poder Público vem se unindo a parceiros que desenvolvem atividades capazes de contribuir para reduzir a exclusão social e evidenciar que somos todos socialmente responsáveis. Neste contexto, as duas mais recentes qualificações jurídicas para entidades do terceiro setor – as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – vêm à tona como uma tentativa de superação das insuficiências dos títulos anteriores, de uma forma mais consentânea com a atual realidade social brasileira.

4.1.1 Organizações Sociais (OS)

4.1.1.1 Considerações gerais

As Organizações Sociais têm seu lugar no bojo do processo que se convencionou chamar de "reforma do Estado", cujo impulso maior deu-se a partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), criado quase que, exclusivamente, para efetivar a reforma administrativa pretendida pelo Governo Federal. Um dos pontos estratégicos deste plano foi a aprovação do "Programa Nacional de Publicização", aprovado pela Lei 9.637, de 15 de Maio de 1998. Esta lei autoriza o Poder Executivo a transferir a execução de serviços públicos e gestão de bens e pessoal públicos, a entidades especialmente qualificadas, quais sejam, as Organizações Sociais.

As organizações sociais foram criadas com o objetivo de encontrar um instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão, caracterizando-se por ser uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

OS é uma qualificação que pode ser outorgada pelo Poder Público às pessoas jurídicas sem fins lucrativos que a pleitearem e cumprirem os requisitos legais para obtê-la.

Para obter esta qualificação é necessário estarem prévia, formal e juridicamente constituídas sob a forma de associação ou fundação sem fins lucrativos, conforme as regras definidas pelo Código Civil.

O vínculo entre a organização social e o Estado é feito através de contrato de gestão devendo ele discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes, sendo observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

As entidades qualificadas como OS são declaradas de interesse social e de utilidade pública, podendo a elas ser destinados recursos orçamentários e bens públicos que sejam necessários para o cumprimento do contrato de gestão.

As organizações sociais estão habilitadas a desenvolverem atividades e serviços cuja execução não seja exclusiva do Estado, como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Tem-se ainda que o inciso XXIV do artigo 24 da lei de licitações (8.666/93), que foi incluído pela lei 8.883/94, dispensa a licitação para a celebração de contrato de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

4.1.2 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

4.1.2.1 Considerações gerais

A Lei nº 9.790/99, que instituiu a qualificação Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), foi considerada uma grande inovação em relação à disciplina legal do Terceiro Setor. Espera-se que tal qualificação seja marcante e possa atender aos anseios das entidades de interesse público, do Poder Público no trato com essas entidades e da população em geral, beneficiária dos serviços por elas prestados.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, com objetivos claros de promoção da assistência social, da cultura, da educação, da saúde, do meio ambiente, do desenvolvimento econômico, do combate à pobreza, de novos modelos sócio-produtivos, de assistência jurídica gratuita, da ética, da paz, da cidadania e da democracia.

O título de OSCIPs é dado pela Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, como reconhecimento legal da atuação pública não estatal dessas entidades. A qualificação possibilita acesso a eventuais benefícios e incentivos governamentais. Para que haja a transferência de recursos públicos para as organizações da sociedade civil, é necessário assinar um Termo de Parceria - instrumento jurídico de fomento e de gestão - previsto na lei que criou as OSCIPs.

O referido termo de parceria é um instrumento jurídico firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como OSCIP que rege e regula a parceria estabelecida, discriminando direitos, responsabilidades e obrigações das partes.

As pessoas jurídicas que desejarem obter esta qualificação deverão estar prévia, formal e juridicamente constituídas sob a forma de associação ou fundação sem fins lucrativos, conforme as regras definidas pelo Código Civil.

Em relação às OSCIPs, não há legislação dispensando o processo de licitação, ao contrário do que ocorre com as OS.

4.1.3 OS e OSCIPs – análise comparativa

Percebe-se que as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, para além da denominação, possuem muitas semelhanças, a ponto mesmo de confundi-las. Ora, ambas são pessoas jurídicas de direito privado, possuem as mesmas limitações genéricas, atuam na mesma seara, perseguem objetivos muito próximos, e se beneficiam de íntima relação com o

Estado, notadamente através de repasses públicos. Entretanto, as organizações em tela não se confundem, tanto assim que a Lei das OSCIP proíbe tal concessão a uma entidade já qualificada como OS. Assim, necessário se faz destacar as principais peculiaridades que apartam uma da outra, a fim de definir o real papel e vocação de cada uma.

De início, cabem algumas considerações sobre o regime jurídico das entidades. É certo e pacífico que ambas são pessoas jurídicas de direito privado, e isso não será aqui problematizado. O que se aventa é o caminho, por assim dizer que tais entidades percorrem até obter sua qualificação.

Pode-se afirmar que as OSCIP são uma publicização do privado, e as OS, ao revés, são uma privatização do público. As Organizações Sociais, são entidades criadas, via de regra, por iniciativa do Poder Público, com o específico propósito de absorver órgãos extintos.

Por outro lado, As OSCIP tornam claras as tendências de levar os conceitos de Direito Público ao campo tradicional do Direito Privado, suas relações e sujeitos. É de se notar que são entidades criadas por iniciativa da sociedade, que se organiza, funda uma entidade, e busca uma qualificação, que a credencia a estabelecer uma parceria com a Administração pública, na realização de atividades de cunho social. A materialidade dessas considerações decorre de uma tendência atual de aproximação entre os campos da tradicional dicotomia do Direito.

Outra dissonância entre as entidades em comento é o instrumento que traduz o vínculo entre a organização e o Estado. Para as OS, o Contrato de Gestão; para as OSCIP, o Termo de Parceria. Para as Organizações Sociais, o Contrato de Gestão é o fundamento básico de sua existência, pois, como já dito, sua principal finalidade é absorver órgãos públicos extintos. Destarte, a entidade, na prática, já nasce como Organização Social, e, conseqüentemente, com o Contrato de Gestão, sem o qual sua existência perderia o sentido. Já quanto às OSCIP, a Lei trata de Termo de Parceria, que, nos termos do art. 9º da Lei 9790/99, "*é passível* de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público". Ou seja, não há obrigatoriedade na celebração; trata-se de um instrumento para substituir os morosos e burocráticos

convênios por um instrumento mais moderno e ágil, na relação do Terceiro Setor com o Estado.

