

**ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 9 REGIÃO
FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
CURSO DE CAPACITAÇÃO AVANÇADA PARA O ASSESSORAMENTO À
JURISDIÇÃO TRABALHISTA – TURMA 1**

VANESSA ROBERTA DO ROCIO SOUZA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS
CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO: ANÁLISE DA ADC 16-DF E DA NOVA
REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO C. TST**

**CURITIBA
2013**

**ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 9 REGIÃO
FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
CURSO DE CAPACITAÇÃO AVANÇADA PARA O ASSESSORAMENTO À
JURISDIÇÃO TRABALHISTA – TURMA 1**

VANESSA ROBERTA DO ROCIO SOUZA

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS
CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO: ANÁLISE DA ADC 16-DF E DA NOVA
REDAÇÃO DA SÚMULA 331 DO C. TST**

Monografia apresentada para aprovação no Programa de Capacitação Avançada para o Assessoramento à Jurisdição Trabalhista – Turma 1 – Escola Judicial do TRT da 9 Região – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Orientador: Professor Doutor Célio Horst Waldraff

Curitiba, abril de 2013

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa aos meus pais,
por todo o amor e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Dr. Célio Horst Waldruff, pelos ensinamentos.
Ao meu namorado, José Lazaro Barros Junior, pelo apoio incondicional.
E a todos aqueles que colaboraram com essa pesquisa.

“O que se busca é resgatar a função teleológica trabalhista, pautada na melhoria das condições de trabalho em favor do empregado, a fim de que o ramo juststralhista não perca sua essência em face das inovações paradoxais criadas pelo mundo moderno.”

(Gabriela Neves Delgado, em *Terceirização – Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*)

SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
INTRODUÇÃO.....	01
1 O TRABALHO COMO OBJETO RENOVADO DE INTERESSE SOCIAL.....	04
1.1 PANORAMA HISTÓRICO E SOCIOLÓGICO DO TRABALHO.....	04
1.2 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO	11
1.3 MODOS DE PRODUÇÃO E RACIONALIDADE ECONÔMICA	16
2 TERCEIRIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA.....	25
2.1 PANORAMA E CONCEITUAÇÃO.....	25
2.2 TERCEIRIZAÇÃO E RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	34
2.3 ESTUDO DE CASOS: CONFECÇÕES, BANCOS E TELEFÔNICAS.....	39
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TOMADORA DE SERVIÇOS: ADC 16-DF E SÚMULA 331 DO C. TST.....	46
3.1 INADIMPLÊNCIA TRABALHISTA E RESPONSABILIZAÇÃO.....	49
3.2 ARGUMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA.....	55
3.3 RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA	60
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	66
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
Anamatra – Associação Nacional da Justiça do Trabalho
Cebrasse – Central Brasileira do Setor de Serviços
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho
EUA – Estados Unidos da América
DF – Distrito Federal
Dieese – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT – Organização Internacional do Trabalho
RE – Recurso Extraordinário
STF – Superior Tribunal Federal
UNB – Universidade de Brasília

RESUMO

O legislador possibilitou à Administração Pública efetuar contratações de serviços de empresas privadas especializadas em determinadas atividades. Essa permissão para a contratação de empresas terceirizadas, no âmbito da esfera pública, esteve, em geral, limitada à execução de atividades-meio, atividades de apoio ou meramente instrumentais. Com o expressivo aumento das contratações em tais moldes, passou-se a questionar quais seriam os responsáveis pelo pagamento de eventuais débitos trabalhistas. O tema adquiriu novos contornos, revisões de posicionamentos e reinterpretações de posições foram apresentadas. Confrontaram-se posições que defendiam a interpretação literal da validade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666 (inviabilizando qualquer possibilidade de condenação da Administração Pública) e posições que buscavam, com base na interpretação dos precedentes e do próprio texto da decisão da ADC 16, apreciar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* do ente público (que, conforme o caso, continuaria sendo responsabilizado). O presente trabalho tem como proposta principal, assim, analisar a figura da terceirização trabalhista no cenário brasileiro contemporâneo considerando, em específico, a responsabilização da Administração Pública como tomadora de serviços antes e depois da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos pontos IV e V da Súmula nº 331 do c.Tribunal Superior do Trabalho.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo aferir como a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16-DF e respectiva alteração da Súmula 331, do C. TST, itens IV e V afetam o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública nos contratos de prestação de serviços terceirizados.

O poder público, ao contratar empresa para prestação de serviços de seu interesse, é regido por regras diferentes daquelas que são aplicadas no ambiente privado. Essas interações são mediadas por um conjunto de normas e orientações cujas determinações trazem reflexos e consequências ímpares, em especial para os trabalhadores envolvidos na triangulação contratual.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal acatou pedido do Distrito Federal (ADC 16-DF) para ter garantido direito contido na Lei das Licitações (8.666/93), cujo artigo 71 desobrigava o ente público de assumir adimplementos trabalhistas devidos a pessoas cujo labor era exercido a pedido da Administração Pública, mas cujo contrato de trabalho era firmado junto à empresa terceirizada. Sendo essa relação anteriormente regida pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a decisão do STF levou os ministros do c.TST a revisarem os pontos IV e V dessa súmula.

Por meio de levantamento bibliográfico e jurisprudencial referente à figura da terceirização trabalhista, especialmente no âmbito da Administração Pública brasileira, esse estudo pretende analisar a evolução do entendimento acerca dos possíveis procedimentos de responsabilização da empresa prestadora de serviços e da tomadora desses serviços. Também pretende-se descrever os efeitos decorrentes das variadas interpretações (doutrinárias e jurisprudenciais), principalmente frente ao sistema constitucional brasileiro, analisando se tais modificações no contexto trabalhista estariam ou não impossibilitando a efetiva satisfação de créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente.

Todos esses questionamentos buscam contemplar a situação concreta, a realidade fática vivenciada pelo triângulo trabalhador-prestadora-tomador de serviços procurando aferir as efetivas responsabilizações.

Para efeitos de limitação do objeto a ser analisado no presente estudo, buscou-se concentrar a apreciação da evolução do entendimento jurisprudencial. Foram consideradas as alterações acerca da redação da Súmula 331 do c. TST bem como as consequências diretas e indiretas da apreciação da ADC 16-DF. Também foi considerada a perspectiva do trabalhador terceirizado, buscando aferir as possíveis expectativas desse trabalhador em face da tomadora de serviços e as mudanças pelas quais passaram as características do labor em si. Para isso, são retomados debates de ciências correlatas, como a Sociologia e a História.

Este estudo não pretende analisar todas as modificações feitas na legislação trabalhista considerando o tema responsabilização subsidiária do tomador de serviços, pois é mais pertinente ao objetivo da investigação ater-se, de modo geral, ao contexto em que as alterações decorrentes das possíveis interpretações ocorrem e quais os seus efeitos.

Destaque-se que a atualidade e a relevância do tema tanto são aspectos reconhecidos que os questionamentos acerca da terceirização foram objeto de recente publicação do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região. A edição de agosto de 2012 da Revista Eletrônica do Tribunal tratou, como tema principal, da terceirização, investigando as diversas nuances do instituto.

Nesse sentido, este estudo pretende aferir e investigar como a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 16-DF e respectiva alteração da Súmula 331, do c. TST afetaram o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública nos contratos de prestação de serviços terceirizados. Para isso, aqui serão analisadas decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região, todas elas tomadas após a alteração de entendimento legal sobre a responsabilização da Administração Pública como tomadora de serviços terceirizados.

A metodologia utilizada na realização deste trabalho consiste, em um primeiro momento, numa revisão bibliográfica das principais correntes de pensamento acerca dos conceitos de terceirização trabalhista, responsabilidade da Administração Pública e valorização do trabalho humano. Ao final, fruto da reflexão dedutiva, será apresentado posicionamento próprio sobre o tema, buscando se compreender os efeitos práticos da evolução jurisprudencial acerca do tema, bem como os aspectos positivos e negativos da terceirização, considerando o cenário econômico-social.

A monografia começa com a contextualização do surgimento do tema trabalho no debate das ciências sociais, cujos desdobramentos ainda influenciam as mudanças na legislação. Partindo dos tópicos clássicos (materialidade do trabalho, divisão social e racionalidade econômica), são apresentados três debates atuais, relacionados com o fenômeno da terceirização: intensidade do trabalho, “capitalismo flexível” e a hegemonia da imaterialidade do trabalho.

Segue-se uma análise da terceirização e das metamorfoses que o trabalho sofreu no decorrer do processo civilizatório, quando são rapidamente apresentadas as mudanças ocorridas nos modos de produção e nas condições postas pela economia global de mercado aos industriais e empresários das diversas épocas (com destaque aos modos de produção de massa: taylorismo, fordismo, toyotismo).

O conceito de terceirização é apresentado no terceiro capítulo, cabendo a esse tópico a transição das ciências sociais à análise jurídica da problemaática proposta. Os conceitos antes abordados são associados ao entendimento do Direito sobre o tema. Isso implica numa leitura orientada da Lei 8.666 de 1993 (que trata das licitações e contratos administrativo), especialmente da literalidade do artigo 71 (foco da ADC 16-DF).

Igual atenção é destinada à apreciação da evolução histórica do posicionamento do c.TST, por meio de análise das sucessivas alterações de redação da Súmula 331. Trata-se também da ADC 16-DF, interposta para questionar a referida súmula, pois, para o Distrito Federal, o fato de ela responsabilizar subsidiariamente tanto a administração direta quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando uma ou outra atuasse como contratante de qualquer serviço especializado de terceiro, contrariava a Lei das Licitações.

O estudo finaliza com a análise jurisprudencial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos casos de terceirização. Na conclusão, discorre-se sobre a atual situação da questão, visto que preventivamente o c.TST suspendeu a análise desses casos em março de 2012 enquanto o STF reavalia a responsabilidade subsidiária *in eligendo* e *in vigilando* após questionamento dessa vez levantado pela União.

1 O TRABALHO COMO OBJETO RENOVADO DE INTERESSE SOCIAL

1.1. PANORAMA HISTÓRICO E SOCIOLÓGICO DO TRABALHO

Assimilar certos aspectos do trabalho, ao longo da história da humanidade, possibilita uma visão panorâmica que permite a apreensão de detalhes que, embora aparentemente pouco significantes, adquirem relevante papel no momento de se interpretar regramentos que buscarão traçar as características e formas de labor bem como a função de cada parte no processo capital x trabalho.

Existem variados procedimentos para a compreensão daquilo que o trabalho se tornou na sociedade atual, e de como conquistou, dentro do Direito, uma função específica. Neste capítulo, serão recuperadas três discussões incorporadas pela sociologia, que tiveram importante papel no século XVIII, por darem ao tema a centralidade da qual ele usufruiu em seu processo de institucionalização.

As reflexões sobre a materialidade do trabalho (Marx), a sua divisão social (Durkheim) e o impacto dessa nova configuração no comportamento das pessoas (Weber) são fatores também determinantes para o cenário cultural propício à publicação, em maio de 1891, da Encíclica “*Rerum Novarum*”. Na obra, o Papa Leão XVII discrimina os fundamentos e diretrizes da Doutrina Social da Igreja Católica Apostólica Romana, abordando questões como salário mínimo, previdência social e redução da jornada de trabalho (LALLEMENT, 2003). O posicionamento da instituição sobre o tema, reconhecendo como necessária a preservação da dignidade do trabalhador, reforça as demandas sociais pela regulamentação dos contratos de trabalho.¹

Após o interstício da 1ª Guerra Mundial, em 1919, por ocasião do Tratado de Versailles, será criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), resultado do acúmulo de reflexão, manifestações e reclamações sobre as condições de trabalho verificadas na passagem da manufatura para os modos de produção de massa e mundialização da economia (LALLEMENT, 2003).

¹ Cabe ressaltar que a preocupação social da Igreja tem também relação com o advento de novas forças políticas, como o movimento operário amparado no comunismo. Em anos anteriores à *Rerum Novarum*, a Igreja já havia se ocupado de negar que o avanço do comunismo fosse a “solução” para os problemas sociais decorrentes da industrialização. Esse é o teor das encíclicas “*Qui Pluribus*” (1846) e “*Quanta Cura*” (1864).

Numa perspectiva da história das ideias, é correta a informação de que os textos do filósofo alemão Karl Max, cuja publicação e divulgação massiva deram destaque mundial ao tema, estão na origem dessa trajetória — principalmente após o uso que foi dado a eles pelo movimento operário internacional, com alcance superior às manifestações dos anarquistas e ludistas que o antecederam.² Mais que isso, a interpretação que Marx lança do processo civilizatório, por um matriz econômico, de progressiva acumulação de bens, lançará parte do alicerce das ciências sociais, ainda com pouca expressão nessa época. Esse é ponto central do trabalho do pesquisador Michel LALLEMENT, em sua obra “*História das Ideias Sociológicas*”.

Marx realiza uma leitura original da história: a história vem a ser, para ele, uma série de modos de produção que encadeiam uns nos outros de forma dialética. Um modo de produção é o conjunto de uma infraestrutura e de formas superestruturais. A infraestrutura se caracteriza pela natureza das forças produtivas (instrumentos de produção, trabalho) bem como pelas relações técnicas e sociais de trabalho. Pelo simples efeito de reflexo, o conjunto determina a superestrutura: religião, família, Estado, direito, moral, ciência... Neste esquema, as revoluções sociais, produto das contradições entre as instituições e as forças produtivas em constante desenvolvimento, pontuam o desenrolar de uma história que tende para o advento do comunismo. (LALLEMENT, 2003, p. 119)

Esse encadeamento histórico, em que acontece a passagem da comunidade primitiva ao regime escravista, ao feudalismo e ao capitalismo, será rapidamente abordado no próximo capítulo, como introdução aos modos de produção de massa (taylorismo, fordismo, toyotismo).³ Por ora, basta a lembrança de que as relações de

² Para mais informações sobre a expansão mundial do movimento operário, ver a extensa coletânea de artigos organizada pelo cientista social português Boaventura de Souza Santos, intitulada “Trabalhar o mundo. Os caminhos do novo internacionalismo operário”, da editora Civilização Brasileira. A peça de 450 páginas compõe uma série de sete volumes sobre formas “transfronteiriças de emancipação social”, em que 69 pesquisadores trabalharam com Boaventura para “analisar iniciativas e movimentos de resistência e de formulação de alternativas por parte das classes populares e dos grupos sociais subalternos em vários domínios sociais” (SANTOS, 2005, págs. 11-12).

³ O pensador alemão não tomou contato direto com os modos de produção de massa, ao menos não da maneira como eles são compreendidos hoje, mas vislumbrou rapidamente, ainda durante o início da Revolução Industrial inglesa, as suas bases pragmáticas: aumento da produtividade, alongamento da jornada de trabalho, etc. Marx falece em 1883, deixando atrás de si a ideologia hegemonic da futuro movimento operário internacional, de superação do capitalismo rumo ao comunismo, o que significaria, na opinião dele, o fim da exploração dos empregados (trabalhadores) pelos patrões (capitalistas donos dos meios de produção).

trabalho, depois de Marx, ganham centralidade nos debates públicos, seja dentro do Estado ou dos movimentos sociais.

O trabalho se transforma momentaneamente na “chave de leitura” para a relação entre o indivíduo e a sociedade. A descrição das situações de trabalho do operariado da época, feita por ele em várias de suas obras, ainda são um documento das dificuldades encontradas pela sociedade no ordenamento das economias de mercado globais e, por consequência, da normatização e regulação das relações de trabalho.⁴ O trecho a seguir foi retirado da obra “Consequências da Modernidade”, do cientista social inglês Anthony GIDDENS. Nele ele reconhece a importância de Marx para o pensamento contemporâneo e mostra uma lacuna no desenvolvimento de sua tese posteriormente preenchida por Durkheim.

Para autores influenciados por Marx (...) a ordem social emergente da modernidade é capitalista tanto em seu sistema econômico quanto em suas instituições. O caráter móvel, inquieto da modernidade é explicado como um resultado do ciclo investimento-luco-investimento que, combinado com a tendência geral da taxa de lucro a declinar, ocasiona uma disposição constante para o sistema se expandir. Este ponto de vista foi criticado tanto por Durkheim como por Weber, que ajudaram a iniciar as interpretações rivais que influenciaram fortemente a análise sociológica ulterior. Na tradição de Saint-Simon, Durkheim rastreou a natureza das instituições modernas primariamente até o impacto do industrialismo. Para Durkheim, a competição capitalista não é o elemento central da ordem industrial emergente, e algumas das características sobre as quais Marx pusera grande ênfase, ele via como marginais e transitórias. O caráter da rápida transformação da vida social moderna não deriva essencialmente do capitalismo, mas do impulso energizante de uma complexa divisão do trabalho, aproveitando a produção para as necessidades humanas através da exploração industrial da natureza. (GIDDENS, 1991, p. 20)

⁴ Segue um dos muitos trechos pelos quais Marx ficou conhecido, retirado de seu escrito “Da manufatura à fábrica automotiva”, parte de “O Capital” (Livro I, IV seção, Cap. XIV). “(...) as condições materiais em que se realiza o trabalho na fábrica. Todos os órgãos dos sentidos são perturbados ao mesmo tempo pela elevação artificial da temperatura, pelo ar saturado com detritos de matéria-prima, pelo barulho ensurcedor, etc., sem falar do risco de morte decorrente das máquinas demasiado juntas umas das outras que, com a regularidade das estações, publicam os boletins de perdas nas batalhas industriais. A economia dos meios sociais de produção, amadurecida como numa estufa quente no sistema de fábrica torna-se entre as mãos do capital um roubo sistemático praticado contra as condições vitais do operário durante o trabalho – roubo de espaço, de ar, de luz e de meios de proteção pessoal contra as condições perigosas ou insalubres nas quais trabalha – para mencionar apenas os aspectos referentes à comodidade do operário”. (MARX, 1989, págs. 35-36).

Não é intenção desse trabalho acadêmico exaurir sociologicamente o trabalho como tema de reflexões, mas aglutinar leituras contemporâneas sobre o assunto, para melhor problematizar as questões práticas.

Também preocupado em entender a mudança social de sua época (1858-1917), Durkheim considerou que junto do advento do industrialismo surgiu um novo tipo de solidariedade entre as pessoas. Em comunidades nas quais pessoas têm ocupações semelhantes, diz o pensador, elas estariam ligadas por experiências próximas e crenças compartilhadas. Esse sistema social seria mais rígido, coibindo comportamentos desviantes (GIDDENS, 2008).

Entretanto a industrialização levou à diferenciação do trabalho, fazendo com que os indivíduos produtivos se tornassem especialistas etapas do processo. Isso rompeu os laços anteriores, substituindo-os pela interdependência econômica.

A velocidade dessa mudança resultou, segundo Durkheim, em casos de anomia: “os controles e os padrões morais tradicionais, que costumavam ser fornecidos pela religião, são largamente derrubados pelo desenvolvimento social moderno, e isso deixa muitos indivíduos sentindo que suas vidas carecem de significado” (GIDDENS, 2008, p. 31).

Análise orientada para o mesmo objeto será feita por Max Weber, que busca no capitalismo outras características que não somente a exploração da mão de obra pelos detentores dos meios de produção, ou a perplexidades dos moradores dos grandes centros urbanos diante das novas condições de trabalho. Ele formula uma sociologia compreensiva da racionalidade daquela época, como visto a seguir.

Weber não se mostra, na verdade, preocupado em melhorar o conhecimento das religiões por si mesmas. O que lhe interessa bem mais é a relação que essas religiões mantêm com o resto do mundo e as influências destas últimas sobre as práticas econômicas. O confucionismo, por exemplo, motiva seus discípulos a reconhecer e respeitar o mundo terrestre tal qual é. Essa religião se torna, em assim fazendo, um obstáculo ao capitalismo. Nos EUA do início do século XX, sociedade multiétnica, Weber constata que a pertença a seitas protestantes puritanas produz um efeito contrário: na medida em que fornece um certificado de qualificação ética e concede um atestado de moralidade nos negócios, a integração nas redes sectárias facilita as trocas e o sucesso econômico. (...) Se o capitalismo não surgiu mais cedo, é porque o catolicismo erguia barreiras a essa possibilidade. Nessa religião, a salvação passa, com efeito, pela fidelidade exclusiva à Igreja e não por uma intensa atividade neste mundo. Ao contrário, observa Weber, existe uma relação íntima entre protestantismo e o avanço e difusão do capitalismo. Deste modo, no século XVIII, está mais que evidente a presença dos calvinistas entre os

empresários e financistas mais dinâmicos da Europa. Por que tal estado de coisas? Porque na perspectiva de Lutero o protestantismo ascético e puritano desenvolvido por Calvino encoraja um comportamento econômico peculiar. A profissão passa a ser um dever, uma vocação, uma prova de fé. Este é o sentido do termo *beruf*. Este comportamento exibe as marcas de valores como o gosta da poupança, a abstinência e a recusa do luxo, a disciplina do trabalho e a consciência profissional. (...) Esta ideia particular, em virtude da qual o dever se cumpre no exercício de uma profissão, é característica da ética social da civilização capitalista. Em certo sentido, é mesmo o seu fundamento. (LALLEMENT, 2003, p. 299-302)

Esses três pioneiros das ciências sociais, que formularam direta e indiretamente questões pertinentes ao mundo do trabalho, continuam a influenciar os pensadores contemporâneos. Citar os “pais fundadores” (como a trinca Marx, Durkheim e Weber ficou conhecida) é conectar o novo pensamento da área à tradição desse campo de pesquisa, como será possível perceber logo a seguir na problematização das situações concretas analisadas (GIDDENS, 2008).

Também não há aqui a pretensão de uma digressão acadêmica demorada, mais apropriada a outros níveis de pós-graduação, mas há a intenção de ambientar corretamente o debate: a materialidade do trabalho, a sua divisão social e o impacto dessa nova configuração no comportamento das pessoas são temas clássicos da sociologia, do direito e da economia, retomados a seguir nas discussões contemporâneas das áreas, além de fundamentais para uma compreensão ampla do impacto da terceirização.

Traçado o panorama histórico do trabalho, passa-se a analisar, em específico, características do labor contemporâneo, objetivando aferir as alterações de perspectiva que levaram às formas atualmente observadas.

O alvo da pesquisa de ROSSO (2008), professor de Sociologia da Universidade de Brasília (UnB), cujo doutoramento nas condições de trabalho no Brasil foi obtido na Universidade do Texas, é a “intensidade do trabalho”. Em texto recente, argumenta o autor que, da década de 1980 até os dias atuais, houve um “aumento da intensidade do trabalho”. Ou, utilizando outra expressão do mesmo autor, que as “exigências do trabalho foram aumentadas significativamente”. A compreensão desse problema implica numa concepção mais sofisticada da ideia de

intensidade⁵, que o próprio pesquisador, no trecho abaixo, distingue da exigência de mero aumento da produtividade.

Para apresentar o fenômeno a que damos o nome de intensidade do trabalho recorremos a um exercício de abstração e formalização. Tomemos uma situação de trabalho hodierno qualquer, seja num hospital, numa escola ou num banco, seja numa indústria ou na construção civil, seja, enfim, numa fazenda ou numa granja de produção de aves. Suponhamos que as condições técnicas e externas sejam constantes. Assumamos ainda como constante o número de trabalhadores e que eles tenham qualificações e níveis educacionais assemelháveis. Assumamos, por fim, que o grupo de trabalhadores sob observação opere durante um espaço de tempo definido. Sob tais condições constantes, a obtenção de mais ou de melhores resultados pode ocorrer desde que o grupo de trabalhadores e aplique mais a fundo no trabalho. Dito de outra maneira, mais ou melhores resultados serão conseguidos à medida que esse grupo trabalhar mais intensamente no mesmo espaço de tempo considerado. Esse trabalhar mais densamente, ou simplesmente trabalhar mais, sem quaisquer adjetivos ou advérbios, supõe um esforço maior, um empenho mais firme, um engajamento superior, um gasto maior de energias pessoais para da conta do plus, em termos de carga adicional ou de tarefa mais complexa. Resultarão desse envolvimento superior do grupo com o trabalho um desgaste também maior, uma fadiga mais acentuada e correspondentes efeitos pessoais nos campos fisiológicos, mental, emocional e relacional. (ROSSO, 2008, págs. 22-23)

Para ROSSO, portanto, a intensidade só é entendida quando analisada somente a soma das energias gastas pelos trabalhadores na atividade concreta do seu ofício, desprezados o nível tecnológico e o grau de mecanização da produção — pois a intensidade diz respeito somente ao sujeito do trabalho (seja individual ou coletivo).