Em relação aos objetivos sociais, os das OSCIP são mais amplos, atuando em mais áreas, enquanto as OS possuem campo mais restrito. Isto decorre da própria origem das Entidades, já que as OSCIP nascem da iniciativa da sociedade, sem tantas amarras, enquanto as OS, criadas para substituir um órgão público, de regra irão ater-se às atribuições daquele órgão. Esta tendência reflete nas leis que regem as entidades em apreço. Ainda decorrendo deste particular, vê-se que as OSCIP possuem um regramento rígido, porém, mais genérico que as OS, que, por sua vez, possui uma regulação que desce à própria organização da entidade, estipulando regras sobre o funcionamento dos órgãos internos, deliberações obrigatórias, composição do Conselho de Administração, dentre outras.

No corpo diretor das entidades revela-se outra marca distintiva: nas OS, o Conselho de Administração deve contar, obrigatoriamente, com representantes do Poder Público e da Sociedade, em uma proporção bastante elevada em relação ao número de sócios, que, ao fim, são minoria no processo decisório da entidade. Isto reforça a teoria de que as OS foram criadas para ser um "braço" do Estado, imune à rigidez do regime jurídico de Direito Público, o que pode levar a entraves constitucionais. Já nas OSCIP, o corpo decisório é normalmente formado pelos sócios, segundo determina o Estatuto.

4.1.4 A adoção, na prática, das OS e das OSCIPs

O terceiro setor foi criado com o intuito de ajudar a mudar o futuro do Brasil. Entretanto, mais uma vez, podemos notar, na prática, a “terceirização à brasileira”, com o desvirtuamento da finalidade da lei.

A adoção de organizações sociais e das organizações de sociedade civil de interesse público social, pelo poder público tem sido muito utilizada no ramo da saúde, da educação e da segurança, através de contratos de gestão para as OS

e de termos de parceria para as OSCIPS, com vistas de formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades.

É preciso fazer uma análise do contrato para verificar o atendimento ao interesse coletivo e a conformidade com os princípios e regras da Constituição da República.

A área da saúde é a que vem mais se utilizando deste subterfúgio, sendo citada, como exemplo.

A Constituição de 1988 inseriu, expressamente, o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais (art. 6º), dispondo ainda que “é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (art. 196)

A prestação de serviços de promoção do direito à saúde é, portanto, responsabilidade do Estado, compartilhada por todos os entes federativos, conforme estabelecido no art. 23, inciso II (competência material comum).

Ainda em seu artigo 198 dispõe que o dever estatal com a saúde seria desincumbido através do Sistema Único de saúde (SUS), sendo este, implementado para o cumprimento do dever estatal de promoção do direito à saúde.

A Constituição de 1988, não só reconheceu a saúde como direito fundamental, como desde logo definiu que a prestação dos serviços públicos pertinentes ocorreria dentro de uma política pública única, que seguiria regras constitucionais e normas legais estipuladas em lei federal.

Assim, o serviço público de saúde deve ser prestado diretamente pelo poder público, pois o artigo 199 da Lei Fundamental trata da participação da iniciativa privada na área da saúde, de forma complementar.

Nestes termos é o artigo 199, *caput* e par. 1º:

Art. 199 – A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Par. 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Assim, o constituinte reconheceu que as instituições particulares podem participar do SUS quando indispensável para satisfazer as necessidades sociais. Esta participação somente se pode dar em caráter complementar. Logo, toda e qualquer tentativa de investir a iniciativa privada no papel de protagonista confronta com o texto constitucional.

Neste sentido, é o entendimento de Marlon Alberto Weichert⁴⁸:

Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência a toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde. Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público.

[...]

Em tendência diametralmente oposta ao vetor constitucional, porém, algumas administrações públicas têm investido na *terceirização* ao setor privado dos seus próprios serviços. Ou seja, o Estado não só deixa de investir na ampliação da rede própria, como se demite do serviço que já vinha executando. Dupla inconstitucionalidade.

A maneira como vem sendo utilizada a terceirização através das OS e das OSCIPs deve ser veementemente combatida. O que se verifica, na prática, como é o caso, por exemplo, da tentativa do Município de São Paulo na edição da Lei nº 14.132/06, é uma verdadeira privatização do público, contrária aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.

⁴⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 199-200 (destaque do autor).

A saúde é livre à iniciativa privada que, mesmo fora do Sistema Único de Saúde (SUS), também exerce serviços de relevância pública, mas não é possível, face às regras vigentes, aos Estados transferirem a gestão, a gerência e a execução de serviços públicos de saúde de hospitais ou unidades hospitalares do Estado para a iniciativa privada, como se tem pretendido com a utilização das organizações sociais e das organizações de sociedade civil de interesse público.

Tem-se ainda, que a dispensa de licitação em qualquer caso, seja para a escolha de parceiros para o SUS, com exceção de casos especialíssimos de entidades filantrópicas (que atuarão não com a capacidade instalada do Estado, mas com seus próprios prédios e meios), seja para compra de material ou subcontratação, é ilegal e fere a Constituição.

A terceirização elimina licitação para compra de material e cessão de prédios, concurso público para contratação de pessoal e outros controles próprios do regular funcionamento da coisa pública. E pela ausência de garantias na realização dos contratos ou convênios, são inevitáveis os prejuízos ao Erário Público.

Hoje se assentam em expressos comandos constitucionais - já que a Constituição da República de 1988 tratou de prescrever - a obrigatoriedade da licitação, salvo em situações excepcionais. A ordem vigente também estabeleceu princípios informativos da atuação administrativa como um todo.

Diz, de maneira cristalina, o artigo 37 da Constituição da República:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As exigências constitucionais tornam obrigatórias, portanto, não somente à realização do procedimento formal da licitação, como também que ele

seja realizado com perfeita obediência aos princípios norteadores da Administração Pública, valores que o povo fez consignar nas Cartas Políticas da União e dos Estados.

O princípio da finalidade, destaca-se, em face desse primado, pois é clássico dizer que os atos da Administração estão sempre vinculados ao desejado pelo interesse público, sob pena de invalidação, por desvio de finalidade.

De sua aplicação decorre, ainda, a certeza de que, no confronto entre o interesse do particular com o interesse da Administração, desde que ambos se encontrem escorados legitimamente, o segundo haverá sempre de imperar. É a supremacia do interesse público sobre o privado.⁴⁹

Assim, para a gestão pública exige-se a satisfação de princípios cogentes, que vinculam a atuação do administrador e do particular que, por desejo próprio, resolve firmar negócio jurídico com a Administração.

Disso resulta o dever de contratar após a realização do procedimento formal de licitação, que, por seu turno, deve atender a outros preceitos e a valores constitucionais, bem como aqueles presentes na legislação infraconstitucional.

A realização do certame licitatório na forma preconizada na lei visa a garantir a moralidade administrativa, eficiência e economicidade, assim como a impedir preferências a qualquer empresa ou particular que venha a participar dos negócios da Administração Pública, o que não vem ocorrendo, na prática com a contratação por intermédio das OS e das OSCIPS.