Uma atividade concreta demanda em medida variável o concurso de todas as capacidades do trabalhador, ainda que a atividade faça uso mais focalizado, esta do esforço físico, aquela do cognitivo e uma terceira do afetivo. É o trabalhador em sua totalidade de pessoa humana que desenvolve a atividade, não apenas o trabalhador enquanto parte, força física, capacidade intelectual ou emocional. A intensidade é, portanto, mais

⁵ “Podemos afirmar que quanto maior é a intensidade, mais trabalho é produzido no mesmo período de tempo considerado. Dessa forma, na história do desenvolvimento econômico, a elevação da intensidade de trabalho cotidiano constitui uma forma fundamental de crescimento. A intensificação como produtora de crescimento econômico contém implicitamente um problema social e moral de extrema relevância: não se trata de mais uma forma de exploração de mão de obra? Tal questão, por sua vez, implica na pergunta: quem determina o grau de intensidade? O trabalhador? O empregador?” (ROSSO, 2008, pág. 21).

que esforço físico, pois envolve todas as capacidades do trabalhador, sejam de seu corpo, a acuidade de sua mente, a afetividade despendida ou os sabores adquiridos através do tempo ou transmitidos pelo processo de socialização. (ROSSO, 2008, pág. 21)

A produtividade, para efeito dessa distinção teórica, ao contrário do exposto até aqui, não teria a ver com a pessoa do trabalhador, mas com a racionalização das atividades e o uso de melhores ferramentas tecnológicas para a consecução do trabalho. Rosso argumentará que no serviço público, por exemplo, a redução da burocracia, com eliminação de etapas desnecessárias do trabalho, resultará em aumento da produtividade sem necessariamente exigir mais afinco do trabalhador, mas nem em todas as situações isso ocorrerá. “A noção de produtividade restringe-se ao efeito das transformações tecnológicas” (ROSSO, 2008, p. 29), diz o autor, para quem o acolhimento dessa diferenciação acarretaria em empoderamento dos trabalhadores.⁶

O que se constata, todavia, é que muito embora existam instrumentos possíveis de reduzir a alta carga de labor atualmente exigida (que representa, muitas vezes, efetiva extenuação do trabalhador), tais mecanismos são apenas utilizados com o objetivo de se reduzir custos empresariais. A qualidade de vida profissional, a melhora das condições ambientais e o avanço de direitos trabalhistas são aspectos renegados a segundo plano.

Dentro dessa perspectiva e considerando, ainda, o cenário de mundialização do capital no qual muitas vezes as regras das relações trabalhistas privilegiam as formas de obtenção de lucro em detrimento de outras possíveis variáveis, é que se encontra a discussão acerca do trabalho terceirizado.

Nos tópicos a seguir, retirados de debates contemporâneos, será possível notar o impacto das mudanças no mundo do trabalho, decorrentes da globalização do capitalismo e do advento tecnológico. São questões implícitas ao Direito do Trabalho: a psicologia do trabalhador, seu desgaste físico e o número crescente de vínculos que uma pessoa terá com diferentes empregadores ao longo da vida, contribuindo para um cenário de enfraquecimento das relações negociais.

⁶ “[O fato de a OCDE não aceitar literalmente essa tipificação] preenche o papel eminentemente político de não acirrar a disputa social sobre o trabalho, de não fornecer instrumentos de luta para o movimento sindical e de não irritar os empregadores que são, em última instância, os responsáveis pelo endurecimento das condições de trabalho” (ROSSO, 2008, p.28-29).

1.2 FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Diversas são as facetas que estabelecem a base dos meios de produção e das relações desenvolvidas entre empregados e empregadores.

Na perspectiva neoliberal pretende-se a diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, o que reflete na desestruturação da relação jurídica laboral, que se vê cada vez mais desprotegida, alvo de requerimentos e imposições flexibilizatórias.

As alterações na forma como ocorriam as relações econômicas passaram a exigir mudanças nos mais diversos setores da sociedade sendo que tal perspectiva representou, mesmo que indiretamente, verdadeira crise na preservação dos valores do Direito do Trabalho.

Miriam Cipriani GOMES acentua que no momento em que o mercado despontou como instrumento de regulação das atividades instalou-se efetiva crise do direito do trabalho na medida em que importava, ao mercado, como prioridade, garantir a redução dos custos e possibilitar a competitividade e o aumento dos lucros (GOMES, 2008, p. 212).

Comumente lido nas áreas da psicologia e da educação, o norte-americano Richard SENNETT (2008) apresenta conceitos interessante para a compreensão daquilo que se tornou o trabalho no atual estágio de mundialização da economia. Em “*A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*”, ele irá relatar como o “capitalismo flexível” abalou as normas consolidadas do trabalho.

A expressão “capitalismo flexível” descreve hoje um sistema que é mais que uma variação sobre um velho tema. Enfatiza-se a flexibilidade. Atacam-se as formas rígidas de burocracia, e também os males da rotina cega. Pede-se aos trabalhadores que sejam ágeis, estejam abertos a mudanças a curto prazo, assumam riscos continuamente, dependam cada vez menos de leis e procedimentos formais. Essa ênfase na flexibilidade está mudando o próprio significado do trabalho, e também as palavras que empregamos para ele. “Carreira”, por exemplo, significava originalmente, na língua inglesa, uma estrada para carreiras, e, como acabou sendo aplicada ao trabalho, um canal para as atividades econômicas de alguém durante a vida inteira. O capitalismo flexível bloqueou a estrada reta da carreira, desviando de repente os empregados de um tipo de trabalho para outro. A palavra “job” [serviço, emprego], em inglês do séculos catorze, queria dizer um bloco ou

parte de alguma coisa que se podia transportar numa carroça de um lado para outro. A flexibilidade hoje traz de volta esse sentido arcano de *job*, na medida em que as pessoas fazem blocos, partes de trabalho, no curso de uma vida. (SENNETT, 2008, pág. 9)

Um dos exemplos apontados no livro de SENNETT é a história de Enrico e Rico, pai e filho, entrevistados pelo pesquisador isoladamente, após um intervalo de 25 anos entre o primeiro e o segundo contato.

Na década de 1970, o sociólogo conheceu o imigrante europeu Enrico, cujo trabalho de zelador num edifício o manteve ocupado por mais de três décadas e o possibilitou dar condições de investir na educação dos filhos, apesar da repetição burocrática das suas atividades dia pós dia.

“Embora sentisse que conquistara certo grau de honra social, dificilmente quereria que o filho Rico repetisse a sua vida” (SENNETT, 2008, pág. 16), analisou o cientista social após ouvir a história de vida do pai e o desejo de êxito profissional que ele projetava nas futuras gerações da família.

O investigador conta que, nesse período inicial da pesquisa, quase 45 anos atrás, a experiência que teve com os trabalhadores revelou um ambiente de trabalho pouco dinâmico. Os homens buscavam remuneração para “servir à família”, bastando a eles o progressivo acúmulo de bens materiais e conforto. O emprego desejado não precisava “prometer” súbitos ganhos salariais ou a possibilidade de enriquecimento rápido, apenas um fluxo contínuo e constante de dinheiro.

Mesmo os aumentos salariais eram pouco urgentes, pois o casal poderia poupar ao longo dos anos para incrementar o patrimônio da célula familiar. No caso de Enrico, a esposa trabalhava de lavadeira e ambos economizavam pensando nos filhos. SENNETT explica que esse conformismo não é natural, mas sim fruto da época em que ambos viveram, na qual as características gerais do mercado de trabalho (capitalismo) favoreciam esse comportamento previsível.

Ou seja, eles desfrutavam de um ambiente criado no pós-guerra, que veio acompanhado de bonança nas finanças dos EUA e uma presença firme dos sindicatos, em expansão no território americano, o que dificultava demissões extemporâneas.

Ao descrever e analisar esse cenário “pré-capitalismo flexível”, onde as relações de trabalho são perenes, SENNETT diz que essa estabilidade conferiu a

Enrico a sensação de ser “autor da sua própria vida”, na medida em que ele percebia cada pequena evolução como uma conquista pessoal.

Cada avanço material era consequência direta do trabalho realizado. “Ele sentia os anos como uma história dramática que avançava a cada conserto na casa, a cada prestação da casa” (SENNETT, 2008, pág. 14). Na opinião do sociólogo, essa circunstância dava a Enrico um “senso de respeito próprio”, que repercutiria na formação do caráter dele mesmo e na educação que deu aos filhos, desde pequenos apresentados a esse valor social do trabalho.

A profissão deveria oferecer uma rotina duradoura de atividades, onde a produção de um homem pudesse ser percebida e recompensada com a “estabilidade” ou o “crescimento dentro da própria empresa” (“fazer carreira”, como exemplificou SENNETT em trecho anterior).

Na outra ponta da equação, SENNETT descreve como Enrico, o imigrante morador de subúrbio, via com distinção a “classe média”, que na opinião dele o tratava mal, “como um zero”. Esse distanciamento o impulsionava a empurrar os filhos para cima na escada da mobilidade social, a fim de que não vivenciassem e repetissem a sua própria experiência. Os valores do pai eram firmes, e ele acreditava que poderiam ser reproduzidos noutro emprego que não o de zelador de prédio.

O sociólogo pôde comprovar, quase trinta anos depois, que Rico, o filho do zelador, soube valer a vontade do pai. O encontro ocorreu num aeroporto, narra SENNET. O autor observou que Rico usava um terno caro e um anel comumente usado por gente de origem nobre. Havia trocado os símbolos da sua classe de pertencimento por itens exigidos pela nova condição e papel ocupado na divisão social do trabalho.

A sociedade daquele momento já era outra nos EUA. Naquela ocasião, no final dos anos 1990, Rico já havia se mudado quatro vezes, passando por diferentes empregos, inclusive investido numa consultoria própria.

Algumas mudanças foram motivadas pela sua própria ambição profissional, outras pela carreira da esposa. Sua remuneração ultrapassava em muito a recebida por Enrico, e o filho do zelador buscava se manter nesse padrão indo de um emprego para outro.

Ele havia “trocado” o conformismo e a estabilidade da profissão do pai pelos ditames do “capitalismo flexível”, no qual a remuneração depende de respostas rápidas a mudanças no curto prazo, dos riscos que são assumidos (e percebidos), além do abandono de procedimentos formais, como relações contratuais duradouras (a opção pela atividade terceirizada de consultoria).

Essas mudanças não afetam somente a profissão, mas afetam também a psiquê do indivíduo submetido a elas. É isso que SENNETT chamará de “corrosão do caráter”. Ele faz questão de identificar o fato de Rico negar o padrão de vida assumido pelo seu pai, cuja trajetória profissional linear garantiu estabilidade ao desenvolvimento da família.

Sem acesso ao mesmo controle de tempo que o zelador dispunha, Rico diz ao investigador que tinha receio sobre como suas rotinas inconstantes e ausências afetariam a educação de seus filhos.

SENNETT viu Enrico exercer sobre o filho, décadas atrás, um firme controle disciplinar. Rico não via como repetir a experiência, pois não dispunha das mesmas condições e exemplos de vida para impô-los da mesma forma.

Mais do que isso, o código social que ele passou a dominar para se manter ativo no mercado de trabalho ignorava as circunstâncias originais: desejo de mobilidade social e uma economia pautada por trabalhos regulares. A primeira condição, Rico conquistou, mas um trabalho regular ficava cada menos acessível em razão das novas relações de trabalho.

Como acabei entendendo mais tarde, a gravidade de seu medo vem do fosso que separa as gerações de Enrico e Rico. Os líderes empresariais e os jornalistas enfatizam o mercado global e o uso de novas tecnologias como as características distintivas do capitalismo de nossa época. Isso é verdade, sim, mas não vê outra dimensão da mudança: novas maneiras de organizar o tempo, sobretudo o tempo de trabalho. O sinal mais tangível dessa mudança talvez seja o lema “Não há longo prazo”. No trabalho, a carreira tradicional, que avançou passo a passo pelos corredores de uma ou duas instituições, está fencendo; e também a utilização de um único conjunto de qualificações no decorrer de uma vida de trabalho. Hoje, um jovem americano com pelo menos dois anos de faculdade pode esperar mudar de emprego pelo menos onze vezes no curso do trabalho, e trocar sua aptidão básica pelo menos outras três durante os quarenta anos de trabalho. (...) As empresas também distribuíram muitas das tarefas que antes faziam permanentemente em suas instalações por pequenas firmas e indivíduos empregados com contratos de curto prazo. O setor de força de trabalho americana que mais rápido cresce, por exemplo, é o das pessoas

que trabalham para agências de emprego temporário. (SENNET, 2008, págs. 21-22).

A ideia de capitalismo flexível, portanto, reforça a tese estipulada por ROSSO, que descreve uma sociedade pautada pela intensificação do trabalho. Há maior volatilidade nas contratações, freqüentes alterações de postos de trabalho e, quando há nova e aparente mais sólida ocupação, há também maiores exigências físicas e psicológicas. Tais posturas acabam sendo incorporadas pelo código moral da época e, paulatinamente, são responsáveis por promover mudanças – nem sempre benéficas – na esfera legal.

Já CASSAR (2010) defende que a flexibilização seja usada como remédio legal para casos de necessidade. Ela diz, após extensa análise de casos concretos em tribunais superiores, que o argumento da flexibilização irrestrita não pode estar associada ao discurso de enfrentamento de crises econômicas, pois a pauperização dos trabalhadores não é moeda de troca.

Na verdade, a flexibilização só deveria ser aceita para casos excepcionais, isto é, apenas para garantia da saúde da pessoa jurídica. Por isso, só será possível flexibilizar, excepcionar ou tratar especialmente aqueles casos em que a existência ou a boa saúde da empresa está em risco, pois sua extinção, em último caso, prejudicará todos os empregados. Se o empregador, realmente, estiver em sérias dificuldades financeiras e isto restar robustamente comprovado, podem ser aceitas as reduções de vantagens trabalhistas, com o único objetivo de manter todos os empregos existentes (princípio da função social da empresa). Porém, por ser medida de exceção, tal situação será mantida apenas durante o processo de recuperação da saúde da sociedade empresária, não importando quanto tempo isto represente. (CASSAR, 2010, pág. 51)

As pressões mercadológicas passam a exigir meios que possibilitem a competitividade, todavia tal crescimento econômico não demonstra equivalente desenvolvimento social, o que acelera o processo de desigualdades.

1.3 MODOS DE PRODUÇÃO E RACIONALIDADE ECONÔMICA

As modificações paradigmáticas vivenciadas possibilitam a alteração de compreensão da realidade, criando e repaginando conceitos e concepções dos modos de se olhar o mundo e as relações sociais.

Verifica-se, assim, uma alteração do paradigma capital x trabalho que traz uma série de novas concepções.

Para o sociólogo francês André GORZ, o trabalho remunerado está ficando menos importante e ocupará um lugar cada vez menos central na vida das pessoas.

Ele atribui isso à dupla crise do marxismo e do movimento operário, pois “a classe trabalhadora, ao invés de estar se tornando o maior grupo da sociedade (como sugeriu Marx) e liderando uma revolução de sucesso, na verdade, está encolhendo” (GIDDENS, 2005, p. 338).

Diante da redução do número de trabalhadores estáveis, GORZ aponta para o surgimento de uma “não-classe de não-trabalhadores”, cuja remuneração básica existe, num cenário global de redução dos empregos, graças à difusão do trabalho de meio turno, à redução do tamanho das empresas, às carreiras de portfólio⁷, à partilha de cargo, à informalidade, etc. No trecho abaixo ele apresenta números dessa situação na França e diz que “não vivemos mais numa civilização do trabalho”.

Na RFA, desde de 1955, o volume de trabalho diminuiu em 30%. Na França, ele baixou 15% em trinta anos, e 10% em seis anos. As

⁷ É um termo muito associado a profissionais do mercado artístico, palestrantes ou de consultoria, onde a contratação é episódica e condicionada diretamente às experiências remuneradas anteriores, como no caso a seguir, retirado do ramo da música: “Existe uma mudança grande e contínua nas carreiras de portfólio. O músico dificilmente possui um emprego vitalício, e sim, uma carreira composta de trabalhos simultâneos ou sucessivos e/ou de meio-expediente nas diversas áreas da profissão musical. A combinação mais comum na carreira de portfólio é a de artista e professor. A carreira de portfólio não quer dizer que o músico não possa ser um empregado; esta realidade reflete mudanças sociais. (...) Resumindo, o músico precisa trabalhar em diversos contextos, com funções que incluem o artista, o compositor, o professor, o mentor, o treinador e o líder, entre outros. Esses papéis exigem que o músico seja um inovador (explorador, criador e aquele que corre riscos), identificador (de habilidades que faltam, e meios de renová-las), parceiro/co-operador (em parcerias formais), profissional de reflexão (engajado em pesquisa e processos de avaliação, capaz de contextualizar experiências), colaborador (trabalhando em parceria com artistas profissionais, alunos, professores etc.), intermediário (em relação a estruturas conceituais) e empresário” (SMILDE, 2008, págs.113-116).

consequências dos ganhos de produtividade são assim resumidas por Delors: em 1946, um assalariado de 24 anos de idade devia passar, no trabalho, um terço da sua vida ativa; em 1975, um quarto somente; hoje, menos de um quinto. E mais. Esta última cifra não incorpora os ganhos de produtividade futuros e leva somente em consideração os assalariados empregados em tempo integral, durante todo o ano. Sempre segundo Delors, os franceses com mais de 15 anos de idade, hoje, passarão menos tempo no trabalho do que assistindo televisão. Estes dados, nossa civilização, nossa imprensa, nossos representantes políticos, preferem não encará-los de frente. Eles se recusam a ver que nós não vivemos mais numa sociedade de produtores, numa civilização do trabalho. O trabalho não é mais o principal cimento social [grifo nosso], nem o principal fator de socialização, nem a ocupação principal de cada um, nem a principal fonte de riqueza e de bem-estar, nem o sentido e o centro das nossas vidas. (GORZ, p. 16)

Para GORZ, esse conjunto de pessoas não se reconhece ou compartilha valores de uma mesma “classe social” (crise do operariado). Ele também rejeita a desatualização dos pensadores críticos (crise do marxismo), incapazes de ver, na opinião do sociólogo francês, a emergência do trabalho imaterial. Na sua obra mais recente (“*O Imaterial: conhecimento, valor e capital*”, publicada no Brasil em 2005), ele irá afirmar que o conhecimento tende a ser a principal força produtiva da atualidade.

Num mundo tomado pela “economia do conhecimento”, aponta GORZ, mensurar a intensidade do trabalho ganharia uma importância adicional, pois o tempo trabalhado deixaria de significar os resultados esperados pelo contratante, sendo a motivação do funcionário mais influente para o cálculo da produção final que as horas de corpo presente na empresa.

Nós atravessamos um período em que coexistem muitos modos de produção. O capitalismo moderno, centrado sobre a valorização de grandes massas de capital fixo material, é cada vez mais rapidamente substituído por um capitalismo pós-moderno centrado na valorização de um capital dito imaterial, qualificado também de “capital humano”, “capital conhecimento” ou “capital inteligência”. Essa mutação se faz acompanhar de novas metamorfoses do trabalho. O trabalho abstrato simples, que, desde Adam Smith, era considerado fonte de valor, é agora substituído por trabalho complexo. O trabalho de produção material, mensurável em unidades de produtos por unidades de tempo, é substituído por trabalho dito imaterial, ao qual os padrões clássicos de medida não mais se podem aplicar. (GORZ, 2005, p. 15)

Esse trabalho complexo a que se remete GORZ, contudo, exige do empregado um esforço permanente de adaptação às necessidades voláteis da atividade⁸ — tal como descrito por SENNETT ao caracterizar o trabalho de Rico, filho do zelador de emprego e ocupações fixas; e mesmo ROSSO, tratando das condições nas quais ocorrem a intensificação do trabalho. Esses autores, embora não apontem referências diretas, orbitam sobre o mesmo tema: características do trabalho contemporâneo, analisado numa perspectiva de mudança estrutural permanente.

O sociólogo francês argumenta que mesmo numa “sociedade do tempo liberado” os trabalhadores não usufruem dessa condição, “porque continuam presos e constrangidos pela preocupação da eficiência e da performance” (GORZ, 1995, pág. 15).

Mais que isso, ele alerta para o efeito da “ideologia do pleno emprego” na divisão social do trabalho, cuja repercussão visível seria o aumento das pessoas dedicadas à prestação de “serviços pessoais”, entendido por GORZ como “o avanço da monetarização sobre a esfera da vida particular das pessoas”.

O desenvolvimento do emprego poderia ser ilimitado se conseguíssemos transformar em prestações de serviços remunerados as atividades que as pessoas, até o presente, assumiram por conta própria. Os economistas falam deste assunto como um “novo crescimento mais rico em números de empregos” como “terceirização” da economia e como desenvolvimento de uma “sociedade de serviços” substituindo a “sociedade industrial”. Mas esta maneira de querer salvar a sociedade salarial coloca problemas e apresenta contradições que mereceriam ser colocadas no centro do debate público e da reflexão política. (GORZ, 1995, pág. 17)

Ao raciocinar sobre a substituição produtiva que pautou a industrialização da economia,⁹ ele frisa que o mesmo processo não funciona com o abandono dos

⁸ “O modo de realizar as tarefas, não podendo ser formalizado, não pode tampouco ser prescrito. O que é prescrito é a subjetividade, ou seja, precisamente isso que somente o operador pode produzir ao “se dar” à sua tarefa. As qualidades impossíveis de demandar, e que dele são esperadas, são o discernimento, a capacidade de enfrentar o imprevisto, de identificar e resolver os problemas”. (GORZ, 2005, pág. 18)

⁹ “Ninguém fia sua lã, tece seu pano, costura suas roupas, prepara seu pão, etc. pois todas essas tarefas são realizadas de mais rápida, e frequentemente melhor, pelas indústrias que empregam assalariados. E porque a industrialização permite produzir mais rápida e com menos trabalho, cada um pode, finalmente, com o salário de uma hora de seu trabalho, comprar muito mais bens e serviços os quais não seria capaz de produzir para si mesmo e por si mesmo no espaço de uma hora. A

serviços pessoais. Essas tarefas não seriam executadas em menos tempo e/ou com mais eficiência pelos trabalhadores empregados por esse tipo de contrato, resultando numa “substituição equivalente”.

Preocupado com impacto desse modelo nas comunidades humanas, GORZ deixa em aberto uma questão que extrapola o campo da sociologia, voltando à crise da práxis marxista, corrente de pensamento à qual ele próprio se vincula.

Mesmo que uma hora de trabalho do servidor tenha igual valor da que o empregador ganha em uma hora de trabalho [substituição equivalente], este último pode se dispor e pagar este preço para se desvincilar de toda sorte de corvéias. Mas se isto é assim, ele reivindica o privilégio de se desobrigar de suas corvéias; ele afirma implicitamente que deve haver pessoas talhadas para fazer o que o aborrece ou o repugna, pessoas cuja profissão é servir. Em suma, inferiores. Mas por quê? Em que condições sociais umas pessoas estão preparadas para assumir as corvéias dos outros, a título profissional, por assim dizer, além das suas próprias? E de onde vem o poder aquisitivo adicional que permite comprar crescentes quantidades de serviços pessoais a uma massa crescente de prestadores de serviços? (...) Se deve haver esquerda, a tarefa desta consiste em transformar a liberação do tempo em uma nova liberdade e em novos direitos: por um lado, o direito de cada um e cada uma ganhar sua vida trabalhando, mas trabalhando cada vez menos e melhor, e recebendo plenamente sua parte da riqueza socialmente produzida; por outro, o direito de trabalhar de forma descontínua, intermitente, sem perder, durante as interrupções do emprego, a renda plena – de maneira a abrir novos espaços para atividades sem fins econômicos e a reconhecer nas atividades, que não têm remuneração por objetivo, uma dignidade e um valor eminentes tanto para os indivíduos como para a própria sociedade. (GORZ, 1995, págs 18-20)

As divergências doutrinárias e ideológicas, como tratado na seção anterior, por mais complexas que tenham se tornado, ainda são ponto relevante de discussão na história mundial. Há cerca de 200 anos que o liberalismo econômico experimentou novas fronteiras internacionais, impulsionado pela revolução industrial e ampliação dos mercados consumidores.