Por isso que, também, surge ao interessado em contratar com o Poder Público, o dever de agir, na elaboração de sua proposta, com lisura capaz de evitar prejuízo ao erário. É o princípio da moralidade que vincula não somente a Administração, mas também todos aqueles que, eventualmente, venham com ela contratar.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 8.

4.2 Consórcios intermunicipais

4.2.1 Considerações gerais

A lei nº 11.107 de 2005, dispõe sobre a contratação de consórcios públicos, os quais podem adquirir personalidade jurídica de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções e de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes, da Federação, consorciados.

No caso de revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Os consórcios intermunicipais são entidades que reúnem diversos Municípios de uma mesma Região para realização de ações conjuntas. Possui personalidade jurídica, estrutura de gestão autônoma e orçamento próprio, visando a potencializar ações regionais voltadas ao desenvolvimento.

Organizados, os consórcios visam a estimular as lideranças regionais a discutirem as ações de seus interesses; a identificarem as cadeias produtivas: rurais e urbanas; a desenvolverem programas e projetos de interesse da região; a executarem ações conjuntas de interesse regional nas diversas áreas de interesse; estabelecerem convênios com Estado, União e Organizações não-governamentais.

O consórcio intermunicipal vai constituir-se sob a forma jurídica de associação civil de direito privado, sem fins lucrativos e reger-se-á pelas normas da legislação pertinente, com a finalidade de representar o conjunto dos municípios que o integram, em assuntos de interesse comum.

A participação dos municípios no consórcio deve ser precedida de lei municipal específica que defina a forma da gestão consorcial e a representação do ente federado nos atos executivos do consórcio, pois o contrato de consórcio deve dispor sobre os objetivos a serem alcançados, os direitos e obrigações dos consorciados, as penalidades face ao descumprimento das cláusulas obrigacionais e, ainda, sobre a regulamentação da entidade gestora ou competência do Município administrador, inclusive no que tange à contratação emergencial de pessoal.

No caso da administração do consórcio por município partícipe, o contrato de consórcio deverá dispor a quem compete a autorização para contratar emergencialmente, se àquele município ou se ao Conselho de Prefeitos. A competência para a contratação será naturalmente única do município administrador, uma vez que o Conselho de Prefeitos não possui personalidade jurídica.

O pessoal arregimentado para o consórcio deverá ser contratado pelo regime laboral, após aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, ou cedido, respeitados os pressupostos da legislação do município consorciado cedente.

Em relação ao quadro de pessoal do consórcio, administrado por entidade privada, deverá constar do estatuto respectivo, e poderá conter empregos de confiança, de livre contratação e demissão, os quais não constituem objeto de exame pelos Tribunais de Contas, para fins de registro.

No caso de ser a administração consorcial realizada mediante pessoa jurídica de direito privado, a qual será competente para a contratação e para contratação emergencial, com fundamento no contrato de consórcio, nas leis que autorizaram a participação dos municípios no ajuste e, naturalmente, segundo o seu estatuto.

Os consórcios são geridos por recursos públicos, neles incidindo não só os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, publicidade e eficiência, como, conseqüentemente, os controles públicos traduzidos nos princípios constitucionais que instituem o concurso público

para admissão de pessoal, o procedimento licitatório para compras e obras e contratação de serviços, a prestação de contas aos Tribunais de Contas.

4.3 O caminho percorrido pela terceirização

A terceirização foi introduzida na Administração Pública como instrumento de modernização. Havia um honesto propósito, definido pelo Decreto Lei 200/67, quando foi conferida ao administrador a prerrogativa de terceirizar serviços e de descentralizar a execução de programas de governo: o da conveniência administrativa.

Inicialmente, ela previa a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, por empresa interposta, dita prestadora de serviços.

Com o passar do tempo, foram criando-se instrumentos institucionais de terceirização, como é o caso das cooperativas de trabalho, das organizações sociais, das organizações de sociedade civil de interesse público. Surgiram, ainda, os consórcios intermunicipais, tudo visando a regular a terceirização, no setor público.

O caminho percorrido pela terceirização na administração pública, na prática, tem-se mostrado como forma de contratação intermediária de mão de obra, visando a burlar a legislação trabalhista e limitar a oportunidade de trabalho para apadrinhados de gestores e auxiliares da Administração.

Assim em todas as formas institucionais, necessário se faz a verificação das reais condições de trabalho, não podendo ser apenas mais um meio utilizado como expediente para reduzir custos a qualquer preço, em que especialização e qualidade são retóricas vazias, com a conseqüente degradação do trabalhador.

4.4 Novas tentativas de mascarar a fraude

4.4.1 Os agentes comunitários de saúde

O exercício da atividade profissional do Agente Comunitário de Saúde deve observar a Lei nº 11.350/2006, que regulamentou a profissão de Agente Comunitário de Saúde, já que o mesmo realiza atividade de prevenção de doenças e promoção da saúde sob a supervisão do gestor local do SUS (a Secretaria Municipal de Saúde).

O agente comunitário de saúde presta os seus serviços ao gestor local do SUS, sendo o município o responsável por sua remuneração.

O primeiro parágrafo acrescentado pela Emenda nº 51/2006 ao artigo 198 da Constituição Federal determina que os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

Vale ressaltar que processo seletivo público não é concurso público.

A essência do novo parágrafo constitui-se na possibilidade de contratação de servidores públicos temporários contratados, excepcionalmente, para as funções de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate às endemias.

Deste modo, a inserção do agente comunitário de saúde no serviço, por meio do vínculo de trabalho indireto, embora esteja prevista na Lei nº 11.350/2006, deve ser veementemente combatida, pois esse profissional executa atividade finalística do Estado. Assim, a sua inserção no serviço deve observar a regra contida no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, qual seja, o concurso público para o exercício de cargo efetivo ou emprego público como única forma de ingresso no serviço público.

4.4.2 O novo trem da alegria

Tramita no Congresso Nacional emenda que efetiva servidores públicos não concursados com mais de dez anos de efetivo serviço público.

A Constituição de 1988 estabeleceu a obrigatoriedade de concurso público para o ingresso nas carreiras públicas. A constituinte preocupou-se com a regra do concurso pois ela garante direitos iguais de acesso, a qual é moralizadora e impede o apadrinhamento, comum em nossa tradição.

O que seria uma exceção alcançou proporções extravagantes. Acresce a isso o fato de haver inúmeras contratações temporárias prorrogadas, indefinidamente.

Há no país, centenas de milhares de servidores contratados após a Carta Magna de 1988, sem o devido concurso público, estando em situação irregular e ferindo os princípios da moralidade administrativa.

Tentando resolver essa situação irregular, há um projeto de lei para tentar regularizar a situação de milhares de pessoas que estão irregulares, o que tem gerado questionamentos infundáveis.

Mais uma vez, busca-se um “jeitinho brasileiro” para tentar solucionar o problema, mas no presente caso, infelizmente, a irregularidade tomou proporção tamanha, tornando-se impossível remediar.

É preciso que se alerte ao conjunto dos servidores públicos e à sociedade em geral que existe um risco muito grande de demissão em massa e paralisação de serviços públicos essenciais, justamente porque, em todos estes anos, o Governo foi incapaz de realizar um processo de regularização da situação dos temporários, bem como foi incapaz de corrigir as irregularidades nas contratações, sem concurso público.

Há no cenário atual, mais uma fraude perpetrada ao longo dos anos e que, o povo brasileiro terá de ceder às diretrizes do novo projeto e deixar o trem da alegria passar.

4.5 Necessidade de reparação da terceirização ilícita

Para a classe trabalhadora, as conseqüências do processo de modernização produtiva são cada vez maiores, resultando na substituição do trabalho humano por máquinas de comando numérico, na realocação de unidades produtivas, nas mudanças na composição e no perfil da classe trabalhadora, na individualização das relações de trabalho, na precarização dos vínculos trabalhistas, no desemprego estrutural, no aumento do mercado informal de trabalho e na terceirização.

Manoel Castão Blanco⁵⁰, faz acerbadas críticas às várias formas pelas quais a terceirização tem sido realizada: empresas que são criadas pelo próprio grupo econômico, emprego de mão-de-obra temporária, emprego de estudantes estagiários, franquias e, finalmente, a real contratação de terceiros.

Para Blanco, todos estes procedimentos adotados significam a transgressão de leis sobre tributos trabalhistas, ao que conclui dizendo: “Aquela terceirização cuja finalidade é fraudar o contrato de trabalho, e que deve ser veementemente combatida, volta-se diretamente contra o trabalhador, da forma como vem sendo implantada.”

Dos efeitos destas terceirizações, pode-se enumerar como principais:

1. a diminuição de salários, porque empresas terceiras obtêm lucro do trabalho alheio;
2. a redução dos empregados, com a conseqüente diminuição dos empregados da categoria atingida;
3. o desrespeito às conquistas dos trabalhadores;
4. a frustração das normas coletivas de trabalho, em favor dos empregadores.

⁵⁰ BLANCO apud OLIVEIRA, Marco Antônio (Coord.). **Terceirização**: estruturas e processos em xeque nas empresas. São Paulo: Nobel, 1994. p. 137-138.

É inegável a tendência à horizontalização na produção. Isto não significa desrespeito à lei e nem torna mais precária a situação do trabalhador. Mas, as empresas vêm, na contratação temporária, uma brecha para tornar a produção mais flexível, mais competitiva, reduzindo, obviamente, os encargos sociais sobre a mão-de-obra e não adequando sua planilha de lucro à realidade do mercado, o que nada tem a ver com o espírito da lei.

Um comentário sobre terceirização publicado pelo *Jornal Trabalhista*, de Brasília, diz ainda:

Com a terceirização, as grandes empresas procuram se defender de um 'gigantismo' que identificam com a ineficiência. Existe, porém, um outro objetivo que não é afirmado pelos empresários e gerentes, mas que é evidente, isto é, o combate às organizações e conquistas sindicais, a desestruturação da identidade e da unidade entre os trabalhadores, e o controle da produção e do trabalho através de uma ampla rede de cooperação empresarial.⁵¹

A situação é ainda pior quando o feixe de fornecimento de mão-de-obra amplia-se e o fenômeno da terceirização transforma-se em quarteirização, ou seja, uma empresa contrata a outra empresa para a execução do serviço e esta, por sua vez, contrata uma outra, acentuando, por óbvio, a lógica perversa da precarização.

Jorge Luiz Souto Maior⁵², enfatiza que:

[...] sob o prisma da realidade judiciária, percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente, já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dado a razoável incidência desta situação, passou a ser a Justiça do 'ex-empregado de alguém, só não se sabe de quem'. Aliás, este alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, desaparece.

⁵¹ TERCEIRIZAÇÃO, arma contra o movimento sindical? **Jornal Trabalhista**, Brasília, DF, v. 9, n. 418, p. 903-905, 1992. (destaque do autor).

⁵² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 11, p. 1311-1312, nov. 2006. (destaque do autor)

Diz ainda o autor que:

[...] há ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio-ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados não se integram às CIPAs e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhes são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio-ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a um segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.

Convém lembrar que as fraudes nas relações de trabalho é uma preocupação antiga. O Tratado de Versalhes, de 1919, consagrava que “o trabalho não há de ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio”. No Brasil, o artigo 9º. da CLT, explicita que: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

São tantas as tentativas de burlar os direitos dos trabalhadores, que é necessária uma intervenção de toda a sociedade para que não só se reduzam estas fraudes, como também que os atos ilícitos delas advindos, sejam transformados em atividades de altíssimo risco a ponto de não torná-los atrativos por meio de ações judiciais que comprovem a irregular utilização de mão-de-obra nas terceirizações ilícitas, falsos estagiários e cooperativas fraudulentas. Com as fraudes perdem os trabalhadores, perdem as empresas cumpridoras de todas as ordens legais, perde o Estado, enfim, todos perdem quando o ordenamento legal é desrespeitado.

4.5.1 O papel das Entidades Estatais:

No Brasil, em termos de terceirização, em muitos casos, o que se desenvolveu foi apenas uma “intermediação de mão-de-obra”, que não está ligada à técnica alguma de produção.

Para combater este quadro perverso, as Entidades Estatais, dentre elas cabe destaque especial para o Ministério Público do Trabalho, não têm medido esforços, atuando em três frentes distintas: falsas cooperativas, estágios irregulares e terceirização ilegal.

No Piauí, o Ministério Público do Trabalho, somente no ano de 2005, instaurou 88 inquéritos para apuração de fraudes, nas relações de trabalho. De acordo com informativo da Procuradoria Regional do Trabalho da 22^a. Região⁵³,

A fraude através de “estágios” chega a situações absurdas. Registrou-se o caso de uma empresa do setor lojista em que todos os empregados eram “estagiários”. Instituições de ensino superior e empresas “especializadas” em “fornecimento de estagiários” também são investigadas por essa prática irregular pelo MPT, cuja atuação resultou até em condenação de uma empresa que fraudava relações de emprego.