O atual estágio das relações de trabalho é decorrente de uma série histórica, marcada pela continuada complexificação da economia. Ela se inicia no que Marx chamou de “comunismo primitivo”, no qual a propriedade privada supostamente não

industrialização economizou tempo de trabalho para todo o mundo, e este tempo de trabalho foi reempregado na economia, em grande parte, para produzir riquezas suplementares que somente a industrialização permite conceber e criar” (GORZ, 1995, pág. 18).

existia e as pessoas compartilhavam posses, trabalho e os bens provenientes do labor.

Esse modo de produção foi substituído por aquilo que se convencionou chamar de modo de produção asiático, descrito assim por incluir todas formas de organização social semelhantes a das civilizações do “berço da humanidade”, como a Mesopotâmia (Egito antigo, China, Índia), em que o Estado recolhia a produção excedente dos camponeses para seu consumo próprio. Sem trabalhar na subsistência, eles se dedicavam às atividades religiosas e de guerra. É desse ciclo econômico o uso intensificado do trabalho compulsório (corvéia) e formas precárias de escravidão (GIDDENS, 2008).

O crescimento do comércio, a multiplicação das propriedades privadas, o alto custo do Estado e as rebeliões de escravos (cada vez mais numerosos), conduzem a humanidade a experimentar um modo de produção chamado de “escravismo clássico”. Típico da Grécia antiga e do Império Romano, ele é caracterizado por uma classe social intermediária, formada pelos donos de terra e escravos. A força de trabalho desses últimos é usada na geração de bens a serem comercializados, sem a presença centralizadora de um Estado ocioso.

O feudalismo europeu irá suceder esse tipo de organização social, já livre do escravismo, mas marcado pelos sistemas de servidão. Desprovidos de terra para plantar o necessário para a subsistência, os trabalhadores “arrendam” pedaços de propriedade dos senhores feudais. Em troca do meio de produção, eles fornecem parte dos bens que geram trabalhando o solo, ou pagam impostos definidos pela autoridade local. A submissão dos servos aos nobres, mais do que econômica, também se dá por meio da contratação de milícias ou da autoridade religiosa.

Conforme esse modo de produção forçava grupos de pessoas a se instalarem nas cidades, transformando-as em artesãos, o trabalho servil foi sendo substituído pelo trabalho assalariado. Nessa transição, são lançadas as bases para o surgimento do capitalismo (HOBSBAWN, 2002).

No início, variados modos de produção conviviam, pois a Ásia mantinha sistemas comunais de produção, enquanto as Américas utilizavam escravos em suas plantações e atividades extrativistas. A mercantilização cria pontes essas “sociedades”, disseminando o trabalho assalariado e a possibilidade de lucro pelo comércio. O artesanato é substituído pela manufatura. (GIDDENS, 2008).

A inovação tecnológica fará com que o capitalismo avance para o industrialismo, dando margem para a “invenção” de modos de produção de massa (taylorismo e fordismo). Eles surgem em um momento bem determinado da história recente, após o final da guerra civil nos EUA, encerrada em 1865.

Na ocasião, uma nova elite econômica e política, representada por industriais do Norte, impôs aos agricultores do Sul uma dinâmica social diferente daquela associada à monocultura, baseada no trabalho escravo e exportação de produtos agrários.

O conflito armado fez com que as pessoas deixassem as *plantations* para viverem nas cidades, ao mesmo tempo em que imigrantes europeus desembarcavam nos portos do país. A Inglaterra já havia vivido a sua própria revolução industrial, passando da manufatura para a “maquinofatura”, pautada por uma forte expansão da indústria têxtil, calcada no uso do ferro e da energia a vapor. (HOBSBAWN, 1988).

Os EUA tomariam o mesmo rumo, pois contavam com condições técnicas e sociais equivalentes ao seu país colonizador. Tinham matéria-prima suficiente, mão de obra disponível nos novos centros urbanos e infraestrutura a ser explorada com as tecnologias que chegavam da Europa, como os novos navios a vapor, amplamente utilizados na navegação dos rios americanos. O período de euforia internacional é retratado pelo pesquisador HOBSBAWN (1988), em seu livro “*A Era dos Impérios*”.

Embora o ritmo comercial, que configura o ritmo básico de uma economia capitalista, tenha, por certo, gerado algumas depressões agudas no período entre 1873 e meados dos anos 1890, a produção mundial, longe de estagnar, continuou a aumentar acentuadamente. Entre 1870 e 1890, a produção de ferro dos cinco principais países produtores mais do que duplicou (de 11 para 23 milhões de toneladas); a produção de aço, que agora passa a ser o indicador adequado do conjunto da industrialização, multiplicou-se por vinte (de 500 mil para 11 milhões de toneladas). (...) Foi exatamente nessas décadas que as economias industriais americana e alemã avançaram a passos agigantados e que a revolução industrial se estendeu a novos países, como a Suécia e a Rússia. (HOBSBAWN, 1988, p.58-59)

Nesse mesmo período, em que o operariado surge como uma nova classe social nas cidades, a economia depara-se com uma crise não de produtividade, mas

de queda nos lucros. A situação primeiro abateu-se sobre a agricultura, cujo preço de venda foi barateado pelo surgimento de transporte mais eficiente.

Surgiram concorrentes de todas as partes, cuja competição forçou países a abandonarem suas lavouras ou a substituírem plantações pelo cultivo animal. Os EUA, nessa época, adotaram o protecionismo alfandegário para proteger sua economia em crescimento, mas não ficou livre de outra crise no setor empresarial.

Na medida em que cada vez mais fábricas surgiam, o ritmo da produção de bens era superior ao do consumo dos mesmos. Economias nacionais tinham que lidar com deflação, que achava os lucros. Equipamentos ficavam obsoletos rápido demais ou as máquinas novas eram caras, demorando “para se pagarem”.

Em 1880, a indústria siderúrgica americana entra em declínio, precisando maximizar lucros. É quando o engenheiro Frederick Winslow Taylor começa sua pesquisa sobre a “racionalização” do trabalho em firmas cada vez maiores e complexas, levando à posterior criação daquilo que ficou conhecido como “administração científica”, ou, nas palavras do historiador HOBSBAWM, “como conseguir que os operários trabalhassem mais”.

Esse objetivo foi perseguido por meio de três métodos principais: (1) isolando cada operário de seu grupo de trabalho e transferindo o controle do processo de trabalho do operário ou do grupo a agentes da administração, que diziam ao operário exatamente o que fazer e quanto produzir, à luz de (2) uma divisão sistemática de cada processo em unidades componentes cronometradas (“estudos do tempo e do movimento”), e (3) de vários sistemas de pagamento dos salários, o que incentivaria o operário a produzir mais. Esses sistemas de pagamento por produção se disseminaram muito rapidamente, mas, para fins práticos, o taylorismo em sentido lato quase não se difundiu na Europa antes de 1914 – nem mesmo nos EUA – e só se tornou um slogan familiar nos círculos administrativos nos últimos anos do pré-guerra. Após 1918, o nome de Taylor seria o título sintético do uso racional da maquinaria e da força de trabalho para maximizar a produção, paradoxalmente tanto entre os responsáveis pelo planejamento bolchevique como entre os capitalistas. (HOBSBAWM, 1988, p. 71-72)

Em outra obra, dedicada à história do operariado, o mesmo pesquisador utiliza a indústria belga do vidro para apresentar dados do impacto desse diferente modelo de pagamento no cotidiano dos trabalhadores.

HOBSBAWM aponta que a produção por homem, na década de 1890, era de 750 a 800 unidades. Com a introdução do pagamento por resultados, a produção individual subiu 25% (2000, p. 420). Taylor publicaria sua principal obra em 1911, nomeando-a de Princípios da Administração Científica.

O fundador da Ford Motor Company, Henry Ford, livremente inspirado pela administração científica, buscou uma forma de ampliar os próprios negócios. Ele decidiu que os custos poderiam ser barateados mediante a “produção em série”, que não consiste somente na linha de montagem, mas no desenvolvimento de protótipos cujas características fossem adequadas às esteiras.

Intensifica-se o uso de peças padronizadas, que eram feitas separadamente e em série, para somente depois serem juntadas na linha de montagem, reduzindo o preço de fábrica e o tempo de produção de cada unidade. Isso vai ampliar o tamanho dos estoques de veículos e, especialmente depois da 2ª Guerra Mundial, nas décadas de 1950 e 1960, tornar-se a principal metodologia de unidades fabris de todo o planeta.

O modelo de produção de massa de Henry Ford espalhou-se para indústrias do outro lado dos oceanos, enquanto nos EUA o princípio fordista ampliava-se para novos tipos de produção, da construção de habitações à chamada junk food (o McDonald's foi uma história de sucesso do pós-guerra). Bens e serviços antes restritos a minorias eram agora produzidos para mercados de massa. (HOBSBAWM, 1995, p. 211)

Mas como a demanda da massa não podia acompanhar a produtividade em rápido crescimento do sistema industrial nos grandes dias de Henry Ford, o resultado foi superprodução e especulação. Isso, por sua vez, provocou o colapso. (...) Quando veio o colapso, claro que este foi muito mais drástico nos EUA porque a lenta expansão da demanda fora fortalecida por meio de uma enorme expansão de crédito ao consumidor. (HOBSBAWM, 1995, p. 104)

O modelo fordista será questionado somente na década de 1970, apesar das repetidas crises do capitalismo pelas quais ele passou antes disso. Ele será contaminado por um regime de “desperdício zero” da força de trabalho, idealizado pelo engenheiro Taiichi Ohno após a segunda guerra mundial, dentro das fábricas da Toyota no Japão.

Diante de um ambiente mais hostil que o experimentado nos EUA (mercado consumidor pequeno, mão de obra sem especialização, capital e matéria-prima

escassos) Ohno elaborou os princípios daquilo que viria a ser conhecido posteriormente como toyotismo.

O sistema de seis passos criado para se contrapor ao fordismo era baseado na (1) produção do necessário, (2) multifuncionalidade da mão de obra, (3) qualidade total, (4) *just in time* (na hora correta), (5) customização do produto e (6) supervisão de todas as etapas.

O ponto de partida para o sistema Toyota consiste na crítica que elabora ao fordismo. Este é dissipatório, essencialmente montado sobre o desperdício, escreve Ohno. A superprodução, os tempos de espera, os transportes desnecessários, os processos de fabricação, os estoques não vendidos, as idas e vindas perdidas e os defeitos de fabricação são perdas. A listagem dos desperdícios do sistema fordista não inclui uma referência direta ao trabalhador, a rigidez que a especialização profissional envolve para a fábrica, a rigidez que o emprego de um trabalhador por máquina confere à produção, o número de trabalhadores empregados. Entretanto, são essas as questões de fundo que o sistema toyotista busca responder. (...) No sistema fordista, a empresa produz e empurra suas mercadorias goela abaixo da sociedade que, como está numa época de alto crescimento econômico — os “trinta anos gloriosos” —, compra tudo o que for produzido. Em época de baixo crescimento econômico, a produção fica a reboque do que o merado consome, o mercado puxa a produção. Daí a ideia de produzir a tempo justo, isto é, somente aquilo que o mercado consome, exatamente no momento e na quantidade em que for necessário. Essa noção tem diversas implicações. (ROSSO, 2005, págs 64-66)

Depois do toyotismo, não houve modo de produção em massa que ganhasse escala mundial de forma tão determinante, a ponto de mudar a organização fabril em diversos países. A tendência nos estudos dessa área, conforme já foi apontado, é o exame da intensificação do trabalho (HOBSBAWN, 1988).

Todo esse debate pré-terceirização, além de fixar as raízes sociais e históricas para a análise do objeto proposto, também objetiva demonstrar o funcionamento de uma “racionalidade econômica”. O termo é derivado dos textos de Max Weber, quando ele traça as características de um “*homo economicus*”, pautado pela racionalização da vida prática. É esse novo personagem, surgido na passagem do feudalismo para o industrialismo, que dá ao trabalho um valor em si mesmo e o transforma em vocação, posto que sua conduta pessoal e íntima (religiosa) aceita a busca do lucro e a valorização da propriedade privada.

2 TERCEIRIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA

2.1 PANORAMA E CONCEITUAÇÃO

Como pontuado, coloca-se em posição de questionamento o papel protetivo e tutelar dos regramentos trabalhistas, pleiteando-se, por diversos meios (aprovação de leis desregulamentadoras, pactuações coletivas restritivas de direitos trabalhistas) a modificação e fragilização de normas protetivas. (GOMES, 2008, p. 217).

Enoque Ribeiro SANTOS esclarece que o incremento da concorrência e da competitividade comercial decorrente do momento atual, de racionalidade econômica “vem exigindo maior produtividade empresarial, melhor qualidade dos produtos e serviços, além de redução de custos, com as consequências no nível do emprego, na flexibilização das normas de proteção do trabalhador” (SANTOS, p. 132).

Resta certo que esse novo contexto (inserido num cenário de privatizações e liberalizações) exige a compreensão no sentido de que o funcionamento do mercado não é possível sem o reconhecimento da liberdade de concorrência (GONÇALVES, p. 245). Necessário aferir, todavia, o preço a se pagar em face de tal competitividade, não sendo possível transferir apenas aos trabalhadores o ônus de tais significativas mudanças sócio-econômicas.

Da aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, até a década de 1960, pouco se falou de terceirização no Brasil. Quando o presidente Getúlio Vargas sanciona a CLT, na legislação encontram-se poucas referências a formas de “subcontratação”. Exemplos são os artigos 455 (empreitada e subempreitada) e 652 (pequena empreitada), onde estão abordados aspectos relacionados à construção civil.

A explicação tem base histórica, pois, como foi visto anteriormente, nesta época os modos de produção de massa ainda estavam se consolidando nos grandes centros capitalistas.

Na história mundial, o advento da terceirização como processo industrial está atrelado à entrada dos EUA na Segunda Guerra Mundial, situação que exigiu do Estado produção intensa de uniformes e armamentos, muito além da capacidade

instalada. Para dar conta das necessidades, empresas e cidadãos foram temporariamente contratados para fornecer os itens desejados.

O uso da terceirização como prática administrativa no Brasil começa nos anos 1950, sob o governo de Juscelino Kubitschek. Ele impulsionou a instalação das indústrias estrangeiras no país, oferecendo um plano de incentivos fiscais que encorajou, por exemplo, as americanas Ford e General Motors a expandirem os seus negócios no Brasil, onde já estavam instaladas há 30 anos. Esses incentivos também atraíram para o país empresas europeias, como a Simca e a Volkswagen, cujo modelo Fusca passou a ser produzido em série dentro do Brasil, obedecendo os princípios do fordismo.

O conjunto de negócios da indústria automobilística leva ao surgimento de “parques automobilísticos”, como acabaram conhecidas as regiões onde dezenas de pequenas fábricas instalavam-se ao redor da montadora, para quem fornecem peças e serviços. É neste patamar que o Brasil está inserido em 1970, quando a legislação começa a ser adaptada para essa nova realidade econômica.

Verificava-se em 1973, no Brasil, que a locação de mão de obra vinha se tornando frequente. Havia mais de 50.000 trabalhadores nessas condições na cidade de São Paulo, os quais prestavam serviços a 10.000 empresas (Isis de Almeida, 1977, p. 4). As empresas tinham por objetivo conseguir mão de obra mais barata, não se pretendendo furtar às disposições tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador. Nesse contesto é que surge a primeira norma que efetivamente tratou de terceirização — embora não com esse nome —, a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado antes da edição daquela regra legal, porém sem qualquer normatização. (...) O objetivo da lei era regular o trabalho temporário — e não fazer concorrência com o trabalho permanente —, principalmente porque certos trabalhadores não tinham interesse ou não podiam trabalhar permanentemente. (MARTINS, 2010, pág. 4)

MARTINS diz que a terceirização, apesar de não definida em lei nessa época, estava caracterizada pela contratação de terceiro para a realização de atividades que não são “o objeto principal” da contratante. Seria “uma forma de contratação que vai agregar a atividade-fim de uma empresa, normalmente a que presta os serviços, à atividade-meio de outra” (MARTINS, 2010, pág. 10). Ele difere esse

modelo do contrato de empreitada, onde não haveria “um sistema de parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro”.

PRUNES (1995) cita ligeiramente essa situação de adaptação dos magistrados às novas demandas do mundo do trabalho em sua obra, afirmando que poucos estavam prontos para julgar casos de “triangulação jurídica” em contratos de prestação de serviços. Igual a Martins, ele analisa casos e opiniões datados da década de 1980, antes portanto da Constituição de 1988.

Neste ponto a doutrina (principalmente dos países latinos no “2º e 3º mundo”) assim como significativa jurisprudência (brasileira) tendem a ver a relação de trabalho como algo que não admite intermediários. Seria um vínculo de interferência ou lugar para mais de dois. A chamada “terceirização”, onde três estão presentes, é a negação disso. Entre os dois possíveis polos, por vezes, como na energia elétrica, há necessidade de uma interligação ou para produzir efeitos ou apenas para possibilitá-los. (PRUNES, 1995, págs. 13-14)

Na iniciativa privada, uma das primeiras regulamentações do assunto foi registrada pela lei 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário em empresas urbanas.

A terceirização da segurança nos bancos privados viria com a lei 7.102/1983 (depois revisada pela norma 8.863/1994),¹⁰ editada quase duas décadas depois de normas semelhantes já definidas para a Administração Pública.

Há registro de quatro decretos-lei autorizando a utilização de serviços terceirizados de segurança na década de 1960, exclusivamente para as instituições financeiras mantidas pelo Estado. Um exemplo é o de número 1.034/69, que liberava a contratação de profissionais externos aos bancos para fazerem a segurança desses mesmos recintos. Enquanto a iniciativa privada demorava para obter o mesmo tipo de regulamentação, o Estado se permitia repetir esse modelo de contrato para os serviços de limpeza e conservação.

Para classificar os casos de terceirização, DELGADO (2003) sugere que existem, a princípio, dois tipos de situação. Quando o objeto do contrato triangulado

¹⁰ Existem outras modalidades de contratação que são assemelhadas da terceirização, apesar de constituírem estatutos diferentes de relações trabalhistas. É o caso das leis 5.889/1973 (trabalhadores rurais), 8.630/1993 (portuários avulsos), 8.897/1995 (concessão de serviços públicos)

são serviços, a autora diz que está desenhada uma “terceirização para dentro da empresa”. Se forem atividades, trata-se de uma “terceirização para fora da empresa”. No primeiro caso, os contratados prestam seu serviço dentro da empresa contratante. No outro, ocorre a subcontratação. E esclarece:

No entanto, entendemos que tal terminologia é excessivamente ampla para referir-se apenas à terceirização de atividades, já que também existem outras relações jurídicas passíveis de subcontratação, (...) como são os casos da locação de serviços e de empreitada. Além disso, a utilização da terminologia “subcontratação” dá ensejo à vertente interpretativa que entende ser a subcontratação a modalidade de vínculo jurídico que possibilita e viabiliza a precarização de direitos; o que não ocorre apenas na terceirização de atividades, mas também na terceirização dos serviços e em outras espécies de contrato, como é o caso do contrato a termo. (DELGADO, 2003, pág. 120)

A autora prossegue salientando que é possível compreender a terceirização dos serviços “como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora de serviços (“empresa cliente”) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividades-meio), para empresas terceirizantes (“empresa fornecedora”),” utilizando-se, para tal, da mão-de-obra terceirizada (“empregado terceirizado”), o que, do ponto de vista administrativo, “é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao programa da eficiência nas empresas.” (DELGADO, 2003, p. 142).

Michel Olivier GIRAudeau, em sua obra *“Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços”* inicia seu relato salientando que, embora as progressivas mudanças das relações de trabalho observadas no atual cenário de reestruturação da produção sejam inevitáveis, incumbe ao Direito do Trabalho “regular esse processo, com vistas a preservar direitos fundamentais do trabalhador, sem negar a própria realidade” (2010, p. 16).

O autor continua afirmando que as terceirizações enquadram-se nessa nova perspectiva de primado da livre-iniciativa, apontando um significativo crescimento nos setores que buscam utilizar tal forma de contratação, justamente em razão de suas características singulares.

e 11.788/2008 (estagiários) — todas elas recentes, considerando que a CLT precede a referência mais antiga em cerca de 30 anos.

A terceirização é vista, assim, como uma espécie de “neologismo da área de administração de empresas para se referir à realização de uma atividade por outrem, contratado para esse fim pela empresa tomadora” (GIRAUDEAU, 2010, p. 16).

O autor diferencia os aspectos administrativos e jurídicos que estabelecem as bases conceituais do instituto, esclarecendo que sob o enfoque jurídico, verifica-se a confirmação da ideia de um terceiro “numa relação que, tradicionalmente, se estabelecia de forma direta entre o trabalhador e o tomador de trabalho contratado” o que implicou numa alteração significativa na forma de se encarar os sujeitos contratuais. Passa-se a observar relações paralelas que, embora interligadas, não possuem equilíbrio à medida que o trabalhador passa a ter, como ponto de referência, não apenas um único empregador.

A análise da formação do vínculo entre o terceirizado (ou empregado deste) e o tomador do serviço reside, evidentemente, na eventual relação de pessoalidade e subordinação, a ensejar os traços característicos da relação de emprego. Cabe à empresa prestadora dos serviços exercer o poder de direção e aplicação efetiva da força de trabalho do empregado, para cumprimento do contrato de prestação de serviços. À empresa terceirizada se reserva, ainda, e com exclusividade, o poder de organização e o poder regulamentar sobre os trabalhos do empregado contratado, impondo-lhe o controle e a disciplina inerente ao pacto laboral. (GIRAUDEAU, 2010, p.63)

Ressalta-se que, segundo GIRAUDEAU, dessa triangulação que traz uma série de novos papéis a serem representados pelas partes contratantes, evidencia-se a necessidade de se regular, especificadamente, as novas situações postas, de modo a possibilitar às partes que identifiquem os critérios aceitáveis na terceirização legítima e regular, “traçando-se a responsabilidade das empresas envolvidas e seus limites, em relação aos direitos do trabalhador, de acordo com o ordenamento jurídico já existente” (2010, p. 16).

Gabriela Neves DELGADO demonstra a mesma preocupação. Após desenvolver um interessante relato acerca dos fundamentos e estruturas das relações de produção no mundo contemporâneo, a autora passa a analisar a própria história da formação do direito do trabalho e da cidadania no Brasil, aprofundando seu estudo nos dilemas enfrentados no final do século XX: novo padrão de acumulação capitalista, reestruturação organizacional dos trabalhadores no

ambiente de trabalho, novos mecanismos de relações interempresariais, finalizando com a apreciação das desregulamentações e flexibilizações implementadas no Brasil e no mundo (DELGADO, 2003).

Inserido nesse cenário de debates e interesses em conflito é que a autora passa a estudar a terceirização, mencionando sua entrada no processo produtivo de trabalho e a abrangência nos mais diversos setores.

Conceitua a terceirização como sendo uma relação trilateral na qual “o empregado presta serviços a um tomador, apesar de não ser seu empregado efetivo” ressaltando que a relação de emprego é, assim, “estabelecida com outro sujeito, a empresa interveniente ou fornecedora” (DELGADO, 2003, p. 139).

Ao apontar as hipóteses de terceirizações lícitas, a autor relata que existem 4 possibilidades: trabalho temporário (Lei 6019/74), serviços de vigilância (Lei 7.102/70), serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. No mesmo sentido os apontamentos de GIRAUDEAU:

A experiência demonstra que as atividades mais frequentemente terceirizadas são os serviços de conservação e limpeza, segurança, digitação e contabilidade, assistência médica, assistência judiciária, auditoria, manutenção de máquinas, creche, etc. Um dado estatístico da empresa Manager Assessoria de Recursos Humanos, a partir de 189 empresas multinacionais e estatais de São Paulo, apontava, respectivamente, como áreas de maior concentração do serviços terceirizados: limpeza e conservação (76,7%), preparação e distribuição de refeições (70%), vigilância patrimonial (66,3%), serviços médicos assistenciais (60,3%) e transporte de empregados (60%). (GIRAUDEAU, 2010, p.63)

Tanto DELGADO quanto GIRAUDEAU, após analisarem aspectos conceituais que regem o instituto da terceirização (passando pelos requisitos, apreciação dos agentes partícipes, formas e modalidades), passam a apreciar o fenômeno de modo crítico, considerando os efeitos da terceirização para os trabalhadores.

DELGADO reconhece a importância da terceirização de mão de obra como fenômeno no mercado contemporâneo, justamente por apresentar soluções gerenciais e administrativas; todavia destaca que referida fórmula provoca graves problemas no processo produtivo e na sociedade brasileira (2003, p. 169).