Diz ainda o referido informativo, que:

Graças a uma ação civil pública proposta pelo MPT, representado pelo Produtor João Batista Machado Junior, a companhia telefônica Telemar foi condenada pelo Tribunal Superior do Trabalho a registrar como seus, em livro próprio e na CTPS, retroativamente à data de admissão, cada um dos trabalhadores que lhe prestaram serviços de natureza empregatícia, mas sob o manto do estágio, bem assim a pagar todos os direitos trabalhistas pertinentes. A mesma decisão foi tomada em relação aos trabalhadores terceirizados que prestaram serviços não eventuais e típicos de atividade-fim à companhia.

Além de sentenciada a assinar as carteiras de trabalho dos antigos estagiários, a companhia telefônica não mais poderá promover a terceirização irregular e fraudar as relações de emprego com uso de estagiários.

Muito embora atitudes louváveis como esta estejam multiplicando-se pelo Brasil afora, há ainda um longo caminho a ser percorrido pelas Entidades Estatais para a erradicação da terceirização ilícita. E neste caminho, precisa-se, primeiramente, “fazer a lição de casa”, o que se explica na perspectiva de que o próprio Judiciário ainda se utilize, e muito, desta prática inconstitucional e imoral.

⁵³ MPT combate mais intensamente as fraudes nas relações de emprego. **Boletim da Procuradoria Regional do Trabalho da 22^a Região**, Teresina, n. 3, p. 3, mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/numero03.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2007. (destaque do autor).

Tem-se, expressamente fixados, na Constituição, os requisitos mencionados para a execução de serviços públicos: impessoalidade; publicidade; moralidade; acesso amplo; concurso público; tudo para evitar os defeitos por demais conhecidos do favorecimento, do nepotismo e da promiscuidade entre o público e camadas mais privilegiadas do setor privado.

Resulta desses dispositivos que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. Nestes termos, a contratação de pessoas, para prestarem serviços à Administração, por meio de licitação fere o princípio do acesso público. Assim, se, por exemplo, algum município quiser contratar um servidor, deverá fazê-lo mediante realização de concurso público de provas e títulos, que será acessível a todos os cidadãos, respeitados os requisitos pessoais exigidos em termos de qualificação profissional, por acaso existentes e justificados em razão do próprio serviço a ser realizado. Ao se entender que o mesmo município possa realizar esse mesmo serviço por meio de uma empresa interposta, estar-se-á, simplesmente, dando uma rasteira no requisito do concurso público e mais, permitindo o favorecimento de uma pessoa jurídica, que, no fundo, estará recebendo dinheiro público, sem uma justificativa para tanto.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior⁵⁴,

[...] fácil verificar, também, o que se passa nos entes administrativos por este Brasil afora com a prática da terceirização. Os 'terceirizados', que, no geral, são vigias, copeiros, auxiliares de limpeza, garçons, estão sempre inseridos na lógica cotidiana das atividades da administração e, conseqüentemente, subordina-se à dinâmica que lhe é natural, mas são tratados de forma preconceituosa, como cidadão de categoria inferior, que estão ali prestando serviços, por favor, da empresa prestadora. São elementos descartáveis e com relação aos quais sequer alguma espécie de atenção precisa ser dada, a não ser para algum ato de caridade. Ao final do contrato, firmado entre o ente público e a empresa tomadora, os terceirizados são dispensados, *ad nutum*, não recebem seus direitos e para tentar fazer valer os são obrigados a se submeter a um longo percurso na via processual, tendo, ainda, que suportar o ente público dizendo, em audiência, que nada tem a ver com tal situação, arrotando o § 1º do art. 71, da Lei n. 8.666/93 e valendo-se dos privilégios processuais que a legislação, também de forma inconstitucional, lhe confere.

⁵⁴ MAIOR, 2006, op. cit., p. 1317.

Na contra-mão destes caminhos percorridos por parcela significativa de Entidades Estatais, há que ser ressaltado, como dissemos no início deste tópico, a atuação do Ministério Público do Trabalho, que em sua vasta área de atuação, tem respaldado suas ações, nos princípios fundamentais estabelecidos nas normas da Organização Internacional do Trabalho.

Nas palavras da Procuradora Geral do Trabalho, Sandra Lia Simon⁵⁵, durante palestra no Fórum Internacional dos Direitos Humanos e Sociais, “Como guardião dos direitos humanos decorrentes das relações do trabalho, os princípios fundamentais da Organização Internacional do Trabalho se confundem, no Brasil, com as metas institucionais prioritárias do Ministério Público do Trabalho”, e enfatizou ser o norte da atuação institucional do MPT, a busca da dignidade do trabalhador. Para a Procuradora Geral, “a dignidade deve ser vista como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais comuns à espécie humana.” Sandra Lia Simon, conclui, que “eventuais mudanças no plano jurídico e das relações de trabalho não devem resultar de supressão de prerrogativas do trabalhador.”

Conclui-se, portanto, que cabe a todos os que compõem a sociedade, sobretudo às Entidades Estatais e às pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição, mesmo que isto se faça para a defesa do direito de outras pessoas, abstratamente consideradas, pois, do contrário, mais tarde, não se terá o argumento da constitucionalidade para se proteger de alguma agressão aos direitos fundamentais.

4.5.2 O papel dos Sindicatos

Os Sindicatos, inegavelmente, ojerizam as terceirizações. Sabemos disso pelos depoimentos que sindicalistas e outras pessoas ligadas ao movimento

⁵⁵ SANDRA Lia: MPT e OIT tem identidade de objetivos. **Notícias do Tribunal Superior de Trabalho**, Brasília, DF, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/ABRIL/1604/JURISPRUDENCIA/J02.htm>>. Acesso em 2 ago. 2007.

sindical fazem a respeito – e sua argumentação mostra, claramente, porque rejeitam terceirizações.

Com efeito, não têm mesmo porque concordar com as medidas de terceirizações tomadas pelas empresas, uma vez que tais medidas têm efeitos, particularmente importantes, sobre as estratégias adotadas pelos sindicatos e, a longo prazo, ameaçam até mesmo sua sobrevivência.

Basicamente, são três os principais efeitos negativos das terceirizações sobre a atuação dos sindicatos, a saber:

1. uma terceirização reduz, em alguma medida, o contingente de empregados da empresa, quer dos sindicalizados, quer dos sindicalizáveis da categoria;
2. uma terceirização feita à revelia do sindicato põe em risco a credibilidade dos dirigentes sindicais perante os empregados da empresa, aumentando a possibilidade de sua substituição nas eleições seguintes;
3. as terceirizações feitas sem consulta ao sindicato enfraquecem-no como entidade representativa dos empregados, reduzindo suas chances de influenciar nas decisões internas da empresa que afetem os empregados.