A terceirização, como instrumento de gerência de empresas e mecanismo de contratação de mão de obra possibilita a otimização de recursos por eliminar da cadeia produtiva operações consideradas “não fundamentais” ou, ainda, “periféricas”, permitindo maior controle e aferição da qualidade dos pontos efetivamente primordiais; mantém-se o foco no produto ou na prestação de serviços. A autora apresenta as seguintes ponderações:

A nova ênfase no processo produtivo, que se tornou hegemônica no tempo presente, pauta-se na especialização de bens e serviços e na otimização dos custos, passando a exigir das grandes empresas que instalem fórmulas redutoras e horizontais de organização do processo laborativo, sempre com vistas ao aumento dos lucros e à competitividade do mercado. Estrutura-se, pois, o padrão produtivo toyotista, mediante a legitimação de um novo conceito de empresa, designado de ‘empresa magra’ ou ‘enxuta’, decorrendo desse fato a instituição de relações trabalhistas trilaterais, produtos do fenômeno conhecido como terceirização. (DELGADO, 2003, p. 169).

Outras vantagens ao empreendedor são ainda observadas, tais como a possibilidade de diminuição do número de empregados efetivos contratados pela empresa tomadora e a liberação de capital para investimento e aperfeiçoamento de novas tecnologias (possibilitando aumento de competitividade em escala global).

A faceta negativa do instituto é que, aparentemente, as vantagens permanecem no campo patronal. A autora menciona aspectos negativos da terceirização em três principais pontos: econômico, empresarial e sindical.

No primeiro ponto esclarece que há decréscimo no número de empregos formais firmados com as tomadoras, ampliando, ainda, o desemprego, conforme indicadores do IBGE.¹¹

Estimula-se, também, a alta rotatividade da mão de obra, “sobretudo no que concerne às empresas tomadoras de serviços, causando insegurança no emprego e insuflando sentimentos de individualização nas relações de trabalho” (DELGADO, 2003, p. 171).

¹¹ A autora destaca que entre os anos de 1985 e 1999 foram criadas 20 mil novas empresas, o que implicou num crescimento de 21,1%. No entanto, 480 mil postos de trabalho foram extintos, significando redução de 8,8% no número total de contratações trabalhistas.

GIRAUDEAU, ao analisar os efeitos nocivos da terceirização, também entende que embora tal modalidade seja inevitável, considerando os novos anseios competitivos impostos às empresas, necessário avaliar os prejuízos sociais de tal opção.

Menciona os seguintes aspectos negativos: o individualismo decorrente da imposição rígida de metas de produção e qualidade; as despedidas em massa; a mitigação de princípios sociais; a flexibilização de direitos trabalhistas; a pulverização de pequenas e médias empresas bem como a utilização fraudulenta do instituto, com o objetivo de sonegar direitos trabalhistas (2010, P. 83/85).

SOUTO MAIOR distingue o modelo clássico de terceirização, cuja inspiração e métodos são originários do toyotismo, da terceirização à brasileira no serviço público. Ele entende que o raciocínio da redução do custo não é condizente com a atuação esperada do Estado, pois significaria impor ao trabalhador perda de direitos.

Apresenta, em sua obra, ferrenha crítica ao uso da terceirização que, segundo o autor, teria sido completamente desvirtuado no sistema brasileiro:

Vale reparar, ademais, que a subcontratação, no sistema toyotista, é feita com base na busca de melhoria da produção, o que se dá, portanto, como reforço do modelo produtivo. Assim, a mera execução de uma tarefa, alheia à produção, por contratação direta ou por empresa interposta, que serve somente para o fim de redução do custo daquela mão-de-obra, sem implicação alguma na capacidade produtiva, nada tem a ver com o modelo Toyota de produção ou qualquer outro. Trata-se, unicamente, de técnica que potencializa a exploração da mão-de-obra. 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 do que um empregador, “que fez um favor ao oferecer trabalho”, não respeitar os direitos de seus empregados. (...) 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, dada a razoável incidência dessa situação, passou a ser a Justiça do “ex-empregado de alguém, só não se sabe quem”. (SOUTO MAIOR, 2005, p. 100-102)

Ao discorrer sobre a natureza ambivalente do Direito do Trabalho, SANTOS (2008) argumenta que a história da institucionalização dessa especialidade do

campo jurídico não se reporta, numa primeira leitura, ao trabalho como um bem. Na opinião do Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, a disciplina trata em essência de como tratar o trabalhador como sujeito de direito e como pessoa humana.

SANTOS afirma que essa natureza ambivalente pode ser percebida quando o Direito do Trabalho atua como um “um instrumento garantidor de justiça social e de direitos fundamentais e, por outro lado, como um marco limitador imposto pelo próprio regime capitalista para o intrínseco sistema de exploração do trabalho alheio” (SANTOS, 2008, p. 54).

É nesse sentido que o autor busca detalhar duas formas de fraude às relações trabalhistas, cuja caracterização não está prevista na Súmula 331 do c.TST. SANTOS dirá que estágio, cooperativas de mão-de-obra e trabalhadores sob regime de Pessoa Jurídica (“pejotizados”), sob determinados aspectos, poderão configurar fraude às normas trabalhistas. Também afirmará que, várias vezes. Tais procedimentos passam a ser uma alternativa obscura à terceirização.

Conclui-se, assim, que a terceirização apresenta inegáveis vantagens nos campos da administração e da gestão de negócios, contribuindo para o crescimento da tomadora de serviços, todavia, ao mesmo tempo, representará, sem a devida regulamentação, a fragilização e a precarização de direitos trabalhistas.

O empregado que está no interior da tomadora, não sendo trabalhador de uma empresa especialista em sua atividade, não vê sentido algum na relação impessoal que se estabelece com a empresa tomadora. Muitas vezes, ainda, as atividades desenvolvidas por esse empregado são igualmente desenvolvidas, sem qualquer diferenciação, por empregados da própria tomadora, no exercício de funções idênticas.

Esse contexto não justificaria a intermediação de uma empresa entre a tomadora de serviços e o empregado contratado, e aí a terceirização passa a ser utilizada com o intuito perverso de precarização dos direitos trabalhistas (GIRAUDEAU, 2010, p. 85).

A exigência, portanto, de efetiva regulamentação e fiscalização desse tipo de contratação se faz cada vez mais urgente, sob pena de se autorizar a redução de direitos trabalhistas arduamente conquistados ao longo da história.

2.2 TERCEIRIZAÇÃO E RELAÇÕES TRABALHISTAS

“O tratamento do tema pela Justiça do Trabalho é uma grande construção jurisprudencial a partir de uma pequena base legal”,¹² publicou o próprio c.TST, em sua página na internet. Na ocasião, em outubro de 2011, o tribunal organizou a primeira audiência pública de sua história, justamente para tratar da terceirização. De todo o território nacional, 49 pessoas foram selecionadas para manifestarem sua leitura da atual conjuntura do mundo do trabalho.

Os benefícios, para o empregador, dessa possibilidade de contratação de mão de obra para execução de atividades que, em princípio, apenas não correspondam à atividade fim do tomador de serviços, são inegáveis: há maior flexibilidade na gestão de pessoal, redução dos custos com operacionalização, logística, treinamento de pessoal e consequente aumento de produtividade.

E, num cenário no qual o pleno emprego ainda é figura almejada, a perspectiva (ainda não inteiramente comprovada) de uma possível geração de empregos decorrente dessas formas de flexibilização ainda é argumento bastante avaliado. Mas tal inserção não está longe de críticas, como bem aponta Otávio Pinto e SILVA, em sua obra “*Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*”:

O processo de globalização da economia alterou e continua a alterar as relações de trabalho, especialmente em virtude do uso constante de inovações tecnológicas que resultam na adoção de diversas formas de reestruturação produtiva. A precarização das relações de trabalho passa a ganhar espaço, seja com o aumento do número de trabalhadores autônomos, seja com a ampliação das formas de subcontratação de trabalho (terceirização, cooperativas), seja com a simples informalidade ou clandestinidade. (SILVA, 2004, p. 112).

A Administração Pública encontra-se igualmente inserida nesse cenário. Embora possuidora de regramentos específicos em decorrência de suas características diferenciadas, o ente público também é responsável por uma considerável margem de contratações de prestação de serviços terceirizados.

¹² Disponível em <<http://blog.mte.gov.br/?p=6436>>. Acesso em 23 fev. 2013.

Mesmo observando e cumprindo os requisitos previstos na Lei de Licitações para pactuar suas contratações, evidencia-se que a Administração Pública (independentemente das questões envolvendo intermediação lícita ou ilícita de mão de obra), assim como outros tipos de tomadores de serviços não ligados ao setor público e afins, não obtém integral sucesso na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas das prestadoras de serviços.

A apreciação dos motivos que levariam à fragilidade da constituição e desenvolvimento de muitas dessas empresas prestadoras de serviços, embora represente tema bastante interessante, extrapola os limites da presente pesquisa.

De qualquer modo, a ausência de satisfação dos direitos trabalhistas gera demanda que é apresentada, repetidamente, para apreciação na Justiça do Trabalho, que é instada a apreciar as mais diversas questões decorrentes desse descumprimento: quais são os direitos do trabalhador terceirizado? Houve contratação lícita? Quais os efeitos do inadimplemento por parte do empregador direto? Quais os limites de responsabilização do tomador de serviços?

O ministro Ives Gandra da Silva MARTINS FILHO, encarregado de relatar o resultado da atividade promovida pelo c.TST, reuniu num único artigo o apanhado das opiniões colhidas em três dias de debate, do qual participaram juristas, advogados, empresários, trabalhadores e pesquisadores do tema.

Sintetizando os diversos elementos trazidos em contribuição ao posicionamento do TST, podemos dizer que o fenômeno da terceirização é uma realidade econômica de caráter universal e irreversível, cuja face perversa deve ser transformada, quer pela via legislativa, quer pela via judicial. Como fenômeno econômico, caracteriza-se pela concentração empresarial na atividade de sua especialização, pela passagem do modelo da empresa verticalizada para o de empresas ligadas a redes de produção. (MARTINS FILHO, 2011, p. 1)

MARTINS FILHO considera “empresas verticalizadas” aquelas em que as etapas da produção são completamente realizadas dentro de si mesmas, por seus próprios funcionários. A ideia de “redes de produção”, para o ministro do c.TST, significa uma relação de interdependência entre um conjunto de empresas, onde cada um da rede cria parte especializada do processo produtivo total.

Na relação entre esses dois tipos, haveria terceirização em duas ocasiões, muito semelhantes àquelas citadas por DELGADO (2003). A terceirização “para fora” MARTINS FILHO chama de “prestação ou fornecimento de bens e serviços”, exemplificada na contratação de atividades nas áreas da contabilidade, informática ou produção de insumos básicos, quando realizadas dentro da tomadora desses serviços.

Já a terceirização “para dentro” implicaria em fornecimento de mão de obra, na visão de MARTINS FILHO. Ele dirá que essa situação estará caracterizada quando “a empresa terceirizada contrata, treina e fornece à empresa principal mão de obra especializada, que, mesmo sendo dirigida e subordinada à empresa terceirizada, trabalha nas dependências da empresa principal”. A diferença entre os dois tipos, portanto, reposaria no local de trabalho do empregado terceirizado.

A diferença entre as duas modalidades está no local do trabalho do empregado: enquanto na prestação de serviços típica ele trabalha na empresa terceirizada e com equipamento da terceirizada, entregando apenas o bem ou serviço, na locação de mão de obra ele labora nas dependências da empresa tomadora dos serviços, ombro a ombro com os empregados diretos da empresa principal. Daí a expressão “terceirização”, aplicável fundamentalmente ao fenômeno da intermediação de mão de obra (já que, nas cadeias produtivas de serviços, poder-se-ia falar até de “quarteirização” e assim por diante): entre o trabalhador e a empresa beneficiária direta de seus serviços coloca-se um terceiro, que é a empresa contratante do trabalhador e fornecedora de mão de obra. (MARTINS FILHO, 2011, p. 1)

O ministro do c.TST resumiu em quatro tópicos as queixas registradas por participantes da audiência pública (redução dos salários, baixa integração do trabalhador com a empresa, descuido nas normas de medicina do trabalho e precarização das relações de trabalho), mostrando-se solidário à melhoria das condições de trabalho, desde que isso não implique em “considerar o fenômeno nefasto em sua essência”.

A competitividade empresarial própria da economia de mercado, somada ao desenvolvimento tecnológico, aponta para a especialização como o caminho a ser trilhado para se chegar ao aumento da qualidade do bem ou serviço oferecido. Quanto mais especializado é um médico, advogado ou fornecedor, mais passa a ser procurado, por atender melhor à necessidade

específica das pessoas. Nesse sentido, a terceirização não é um mal em si mesmo, mas um fenômeno econômico generalizado que deve ser compreendido em sua essência e corrigido, pela intervenção estatal no domínio econômico, naquilo que atenta contra os direitos humanos fundamentais, entre os quais o do trabalho. (MARTINS FILHO, 2011, pág. 2)

Contextualizando a jurisprudência nacional sobre esse assunto, o magistrado destacou quatro diferentes momentos acerca do entendimento da justiça trabalhista. MARTINS FILHO começa relembrando a Súmula 256, de 1986, em que só era considerada lícita a terceirização de serviços especializados. Esses casos seriam enquadrados na modalidade de locação de mão de obra, tipo trabalho temporário (6.019/74) e vigilância (7.102/83).

Sete anos depois o c.TST editaria a Súmula 331, agora permitindo a terceirização de mão de obra em caráter permanente (nos casos de serviços de conservação e limpeza, por exemplo). O texto valida a expressão atividade-meio, para caracterizar os casos em que a terceirização passa a ser possível. O termo engloba serviços necessários, mas não essenciais. As atividades-fim, que são o propósito do empreendimento, continuam vedadas para terceirização.

Diferente da norma anterior, a Súmula 331 surge na esteira da Constituição de 1988. Ela organizará como a Justiça do Trabalho lidará com a terceirização na administração pública, visto que a nova constituição fixa essa competência em seu artigo 114, mas a vigência do Decreto-Lei 200/67, que autoriza esse tipo de contratação.

Em setembro de 2000, é alterado o inciso IV da Súmula 31, a fim de reconhecer “a responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública no caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da empresa terceirizada, intermediadora de mão de obra, não obstante a vedação expressa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93” (MARTINS FILHO, 2011, p. 2).

Por último, o ministro do c.TST indica a mudança em estudo neste trabalho de especialização: a alteração no inciso V da Súmula 331, de maio de 2011. Como já foi explicado, a jurisprudência é alterada após entendimento do STF sobre a ADC 16-DF, onde é reconhecida a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

A mudança implica dizer que, desde a alteração na Súmula 331, é possível à justiça trabalhista acatar a responsabilidade subsidiária subjetiva da Administração Pública, mas só em casos onde ela não cumpriu sua responsabilidade *“in vigilando”*

ou “*in eligendo*” de cobrar adimplência da empresa terceirizada sobre os direitos do empregado.

É interessante notar como essas mudanças são compreendidas pelo magistrado do c.TST, do ponto de vista da garantia de direitos e complexificação da jurisprudência.

Com a exigência constitucional do concurso público para toda a administração pública, inclusive a indireta (CF, art. 37, II), tornou-se absolutamente impraticável a contratação, mediante concurso, de pessoal para atividades acessórias em que a exigência de escolaridade mínima afastaria da concorrência aqueles mais afetos à sua realização. Seria o caso dos serviços de limpeza, asseio e conservação. A par do fato de que se mostra impossível qualquer prova prática seletiva dos melhores, num universo que poderia chegar a milhões de concorrentes: quem deixa a vidraça mais limpa ou o chão mais brilhante? Com vistas a resolver a questão das atividades de baixa escolaridade mínima, o TST passou a aplicar critério que nos parece não superado até o momento, para traçar a linha divisória entre a licitude e a ilicitude em matéria de terceirização sob a modalidade de locação de mão de obra: qual a espécie de atividade desenvolvida pelo trabalhador terceirizado? Se está ligada, pelo seu conteúdo ocupacional, à atividade-fim ou à atividade-meio da empresa principal, tomadora dos serviços do trabalhador, seguindo na esteira da definição traçada no § 2º do art. 581 da CLT. Nesse sentido, esta Corte tem considerado ilícita a terceirização permanente de mão de obra para atividade-fim da empresa tomadora dos serviços, nos termos da referida Súmula 331, em seu inciso III, impondo o reconhecimento do vínculo empregatício direto com a tomadora dos serviços nesses casos (inciso II). Assim, é lícita a terceirização de mão de obra para atividade-meio da empresa principal, desde que não haja pessoalidade ou subordinação no fornecimento de mão de obra, de modo a não restarem caracterizados os requisitos da relação de emprego com a empresa tomadora dos serviços, nos moldes do artigo 3º da CLT. De fato, a empresa terceirizada se compromete a realizar o serviço na empresa principal, mas não com esse ou aquele trabalhador concreto, e sem que haja ingerência direta da empresa principal ou de seus prepostos no comando dos trabalhadores terceirizados. No entanto, apenas essa cautela não é suficiente: daí ter o TST garantido, pelo inciso IV da Súmula 331, a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços em caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da prestadora dos serviços. (MARTINS FILHO, 2011, p.2)

Levantada as principais questões que trazem divergência na tomada de decisões acerca das terceirizações, interessante traçar um panorama das terceirizações considerando casos concretos abordados por pesquisadores, conforme se observará no capítulo a seguir.

2.3 ESTUDO DE CASOS: CONFECÇÕES, BANCOS E TELEFÔNICAS

As mais significativas alterações no modo de produção e nas relações de trabalho costumam trazer como base de argumentação a necessidade de adaptação das antigas estruturas aos novos tempos, aos tempos de globalização.

Do mesmo modo, a necessidade de “adaptação” desponta como conceito chave no sentido de imperativo de adequação social frente às novas exigências e obrigações de uma nova racionalidade emergente¹³ (que impõe estratégias de liberalização de mercados, desregulamentação econômica e flexibilização de direitos trabalhistas), cominando com reestruturações de estratégias privadas das empresas multinacionais e com imposições estabelecidas pelos mercados financeiros.

Na prática, é possível contextualizar vários tipos de adaptacões num mesmo ramo de atividade, que é o setor brasileiro de confecções, analisado por LEITE (2004).

Durante as mudanças econômicas vividas pelo Brasil nos últimos 50 anos, o setor migrou de uma “terceirização para dentro” (com pessoas sendo temporariamente contratadas para dar conta de pedidos) para uma “externalização da produção”, cujo objetivo era baixar custos associados ao produto final.

A autora, livre-docente da Unicamp e doutora em sociologia, visitou três empresas de confecção, seis oficinas de costura e quatro trabalhadoras a domicílio, além de realizar um levantamento das experiências de sindicatos na indústria do vestuário em São Paulo, “para discutir as práticas sindicais voltadas ao enfrentamento da deterioração das condições de trabalho e à proteção do trabalho a domicílio” (LEITE, 2004, p. 241-242).

Ela constatou que o setor do vestuário passou por mudanças estruturais a partir dos anos 1990, à época marcados pela baixa intensidade tecnológica da produção.

Durante a passagem de Fernando Collor de Mello na presidência da República (1990-1992), dois fatores provocaram falências nesse ramo de atividade: a abertura econômica do país, com a entrada de competidores internacionais no

¹³ Para Foucault origina-se a era do “*Homo oeconomicus*”, sendo que para Francisco Cardozo de Oliveira a inauguração de uma racionalidade estritamente econômica deve ser encarada com

mercado, e planos econômicos fracassados que dilapidaram o patrimônio das empresas.

Diante de um consumo interno estagnado e ausência de políticas públicas voltadas as pequeno e micro empresas, houve pouca melhoria na etapa principal do ciclo produtivo da confecção, que é a costura, estimada pela autora em 80% do trabalho vivo.

Ou seja, enquanto na década de 1990 as empresas quebraram, quem sobreviveu investiu em desenho industrial e modelagem, não na combinação costura/costureira. Foi o ápice da “externalização da produção”, livrando os empresários dos custos de operação do parque fabril.

De fato, o novo para o setor não é o recurso à externalização — utilizado desde sempre por meio da contratação de costureiras a domicílio em momentos de pico da produção —, mas, como bem observam Araújo e Amorim (2000, p. 9), “a constituição de ‘unidades produtivas externas’ mais lucrativas”, as oficinas, as quais baseiam esse desempenho seja na ausência de encargos sociais, seja no nível de produtividade alcançado devido à forma de pagamento adotada (por peça). Nesse sentido, a terceirização vem ganhando um papel absolutamente central no processo de reestruturação do setor (...) Embora não haja dados oficiais sobre o trabalho a domicílio, a Pesquisa de Emprego e Desemprego da Fundação Seade e do Dieese registrava, em 1993, que apenas 52% dos ocupados na indústria do vestuário na Grande São Paulo eram assalariados com carteira assinada e que, entre os 48% restantes, 13% trabalhavam a domicílio (Fundação Seade, 1995). Tais dados indicavam uma nítida tendência ao aumento do trabalho a domicílio, tendo em vista que, em 1991, ele representava 9,5% do total dos ocupados do setor na região. (LEITE, 2004, p. 246)

A mão-de-obra é predominantemente feminina e não possui carteira assinada, caracterizando, segundo a autora, uma escolha da indústria. LEITE diz que se trata de uma estratégia de competitividade, para manter os preços num patamar mais baixo, e não de uma característica inata do ramo de atividade.

Assim, a empresa que distribui no mercado de consumo o produto não o fabrica diretamente, mas o compra de uma confecção, cuja geração de peças está contratada com uma oficina que utiliza trabalhadores a domicílio.

muitas restrições sob pena de se ignorar a dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006).

A representação desta cadeia encontra-se na figura seguinte:

Figura 1



Fonte: LEITE (2004, p. 253)

Esta é uma característica do ramo do vestuário, onde as empresas que coordenam o mercado de consumo não “fazem” o produto, monopolizando somente sua idealização e remessa em grande escala às lojas de departamento.

É um segmento focado na distribuição, onde as “grandes marcas” escolhem quais serão “as tendências para a próxima estação” e encomendam esses produtos para as confecções, com instruções severas sobre a qualidade e quantidade do material a ser fornecido.

Assim, as oficinas estão desconectadas da cadeia produtiva completa, sem chance de agregar valor adicional às peças.

Elas se encontram, dessa forma, “ensanduichadas” entre duas redes poderosas: a varejista e a fornecedora de matéria-prima (tecido). Com as fornecedoras de tecido, a negociação é muito difícil, porque as empresas desse setor têm muitas opções de venda, inclusive ligadas à exportação, devido à qualidade que vêm alcançando em seus produtos; com as redes de distribuição, tampouco é possível negociar, tendo em vista a assimetria de poder: enquanto estas últimas são, em geral, grandes empresas nacionais e multinacionais, as confeccionistas têm porte médio e pequeno capital. Além disso, como não têm acesso direto ao mercado, ficam muito dependentes de seus clientes, que as pressionam continuamente no que se refere aos preços, por causa da acirrada concorrência que domina o mercado. Frente à dificuldade de negociação com o fornecedor e o cliente, as empresas de confecção se vêem na contingência de economizar onde é

possível, ou seja, na produção. Isto explica não só o profundo processo de terceirização que vem dominando o setor, mas sobretudo o sentido desse processo, voltado mais para a busca incessante do rebaixamento de custos do que da elevação da qualidade. (LEITE, 2004, p. 254)

Grande parte dos trabalhadores desse ramo de atividade econômica, além da desassociação da cadeia produtiva, está na informalidade, costurando em casa, distanciados dos parques fabris em decorrência do formato adotado pela indústria, de competição por custos baixos.

A soma dessas características tem-se apresentado como um desafio às entidades sindicais. LEITE analisa, por exemplo, as estratégias da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria Têxtil do Vestuário, do Couro e dos Calçados (CNTV).

A CNTV, com o intuito de se aproximar das costureiras que labutam em condições precárias de trabalho, por exemplo, procurava à época do artigo normatizar um piso salarial unificado para a categoria e direcionar a negociação com as entidades patronais articuladamente nos três níveis de representação (nacional, regional e local).

Ambas as estratégias voltadas para combater os efeitos da competição de custos nas relações trabalhistas. Isso estaria acompanhado de campanhas pela formalização do registro profissional e campanhas nacionais de sensibilização para o tema.