O corte de empregados da empresa (e, por conseguinte, a redução do número de indivíduos ali baseados, sobre os quais o sindicato poderia ter controle) é uma óbvia consequência da terceirização. Alguns diriam que, mesmo assim, não há normalmente uma redução da quantidade de empregos, uma vez que as empresas que terceirizam, costumam negociar com a firma contratada para o serviço, a admissão dos empregados que a contratante venha a dispensar.

No entanto, mesmo quando são imediatamente recontratados pelo terceiro, em razão de acordo com o ex-empregador, no que concerne aos interesses do sindicato a que pertencem os empregados da empresa que terceiriza, os ex-

empregados, provavelmente, se enquadrar-se-ão, agora, em alguma outra categoria profissional, regida por outro sindicato.

As centrais sindicais defendem que a terceirização é injusta com os trabalhadores e defendem que os trabalhadores terceirizados tenham os mesmos direitos daqueles ditos “efetivos”. Para Eleno Bezerra, Presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo⁵⁶, "Os trabalhadores terceirizados ganham a metade dos salários de um metalúrgico e não têm benefícios. O único objetivo (das empresas), com isso, é ganhar dinheiro", ataca o presidente do Sindicato. Segundo ele, um metalúrgico que sofre um acidente de trabalho tem estabilidade empregatícia por parte da empresa até a sua aposentadoria. "O que não ocorre com um trabalhador terceirizado. Neste caso, ele perde o emprego e terá que ficar brigando no INSS para ver se vai ter auxílio-doença ou não", acrescenta.

Na esperança de minimizar exemplos como estes, está em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 1.621/07 para regulamentar as terceirizações, formatada com as propostas apresentadas pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), para a qual, o “objetivo primordial de uma lei que regulamenta a terceirização, é restringir os processos que levam a esta prática, e ao mesmo tempo, combater a precarização das relações de trabalho.”⁵⁷

No referido Projeto de Lei, a participação efetiva dos Sindicatos estará assegurada através dos artigos 4º, 11º e 12º, que estabelecem:

Art. 4º A empresa que pretenda terceirizar serviços informará ao sindicato respectivo da sua categoria profissional, com no mínimo seis meses de antecedência, sobre os projetos de terceirização.

§ único. No ato de comunicação dos projetos, a empresa deverá fornecer ao sindicato da categoria profissional, dentre outras, as seguintes informações:

I – os motivos da terceirização;

II - os serviços que pretende terceirizar;

III – o número de trabalhadores diretos e indiretos envolvidos na terceirização;

IV – a redução de custos pretendida;

⁵⁶ BEZERRA apud FRANÇA, Pedro Henrique. Sindicalistas criticam terceirização nas empresas. **Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 fev. 2007. Economia. Disponível em:

<http://www.fetraconspar.org.br/informativos/2007/620_27_02_07.htm#11>. Acesso em: 2 out. 2007.

⁵⁷ TERCEIRIZAÇÃO é um dos eixos da campanha salarial dos bancários. 25 jul. 2007. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1752&Itemid>. Acesso em: 2 ago. 2007.

V – os locais de prestação dos serviços;

VI – que prestadoras pretende contratar para executar os serviços, exceto empresas de economia mista, por terem regulamentação própria.

[...]

Art. 11. Será assegurado aos sindicatos das categorias profissionais representarem os empregados administrativa e judicialmente, na qualidade de substituto processual, com o objetivo de assegurar o cumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 12. Será constituída Comissão formada por representantes das empresas prestadoras, contratadas e sindicatos de trabalhadores para acompanhamento dos contratos de prestação de serviços.⁵⁸

Este Projeto de Lei tem como objetivo a definição da terceirização, assegurando a dignidade no trabalho, com base nas experiências vividas pelos trabalhadores e dirigentes sindicais.

No Brasil, não existe uma legislação específica que regule a terceirização. A Súmula 331 do TST é hoje a principal referência jurídica no assunto. A referida Súmula estabelece que a contratação de mão-de-obra por empresa interposta é ilegal, à exceção do trabalho temporário, serviço de vigilância, conservação/limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio da tomadora. Entretanto, cabe dizer que as decisões judiciais são contraditórias quanto à sua interpretação.

Nos últimos anos, a terceirização tem avançado das atividades de apoio para áreas, habitualmente, relacionadas à atividade principal da empresa. A suposta redução de custos tem sido acompanhada muitas vezes de diversos problemas trabalhistas, entre os quais: redução de postos de trabalho; redução de remuneração e benefícios, incremento de jornadas; insalubridade; aumento de acidentes de trabalho; redução fraudulenta de custos, com a subordinação direta e pessoal do empregado terceirizado à empresa contratante; ausência de responsabilidade subsidiária e solidária da empresa contratante, entre outros.

Muitos avanços, no combate à terceirização ilegal, estão se concretizando, tanto no âmbito das Entidades Estatais como no âmbito dos Sindicatos, que têm papéis fundamentais para garantir o cumprimento do princípio

⁵⁸ SILVA, Vicente Paulo da. **Projeto de Lei n. 1621/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/483435.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

constitucional da dignidade da pessoa humana nas relações, sempre conflituosas, do mundo do trabalho.

É imprescindível, dentro da democracia, a existência de forças sociais que apontem erros, condenem o mal feito e tenham a justiça para aplaudir o certo e o bem feito. Nesse aspecto, as lutas representativas do Ministério Público do Trabalho, dos Sindicatos e Centrais Sindicais, como apresentadas, não são pequenas. Ao contrário, são um grande passo na busca para extirpar do meio-ambiente do trabalho a terceirização ilegal e assegurar que as garantias fundamentais insculpidas nos princípios da Organização Internacional do Trabalho tenham aplicação e alcance objetivo à toda coletividade de trabalhadores brasileiros.

4.5.3 Modernização e retrocesso

A terceirização pode e deve ser defendida como um meio de desverticalização, fixação de esforços gerenciais no produto principal, busca de melhoria contínua da qualidade, produtividade e competitividade.

Entretanto, não podemos ficar alheios e inertes aos efeitos funestos que o processo pode causar ao trabalhador, tais como desemprego, redução salarial, perda de benefícios e sonegação de encargos sociais, sobretudo na esfera da administração pública em que é de grande relevância a contratação por meio de concurso público.

Em termos de administração pública, o que ocorreu, concretamente ao longo da década de 90, foi o dramático aumento da despesa com contratos de serviços, sem contar que os editais de licitação, muitas vezes, são “direcionados” ao futuro contratado.

A julgar por tantas notícias de fraudes que inundam todos os dias o noticiário, é bem provável que elas continuem a acontecer, não pairando dúvidas de

que essa promiscuidade, no relacionamento com prestadores de serviços, abre as portas para a corrupção.

Há uma variedade de atividades que o Estado pode dirigir sem que as execute, diretamente. Entretanto, nem todas as tarefas materiais acessórias podem ser terceirizadas, principalmente se, na estrutura administrativa do Poder Público, existirem cargos criados para atendimento àquelas necessidades. Nesses casos, tais atividades devem ser prestadas exclusivamente por servidores de carreira, na forma da lei.

Não podemos esquecer que, muitas vezes, a terceirização em se tratando de serviços públicos, é utilizada para satisfazer interesses de apadrinhados políticos.

Deste modo, a Administração Pública sofre limitações, tanto legais, quanto de outros princípios inerentes à atuação do Poder Público, como o princípio da eficiência, moralidade, dentre outros.

A decisão pela terceirização deve pautar-se por uma série de estudos, quanto à existência de cargos correspondentes às atividades que se pretenda terceirizar e que concluam que a execução por particulares é vantajosa ao interesse público.

A terceirização só faz sentido quando não desrespeita a criação de empregos. Jamais será, socialmente, digna se causar desemprego, mormente em um país como o nosso, em que há um altíssimo nível de cidadãos aptos para o trabalho, desempregados e com milhares de jovens capacitando-se para o trabalho, anualmente.

Necessário é trazer para a terceirização a noção de justiça, como um alvo a ser atingido pelo direito como instrumento, como um valor a ser protegido, resgatando a dignidade do trabalhador.

O que não se pode deixar é que a terceirização seja utilizada para fraudar os direitos dos trabalhadores, contribuindo para a perpetuação das

injustiças, tornando-se cada vez mais perversa, o que, em última análise, acaba gerando o fim da própria terceirização.

CONCLUSÃO

Vivemos no Brasil e na maior parte do mundo, tempos de grandes mudanças, sobretudo, no Direito do Trabalho as referidas mudanças são determinadas por vários fatores, sendo que a produção não mais se faz, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo a terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização surge como uma técnica administrativa que transfere parte de seus serviços para outras empresas, fenômeno que tem vertentes econômicas, políticas, sociais e jurídicas.

A terceirização é um dos temas contemporâneos mais familiares aos estudiosos do Direito Laboral, despertando acirrados debates, em que ataques violentos ao instituto convivem com defesas apaixonadas de sua aplicação às relações de trabalho, ganhando especial relevo quando diz respeito à sua utilização no âmbito da Administração Pública, o que tem sido objeto de diversas demandas judiciais, com pronunciamentos os mais díspares possíveis.

A terceirização pode e deve ser defendida como um meio de desverticalização, fixação de esforços gerenciais no produto principal, busca de melhoria contínua da qualidade, produtividade e competitividade.

Entretanto, não podemos ficar alheios e inertes aos efeitos funestos que o processo pode causar ao trabalhador, tais como desemprego, redução salarial, perda de benefícios e sonegação de encargos sociais, sobretudo na esfera da administração pública em que é imprescindível a contratação por meio de concurso público.

A terceirização foi introduzida, na Administração Pública, como instrumento de modernização. Havia um honesto propósito, definido pelo Decreto Lei 200/67, quando foi conferida ao administrador a prerrogativa de terceirizar serviços e de descentralizar a execução de programas de governo: o da conveniência administrativa.

Inicialmente, previa-se a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, por empresa interposta, dita prestadora de serviços.

Com o passar do tempo, foram se criando instrumentos institucionais de terceirização, como é o caso das cooperativas de trabalho, das organizações sociais e das organizações de sociedade civil de interesse público. Surgiram, ainda, os consórcios intermunicipais, tudo visando a regular a terceirização no setor público.

Recentemente, temos a inserção do agente comunitário de saúde no serviço por meio do vínculo de trabalho indireto, prevista no art. 4º da Lei nº 10.507/2002 e, finalmente, a tramitação de emenda que efetiva servidores públicos, não concursados, com mais de dez anos de efetivo serviço público.

O caminho percorrido pela terceirização na administração pública, na prática, tem-se mostrado como forma de contratação intermediária de mão de obra, visando a burlar a legislação trabalhista e a limitar a oportunidade de trabalho para apadrinhados de gestores e auxiliares da Administração.

Em todas as formas institucionais, necessário se faz a verificação das reais condições de trabalho, não podendo ser apenas mais um meio utilizado como expediente para reduzir custos a qualquer preço, em que especialização e qualidade são retóricas vazias, com a conseqüente degradação do trabalhador.

O que se percebe é um ilusório “lucro” que se obtém com a diminuição do custo da mão-de-obra, com nítido favorecimento dos proprietários das empresas interpostas, sem nenhum benefício para a administração.

Ilusório porque, não raro, as empresas terceirizadas não têm atividade empresarial própria, a não ser o comércio de gente, não possuem bens suficientes para garantir os créditos trabalhistas desses “servidores” e, como efeito, o ente público é responsabilizado pelo pagamento destes créditos, haja vista ser considerado inconstitucional o par. 1º, do art. 71, da Lei de Licitação.

Nem se diga que o problema pode ser solucionado com uma espécie de pena aos trabalhadores, isentando a administração pública de qualquer responsabilidade para com os créditos trabalhistas contraídos pelas empresas terceirizadas, pois os trabalhadores também fazem parte da sociedade e a situação foi criada e assumida, conscientemente, pelo próprio ente público.

Está presente uma pobreza estrutural, na qual a não efetividade de direitos humanos, dentre eles, a questão do direito ao trabalho como fator de exclusão social. O econômico perpassa todas as relações sociais. Ao mesmo tempo em que a sociedade tenta mobilizar-se na luta por salários dignos, ocorre o desemprego em massa. Os indivíduos passam a preocupar-se com a possibilidade ou não de emprego, de fazer parte da população “economicamente produtiva” deixando, em segundo plano, a dignidade do trabalho humano.