Um dos principais problemas que o setor enfrenta no momento é a baixa capacidade de pressão sobre o patronato, em virtude do rápido processo de enxugamento dos empregos com registro. Este quadro tem dificultado a discussão das estratégias empresariais de reestruturação, vistas pelo patronato como uma questão de domínio privado das empresas. (LEITE, 2004, p. 267)

Sobre a legitimidade de representação, a autora cita experiência exitosa do Sindicato das Costureiras de São Paulo e Osasco.

A entidade criou em 1998 a figura do sócio-usuário, permitindo o ingresso de costureiras sem vínculo empregatício nas fileiras do sindicato, mesmo aquelas cuja produção era domiciliar. Daí em diante, quando processos trabalhistas comprovam o

vínculo empregatício com as empresas-cabeça do setor, como as confecções e as distribuidoras, o sindicato atua diretamente na representação delas e na negociação coletiva.¹⁴

As instituições financeiras e o ramo da telefonia passaram pelo mesmo problema descrito. A reestruturação produtiva imposta às empresas que buscam sobreviver no mercado internacional (por meio do aumento de produtividade e da redução de custos) representou uma significativa alteração nas formas de gerenciamento de pessoas e de direcionamento de recursos.

Constata-se concentração de esforços na atividade principal do empreendimento, restando terceirizados diversos setores de atividades periféricas bem como o florescimento de novas formas de sub-contratação, tais como contratos eventuais, temporários, falsos contratos entre a empresa e autônomos.

Como já foi abordado, tal quadro resulta numa ausência de identificação entre os interesses dos trabalhadores, que subdivididos e fragmentados em categorias distintas não encontram objetivos comuns de lutas, consoante aponta Lívia Mendes MIRAGLIA (2007).

A autora relata que o procedimento de fragmentação implica no deslocamento das fases de produção para empresas terceiras, o que representa diminuição de seus custos e aumento de produtividade, de modo que “a empresa fraciona-se, porém se recompõe, formando uma rede e tornando-se ainda mais forte” (MIRAGLIA, 2007, p. 18).

Assim, o processo de fracionamento de produção fortifica a empresa. Todavia tal processo traz consequências completamente diversas no âmbito das relações e direitos trabalhistas. O universo operário, ao passar pelo processo de fragmentação mostra-se “fadado ao enfraquecimento de suas bases” (MIRAGLIA, 2007, p. 19).

A autora exemplifica que “o obreiro perde seu ponto de referência ao ‘pular’ de uma empresa para outra, sendo sua empregadora, ainda, uma terceira de modo que a clássica relação bilateral de emprego transforma-se em trilateral ou multilateral”. Tal ocorre porque o trabalhador labora dentro de, ou para uma empresa

¹⁴ Outra plataforma importante da política sindical é a luta pela regulamentação do trabalho a domicílio e a assinatura, pelo Brasil, do convênio 177 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre trabalho a domicílio. De acordo com a presidente do sindicato, a regulamentação seria fundamental para diminuir o tipo de competição entre as empresas, baseada na superexploração do trabalho. O patronato, entretanto, temeroso em relação à perda de competitividade, tem se mostrado extremamente resistente à regulamentação. (LEITE, 2004, p. 268)

tomadora, mas tem seu contrato de trabalho estabelecido com a empresa prestadora de serviços (MIRAGLIA, 2007, p. 23).

Em meio a empresas terceirizadas com objetivos sociais obscuros, confusos ou simplesmente ignorados pelo empregado, o mesmo se vê em dificuldades para reconhecer a entidade destinada a representá-lo.

Consoante aponta Enoque Ribeiro dos SANTOS, com a exteriorização de várias atividades e funções e com a pulverização dessas atividades, produziu-se uma nova configuração e estruturação da empresa e das novas formas de trabalho, todavia “a heterogeneização dos grupos de trabalhadores também favoreceu a descoletivização, pois criou maiores dificuldades de associação dos trabalhadores, ou seja, seu enquadramento em entidades destinadas a representá-los” (SANTOS, 2004, p. 87).

Todas essas alterações dificultam o exercício de contestação do empregado ou, até mesmo sua identificação com alguma categoria. E, sendo o sindicato baseado numa estrutura criada para lutar pelos anseios de uma classe, de uma categoria de trabalhadores, a falta de compreensão do próprio obreiro acerca de qual categoria pertence dificulta a representação, a filiação, a participação ativa nas discussões.

Um exemplo prático dos reflexos dessas novas reestruturações no Brasil é a ampla terceirização no setor bancário. As instituições bancárias têm optado, cada vez mais, por terceirizar os serviços de autenticação: assim, uma agência bancária que contava com um número determinado de trabalhadores, na busca pela redução de custos e aumento da lucratividade, invariavelmente opta por reduzir tal quadro e contratar empregados terceirizados, que não usufruirão dos benefícios pactuados pelo ainda forte sindicato bancário.

Esse quadro se agrava ainda mais nas empresas de telecomunicações na medida em que, de acordo com o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações)¹⁵ resta autorizada a possibilidade de terceirização inclusive em relação à atividade-fim dessas empresas.

¹⁵ “Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.”

Cria-se, desse modo, uma possibilidade tão ampla de fragmentação, que pessoas exercendo as mesmas atividades não terão os mesmos benefícios ou garantias, não possuindo, nem mesmo, idêntica representação sindical.

A dispersão dos interesses favorece a descoletivização pois cria obstáculos até mesmo no reconhecimento e identificação do trabalhador com a sua categoria.

Assim, a heterogeneização dos grupos exclui uma parcela significativa de trabalhadores de benefícios passíveis de pactuação, promovendo uma mudança radical no paradigma do trabalho, “tornando progressivamente mais flexível o emprego tradicional e a informalidade, e colocando em xeque o papel dos sindicatos, numa escala nunca sentida desde a revolução fordista do início do século”.¹⁶

Para a empresa contratante a compra de bens específicos ou contratação de determinados serviços de empresas especializadas reduziria os custos operacionais, representando inegável vantagem econômica.

Entretanto, na prática tal redução de custos se dá na precarização das condições de trabalho, com a redução de salários e a eliminação de benefícios de trabalhadores, sejam das empresas terceirizadas, sejam aqueles contratados de modo informal ou por meio de falsas cooperativas, consoante ressalta Antonio Escosteguy CASTRO, ao avaliar tal panorama: “na prática, porém, o centro de redução desses custos se dá no custo do trabalho, criando-se um emprego precário, com baixos salários e poucos direitos, gerador de novas categorias desprotegidas” (CASTRO, 2006, p. 72).

A terceirização traz, desse modo, como consequência negativa, a fragmentação e pulverização do processo produtivo e, em decorrência, o enfraquecimento da base negocial (NEVES, 2005, p. 281).

A precarização das condições torna-se ainda mais evidente nos casos de inadimplência das verbas trabalhistas, cabendo aferir quais são as garantias previstas em lei objetivando trazer algum tipo de proteção aos trabalhadores terceirizados.

¹⁶ SANTOS, Enoque Robeiro, Op. cit., p. 133.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TOMADORA DE SERVIÇOS: ADC 16-DF E SÚMULA 331 DO C. TST

Ainda em plena época liberal tornou-se bastante perceptível (já na metade do século XIX) que diversas atividades econômicas intrinsecamente ligadas aos avanços decorrentes da revolução industrial passaram a exigir do Estado uma postura diferente: a mera atuação fiscalizadora (não intervencionista) não era mais suficiente para abranger a complexidade de atuação proporcionada pelas transformações que então ocorriam.

Atividades que envolviam, por exemplo, eletricidade, gás, telefone, transportes ferroviários e rodoviários trouxeram novas tarefas que exigiam uma postura administradora: tornou-se essencial o desenvolvimento de um Estado planejador, que dirigisse, controlasse, programasse, decidisse e determinasse os procedimentos ideais para melhor exploração dessas importantíssimas atividades. (GONÇALVES, 2004, p. 174).

Assim, “por força das circunstâncias, o Estado viu-se obrigado a intervir em domínios que, na lógica estritamente liberal, começou por constituir uma espécie de monopólio natural da sociedade: a atividade econômica” (GONÇALVES, 2004, p. 176).

Insta destacar que essa nova postura foi efetivamente fruto de uma exigência circunstancial; não houve, por parte do Estado, um momento de opção ideológica, política ou estratégica no sentido de buscar assumir, como parte de um plano projetado, preparado, pré-elaborado, o direcionamento de seus esforços – objetivando, através do exercício das atividades econômicas, a garantia de satisfações da coletividade ou, ainda, a proteção ou preservação de direitos sociais.

Consoante descreve Ana Paula BRANCO, o Estado se viu obrigado a assumir alguns direitos sociais em favor dos trabalhadores, visando a dirimir os crescentes conflitos entre interesses antagônicos: “liberalismo versus socialismo democrático e família, propriedade, ordem pública versus progresso, civilização”.¹⁷

¹⁷ Aponta a autora, a título exemplificativo, o fato de que na Constituição Francesa de 1848, após restaurada a República e convocada a Assembléia Constituinte, houve inicial resistência para que não se fizesse constar no novo texto alguns dos direitos sociais declarados em 1791 e 1793, todavia a pressão popular obrigou a Assembléia Constituinte a firmar compromissos.

Osvaldo Nunes ALVES, em artigo intitulado “*Terceirização de Serviços na Administração Pública*” observou que houve significativo crescimento das contratações terceirizadas no setor público e que tal se deu justamente em razão da “necessidade de redução dos quadros de pessoal do Estado. Em função disto, a terceirização utilizada pelo governo apresenta uma característica peculiar que a distingue da terceirização privada”.

O autor, relatando o papel desempenhado pelo Estado ao longo do processo histórico, concluiu que como a crise do capital da década de 1970, surgiram questionamentos quanto à atuação do Estado nas relações econômicas, prevalecendo, ao final, a idéia de Estado Mínimo, de modo que “surgiram duas vertentes principais: a limitação da participação do Estado nas atividades econômicas e a terceirização das atividades não-produtivas, mesmo que públicas” (ALVES, 2008, p. 13). Com a permissão de contratação em tais moldes, certos questionamentos persistiram.

Considerando que no próximo capítulo serão analisadas e comparadas decisões tomadas no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região antes e depois do dia 24 de maio de 2011, quando o Tribunal Superior do Trabalho (c.TST) modificou itens da Súmula 331 a respeito da responsabilidade da Administração Pública como tomadora de serviços, passa-se ao acompanhamento histórico das questões envolvidas.

O c.TST, após longo contencioso na Justiça, resolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em novembro de 2010, quando os ministros julgaram Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16-DF) movida pelo Distrito Federal, decidiu por rever e atualizar seu posicionamento.

Na peça, cuja tramitação começou em 2007, o governo do DF argumentava que a redação original da Súmula 331 do c.TST estava em conflito com o artigo 71 da Lei 8.666/93, conhecida popularmente como Lei das Licitações. Na opinião do DF, o fato de a súmula responsabilizar subsidiariamente tanto a administração direta quanto a indireta em relação aos débitos trabalhistas, quando uma ou outra atuasse como contratante de qualquer serviço especializado de terceiro, contrariava a Lei das Licitações. Esse entendimento foi aceito pelo STF, que declarou a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, no qual consta que, no caso de inadimplência de contratado pelo poder público em relação a encargos trabalhistas,

fiscais e comerciais, os mesmos não serão transferidos à Administração Pública. Diz o texto que ela não assumirá a responsabilidade pelo seu pagamento, nem poderá ter onerado o contrato com a terceirizada ou restringida a regularização e uso de obras e edificações públicas relacionadas à prestação do serviço.

A resolução desse conflito fez com que o c.TST explicitasse, na Súmula 331, que a Administração Pública deveria fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora e, quando nisso falhasse, seria subsidiariamente responsável. No item VI, acrescentado em maio de 2010, os ministros do c.TST insistiram que (no caso acima descrito) “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação”.

Contudo, em março de 2012, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro João Oreste Dalazen, determinou a suspensão dos julgamentos de processos responsabilidade subsidiária de ente público. Tal posição foi tomada depois que a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do c.TST, responsável pela uniformização da jurisprudência da Corte, decidiu suspender a tramitação dos processos que tratavam dessa questão.

Na ocasião, Dalazen explicou que “por cautela” iria esperar o julgamento, no STF, do Recurso Extraordinário 603397, cujo mérito aguarda decisão do Supremo. O presidente do c.TST também citou casos controversos, em que ministros do STF têm acatado liminares que contrariam a nova redação da Súmula 331. Esse é o caso, por exemplo, da Reclamação 12558, movida pelo Estado de São Paulo.

O ente público pediu ao STF que fosse reformada decisão do Tribunal Superior do Trabalho que condenou a Administração Pública a responder subsidiariamente por inadimplências trabalhistas em seu contrato de terceirização com a Tecnosecure Serviços e Manutenção Geral Ltda. A matéria foi distribuída para a ministra Carmen Lúcia, que viu na decisão um desrespeito à declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei das Licitações.

O RE 603397, pendente de decisão terminativa no STF, é uma iniciativa da União. Na peça alegava-se que repassar débitos trabalhistas para a Administração Pública, em decorrência de contratos com terceirizados seria uma afronta aos artigos 5º, inciso II, e 37, parágrafo 6º, da Constituição da República.

Apreciar tais aspectos interpretativos será a parte final desse estudo.

3.1 INADIMPLÊNCIA TRABALHISTA E RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para aprofundar o entendimento de MARTINS FILHO sobre qual é a responsabilidade da Administração Pública como tomadora de serviços, exposta no final do capítulo anterior, será debatido nessa seção o ambiente da decisão a que se faz referência. Isso será feito a partir do fato criado pelo Distrito Federal (DF), que por interesse da Administração Pública moveu Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) contra a Súmula 331.

Como já pontuado, a terceirização possui aspectos positivos e negativos. Consoante argumenta ALVES, “quando se trata de terceirização associada ao serviço público, as vantagens e desvantagens resultantes devem ser ponderadas exaustivamente”. (ALVES, 2008, p. 14).

O autor realiza uma série de ponderações, procurando responder até que ponto as desvantagens das contratações terceirizadas na Administração Pública poderiam ser relativizadas. Argumenta que embora “a terceirização solucione parte do problema da falta de pessoal provocada pelo contingenciamento de verbas do governo federal” subsistem dúvidas acerca das possibilidades de realização das mesmas atividades por servidores concursados.

Estabelece a necessidade de uma profunda reflexão questionando se o Estado não se tornaria dependente dos serviços privados. E como atuaria nos casos de inadimplência das parcelas trabalhistas.

A preocupação do autor não se revelou isolada. Tantos foram os questionamentos acerca do papel a ser desempenhado pela Administração Pública como tomadora de serviços, que se ultrapassou a esfera doutrinária, atingindo-se discussão que levou ao STF e, posteriormente ao TST, as indagações não respondidas.

PIMENTA (2012, p. 13) esclarece que o DF foi um dos entes públicos que se considerou prejudicado pelo item IV da Súmula 331, na sua forma original, editada em setembro de 2000. O texto ensejou brecha interpretativa que permitia enquadrar

entes públicos como responsáveis subsidiários onde a empresa terceirizada falhasse no pagamento de suas obrigações trabalhistas.¹⁸

Em artigo publicado na revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região, PIMENTA recupera o conflito latente entre a Súmula 331 e o artigo 71 da Lei 8.666/93, cuja redação diz que a responsabilidade direta da inadimplência não pode ser repassada ao contratante da terceirizada se esta for parte Administração Pública. É essa dissonância que o DF evoca, por considerar que a Súmula 331 sub-repticiamente torna constitucional o referido artigo da Lei das Licitações, reproduzido em seguida.

LEI 8.666/93

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 transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 3º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

PIMENTA concorda com esse raciocínio ao dizer que, nos casos em que a Justiça do Trabalho atribuiu culpa a entes públicos fundamentando sua decisão na Súmula 331, ela “implicitamente” considerou constitucional o artigo 71 da Lei das Licitações. Essa postura, ainda que velada, seria uma ofensa às competências de

¹⁸ SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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

II - A contratação irregular de trabalhador, 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 nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade/meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

cada seção do Judiciário, contrariando a “reserva de plenário” prevista na Constituição Federal.

Na medida em que esse dispositivo da lei federal jamais foi declarado inconstitucional pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho (ou, aliás, por qualquer outro Tribunal do Trabalho) por meio do específico incidente de inconstitucionalidade regulado pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelos órgãos fracionários dos Tribunais que não tivessem absolvido os entes públicos de qualquer responsabilidade por aquelas obrigações trabalhistas, por aplicação direta e automática do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, teriam, na verdade, considerado inconstitucional esse preceito de lei embora sem o explicitar, com violação da cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal e, em consequência, da Súmula Vinculante nº 10. (PIMENTA, 2012, p. 13)

O autor, que também é ministro do c.TST, narra que houve aumento na quantidade de recursos ao STF em decorrência desse entendimento, com entes públicos questionando a legalidade das decisões punitivas à Administração Pública. PIMENTA narra, inclusive, que quando o STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 71 da Lei 8.666/93, o ambiente jurídico considerou a decisão “arriscada”, pois ensejaria revisões de processos onde as perdas recairiam sobre a parte mais fraca da relação econômica.

Superada essa “primeira impressão” sobre a repercussão do entendimento do STF sobre a matéria, PIMENTA explica que a comunidade jurídica percebeu a sutileza da decisão.

Como se demonstrará a seguir, naquele julgamento, o *Supremo Tribunal Federal absolutamente não reconheceu*, com base naquele preceito legal e como pretendiam as centenas de entes públicos que atuaram como interessados nos autos daquela Ação Direta de Constitucionalidade, a total impossibilidade de condená-los a responderem de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas dos contratados que lhes prestarem serviços por intermédio de trabalhadores terceirizados – apenas ali se condicionou essa condenação à apuração, à luz das provas e das circunstâncias de cada caso concreto, da culpa do ente público demandado pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. Esta é, portanto, a questão crucial remanescente: pode a Administração Pública, ao contratar, após regular procedimento licitatório, determinada empresa fornecedora de mão de obra terceirizada para lhe prestar serviços de modo contínuo, simplesmente ignorar, no curso daquele contrato administrativo e no momento de sua rescisão, se esta, na condição de empregadora, está ou não cumprindo, a tempo e a modo, todas as obrigações trabalhistas (constitucionais, legais e as estabelecidas em

normas coletivas de trabalho) para com seus empregados, de cujos serviços o ente público é tomador?

Diante da pergunta, PIMENTA cita o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como uma autorização aos operadores do Direito, para que se buscassem formas de matizar a decisão.¹⁹

Isso posto, PIMENTA destaca que o julgamento da ADC-16 DF acabou proibindo a “automática responsabilização do ente público contratante”, sem desautorizar a Justiça do Trabalho a aprofundar a análise de casos específicos, quando houver desejo e condições de comprovar no ente público culpa *in vigilando*, por não auditar o pagamento dos direitos devidos ao empregado contratado.

Para embasar essa leitura, ele irá dispor de diversos trechos do voto do ministro Cesar Peluso, relator da matéria no STF. Aqui é reproduzido o trecho mais esclarecedor.

“Eu só quero dizer o que eu estou entendendo (...) a postura da Justiça do Trabalho. Ela tem dito o seguinte: realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. MAS ISSO NÃO SIGNIFICA QUE EVENTUAL OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR AS OBRIGAÇÕES DO CONTRATADO NÃO GERE RESPONSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...)" (grifou-se e destacou-se). (PELUSO apud PIMENTA, 2012, p. 27)

Compreendidos os argumentos de PIMENTA, ele faz diferenciações úteis ao entendimento da questão. O autor diz que, no caso de licitações fraudadas, o ente público responderá “inequivocadamente” pelos adimplentes trabalhistas, ainda que a

¹⁹ CLT - Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

ilicitude não acarrete vínculo direto com a Administração Pública. E que nos casos onde o procedimento de escolha da terceirizada tenha ocorrido totalmente dentro da lei, mesmo assim caberá ao ente público acompanhar a quitação dos direitos trabalhistas dos empregados.

PIMENTA rebate os principais argumentos da Administração Pública para questionar esse novo momento jurisprudencial. Primeiro ele resgata a ideia de que, quando um ente público paga diretamente ao terceirizado um direito não recolhido pela empresa mediadora da relação de trabalho, ele está “privilegiando os interesses apenas privados e patrimoniais destes e de seus empregados em detrimento do interesse público de toda a sociedade, que estaria sendo obrigada, pela Justiça do Trabalho, a suportar, uma vez mais, um custo já embutido no preço dos serviços contratados” (PIMENTA, 2012, p. 32).

Na crítica do pagamento “em duplicidade”, o autor lembra que as verbas trabalhistas possuem “inquestionável caráter alimentar, por assegurar a vida e a subsistência dignas daqueles trabalhadores e de suas famílias”, portanto constituindo um direito social fundamental, previsto no artigo 7º da Constituição Federal. PIMENTA, dessa forma, defende uma tutela jurisdicional diferenciada, onde as verbas trabalhistas são mais importantes ao ordenamento da sociedade que o “interesse secundário do ente público”. Em sua exposição, ele mostrará que, dentro da Lei 8.666/93, afora o artigo 71, existem outros que estabelecem laços firmes entre a contratada e a contratante.²⁰

PIMENTA também reúne documentos da Administração Pública para exemplificar as obrigações de fiscalizar o contratado. É o caso das instruções normativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que determinam o pagamento parcelado à terceirizada, sendo que a parcela seguinte só

²⁰ LEI 8.666/93

Art. 58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

III – fiscalizar-lhes a execução;

(...).

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

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

é compensada mediante contra apresentação das quitações trabalhistas atreladas ao pagamento anterior — “sob pena de retenção do seu valor para pagamento direto aos trabalhadores, por sua vez autorizado pelo art. 19-A da IN nº 2/2008 (acrescentado pela IN nº 3/2009)” (PIMENTA, 2012, p. 38). Ele também dirá que, na instrução de um eventual processo, a apresentação das provas de quitação de verbas trabalhistas cabe aos entes públicos, em decorrência do fato que deveriam tê-las fiscalizado durante o processo.

(...) É perfeitamente possível reconhecer a constitucionalidade daquele preceito da Lei de Licitações, bem como interpretá-lo e aplicá-lo de forma sistemática, em perfeita harmonia com outros preceitos de lei também aplicáveis a estas controvérsias, para produzir um resultado prático muito mais consentâneo com os ditames da justiça social e com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – basta que se admita, como bem o fez o Supremo Tribunal Federal na decisão que proferiu no âmbito da ADC nº 16-DF, que se responsabilize subsidiariamente o ente público que se valeu de mão de obra terceirizada mas que, em cada caso, comprovadamente tenha se omitido, de forma culposa, em fiscalizar o adimplemento, pela empresa empregadora por ele contratada, das correspondentes obrigações trabalhistas. (PIMENTA, 2012, p. 46-47)

Por outro lado, é dever de todos os magistrados do trabalho, com base nos fatos apurados pelas instâncias ordinárias, continuarem a aplicar não apenas o artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de forma isolada, literal e absoluta³³, mas também, de forma harmônica e sistemática, as demais normas infraconstitucionais (ou seja, de igual hierarquia à do referido dispositivo da Lei de Licitações) que também devem incidir sobre as controvérsias trabalhistas submetidas a seu julgamento (as quais, no caso, são os demais preceitos da mesma Lei nº 8.666/93, que estabelecem o dever dos entes públicos de fiscalizar o adimplemento, pelos empregadores, dos direitos trabalhistas daqueles que atuarem como terceirizados em seu âmbito e os artigos 186 e 927 do Código Civil, que disciplinam a responsabilidade extracontratual pela prática de ato ilícito). (PIMENTA, 2012, p. 49)

Dessa forma, o referido autor e ministro do c.TST explicita o entendimento da Corte a respeito dessa matéria. Contudo, como veremos a seguir, ainda existem críticas sendo feitas à forma como a Justiça Trabalhista lida com a terceirização na Administração Pública.

3.2 RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

Parte da doutrina defende a nulidade total dos processos de terceirização na Administração Pública. É o caso de SOUTO MAIOR, que em artigo publicado na revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região advoga não haver amparo legal para tal procedimento no regramento legal do Brasil.

Para explicar a sua tese, ele analisará um caso vivenciado por ele dentro da Universidade de São Paulo (USP). Na situação em questão, ele aprecia aspectos legais de uma terceirização feita pela USP, sobre a qual foram exarados sucessivos Termos de Ajuste de Conduta pelo Ministério Público com o objetivo de garantir o pagamento das verbas trabalhistas a cerca de 400 funcionários de uma empresa de conservação e limpeza.

Também recorrendo ao voto do ministro Cezar Peluso, SOUTO MAIOR diz que, quando do julgamento da ADC 16-DF, o próprio Peluso reconhece que a terceirização no serviço público não tem amparo legal (SOUTO MAIOR, 2012, p. 58).

Têm-se, assim, expressamente, fixados na Constituição os requisitos 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 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. (SOUTO MAIOR, 2012, p. 59)

Para justificar o trecho acima, ele menciona o artigo 37 da Constituição Federal, incisos I e II, onde estão registrados os princípios da Administração Pública e a natureza dos seus cargos, de acesso público. Num exercício para entender as

bases legais da terceirização, SOUTO MAIOR lembra que nesse mesmo artigo, inciso XXI, retrata-se que serviços (entre outros itens enumerados) podem ser contratados mediante licitação, ressalvadas as condições da licitude da sua realização.

É tão óbvio que a expressão “serviços” contida no inciso XXI não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II, que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário. Ora, como já dito, se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interpresa se teria como efeito a ineficácia plena dos incisos I e II, pois que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher, livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam tais serviços. O inciso XXI, evidentemente, não pode ter tal significação. Tomando o artigo 37 em seu conjunto e mesmo no contexto do inciso XXI, em que se insere, o termo “serviços” só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público Poderá contratar, por prazo certo, uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação. Não se pode entender, a partir da leitura do inciso XXI, que o ente público, para implementar uma atividade que lhe seja própria e permanente, possa contratar servidores por meio de empresa interpresa, até porque, se pudesse, qual seria o limite para isto? Afinal, serviço é o que realizam todos os que trabalham no ente público. O que fazem os juízes, por exemplo, senão a prestação de serviços ao jurisdicionado?

Sobre a vigência do Decreto-Lei 200/67 e da Lei 5.645/1970, que regulamentam “terceirizações” no ambiente público, SOUTO MAIOR se limita a dizer que elas não podem se sobrepor à Constituição Federal. Para o autor, não há como a Administração Pública “escolher” quais serviços (nos termos do referido artigo 37) poderiam ser contratados por empresa interpresa sem que sejam feridos diversos preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, já que “todos são iguais perante a lei” e não pode haver discriminação de nenhuma forma nessa relação formal.²¹

²¹ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

SOUTO MAIOR insinua que o serviço público teria reservado para si as tarefas mais qualificadas e, por meio de uma inovação legal feita em 1998, obtido “a legitimação” de práticas constitucionais pela inserção do termo “prestação de serviços a serem executados de forma contínua” na Lei 8.666/93, a Lei das Licitações.

Firme na ideia de que a Constituição Federal prevalece sobre as leis ordinárias e regramentos posteriores a sua edição, ele cita outro conflito interno à CF. No caso, o artigo 175 da Carta Magna diz que o poder público pode, por meio de licitação, estipular concessionárias ou permissionárias para desempenhar “serviços públicos”. Prontamente, Souto Maior se coloca diferenciando “serviços” (artigo 37, inciso XXI) e “serviço público” (artigo 175).

Os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração. A execução desses serviços públicos pressupõe, por óbvio, a criação de uma estrutura que seja própria a consecução de seus fins e que requer, portanto, o exercício de alguma atividade de natureza empresarial, que o Estado pode realizar por si ou mediante outorga a um ente privado, mediante licitação. Não se concebe, pela regra do art. 175, que o Estado transfira para o particular um serviço atinente à sua própria organização interna ou mesmo um serviço que se destine à população, mas que não requeira nenhum tipo de organização de caráter empresarial, pois neste último caso, a interposição do ente privado se faria apenas para possibilitá-lo explorar, economicamente, a atividade pública, sem oferecer nada em troca. Esta última questão pode ser mais polêmica, concordo, mas de todo modo não pode haver dúvida de que o art. 175 não é fundamento para a mera terceirização de serviços no âmbito da administração pública. (SOUTO MAIOR, 2012, p. 63)

O autor acusa o Estado, portanto, de desconsiderar que a terceirização implica na precarização do direito dos trabalhadores, que deveriam ter acessado esses postos de trabalho por concurso público, mas agora estão sujeitos a uma empresa interposta. Souto Maior insiste no ponto em que, quando o Estado diz estar “dentro da lei” ao terceirizar serviços no âmbito da Administração Pública, ele está conscientemente se eximindo da responsabilidade objetiva que tem sobre aqueles trabalhadores. Nesse ponto, ele retoma o exemplo da USP.

De olho no fato concreto, ele diz que a administração da universidade ignorou sua responsabilidade no caso da empresa de manutenção e limpeza.

Com os repasses bloqueados e a empresa interposta sem pagar os trabalhadores que mantinham o asseio da instituição, a universidade não intermediou a consecução das verbas trabalhistas, mas simplesmente trocou a prestadora de serviços, revelando sua postura indiferente ao proveito obtido do trabalho terceirizado. O conflito restou relegado à Justiça do Trabalho.

No dia 11 de abril, diante da notícia de que os trabalhadores terceirizados da USP haviam entrado em greve, compareci no Campus para compreender a situação. No local, fui convidado pelos trabalhadores para integrar uma comissão de 10 (dez) trabalhadores que queriam conversar com representantes da USP, para que lhes fosse passada uma posição a respeito de seus salários e demais direitos. A comissão restou formada por volta das 8h, quando, então, foi transmitida a informação aos representantes da Universidade o propósito da comissão. Pediram-nos, em resposta, que aguardássemos e assim fizemos... Enquanto isso, fui conhecendo um pouco mais aquelas pessoas e as suas dificuldades. Muitos estavam mesmo desesperados, sem saber como fariam se os salários não lhes fossem pagos o quanto antes. Eles não se conformavam com a situação. Não entendiam como aquilo poderia estar ocorrendo dentro da maior Universidade do país. Sua indignação advinha, sobretudo, do fato de que eram constantemente assediados pelos supervisores, que lhes exigiam, com bastante rigor, a execução regular de suas tarefas e o cumprimento de horários e demais obrigações e, agora, os mesmos rigores não serviam ao seu empregador e à Administração da Universidade quanto ao respeito de seus direitos. (SOUTO MAIOR, 2012, p. 68-69)

Souto Maior prossegue em seu relato sobre a situação dos terceirizados da USP durante a paralisação, para depois listar casos em que o ente público foi acionado na Justiça para responder processos por danos morais decorrentes da ação de seus servidores.

Cita três casos para exemplificar a questão, por exemplo, a situação enfrentada pelo Estado de São Paulo, quando agentes penitenciários assassinaram um detento sob sua guarda, dentro do Complexo Penal I de Hortolândia. A pena foi o pagamento de R\$ 60 mil a viúva e ao filho, mais um salário mínimo por mês para ela, até a data em que ele completaria 65 anos de idade, e para o filho (até os 24 anos de idade).

Souto Maior entende que, se as decisões decorrentes da ADC 16-DF dificultam que o Estado assuma a dívida trabalhista, quando observadas as

condições da lei, isso não impediria processos por danos morais, cobrando do Estado a ausência de fiscalização sobre os contratos. “Os entes públicos são objetivamente responsáveis pelos atos praticados por seus prepostos perante terceiros”, afirma o autor (SOUTO MAIOR, 2012, p. 70).

É improvável que a USP não seja responsabilizada, diretamente, pelo sofrimento experimentado pelos cidadãos brasileiros que ostentam a qualidade de empregados de empresas prestadoras de serviços, contratadas pela Universidade em processo licitatório estabelecido a partir da regra do menor preço, que impõe a precarização da vida dessas pessoas, conduzindo-as à condição de semi-escravidão e à “punição” de não verem respeitados os seus mais rudimentares direitos trabalhistas, que possuem, como se sabe, “status” de direitos fundamentais, além de caráter alimentar. Os terceirizados também são cidadãos brasileiros e se forem vitimados por uma prática irresponsável cometida por um preposto do Estado, com relação à qual a própria participação do Estado, ainda que indireta, não pode ser negada, é impossível negar-lhes a devida reparação pelo dano experimentado junto ao Estado. (SOUTO MAIOR, 2012, p. 71).

Resta evidente, desse modo, que incumbe à Administração Pública e à sociedade em geral defender os titulares de direitos fundamentais, garantindo a eficácia e efetividade desses direitos e repelindo ameaças a lesões bem como punindo, com severidade, violações consumadas.

O Estado passa a deter ampla tutela positiva dos direitos fundamentais, incumbindo a ele, considerando as três esferas do poder (legislativo, executivo e judiciário), proporcionar leis que tenham em seu bojo caráter axiológico, interpretar e fazer valer tais leis representativas de valores bem como proteger os direitos fundamentais por meio de instrumentos e políticas públicas aptas para preservá-los e socorrê-los (BRAGA, 2008, p. 103-114). Incumbe à Administração Pública, dessa forma, atuar dentro da legalidade, não pactuando com ilegalidades perpetradas.

Além da corrente de pensamento que concorda com SOUTO MAIOR e advoga a responsabilidade direta, há outra classe de estudiosos da matéria que vê na responsabilização indireta uma solução para parte dos conflitos apontados por ele em seu artigo. Para isso, recorrem à legislação subsidiária, como se verificará a seguir.

3.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Os autores Marcos Ribeiro SALVINO e Simone Rodrigues FERREIRA, em artigo intitulado “*Terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista*” efetivaram uma análise crítica focada nas sucessivas reestruturações dos processos produtivos capitalistas, apreciando as pressões decorrentes que ensejaram a descentralização das atividades empresariais, apontando para o surgimento de “uma nova matriz de gestão de mão-de-obra denominada de terceirização”.

Ressaltaram que, no Brasil, “a par da legislação existente, a terceirização passou a ser implementada de forma mais ampla do que a permitida, inclusive no âmbito da Administração Pública”.

Concluíram que, sob outro enfoque, há efetivo condicionamento do papel do Estado na exploração da atividade econômica, atuando, em geral, como agente normativo e regulador. Em ambas as situações faz-se necessário observar os princípios norteadores da ordem econômica que, segundo os autores, traduzem-se em verdadeiro “compromisso com os valores elevados a direitos fundamentais pelo Poder Constituinte Originário, como a justiça social, ex vi dos artigos 170, 173 e 174 da Lei Maior.” (SALVINO, 2011, p. 06).

Diante de tal contexto, é “função da Administração Pública, enveredar pelos caminhos que levem à substituição da concepção meramente administrativa da gestão da coisa pública, por um modelo voltado ao interesse dos administrados” o que torna evidente a relevância da relação que existe entre o Poder Público e os particulares. Mais especificadamente com relação à terceirização, sustentam os autores:

A terceirização é ínsita à parceria, cujas vantagens podem ser traduzidas na especialização da empresa contratada, na possibilidade de o ente tomador dedicar-se exclusivamente à sua atividade-fim, na diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários e no enxugamento estrutural do empreendimento. Há controvérsias acirradas quanto aos efeitos da terceirização no campo estatal.
 (...)

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em perfeita

consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito pátrio positivo, em breve completarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância. (SALVINO, 2011, p. 86).

Evidencia-se, assim, que a responsabilidade do Estado como gestor político, embora não se confunda com sua atuação quando na realização de contratos com particulares, faz surgir uma carga significativa de responsabilidade, que não pode ser simplesmente ignorada.

Incumbindo à Administração Pública o relevante papel de buscar satisfazer os interesses dos administrados, sempre objetivando o bem comum, obviamente revelar-se-á contraditória a assimilação de postura que autorize a precarização de direitos trabalhistas.

Pontuam os autores que muito embora a contratação de terceiros pela Administração Pública (a título de exemplo, empreitada de obra ou serviço e contrato de fornecimento, conforme o estatuído nos artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 6º, inciso VIII, e 10 da Lei n. 8666/93) subsumir-se a princípios e regras imanentes ao Direito Administrativo, a terceirização possibilita, não raramente, “fraude a direitos sociais do empregado da empresa prestadora de serviços, o que acaba por justificar o posicionamento da própria Administração sob a égide do Direito do Trabalho.” (SALVINO, 2011, p. 88).

Ainda dentro do tema extrai-se, de outro artigo publicado pela revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, a desembargadora GEMIGNANI expressa seu entendimento no sentido de que, mesmo com a nova determinação do Tribunal Superior do Trabalho, permite-se ainda a responsabilização indireta do empregador ente público quando ele falhar no seu dever de exigir a legalidade dos contratos no tocante à legislação trabalhista, em decorrência de trecho do Código Civil.

Para formalizar o procedimento, ela começa seu raciocínio delimitando que irá trabalhar com o entendimento decorrente da Súmula 331 do c.TST, já atualizada após o julgamento da ADC 16-DF. A autora sustenta que a responsabilização subsidiária já era certa antes desse julgamento no STF, lembrando de norma contida

no Código Civil que também cobre eventual omissão do ente público na fiscalização da suas responsabilidades.²²

Lembrando que a decisão do c.TST “afasta apenas a responsabilidade objetiva e a culpa presumida do ente público” (GEMIGNANI, 2012, p. 74), ela cita que o mesmo entendimento pode ser aplicado, por exemplo, ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), descrito na Lei 12.462/2011. Essa norma prevê licitações simplificadas para obras de infraestrutura relacionadas à Copa FIFA 2014 e às Olimpíadas, em 2016. Na leitura feita por GEMIGNANI, caso fique comprovada ausência de fiscalização por parte do Estado na execução desses contratos, o ente público também deve ser responsabilizado pelo dano causado ao erário e ao interesse social.

A autora afirmará que, no cerne dessa questão, está um dilema tratado pelo Direito Administrativo, que pode ser resumido na oposição entre a “liberdade do indivíduo” e a “autoridade da Administração”.

As normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia de homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as sua decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais [grifo do autor]. (DI PIETRO, 2007, p. 60)

Embasada na diferenciação feita por Di Pietro, a autora dirá que a ideia de legalidade para o ambiente jurídico brasileiro contemporâneo não é só obtida pela leitura dos códigos, mas também pela consideração dos princípios e valores “agasalhados também nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito” (GEMIGNANI, 2012, p. 77). Ela dirá ainda que cabe ao Estado proteger o cidadão contra terceiros cuja ação possa representar riscos aos seus direitos.

²² CÓDIGO CIVIL - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O interesse público secundário – i.e. o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutara de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana. (GEMIGNANI, 2012, p.79)

A magistrada entende, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro traz a preocupação com o valor social do trabalho, expressando, ainda, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, diz GEMIGNANI, o mesmo Estado que gasta recursos públicos com a manutenção de uma Justiça Trabalhista não pode usar de brechas para se furtar de suas obrigações legais como tomador de serviços.

Num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufira proveito dos serviços de um trabalhador, mas *lave as mãos* em relação aos seus direitos trabalhistas, que detém natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no artigo 7º da CF/88, e fique tudo por isso mesmo? Acaso o artigo 71 da lei 8.666/93 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício? (GEMIGNANI, 2012, p.81)

Para a autora, o debate acerca da ADC 16-DF é nulo, pois a ação não teria alterado a Súmula 331, muito menos devolvido à Administração Pública a obrigação de fiscalizar os contratos de terceirização. Isso já estava ali, segundo GEMIGNANI, que defende que o artigo 71 da Lei 8.666/93 não “pode ser interpretado como permissivo legal que possibilite a adoção de conduta negligente do ente público” (GEMIGNANI, 2012, p.83).²³

Ela argumenta que “não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação, de modo que a aplicação do disposto no artigo 71 da lei 8.666/93 foi

²³ LEI 8.666/93 - 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 transfere à administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

observada" (GEMIGNANI, 2012, p. 82). Nesse sentido, a magistrada dirá que o ente público, em momento algum, pode desatender ao interesse público.

A autora reforça que essa condição faz parte do processo licitatório, que está sujeito aos princípios constitucionais da moralidade, eficiência e economicidade, portanto resguardando os terceirizados. "(Desatende) o artigo 37 da CF/88 a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo o descumprimento da legislação trabalhista que causa lesão ao interesse público" (GEMIGNANI, 2012, p. 85). Essa opinião, explicará ela na sequência, segue fundamentada no já referido artigo 186 do Código Civil.

GEMIGNANI completa seu raciocínio dizendo, então, que as mudanças na Súmula 331 decorrentes da ADC 16-DF apenas reforçam aspectos presentes nesse conjunto de legislação subsidiária, inclusive itens da própria Lei das Licitações. Seguem os trechos citados por ela:

LEI 8.666/93

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (*Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011*)

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (*Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011*)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994*)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (*Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004*)

II - seguro-garantia; (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994*)

III - fiança bancária. (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94*)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições

daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994*)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (*Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994*)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Para a autora, são esses itens que configuram a culpa *in eligendo* caso falte no processo licitatório comprovação prévia que as empresas habilitadas estão em dia com a quitação de seus débitos trabalhistas. A obrigação de respeitar essas exigências, para a magistrada, equivale ao cuidado exigido do ente público durante a execução do contrato, quando deve exigir mensalmente a contraprestação dos recolhimentos formais dos trabalhadores terceirizados. Se isso não ocorre, resta configurada a culpa *in vigilando*.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que o julgamento proferido pelo STF na ADC 16 afastou de vez a possibilidade de imputação da responsabilidade objetiva contratual, distinguindo esta situação jurídica daquela prevista no parágrafo 6º, do artigo 37 da CF/88, que se restringe aos casos de culpa objetiva extracontratual. Em consequência disso, a configuração da culpa subjetiva tanto *in eligendo*, quanto *in vigilando*, devem ser provadas nos autos, o que traz à baila a questão do ônus da prova. Neste contexto, a aplicação do disposto no artigo 818 da CLT deve ser pautada pela teoria da carga probatória dinâmica, cabendo a Administração Pública o encargo de comprovar o adimplemento das exigências legais pois como detentora de toda a documentação, e a que detém aptidão para produzi-la. (GEMIGNANI, 2012, p. 86)

A título de complementação, vale frisar que o artigo 818 da CLT firma que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, devendo ser também considerado o disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, no artigo 765 da CLT e nas Súmulas 225 do STF e 212 do TST.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Efetivada a exposição conceitual e histórica da forma como a doutrina e a jurisprudência apreciam a responsabilização da Administração Pública como tomadora de serviços, passa-se à análise da jurisprudência atualizada das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

O Tribunal Regional do Trabalho do Paraná é composto, atualmente, pelo Órgão Especial, a Seção Especializada, e por sete Turmas, cada uma constituída por quatro Desembargadores e julgando sempre com o mínimo de três de seus integrantes.²⁴

A 1ª Turma do Trabalho, apreciando a responsabilidade da Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização – CMTU, em voto de lavra da Exma. Relatora Desembargadora Adayde Santos Cecone, decidiu pela manutenção da decisão proferida pelo MM. Juízo Primeiro que condenou a tomadora de serviços, de modo subsidiário, no pagamento dos débitos trabalhistas reconhecidos.²⁵

No caso em análise, o reclamante foi contratado pela prestadora de serviços Sustentare Serviços Ambientais S.A. para atuar na prestação de serviços de limpeza.

Constou no voto proferido que a CMTU atuou como concessionária de serviço público “gerenciando, administrando, planejando, disciplinando, fiscalizando e delegando a operação de serviços públicos e de utilidade pública municipais, delegados pelo Município de Londrina, conforme seu Estatuto Social”.²⁶

Ao apreciar o inciso V, da Súmula 331, do c. TST, concluiu-se que apenas seria considerada afastada a conduta culposa do ente público se constatada fiscalização hábil, efetiva “isto é, aquela que possui vigor suficiente para a eficaz identificação da irregularidade”. Constou, ainda, a seguinte argumentação:

O afastamento da responsabilidade prevista no artigo 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, portanto, exsurge somente na hipótese em que o ente público

²⁴ Informação extraída do sítio do TRT, na Internet: http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=5&pagina=INICIAL

²⁵ TRT: 01895-2011-663-09-00-3 (RO), publicado em 24 de janeiro de 2013.

²⁶ Idem.

observa todos os deveres e obrigações referentes ao regular cumprimento do contrato. Verificada a omissão do dever de fiscalizar, não há subsunção ao tipo do artigo mencionado, sob pena de a própria Lei esvaziar o comando dos dispositivos que preveem obrigações a serem observadas pela Administração no curso do contrato. Considerando que a fiscalização exigida pela Lei de Licitações impõe a anotação em registro próprio de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato (artigo 67, § 1º), incumbia à Recorrente juntar aos autos os relatórios de fiscalização por ela realizados (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC), o que não o fez, reforçando a configuração da culpa in vigilando, pela omissão relativa à fiscalização do cumprimento do contrato de seus trabalhadores terceirizados. Logo, evidenciada a conduta culposa do ente público no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, deverá responder subsidiariamente por todas as verbas objeto da condenação, consoante previsão do inciso IV da Súmula do 331 do C. TST.

Argumentou-se, também, que as mudanças realizadas na redação da Súmula 331, decorrentes do posicionamento do STF, não inviabilizariam a efetiva apreciação dos fatos objetivando apurar a existência de “omissão culposa do tomador de serviços, que possibilitou o descumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços”.

No acórdão esclareceu-se que a aplicação da Súmula 331 do C. TST ao tomador de serviços não representaria violação aos artigos 265 do Código Civil e 5º, II, da Constituição Federal, “tendo em vista que a jurisdição também se aperfeiçoa através da analogia, no caso ao disposto no art. 455 da CLT”, ressaltando-se a possibilidade de ajuizamento de ação regressiva perante a Justiça Comum, em face da empresa prestadora de serviços.

A Desembargadora Relatora aduziu que, para uma adequada interpretação do artigo 71 da Lei 8666/93, é necessário avaliar o contexto e o regramento constitucional, em especial o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece que “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.”

Finaliza-se, no acórdão, sustentando que a declaração de constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93 “expressamente ressalvou a possibilidade de responsabilização com base nas condições verificadas no caso concreto, as quais indicam a falta de adequada fiscalização por parte da Administração”.

Embora a responsabilização da tomadora de serviços não decorra de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, uma vez evidenciada a conduta culposa da Administração Pública, em específico na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, revela-se plenamente possível a responsabilização.

No mesmo sentido o entendimento apresentado pelo Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo, também componente da 1^a Turma do TRT, retratado na seguinte ementa:

Pelo posicionamento do **E. STF (ADC 16/DF:** declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93) e do **C. TST (Súmula 331, V:** Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada), os entes integrantes da Administração Pública podem, sim, ser responsabilizados subsidiariamente por créditos trabalhistas, se comprovado que agiram culposamente no cumprimento das obrigações previstas no referido diploma legal, principalmente, com omissão e falta de vigilância do ente público no dever de fiscalização da execução das obrigações trabalhistas pela contratada. O E. STF vedou a transferência automática, da Administração Pública, de responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas, decisão com efeito erga omnes e efeito vinculante, o que não impede contudo, à Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilização subsidiária do ente público pela culpa in vigilando e in omittendo. Inclusive, o próprio STF, em diversas decisões, manifestou-se pela manutenção da responsabilidade subjetiva (por culpa) da Administração Pública: Rcl 14.671 - DJE 11/10/12 - Min. **Ricardo Lewandowski;** Rcl 14.419 - DJE 12/09/12 - Min. **Celso de Melo;** Rcl 14.346 - DJE 06/09/12 - Min. **Joaquim Barbosa;** Rcl 13.272 - DJE 03/09/12 - Min. **Rosa Weber;** Rcl 13.204 - DJE 03/09/12 - Min. **Luiz Fux;** Rcl 13.941 - DJE 31/08/12 - Min. **Cesar Peluso;** Rcl 13.219 - DJE 14/03/12 - Min. **Ayres Britto.**²⁷

O Juiz convocado Luiz Alves, atuando na 2^a Turma do TRT, apreciando recurso interposto pela reclamada Petrobrás, também ponderou que, do

²⁷ TRT: 04578-2011-322-09-00-9 (RO), publicado em 05 de fevereiro de 2013.

entendimento sufragado na Súmula n.º 331 do C. TST, extrai-se a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, nos termos dos incisos IV e V.