O processo histórico e irreversível da terceirização não deve destruir o ideal humanístico. Deve-se adaptar o direito às novas realidades e atender aos reclamos de um novo tempo, cabendo aos sindicatos, ao Ministério Público do Trabalho, à sociedade e às demais pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Oscar Hernandez. Los nuevos planteamientos de flexibilidad del trabajo. In: CONGRESO VENEZOLANO DE RELACIONES DE TRABAJO, 1., 1988, **Actas...** Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado de Lara, 1988. p. 123.
- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira. **A terceirização à luz do direito do trabalho**. São Paulo: LED, 1997.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho, estudos em memória de Célio Goyatá**. São Paulo: LTr, 1997. v. 1.
- BARROS, Alice Monteiro. A terceirização e a jurisprudência. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 80, p. 3-15, dez. 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERGMANN, Luiz Felipe. A responsabilidade pelos créditos trabalhistas nos principais contratos de terceirização entre empresas privadas. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso. (Coord.). **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília, DF: Ed. UnB, 2000. v. 1.
- BRASIL. Ministério Público da União. Ministério Público do Trabalho. **Procuradoria Regional do Trabalho: 15ª Região**. Disponível em: <<http://www.prt15.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2007.
- CAMARGO, José Márcio. **Flexibilidade do mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo: Ed. FGV, 1996.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e seqüela**: privatização, desregulação, flexibilização e terceirização. São Paulo: LTr, 1997.

CATHARINO, José Martins. **Trabalho temporário**. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1984.

CAVALCANTE, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

COLLI, Juliana. **A trama da terceirização**. Campinas: Ed. Unicamp, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COPOLA, Gina. **Desestatização e terceirização**. São Paulo: NDJ, 2006.

CRETELLA JÚNIOR., José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DAUBLER, Wolfgang. **Direito do trabalho e sociedade na Alemanha**. São Paulo: LTr, 1997.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira de Faria. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FRANÇA, Pedro Henrique. Sindicalistas criticam terceirização nas empresas. **Estado de S. Paulo**, São Paulo, 27 fev. 2007. Economia. Disponível em: <http://www.fetraconspar.org.br/informativos/2007/620_27_02_07.htm#11>. Acesso em: 2 out. 2007.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O novo código civil**. São Paulo: LTr, 2006.

FRIEDMANN, Georges. **O trabalho em migalhas**. São Paulo: Perspectiva, 1972 (Tradução do original francês: *Le travail en mientes specialisation et loisirs*. Copyright, 1964, NRF, Paris: Éditions Gallimard).

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK; Élson. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Nilton Oliveira; **Terceirização de mão-de-obra**. São Paulo: LTr, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LEIRIA, Jerônimo Souto; SARAT, Newton. **Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial**. São Paulo: Gente, 1996.

LIMINAR coíbe atividades de cooperativa fraudulenta em Guaratinguetá (SP). Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=271&tmp.texto=2135>>. Acesso em: 19 fev.2007.

LOPES, Mônica Sette. **A convenção coletiva e sua força vinculante**. São Paulo: LTr, 1.998.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando. **Las empresas de trabajo temporal: puntos críticos**. Granada: Comares, 1999.

LUIZ, Carlos Delorme Prado. **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/17.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 30, n. 115, p. 92-103, jul./set. 2004.

_____. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 11, p. 1307-1317, nov. 2006.

MALLET, Estevão. **Direito: trabalho e processo em transformação**. São Paulo: LTr, 2005.

MALLET, Estevão. Nulidade decorrente da contratação de empregado sem realização de concurso público. In: SOARES, José Ronaldo Cavalcante. (Coord.). **O servidor público e a justiça do trabalho: homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal**. São Paulo: LTr, 2005.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França**. Disponível em: <<http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundogepal/PAULA%20REGINA%20PEREIRA%20MARCELINO.pdf>>. Acesso em: 5 set .2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAUAD, Marcelo. **Cooperativas de trabalho: sua relação com o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MERCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209>>. Acesso em: 21 dez. 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **La responsabilidad empresarial em los procesos de subcontratacion: puntos críticos**. Madri: [s.n.], 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTHÉ, Claudia Brum. **A flexibilização da legislação trabalhista no Brasil**. Jun. 2002. Disponível em: <<http://www.sindicatomercosul.com.br/noticia02.asp?noticia=4544>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

MPT combate mais intensamente as fraudes nas relações de emprego. **Boletim da Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região**, Teresina, n. 3, p. 3, mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/numero03.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Compêndio de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2000.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. Da terceirização e da flexibilização como estágios para a globalização. **ADV: Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, São Paulo, v. 17, p. 27-44, out. 1997.

OLIVEIRA, Isabela Fadul. **A terceirização e as condições de eficácia da legislação trabalhista no Brasil**. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

OLIVEIRA, Marco Antônio (Coord.). **Terceirização: estruturas e processos em xeque nas empresas**. São Paulo: Nobel, 1994.

PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva**. São Paulo: LTr, 1.995.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Coord.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertórios de conceitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração**. São Paulo: LTr, 2001.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. **A terceirização de mão-de-obra diante do modelo contratual tradicional do direito do trabalho**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

RUDIGER, Dorothee Susanne (Coord.). **Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo**. São Paulo: LTr, 1999.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SANDRA Lia: MPT e OIT tem identidade de objetivos. **Notícias do Tribunal Superior de Trabalho**, Brasília, DF, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/ABRIL/1604/JURISPRUDENCIA/J02.htm>>. Acesso em 2 ago. 2007.

SANTOS, Alvacir Corrêa. A contratação de trabalhador pela administração pública, sem o prévio concurso público. **Revista LTR: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, v. 59, n. 7, p. 909-917, jul. 1995.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Responsabilidade civil subjetiva e objetiva da empresa em face do novo código civil.** São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Direitos humanos na negociação coletiva.** São Paulo: LTr, 2004.

_____. **O direito do trabalho e o desemprego.** São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Ciro Pereira. **A terceirização responsável: modernidade e modismo.** São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Paulo Renato Fernandez. **Cooperativas de trabalho, terceirização de mão-de-obra e direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SILVA, Vicente Paulo da. **Projeto de Lei n. 1621/2007.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/483435.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva. Cooperação e cooperativa: contextualização e efeitos. **Suplemento Trabalhista**, São Paulo, ano 37, n. 6, p. 34, 2001.

SOARES, José Ronald Cavalcante (Coord.). **O servidor público e a justiça do trabalho**, São Paulo: LTr, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

_____. **O direito do trabalho e o desemprego.** São Paulo: LTr, 1999.

TELLES, Antônio A. Queiroz. **Introdução do direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TERCEIRIZAÇÃO, arma contra o movimento sindical? **Jornal Trabalhista**, Brasília, DF, v. 9, n. 418, p. 903-905, 1992

TERCEIRIZAÇÃO é um dos eixos da campanha salarial dos bancários. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1752&Itemid>. Acesso em: 2 ago. 2007.

TORNARIA, Felipe Rotondo. **Manual de derecho administrativo.** Montevideo: Ediciones "Del Foro", 2005.

VIANA, Marco Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, ano 63, v. 7, p. 885-896, jul. 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.