Seguindo a mesma linha de raciocínio tecida pela Desembargadora Adayde Santos Cecone, e rebatendo os argumentos recursais então apresentados, ressaltou o relator que a responsabilização subsidiária imputada ao tomador dos serviços não representa violação ao disposto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, “pois a jurisdição não se aperfeiçoa apenas por meio de normas positivadas, mas também por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).”²⁸

O relator apresentou, em seu voto, breve panorama comparativo acerca do paradoxo que envolve, de um lado, o estímulo à terceirização, com o intuito de reduzir o desemprego e, de outro lado, o desamparo do trabalhador que, muitas vezes, não possui qualquer estrutura de proteção no caso de inadimplemento:

Se, de um lado, a terceirização vem sendo estimulada, com vistas a reduzir os índices de desemprego, de outro lado a contraprestação do trabalho executado pelo trabalhador (fonte de sua subsistência) não pode ficar à mercê da sorte, sendo, portanto, razoável que o beneficiário de seus serviços, no que se inclui a Administração Pública, seja chamado à responsabilidade patrimonial.²⁹

Mencionou que o posicionamento turmário leva em consideração, como base de fundamentação para apreciação de tais casos, além da existência de culpa do empregador, os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, que devem prevalecer sobre a ordem jurídica e econômica.

Cita, como base legal que ampara a responsabilização subsidiária do ente público reconhecidamente culpado, o artigo 186 do novo Código Civil, discorrendo sobre a ocorrência de culpa *in vigilando* e *in eligendo* “na má eleição de empresa para prestar serviços, causando prejuízos a terceiros (a parte demandante) pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas a que estava sujeito”.

²⁸ TRT: 04464-2011-022-09-00-4 (RO), publicado em 05 de fevereiro de 2013.

²⁹ Idem.

Também se salienta que a própria Lei 8.666/93 impõe ao ente público a obrigação de vigiar e fiscalizar, consoante previsto nos artigos 66 e 67 que determinam a necessidade de se acompanhar e fiscalizar a execução do contrato pela Administração Pública, cabendo o registro de “todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”.

Conclui-se que “a inobservância a esses dois preceitos tipifica culpa da Administração, ante o descumprimento de dever legalmente imposto”.

Analizando o caso posto, consta no acórdão a percepção de que é evidente a conduta culposa do tomador de serviços, na modalidade de culpa *in vigilando*, eis que incumbiria à tomadora de serviços, por ser fato impeditivo de direito, o ônus de comprovar que atuou de modo diligente e fiscalizador.

Inexistindo, nos autos, prova de que havia representante da reclamada devidamente nomeado para acompanhar e garantir a fiel execução do contrato, constata-se a inobservância das regras previstas na própria lei invocada como argumento para afastar a responsabilização imposta. E, novamente se destaca que a fiscalização deve ser efetiva:

A fiscalização exigida da tomadora dos serviços a que alude o item V da Súmula 331 do TST não é uma fiscalização apenas *pro forma*, de modo que não basta fiscalizar por fiscalizar, apenas para impedir a responsabilização, deixando o trabalhador que despendeu sua força laboral à própria sorte. A referida fiscalização visa a garantir a efetividade de um dos fundamentos da Constituição da República, qual seja, a valorização do trabalho humano.

Também se constata, no posicionamento adotado pela 2^a Turma do TRT, preocupação em salientar a necessidade de uma interpretação sistemática e conjugada do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sendo insuficiente mera análise literal isolada do dispositivo, em evidente desconsideração às demais normas do sistema jurídico, reforçando-se a tese de que a declaração de constitucionalidade, pelo E. STF, “não afasta a aplicação das demais normas, máxime se considerar que a Administração Pública deve observância ao princípio constitucional da valorização do trabalho humano e vedação do retrocesso social.”

Da interpretação apresentada extrai-se que é possível a responsabilização subsidiária da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, sem que tal entendimento represente ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal ou à Súmula Vinculante n. 10 do STF, “pois não se está declarando a inconstitucionalidade ou mesmo afastando a incidência do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993” mas apenas apreciando, considerando o caso concreto e a hipótese fática apresentada, se houve negligência no dever de fiscalizar.

O relator ainda acrescentou que tal postura não implicaria na aplicação da teoria do risco integral, “vez que, caso tivesse sido comprovada a eficaz fiscalização da prestação de serviços, afastar-se-ia a responsabilidade do ente público.” Todavia, como no caso apreciado, houve a caracterização da culpa *in vigilando*, foi possível a condenação subsidiária da tomadora de serviços.

Por fim, mencionando precedente do Desembargador Relator Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, ressalta que não se mostra razoável a exclusão irrestrita de qualquer responsabilização trabalhista do ente público uma vez que a própria lei estabelece a responsabilidade solidária do mesmo ente por eventuais débitos previdenciários constatados:

(...) fere o princípio da razoabilidade a Administração pretender excluir-se da responsabilidade quanto aos créditos trabalhistas, alimentares que são, e obriga-se, a contrario sensu, solidariamente por créditos previdenciários dos trabalhadores terceirizados. É desarrazoad o legislador dispor que incumbe à Administração solidariedade pelos créditos previdenciários e, ao alvedrio, isentá-la de qualquer responsabilidade pelos créditos trabalhistas. Diante disso, socorre-nos a Constituição Federal pois, à luz do seu artigo 37, § 6º, a interpretação pela irresponsabilidade estatal dada ao art. 71, §1º da Lei 8.666/93 não prospera.”³⁰

Em acórdão proferido pela 3^a Turma do TRT da 9^a Região, de lavra do Exmo. Desembargador Relator Archimedes Castro Campos Júnior, analisou-se a responsabilidade da Universidade Federal do Paraná e da Copel.

Conforme termos da decisão proferida pelo MM. Juízo da origem, a licitude ou a idoneidade da contratação seriam irrelevantes para o deslinde do feito, eis que, de

³⁰ TRT:28663-2009-014-09-00-9 (RO), publicado em 09 de março de 2012.

acordo com o disposto no artigo 2º, da CLT, incumbirá ao empregador os riscos do negócio, não sendo possível atribuir ao trabalhador tal ônus.

O Magistrado salientou que eventual cláusula contratual estabelecida entre as pactuantes eximindo a responsabilidade das tomadoras de serviço por débitos trabalhistas ou encargos sociais teria apenas como efeito retratar “obrigação pessoal entre as partes contratantes, não tendo o condão de excluir a segunda reclamada da relação processual envolvendo terceiros”.³¹

A 3ª Turma manteve os termos da sentença tecendo as seguintes ponderações:

Observa-se ser incontrovertida a prestação de serviços de vigilância pelo autor em favor das recorrentes, nos períodos delimitado em sentença. Assim, a condenação subsidiária dessas prevalece, porquanto verdadeira "tomadora dos serviços", o que se mostra suficiente à responsabilização subsidiária, pois, uma vez estabelecida a relação jurídica de que, através da modalidade de trabalho escolhida, decorre benefício ao tomador e dano ao trabalhador, responde aquele na forma dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que têm sustentação na necessária valorização do trabalho, como fator de evidenciada melhoria de condição social (art. 1º, III e IV e art. 7º, "caput", CF).³²

O Desembargador Relator salientou que muito embora o ente público deva, de fato, efetivar a contratação com empresa idônea vencedora do processo de licitação, nos termos aludidos na Lei 8.666/93, a mera garantia da licitude contratual não inviabiliza a responsabilização da tomadora de serviços nos casos em que houver dano ao trabalhador, decorrente da inadimplência da prestadora de serviços.

Tal ocorre justamente porque, ao terceirizar a atividade, o tomador assume os riscos advindos desta conduta, “figurando o fornecedor, na relação tomador/trabalhador, à semelhança de um preposto.”

Também se menciona, nos moldes dos entendimentos já apresentados, a responsabilização que decorre justamente da culpa *in vigilando*. No voto, esclarece-se que a culpabilidade não é afastada pela Lei 8.666/93, na medida em que a própria lei estabelece à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos

³¹ TRT: 38087-2009-041-09-00-0 (RO), publicado em 30 de janeiro de 2013.

³² Idem.

contratos administrativos, estabelecendo inclusive penalidades ao contratante nos casos de inobservância dos deveres contratuais.

Ressalta que a declaração de constitucionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações não desautoriza a atribuição de responsabilidade ao ente público e conclui que “se ausente garantia de que o crédito trabalhista possa ser satisfeito pela real empregadora, responderá a tomadora dos serviços, pelas verbas do período em que foi beneficiária do labor prestado pelo autor” cabendo aferir, apenas, se configurou-se omissão em relação à obrigação de fiscalizar as obrigações.

Consta, no acórdão, trecho do informativo n. 610, do c. STF, que esclarece que embora a mera inadimplência do prestador de serviços não possa ser causa única para a imediata transferência de responsabilização pelos haveres trabalhistas, ainda é possível condenar a Administração Pública, de modo subsidiário, caso se verifique, na apreciação do caso concreto, omissão no dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato:

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrhou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. (...)

No referido informativo há explicações do Ministro Marco Aurélio que, ao mencionar os precedentes do c. TST que apreciavam questões envolvendo a responsabilização da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, concluiu que tais precedentes utilizavam, principalmente, como base de sua argumentação, o disposto tanto no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal quanto no § 2º do artigo 2º da CLT.

Todavia, analisando tais dispositivos, concluiu o Ministro que ambos não autorizavam as responsabilizações até então impostas à medida que “o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços” enquanto o segundo dispositivo partia de

premissa equivocada “haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços”.

Assim, estar-se-ia optando por, irregularmente, (considerando as interpretações até então formuladas) aplicar a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público.

Verificou-se, desse modo, que muito embora a interpretação que se deu à responsabilização do ente público tomador de serviços estivesse equivocada, tampouco seria possível simplesmente desconsiderar qualquer forma de responsabilidade da Administração Pública, sendo imprescindível, para tal, entretanto, a apreciação efetiva da culpa no caso concreto, na hipótese fática a ser analisada, sendo esse o entendimento atual do c. TST, mencionado no acórdão proferido na 3^a Turma:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA N.^o 331, V, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.^o 16, ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, decidiu -que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos-. Reconheceu, todavia, a Corte suprema, -que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade- (informativo n.^o 610 do Supremo Tribunal Federal). 2. Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência desta Corte superior consagrada no item V da Súmula n.^o 331, com a redação que lhe emprestou o Tribunal Pleno, mediante a Resolução n.^o 174, de 24/05/2011, segundo a qual -os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.^o 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada-. 3. Nesse contexto, resulta inafastável a decisão proferida pelo egrégio Tribunal Regional que, constatando a omissão da administração pública quanto ao dever de fiscalizar o cumprimento do contrato administrativo, bem assim a fraudulenta intermediação de mão de obra com a cooperativa, condenou o ente público a arcar, de forma subsidiária, com o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos ao obreiro. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...) (AIRR - 98940-82.2008.5.10.0012 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 03/08/2011, 1^a Turma, Data de Publicação: 19/08/2011)

No voto proferido, assim como nos demais, constou a preocupação em salientar que não se estava declarando a constitucionalidade da norma em questão, observando-se, portanto, o entendimento retratado na Súmula Vinculante n. 10 do STF, sendo que a condenação das reclamadas (no caso, Universidade Federal do Paraná e Copel) integrantes da Administração Pública não se dava simplesmente em razão da aplicação do disposto na Súmula 331, IV, do TST, mas sim “em decorrência dos dispositivos legais antes mencionados, em especial os arts. 186 e 927 do Código Civil, e arts. 1º, III e IV e 7º, *caput*, da Constituição Federal, que autorizam, *in casu*, configurada a culpa da Administração.”

Insta salientar que para a delimitação da condenação de diversos tomadores de serviços observam-se os períodos em que cada qual se beneficiou da prestação de serviços obreiro.

Outra questão bastante apreciada nas Turmas do Tribunal envolve a análise dos termos de parceria firmados entre Municípios e entidades diversas objetivando a prestação de determinados serviços públicos.

Em acórdão de lavra da Desembargadora Márcia Domingues, integrante da 4ª Turma do Tribunal, analisou-se recurso ordinário apresentado pelo Município de Londrina. O Município recorrente se insurgia em face da r. decisão primeira, aduzindo que fora firmado Termo de Parceria pela Autarquia Municipal de Londrina, pessoa jurídica de natureza distinta, erigida sob a modalidade autárquica, com poderes para a responsabilização pelos atos praticados. Salientava que, como não firmou nem efetuou o pagamento de valores repassados ao CIAP, inexistia qualquer possibilidade de responsabilização.³³

A relatora reputou que não assistia razão ao Município, eis que a parceria entre os envolvidos (CIAP, Município de Londrina e sua Autarquia Municipal de Saúde) denotaria efetiva terceirização de serviços de proteção à saúde pública, sendo que tal seria obrigação constitucional do ente político, nos moldes preconizados no artigo 196 da Constituição Federal, sendo “inegável, portanto, a existência da prestação de serviços pelo Autor em favor do Recorrente, com utilização de intermediação de mão-de-obra”.³⁴

³³ TRT: 02840-2011-513-09-00-6 (RO), publicado em 30 de janeiro de 2013.

³⁴ Idem.

Passou, a partir de tal constatação, a pontuar os aspectos da nova redação da Súmula 331, bem como da interpretação aferida consoante posicionamento do STF, apreciando se houve, ou não, conduta omissiva do Poder Público:

Ou seja, o STF firmou o entendimento segundo o qual a Justiça do Trabalho não poderá generalizar os casos de imputação da responsabilidade subsidiária a integrantes da Administração Pública Direta e Indireta, devendo aferir se a inadimplência dos direitos trabalhistas dos empregados de empresas prestadoras de serviços advém da falha ou mesmo da ausência de fiscalização pelo Órgão contratante. A conduta culposa atribuída à Administração Pública (baseada nas culpas "in eligendo" e "in vigilando"), neste caso, contribui para o descumprimento habitual dos direitos trabalhistas, por parte da empresa prestadora de serviços, não bastando a inadimplência pontual.

Apreciando a existência de culpa *in vigilando* do Município recorrente, a relatora entendeu que, do termo de parceria firmado entre as reclamadas, constava cláusula estabelecendo que competiria ao CIAP recolher, rigorosamente em dia, os encargos sociais e trabalhistas incidentes e efetuar a respectiva comprovação da quitação, "sempre que solicitado pelo Parceiro Público".

Competia ao Município de Londrina, portanto, acompanhar, supervisionar e fiscalizar a execução do contrato estipulado por meio do termo de parceria, solicitando, inclusive, as comprovações relacionadas aos haveres trabalhistas.

Constatado, todavia, irregularidade no recolhimento dos depósitos do FGTS, evidencia-se que não houve a adequada fiscalização, revelando-se comprovada a "negligência do Município na fiscalização e acompanhamento desse contrato, sendo de se reconhecer a existência de culpa na modalidade *in vigilando*."

No acórdão salienta-se, por fim, que a responsabilização do ente público encontra respaldo no fato de que a finalidade primordial da Administração Pública é, justamente, a consecução do bem comum, sendo impensável, desse modo, que após ter se beneficiado do labor realizado pelo trabalhador, o Município simplesmente não responda pelos débitos que subsistem justamente em razão da ausência de eficaz fiscalização:

Ainda sobre a possibilidade de se responsabilizar o ente público pelas obrigações trabalhistas daqueles a quem terceiriza suas necessidades, oportuno ressaltar também que, considerando a finalidade primeira do Estado e seus entes descentralizados, qual seja, a consecução do bem comum, não se comprehende como este não possa se sujeitar à responsabilização pela culpa *in vigilando*, se o particular assim o responde, sendo certo que a consecução dos objetivos da municipalidade não deve se dar às custas do sacrifício de direitos assegurados aos trabalhadores que lhes prestam serviços.

Também da 4^a Turma do TRT da 9^a Região, mas dessa vez em voto de lavra do Desembargador Luiz Eduardo Gunther, houve manutenção da decisão proferida em 1^a instância, que condenou o Banco do Brasil S.A. a responder, de modo subsidiário, pelos débitos trabalhistas reconhecidos em juízo.³⁵

No caso em apreço, a reclamante foi registrada pela primeira reclamada, JR Serviços LTDA., sendo que prestou serviços para o Banco do Brasil S.A., que, como tomador dos serviços, beneficiara-se diretamente do labor obreiro.

Destacou-se que, embora lícita a terceirização realizada (ela que, de modo diverso, direta seria a responsabilização do tomador de serviços) caberia a condenação do Banco tomador. Tal condenação teria como fim “salvaguardar os direitos daquele que contratou de boa-fé e dispensou sua força de trabalho em favor do tomador de serviços sem nada receber como contraprestação”.

Houve, também, apreciação específica do caso, concluindo-se, como nos demais casos, pela constatação de que houve omissão culposa do segundo réu, ora recorrente, quanto à fiscalização do contrato pactuado com a primeira reclamada. Observou-se que o tomador de serviços não demonstrou que tenham sido tomadas precauções para assegurar a idoneidade financeira da primeira ré, tampouco se aferindo a existência de supervisão e acompanhamento do cumprimento da legislação trabalhista.

Desse modo, foi possível caracterizar como negligente a atuação do ente público integrante da Administração Indireta cabendo, assim, sua responsabilização subsidiária em face da culpa *in vigilando*, verificada, à medida que ao mesmo cabia fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada.

³⁵ TRT: 00103-2012-026-09-00-5 (RO), publicado em 30 de janeiro de 2013.

No voto proferido também se constatou a culpa *in eligendo* do Banco recorrente “dada a falta de cuidado na verificação da situação da prestadora de serviços no trato com seus empregados”, sendo que “ao assim agir, o tomador do serviço assume o risco de responsabilizar-se pelas eventuais dívidas trabalhistas.”

Discorreu-se, também, acerca da interpretação controvertida que o artigo 71 da lei de licitações possuía, sustentando-se que tal artigo não permitia o alcance liberatório defendido pelo recorrente, quanto aos débitos trabalhistas.

Mesmo antes da interpretação atual, decorrente da decisão proferida pelo c. STF no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade 16/DF, o TST já se posicionava no sentido de que “a proibição contida naquele parágrafo de lei não vedava o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da administração pública, em caso de inadimplemento das obrigações por parte prestadora de serviços”.

O Relator ressaltou que a decisão do STF não representou impossibilidade absoluta de reconhecimento de qualquer responsabilidade à administração pública, como tomadora dos serviços, mas mera necessidade de aferição de culpabilidade ante o caso concreto:

Segundo o presidente do STF, isso "não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa". "O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público", observou o presidente do Supremo. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização - se a empresa contratada é ou não idônea, se paga ou não encargos sociais - gera responsabilidade da União. (In Notícias do STF - 24.11.2010 - www.stf.jus.br).

Uma vez configurada que a falta de fiscalização do tomador de serviços possibilitou a inadimplência das obrigações trabalhistas, passível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária. Transcrito, no acórdão publicado, posicionamento do TST acerca do tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em

24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR 2567-65.2010.5.06.0000, Publ: em 28/01/2011)

Retomando o princípio da aptidão da prova (que contempla a teoria dinâmica do ônus da prova), o Relator considera que incumbia ao tomador apresentar documentação comprobatória da efetiva supervisão, acompanhamento e fiscalização sobre a empresa prestadora e que, assim não procedendo, acaba por corroborar a tese proferida na inicial, de conduta omissiva, devendo, portanto, suportar as consequências negativas de sua não atuação.

A condenação subsidiária imposta sob tal ótica e observados tais elementos, além de observar o novo posicionamento do STF e não representar ofensa a dispositivos constitucionais invocados, considera os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

Após a apresentação do posicionamento jurisprudencial atualizado sobre a questão, o Relator especifica o entendimento doutrinário, mencionando a obra de Maurício Godinho Delgado:

Enfatize-se: mesmo que se entenda não caber a incidência, no presente caso, da regra da responsabilidade objetiva do Estado, não se pode negar a validade da incidência da responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica e que não foi excluída do Estado pela Carta Magna - ao contrário, a Constituição, como visto, aprofundou a responsabilidade dos entes estatais).

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação aos direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do estado a responder sobre as verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV, da Súmula 331, TST).

Assim, quer em face da responsabilidade objetiva do estado, quer em face de sua responsabilidade subjetiva, inerente a qualquer pessoa jurídica, as entidades estatais respondem, sim pelo valores resultantes dos direitos trabalhistas devidos pelos empregadores envolvidos com contratos terceirizantes com tais entidades. (In Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 434).

Ao estabelecer o alcance da responsabilização, salientou-se que o tomador de serviços será subsidiariamente responsável por todas as obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa contratada, o que inclui os recolhimentos previdenciários, nos termos do artigo 31 da Lei 8.212/91, assim como verbas de natureza indenizatória, como é o caso das verbas rescisórias (inclusive multa de 40% do FGTS) e das multas convencionais e multas previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT.

O posicionamento da 4ª Turma é de que “não adimplida a obrigação pela prestadora dos serviços, a obrigação é transferida em sua totalidade para o tomador” constando, ainda, posicionamento doutrinário defendido por Alice Monteiro de Barros, que sustenta a inexistência de restrições à responsabilidade subsidiária do tomador, com base nos seguintes argumentos:

"O responsável subsidiariamente deverá arcar, em regra, com o pagamento de todas as parcelas que sejam, inicialmente, de responsabilidade do devedor principal. Ainda que ausente a culpa, sua posição assemelha-se à do fiador ou do avalista; não tendo havido o adimplemento da obrigação pelo devedor principal, incide, automaticamente, e sem quaisquer restrições, a plena responsabilidade daquele que, em última análise, figura na relação jurídica única e exclusivamente para garantir a integral satisfação do credor." (BARROS. Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 431).

Apreciando novamente a responsabilidade de um Município que efetuou contrato de prestação de serviços na área da saúde, a 5ª Turma, por meio de voto proferido pela Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert, reformou decisão apresentada pelo MM. Juízo da Origem.³⁶

³⁶ TRT: 00312-2012-657-09-00-6 (RO), publicado em 30 de janeiro de 2013.

No caso apreciado, verificou-se que o Município de Almirante Tamandaré efetuou contrato de "Prestação de Serviço" junto ao Hospital Camilo Cruz & Cia Ltda.

A reclamante relatou em sua peça inicial que, durante todo o período em que trabalhou para a primeira reclamada, o Município recorrente, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS – repassava as internações para o Hospital, “beneficiando-se e utilizando-se da mão de obra da 1^a reclamada”.

Em contestação alegou-se que, de acordo com Termo de Convênio firmado, “cada parte disponibilizaria pessoal do seu quadro técnico para apoio e execução dos serviços médicos objeto do Convênio”, salientando-se que, como o hospital não atendia exclusivamente pacientes do SUS, inviável caracterizar a responsabilidade subsidiária do Município como tomador de serviços.

Na decisão firmada na origem observou-se que o convênio celebrado entre os reclamados envolvia o atendimento médico de forma bastante ampla eis que trazia previsão de número mínimo de consultas mensais, incluindo medicação, atendimento de enfermagem e pronto socorro, exames de imagem, radiografia, cirurgias, entre outros

O MM. Juízo Primeiro, considerando aspectos do direito administrativo, concluiu pela “ilicitude do contrato realizado pelos réus, pois o segundo reclamado, Ente da Administração Pública, transfere a particular a realização de serviços que seriam de sua competência”.

Todavia, mesmo aferindo a ilicitude da contratação, reputou inviável a responsabilização do Município que, segundo considerou, seria apenas outro cliente do hospital, não atuando como efetivo tomador de serviços,eis que não se verificou ingerência municipal na prestação dos serviços:

Para a Justiça do Trabalho o contrato não tem maior relevância, uma vez que não há prova de ingerência do segundo réu na forma de prestação de serviços, que eram realizados dentro da estrutura da primeira reclamada, envolvendo não só a força de trabalho dos empregados da primeira ré, como também a utilização de materiais, medicamentos, enfim, toda a estrutura necessária para a realização dos serviços médicos contratados.

A primeira reclamada é uma empresa que atua no ramo de atendimento hospitalar e está habilitada a prestar serviços nessa área para qualquer cliente, público ou privado, não é exclusivamente prestadora de serviços ao município reclamado, embora presumível que o atendimento pelo SUS seja sua maior demanda.

Dante de tais elementos, concluo que o município, no período de vigência do contrato de prestação de serviços médicos, era apenas mais um cliente do hospital.

A terceirização de serviços tem relevância na seara trabalhista quando há a mera intermediação de mão-de-obra, ou seja, a empresa terceirizada apenas se presta a disponibilizar, nos limites da necessidade da tomadora de serviços, mão-de-obra suficiente ao alcance de seus objetivos, o que não é o caso dos presentes autos.

Assim sendo, o contrato existente entre os réus não atrai a responsabilidade do município de Almirante Tamandaré pelas verbas trabalhistas postuladas pela reclamante.

Rejeito o pedido formulado em face do segundo réu."

Em acórdão atentou-se ao fato de que havia incontroversa realização de atendimento via Sistema Único de Saúde, o que confirmou que o 2^a reclamado também se beneficiou da mão-de-obra do reclamante, "já que o Hospital em que ele prestava serviços realizava atendimentos dos pacientes pelo SUS em favor do Município réu."

Sustentou-se que o fato de o Hospital reclamado também realizar atendimentos particulares não se revelaria suficiente para impedir qualquer tipo de condenação subsidiária do Município, levando-se em consideração, na fundamentação, o parecer elaborado pela representante do Ministério Público do Trabalho, no qual constou que se sobressaía, da análise dos autos, a culpa *in vigilando* do Município: "basta compulsar os autos para se constatar que não há o menor indício de que tenha fiscalizado a conveniada, no que diz respeito ao cumprimento dos encargos trabalhistas."

O entendimento da 5^a Turma assemelha-se, em muitos aspectos, ao posicionamento firmado nas demais Turmas já analisadas. Estabeleceu-se que "a responsabilidade subsidiária funda-se na culpa *in vigilando* da contratante", mencionando-se precedente do Exmo. Desembargador Arion Mazurkevic, que serviu como base da argumentação exposta:

"Pacífico na jurisprudência que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador gera a responsabilidade subsidiária do chamado tomador dos serviços.

Este entendimento decorre da interpretação do ordenamento jurídico pátrio, segundo as melhores regras de hermenêutica. Entre os dispositivos legais que sustentam esta orientação jurisprudencial está o art. 16 da Lei nº 6.019/74, que consagra a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço e encontra perfeita aplicação analógica na contratação de prestação de serviços por empresa interpresa, como a realizada no caso em exame.

A responsabilidade funda-se na culpa in vigilando e in eligendo da contratante, evidenciada nos autos pelo descumprimento das obrigações trabalhistas. Frise-se que a responsabilidade reparatória decorrente da culpa in vigilando encontra fundamento na combinação dos artigos 186 e 927 do Código Civil: (...)

Observe-se que, conforme informativo divulgado pelo C. STF, aquela E. Corte, no julgamento da ADC 16-DF, expressamente ressaltou que a omissão da Administração Pública em fiscalizar as obrigações do contratado não a desonera de responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas:

(...) Do mesmo modo, não se pode dizer que Decreto-lei nº 200/67 respalda a exclusão da responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas, considerando-se que apenas possibilita a descentralização dos serviços prestados, mas não exime os entes públicos da responsabilidade por eventual dano que as empresas interpostas venham a causar aos empregados.

Diante disso, impõe-se a responsabilidade subsidiária do segundo Reclamado pelas verbas deferidas no presente feito.

Por fim, sendo o Recorrente beneficiário direto do trabalho prestado, a responsabilidade subsidiária reconhecida é ampla, abrangendo a integralidade das parcelas trabalhistas devidas pela empregadora, inclusive as de caráter indenizatório.

Nada a reformar.³⁷

A relatora aduziu que, muito embora o Município atuasse como beneficiário dos serviços prestados, sem ser o real empregador da demandante, ao firmar contrato com pessoa jurídica a qual é demandada na presente deveria assumir a responsabilidade, ainda que subsidiária, pelos créditos trabalhistas havidos no período laborado, “pois, deveria zelar pela contratação de empresa capacitada economicamente para tanto, que não viesse a causar prejuízo a empregados que laboraram exclusivamente ao pactuante.”

Discorreu, também, sobre as previsões existentes na própria Lei n.º 8.666/93, que garantiriam a necessidade de vigilância das condições pactuadas, argumentando que a prática de atos ilícitos trabalhistas em prejuízo da reclamante comprovariam que a fiscalização da execução do contrato ocorreu de modo insatisfatório.

Incumbia à Administração Pública “comprovar e ratificar a idoneidade da empresa, não só ao tempo da contratação, mas durante a vigência do contrato”, de modo que, em razão de sua omissão, passou a assumir a responsabilidade que era da contratada, “mesmo porque o direito de regresso garante o ressarcimento ao Erário Público”.³⁸

³⁷ TRT-PR-03668-2009-069-09-00-7, publicado em 20 de janeiro de 2011.

³⁸ Idem.

Os integrantes da 6^a Turma do TRT da 9^a Região, em acórdão no qual funcionou como Relator o Exmo. Desembargador Francisco Roberto Ermel apreciaram medida recursal apresentada pela Caixa Econômica Federal e decidiram pela manutenção de sua condenação subsidiária.³⁹

A recorrente aduziu, em razões recursais, que a aferição da sua responsabilidade por eventual crédito deveria ser realizada de modo subjetivo, de sendo necessária a comprovação de ação ou omissão - dolosa ou culposa -, bem como, “o dano e o nexo causal entre estes (ônus processual que recai, inclusive, sobre a própria Reclamante, a teor do disposto no artigo 331, inciso I e 818, da CLT, sob pena de indeferimento)”.

Proseguiu aduzindo que sua relação com a empresa prestadora de serviços considerou as disposições contratuais e os preceitos legais fixados no ordenamento jurídico nacional (Lei nº 8.666/93), ressaltando que, como a contratação decorreu de norma cogente que, regra geral, impõe ao ente público a contratação após regular procedimento licitatório, inexistia qualquer culpa *in eligendo* ou *in vigilando* a ser aferida.

Rebatendo tais argumentos, o Relator inicialmente aduziu que o fato de a 2^a reclamada não ser a efetiva empregadora da reclamante não a autorizava a deixar de impugnar, de modo específico, a pretensão formulada na petição inicial.

No que se refere à responsabilidade imposta, concluiu-se que a mesma decorre principalmente da sua culpa "*in vigilando*", “em especial em razão do fato de ser inerente aos contratos administrativos a obrigação do contratante de fiscalizar a execução do ajuste, como, aliás, estabelece o artigo 67 da Lei 8.666/93”.⁴⁰

Permitindo que a empresa contratada desrespeite as normas trabalhistas, deve o contratante responder pelas consequências da ilegalidade perpetrada contra os empregados que lhe prestaram serviços, com amparo nas teorias da culpa "in vigilando" e "in eligendo" (art. 186, CC), por ser obrigação da Administração Pública selecionar somente as empresas prestadoras aptas ao cumprimento das obrigações trabalhistas (art. 27, Lei nº 8.666/93).

³⁹ TRT: 02581-2012-019-09-00-1 (RO) - 12 de dezembro de 2012.

⁴⁰ Idem.

Argumentou-se que o recorrente incorreu nessa falta, “uma vez que a primeira ré ao prestar os serviços contratados violou os direitos trabalhistas da autora e o recorrente, na condição de tomadora dos serviços, omitiu-se do dever de fiscalizar” razão pela qual deve responder subsidiariamente pelos danos causados ao obreiro.

Frise-se que incumbia à tomadora efetuar a comprovação de vinha fiscalizando as condições da prestação de serviços da reclamante ou, ainda, que teria notificado ou penalizado a empregadora por tais irregularidades. Como não o fez, restou mantida a condenação imposta.

Diversa, todavia, é a conclusão formulada pela 7ª Turma do TRT da 9ª Região. Em voto formulado pela Desembargadora Rosalie Michaele Bacila Batista determinou-se a exclusão da responsabilidade subsidiária então imposta ao ente público.⁴¹

Apreciando recurso ordinário apresentado pela Caixa Econômica Federal, verificou-se que a parte autora fora contratada pela empresa Plansul Planejamento e Consultoria (1ª ré) para prestar serviços de "Servente" em prol da recorrente, no período de 01/09/2010 a 14/09/2011.

A interpretação conferida pela 7ª Turma traça as seguintes ponderações:

Na esteira do entendimento prevalente nesta E. Turma, inviável a condenação, ainda que subsidiária, de ente público. Efetivamente, ressalvo posicionamento pois entendo aplicável a orientação advinda da Súmula 331, IV e V do C. TST, no sentido de que o ente da administração pública indireta, tomador dos serviços, responderá subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empregador quando incorrer em culpa "in vigilando". Todavia, a partir do julgamento do ADC 16, o E. STF decidiu que a administração pública não mais responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da empresa contratada, por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 71 da Lei 8.666/1993. Na referida ADC aquela E. Corte firmou posicionamento no sentido de que o simples inadimplemento da prestadora de serviços não enseja, por si só, a condenação subsidiária do ente público. Entretanto, consignou o E. STF que nada obsta aferir, em cada caso concreto, se o ente público incorreu em culpa "in vigilando", porque todo aquele que se aproveita da mão de obra contratada por terceiro, deve responder em face de lesão a direito do trabalhador, na medida em que permanece o dever de fiscalizar a regular execução do contrato celebrado.

Por óbvio, não se poderia exigir previsão de futura inidoneidade financeira da empresa contratada mediante licitação, contudo seria adequado criar mecanismos de fiscalização, tais como exigência, mediante cláusula contratual, de comprovação de regularidade de contratação de pessoal, observadas as prescrições legais; de quitação dos encargos decorrentes do

⁴¹ TRT: 00585-2012-026-09-00-3, publicado em 29 de janeiro de 2013.

contrato de trabalho; de pagamento dos salários dos empregados, mediante apresentação de documentos hábeis e outras tantas providências que o eximiriam de responsabilização futura pelo inadimplemento da empresa com a qual contratou.

Salientou-se, assim, que de acordo com o que dispõe o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999, "a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal" de modo que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16, por ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal deveria ser observada na apreciação do caso.

A Relatora apontou que a manutenção da sentença representaria inobservância do referido *decisum*, além de desrespeito à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Mencionando a situação específica apresentada por meio do recurso interposto, esclareceu-se que não se vislumbrou tenha a tomadora de serviços deixado de atender às cautelas necessárias, dando-se provimento ao pleito para excluir a responsabilidade subsidiária atribuída à Caixa.

Conclui-se, assim, que a maioria das Turmas do TRT da 9ª Região tem interpretado que a decisão declaratória de constitucionalidade n. 16 não inviabilizou a responsabilização subsidiária da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços.

A principal alteração decorrente de tal decisão se deu no campo da apreciação do conjunto probatório, na medida em que não se mostrou mais possível transferir a responsabilidade diretamente ao ente público apenas em decorrência da inadimplência dos haveres trabalhistas por parte da prestadora de serviços.

Para a condenação do ente público tornou-se necessário aferir, conforme o caso posto, se efetivamente houve conduta omissiva do tomador, eis que ao mesmo incumbe acompanhar a execução do contrato e fiscalizar o seu regular andamento sendo relevante destacar que também é seu o ônus de provar a efetiva supervisão.

CONCLUSÃO

As reestruturações sucessivas implementadas pelo sistema produtivo capitalista geraram inegáveis reflexos na atualidade. O papel do trabalho e a forma como se desenvolviam as relações entre empregado e empregador sofreram significativas alterações, objetivando acompanhar, quase sempre, necessidades mercadológicas impostas pela racionalidade econômica.

Com a globalização da economia e a instauração de um ambiente cada vez mais competitivo, as empresas foram obrigadas a questionar não apenas sua postura frente ao mercado externo, mas também, e principalmente, sua forma de gerenciamento interno: a distribuição de tarefas e a própria forma de administrar passaram a ganhar novos contornos.

A terceirização é um fenômeno que se insere nesse panorama. Assim como outras propostas flexibilizatórias, a terceirização foi apresentada como mecanismo de gestão das organizações e medida gerencial que possibilitaria a redução de custos, o aumento de produtividade e a reorganização administrativa e estrutural das empresas.

Sob a ótica do Direito do Trabalho, consubstancia-se a terceirização como sendo uma forma de contratação de mão-de-obra traduzida na relação triangular empregado, prestador de serviços e tomador de serviços, em contraponto à fórmula clássica empregatícia bilateral (empregado e empregador), prevista nos artigos 2º e 3º, da CLT.

Assim, seriam repassados a terceiros (prestadores de serviços) o desempenho de atividades consideradas acessórias ou não essenciais, possibilitando que a tomadora de serviços direcionasse sua estrutura e força produtiva na execução das atividades principais.

Há possibilidade, desse modo, de se focar no desenvolvimento da atividade-fim, com redução do envolvimento de pessoal próprio em atividades instrumentais, o que geraria aumento da produtividade e de qualidade na prestação dos serviços com ganhos de eficiência e menor dispêndio de recursos.

Na esfera da Administração Pública, não obstante o seu objetivo principal seja a execução de tarefas voltadas ao interesse comum dos administrados, também foi

possível verificar crescente utilização de contratos de terceirização com o intuito de efetivar a realização de determinadas atividades ou obras, firmando-se, assim, contratos triangulares. O ente público passou a se beneficiar diretamente da mão de obra de trabalhadores que possuíam vínculos com empresas privadas.

Tal forma de contratação, no âmbito da Administração Pública, tem possibilitado, em geral, que serviços diversos não ligados diretamente à execução de atividades específicas do ente público sejam prestados por trabalhadores não concursados.

Embora seja inegável, diante do contexto econômico e do cenário de racionalidade capitalista vigente, que tal forma de estruturação organizacional se revele irreversível, considerando as vantagens que representa ao empreendedor, necessário avaliar, com cautela, quais são os efeitos dessa modalidade de contratação para o trabalhador.

No setor público, embora não se verifique influência direta da racionalidade econômica para a tomada de decisões contratuais (eis que, em princípio, ao não almejar lucro, o ente público estaria, em tese, ileso das pressões mercadológicas) paulatinamente se constata um direcionamento da organização administrativa também no sentido de contenção de gastos, o que implica no aumento de contratações terceirizadas.

Do presente estudo, extrai-se que os empregados submetidos a essa modalidade de contratação possuem vínculos mais fragilizados, menores garantias trabalhistas e precarização das condições de trabalho, justamente por não encontrarem uma identidade em sua atuação: supervisionados por uma empresa, mas vinculados a outra, não conseguem criar um ambiente propício à organização de suas reivindicações.

E, diante de eventuais irregularidades no recebimento de sua contraprestação, encontram, os trabalhadores terceirizados que prestam serviços à entes da Administração Pública direta ou indireta, mais uma barreira: a discussão acirrada acerca da possibilidade de responsabilização do ente público nos casos de inadimplência do empregador/prestador de serviços.

Verificou-se, desse modo, que a terceirização é matéria complexa e que carrega profunda repercussão, tanto na esfera política, quanto nos planos econômico e social.

Constatou-se, ainda, que a Administração Pública tem sido reiteradamente chamada a responder por débitos apreciados na Justiça do Trabalho. Mas questionou-se, diante dos regramentos existentes na Lei de Licitações, quais seriam os limites e requisitos para a condenação do ente público.

Diante desse cenário repleto de questionamentos, e ausente regramento específico tratando da matéria, o Tribunal Superior do Trabalho, unificando posicionamento sobre a questão posta, formulou, de início, a Súmula 256 e, posteriormente, a Súmula 331, estabelecendo as possibilidades e limitações de condenação da Administração Pública enquanto tomadora de serviços.

Em sua redação original, o inciso IV da Súmula 331 do c. TST estabelecia que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”, passando, posteriormente, a fazer menção expressa aos entes da Administração Pública nos seguintes termos: “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a 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 constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)” permitindo, assim, que nos casos de descumprimento dos haveres trabalhistas por parte do empregador principal fosse acionado o ente público tomador de serviços, que deveria arcar com os valores devidos.

Esse posicionamento foi objeto de discussão, sendo apresentada, pelo Distrito Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, objetivando legitimar a redação do parágrafo 1º, do artigo 71, da lei 8.666/93, que estabelece que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Após o julgamento da Ação Declaratória e a confirmação de constitucionalidade do dispositivo em questão, o c. TST reviu a redação da Súmula

331, que passou a apresentar o inciso V, nos seguintes moldes: “os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

A questão, todavia, ainda não se encontra pacificada, sendo apresentados posicionamentos que variam da total exclusão de qualquer responsabilidade da Administração Pública (interpretação literal do artigo 71, da Lei 8.666/93) ao retorno do pensamento anterior, de imediata transferência de responsabilidade uma vez constatada a inadimplência das verbas trabalhistas pelo empregador principal.

Analisando posicionamentos doutrinários e comparando a Jurisprudência atualizada do c. TST e da maioria das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, conclui-se que prevalece, ultimamente (e até o julgamento do Recurso Extraordinário 603397, que suspendeu a tramitação dos processos que tratem da responsabilidade subsidiária de ente público tomador de serviço no caso de não cumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora) posição no sentido de que se mostra possível responsabilizar subsidiariamente a Administração Pública desde que apreciado, no caso concreto, na hipótese fática apresentada, se houve ou não omissão na obrigação de supervisionar o regular cumprimento do contrato.

Esta responsabilização tem como base a teoria da responsabilidade subjetiva, alicerçada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como da garantia de proteção dos direitos sociais.

Necessário salientar que à Administração Pública é imposto o dever de fiscalizar e acompanhar a prestação de serviços, supervisionando o regular cumprimento do contrato celebrado, não sendo suficiente apenas o acompanhamento da execução material do serviço. Imprescindível a aferição de que há efetivo cumprimento, pela empresa contratada, dos direitos trabalhistas dos

empregados envolvidos no referido contrato, sob pena de se caracterizar a culpa *in vigilando*.

A fiscalização a ser realizada pela Administração Pública deve ser eficaz, sendo exigível acompanhamento de supervisor espacialmente designado para tal e especificação, em relatórios, de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando-se o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados, com o fim de sanar eventuais irregularidades constatadas (consoante preconizam o parágrafo 1º, do artigo 67, da Lei 8.666/93).

Frise-se que, de acordo com a teoria de distribuição do ônus da prova, será do tomador de serviços, por ser fato impeditivo de direito, a obrigação de demonstrar a observância dos requisitos previstos nos dispositivos da Lei de licitações.

Se analisado, do conjunto probatório produzido nos autos, que o ente público não tomou as medidas preventivas necessárias, passível, assim, a sua condenação pelas verbas trabalhistas impagas.

Embora a discussão ainda apresente uma série de aspectos que devem ser considerados ressalta-se que, sob qualquer ótica que se analise a matéria, deve-se buscar, de todas as formas possíveis, um modo equilibrado de se conciliar os interesses da Administração Pública e dos trabalhadores que lhe prestam serviços.

Indiscutível que o ente público, ao utilizar a intermediação de mão de obra via contrato terceirizado, beneficia-se do labor prestado pelo trabalhador, não sendo possível admitir que simplesmente se desconsidere tal fator no momento que se constata a inobservância de direitos trabalhistas; não há como aceitar que se deixe desamparada a parte mais frágil dessa equação.

Deve-se, de fato, observar o regramento existente, sem esquecer, todavia, de apreciar a questão de modo sistemático, observando valores presentes em todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais devem, portanto, ser a base principal da teoria da responsabilização das empresas tomadoras de serviços, notadamente da Administração Pública, que não pode, por respeito a seus próprios postulados, ser conivente com a precarização dos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Osvaldo Nunes. **Terceirização de Serviços na Administração Pública.** 2008. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054228.PDF>>. Acesso em 15 dez. 2012.

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

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRAGA, Paula Sarno. Direitos fundamentais como limites à autonomia privada. In: _____ **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas.** Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 103-114.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de Princípios constitucionais no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

CAMPOS, José Ribeiro de. **A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços.** São Paulo: Thomson, 2006.

CARDONE, Marly Antonieta et al. **Terceirização no direito do trabalho e na economia.** São Paulo: LTr, 1993

CASSAR, Vólia Bomfim. **Princípios trabalhistas, novas profissões, globalização da economia e flexibilização das normas trabalhistas.** Niterói: Editora Impetus, 2010, 232 págs.

CASTRO, Antonio Escosteguy. **Trabalho, tecnologia e globalização:** a necessidade de uma reforma sindical no Brasil. São Paulo: Ltr, 2006

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

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 20^a ed., 2007, 800 págs.

FARIA, Flávio Freitas. Terceirização no serviço público e cooperativas de trabalho. **Consultoria Legislativa**, Brasília, Câmara dos Deputados, 18 págs, 2001. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/pdf/108683.pdf>>. Acesso em 14 jan 2013

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

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEMIGNANI, Teresa Aparecida Asta. Terceirização na Administração Pública- Artigo 71 da Lei 8.666/93- RDC da Lei 12.462/2011 e MP 559/2012. A Súmula 331 do C. TST poderia ser diferente? **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 74-95, ago. 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991, 177 págs.

_____. **Sociologia**. 4^a ed. Porto Alegre: Artmed, 2008, págs 305-340.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

GOMES, Cipriani Miriam. Convenção Coletiva de Trabalho como meio de preservação dos direitos fundamentais e harmonização de interesses econômicos. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). **Tutela dos direitos na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008.

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

GONÇALVES, PEDRO. Os serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital. (org.). **Estudos de Regulação Pública I**, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 174-317.

GORZ, André. Trabalho necessário e racionalidade econômica. **Novos Rumos**, São Paulo, n. 24, 1995.

_____. **O Imaterial: conhecimento, valor e capital**. São Paulo: Annablume, 2005, 107 págs.

HOBSBAWM, Eric John Ernest. **A era dos Impérios 1875-1914**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, 5^a ed., 546 págs.

_____. **A era dos extremos. O breve século XX (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 2^a ed., 598 págs.

_____. **Os trabalhadores. Estudos sobre a história do operariado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, 2^a ed., 443 págs.

LALLEMENT, Michel. **História da ideias sociológicas – das origens a Max Weber**. 3^a ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 85-143.

LEITE, Márcia de Paula. Tecendo a precarização: trabalho a domicílio e estratégias sindicais na indústria de confecção em São Paulo. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, Fundação Osvaldo Cruz, v. 2, n. 1, p. 239-265, 2004.

LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na Administração Pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 – os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão constitucional**. LTr Suplemento Trabalhista, São Paulo, n. 167, a. 34, 777-790, 1998.

_____. **Audiência pública**: reunião no TST mudou os rumos da formação jurisprudência. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-out-26/audiencia-publica-tst-mudou-rumos-jurisprudencia-terceirizacao?pagina=5#_ftn1_7697> Acessos em: 20 fev 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10^a. ed. rev. e ampl . São Paulo: Atlas, 2010, 208 págs.

MARX, Karl. Da manufatura à fábrica automática. IN GORZ, A (org.). **Crítica da Divisão do Trabalho**. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 21-36.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. A viabilização da terceirização trabalhista no Brasil. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais do CONPEDI**. Belo Horizonte, 2007. 1 CD-ROM.

NETO, João Amato. Reestruturação industrial, terceirização e redes de subcontratação. **Revista de Administração de Empresas – RAE**, São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 35, n. 2, p. 33-42, 1995.

NEVES, Tatiana de Cássia Melo. Cláusula pétrea e direito social: inclusão ou exclusão social? In: VIANA, Márcio Túlio (coord.). **A Reforma Sindical no âmbito da nova competência trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OIT. Negociações coletivas. São Paulo: LTr, 1994.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 12-52, ago. 2012.

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995, 383 págs.

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

REDINHA, Maria Regina Gomes. **A relação laboral fragmentada: estudo sobre o trabalho temporário**. Coimbra: Universidade Coimbra, 1995.

ROSSO, Sadi Dal. **Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea.** São Paulo: Boitempo editorial, 2008, 206 págs.

SALVINO, Marcos Ribeiro e FERREIRA, Simone Rodrigues. **Terceirização de serviços na administração pública e responsabilidade trabalhista.** Disponível em: <<http://www.esade.edu.br/esade/user/file/Esade06.pdf>> Acesso em 14 dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. (org.). **Trabalhar o Mundo. Os caminhos do novo internacionalismo operário.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, 457 págs.

SANTOS, Enoque Ribeiro. **Direitos humanos na negociação coletiva:** teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter. Consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo.** Rio de Janeiro: Record, 1999, 13^a ed., 214 págs.

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

Otávio Pinto e SILVA. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho.** Ed. LTr. São Paulo. 2004.

SMILDE, Rineke. A profissão musical e o músico profissional, uma reflexão. **Em Pauta.** Porto Alegre, v. 19, n. 32/33, 110-117, jan./dez. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta aberta aos “Terceirizados” e à Comunidade Jurídica. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná,** Curitiba, v. 1, n. 10, p. 53-73, ago. 2012.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. A importância da teoria dos valores como instrumento de efetivação do direito na sociedade supercomplexa: apontamentos gerais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9^a Região.** Curitiba, a. 34, n. 62, p. 273-318, jan./jun. 2009.

_____. O trabalho humano como mercadoria: a análise das relações de trabalho num panorama de mundialização do capital. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 34, n. 63, p. 271-320, jul./dez. 2009